

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

**ПРАВА ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ
ТА У ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ: ТРАДИЦІЇ ТА НОВАЦІЇ**

Колективна монографія



Львів-Торунь
Ліга-Прес
2021

УДК 342.7(477+100)
П68

*Рекомендовано до друку Вченою радою
Національного університету «Одеська юридична академія»
(протокол № 7 від 18.05.2021 р.)*

Рецензенти:

Крусян А.Р., д.ю.н., професор, Заслужений юрист України, завідувач кафедри конституційного, адміністративного та міжнародного права Київського інституту інтелектуальної власності та права Національного університету «Одеська юридична академія»;

Дешко Л.М. – д.ю.н., професор, професор кафедри конституційного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка.

Редакційна колегія:

Латковська Т.А. – д.ю.н., професор, завідувач кафедри конституційного, адміністративного та фінансового права Чернівецького юридичного інституту Національного університету «Одеська юридична академія»;

Мишина Н.В. – д.ю.н., професор, професор кафедри конституційного права Національного університету «Одеська юридична академія» (відповідальна за випуск).

Права людини в Україні та у зарубіжних країнах:
П68 традиції та новації : колективна монографія /
За заг. ред. Н. В. Мишиної. – Львів-Торунь : Ліґа-Прес, 2021. – 688 с.

ISBN 978-966-397-235-0

Монографія присвячена сучасним трансформаційним процесам у сфері прав людини. Проаналізовано тенденції, що виникають під впливом глобалізації, зміни у співвідношенні національного, міжнародного та наднаціонального рівнів правового регулювання. Значну увагу приділено дослідженню політичних, економічних і соціальних перетворень в Україні та у світі. У виданні досліджується вплив культурологічних та соціально-політичних факторів на розвиток доктринальних підходів і практики правового регулювання, у першу чергу на реалізацію та захист прав людини у сучасному світі.

Для науковців, практичних працівників, викладачів, студентів та широкого кола читачів.

УДК 342.7(477+100)

ISBN 978-966-397-235-0

© НУ «Одеська юридична академія», 2021

ЗМІСТ

<i>Блащук Т. В.</i>	
Еволюція прав людини у сфері охорони здоров'я.....	6
<i>Бондаренко О. В.</i>	
Універсальні міжнародно-правові документи про свободу совісті та захисту від нетерпимості і дискримінації та ксенофобії: проблеми та перспективи розвитку	39
<i>Вдовічена Л. І.</i>	
Право вимоги у фінансовому праві.....	60
<i>Волкова Д. Є.</i>	
Свобода асоціацій у громадські організації в Україні: минуле та сучасне конституційне регулювання.....	89
<i>Гнатовська А. І.</i>	
Публічні послуги як правовий інститут забезпечення реалізації конституційних прав громадян	119
<i>Guynan P. D.</i>	
European principles of fair and timely judiciary: Ukrainian realities	149
<i>Ennan R. Ye., Menso I. V.</i>	
Intellectual property in the human rights system: general principles	167
<i>Езеров А. А.</i>	
Политические права и свободы человека и гражданина	195
<i>Жуковська О. Ю., Кравчук С. М.</i>	
Виправдувальний вирок у контексті правових позицій щодо недопустимості доказів унаслідок нерозтаємнення документів, що стали підставою для проведення негласних слідчих (розшукових) дій	245

<i>Заварза Т. В.</i> Відшкодування шкоди, завданої життю та здоров'ю пацієнта (досвід зарубіжних держав та України)	277
<i>Латковська Т. А.</i> Захист прав і законних інтересів платників податків в Україні	305
<i>Левченко А. В.</i> Становлення та розвиток права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції як право першого покоління	341
<i>Марущак А. В.</i> Права людини в епоху діджиталізації	360
<i>Овчаренко О. М.</i> Гарантії процедурної справедливості в дисциплінарних процедурах щодо суддів та адвокатів	390
<i>Ракінова І. В.</i> Щодо «образу потерпілого» у кримінальному процесуальному праві: право на комунікацію	435
<i>Riaboshapchenko A. O., Zhebrovska K. A.</i> The concept of international and European legal standards of human rights	465
<i>Самотуга А. В.</i> Права поліцейських в Україні та США: між судовим переслідуванням і захистом	489
<i>Серватюк Л. В.</i> Порушення прав людини в діяльності правоохоронних органів: запобігання та моніторинг	519

Сергєєв Ю. В.

Соціальні та трудові права моряків: розвиток
і сучасний стан міжнародно-правового
регулювання..... 550

Сон С. С.

Право на публічну інформацію в системі
прав людини: генезис концепцій
та механізм реалізації..... 582

Стрельцов Є. Л., Сотула О. С., Стрельцов Л. Є.

Життя людини та її право на життя
як об'єкт кримінально-правової охорони:
порівняльно-правовий дискурс 597

Хоббі Ю. С.

Становлення четвертого покоління прав людини:
проблемні аспекти..... 625

Чеховська М. М., Луценко Я. Л.

Гарантії дотримання прав людини при проведенні
оперативно-розшукових і контррозвідувальних
заходів, що пов'язані із втручанням у приватне
спілкування 643

Юрченко М. М., Костова Н. І.

Права людини в інформаційному суспільстві
в Україні та в зарубіжних країнах: новації..... 661

Блащук Т. В.,

*кандидат юридичних наук, доцент,
член науково-консультативної ради при Верховному Суді,
завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін
Навчально-наукового інституту права
імені Іоаннікія Малиновського
Національного університету «Острозька академія»,
м. Острог, Рівненська область*

ЕВОЛЮЦІЯ ПРАВ ЛЮДИНИ У СФЕРІ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я

Анотація. Дослідження присвячене аналізу еволюції прав людини у сфері охорони здоров'я. Спираючись на міжнародні стандарти концепції прав людини та вітчизняне законодавство, виокремлено три покоління прав людини у сфері охорони здоров'я.

Визначено, що здоров'я – це певний стан людини, що характеризується благополуччям у всіх сферах життєдіяльності людини та має певну якість (рівень). Установлено, що право на здоров'я є фундаментальним правом людини (правом першого покоління), яке не є від'ємним від права на життя і захищається разом із ним, є суб'єктивним правом людини, а саме особистим немайновим правом.

Охорона здоров'я є засобом реалізації права на здоров'я, тому право на охорону здоров'я є самостійним правом людини – правом другого покоління. Належне забезпечення права на охорону здоров'я вимагає від системи охорони здоров'я її наявності, доступності, прийнятності та якості. Міжнародні акти та український законодавець розглядають право на медичну допомогу та право на безпечне довкілля, що включає право на безпечні для людини продукти споживання як складову частину права на охорону здоров'я.

До новітніх прав (прав четвертого покоління) у сфері охорони здоров'я необхідно зарахувати репродуктивні права, права на участь у медичних дослідженнях, трансплантацію, право на гідну смерть та інформаційні права у сфері охорони здоров'я.

Вступ

Пандемія *COVID-19* як ніколи загострила питання дотримання прав людини у всіх сферах життєдіяльності людини. Проте на перший план вийшли питання, що стосуються сфери охорони здоров'я. Людство опинилось у ситуації, коли стан здоров'я населення значно вплинув на економіку та політику.

У всі часи здоров'я людини розглядалося як одне з найбільших життєвих цінностей, як найважливіше особисте благо. Захист такого блага є завданням кожної держави і міжнародної спільноти. Так, сьогодні, як і раніше, визнання, підтримання та захист прав людини у сфері охорони здоров'я забезпечує правову основу формування правової держави і громадянського суспільства. Лише за умови існування та застосування належних механізмів правового регулювання сфери охорони здоров'я людина може існувати, почувати себе у безпеці та розвиватись.

У вересні 2015 року Саміт ООН зі сталого розвитку, що відбувся у Нью-Йорку, підсумковим документом затвердив Резолюцію Генеральної Асамблеї «Перетворення нашого світу: порядок денний у сфері сталого розвитку до 2030 року», де визначив 17 Цілей сталого розвитку. Більшість із визначених Цілей має на меті покращення якості життя людини, а одна з них безпосередньо визначається як «забезпечення здорового способу життя та сприяння благополуччю для всіх у будь-якому віці» [1]. Генеральна Асамблея зазначає, що «заради сприяння фізичному та психічному здоров'ю і благополуччю, а також збільшення середньої тривалості життя для всіх ми повинні забезпечити всезагальне охоплення населення медичною допомогою та доступ до якісного медичного обслуговування».

Таке завдання ставиться перед людством загалом, тому забезпечувати його виконання повинні держави та інститути громадянського суспільства разом. Держава повинна створити умови для вільного розвитку здорової людини, а саме створення безпечних умов проживання, навчання, праці, а також стимулювання виробництва безпечних продуктів харчування та питної води, створення та належне функціонування системи охорони здоров'я. Громадянське ж суспільство має допомагати державі та мотивувати кожну людину до здорового способу життя та підтримання свого здоров'я та здоров'я близьких людей. Так само держава і громадянське суспільство відповідальні перед майбутніми поколіннями за збереження

здорового генофонду. Так, кожна людина повинна знати та розуміти свої права та обов'язки, зобов'язання держави у сфері охорони здоров'я.

Права людини у сфері охорони здоров'я змінились із плином часу. При цьому змінився не лише каталог прав, а і їх змістове наповнення та розуміння. Якщо на початку двадцятого століття людство лише почало ставити питання про необхідність міжнародного визнання та підтримання прав людини у сфері охорони здоров'я, то на початку двадцять першого століття ми вже говоримо про появу віртуального середовища та ймовірність існування у ньому людини. Усе більше науковців ставить питання про необхідність збереження людини як біологічної істоти.

Поділ прав людини на покоління демонструє їх еволюцію та визначає особливості. Водночас, як показало проведене дослідження, різні покоління прав людини у сфері охорони здоров'я взаємозалежні та впливають одне на одного. У цьому дослідженні буде проаналізовано такий розвиток та виокремлено особливості, зміст і види окремих поколінь прав людини у сфері охорони здоров'я.

1. Поняття здоров'я та права на здоров'я

Дослідження права на здоров'я необхідно почати з дослідження поняття здоров'я, поняття права на здоров'я та його місця в каталозі прав людини.

Здоров'я є поняттям, що використовується різними науками, зокрема і правом. Конституція України у статті 3 уналежнює здоров'я людини (поряд із життям людини) до найвищих соціальних цінностей [2].

Ступінь забезпечення життя і здоров'я людини у тій чи іншій державі є показником розвитку громадянського суспільства. Життя і здоров'я людини є взаємопов'язаними, оскільки людина – біологічна істота, яка народжується, живе (маючи певний стан здоров'я) та вмирає. Р. Майданик, досліджуючи право людини на життя, зазначає, що життя людини становить фізичне, духовне та соціальне функціонування людини як комплексного біосоціального організму [3, с. 9].

За визначенням, наданим у Статуті (Конституції) Всесвітньої організації охорони здоров'я (далі – ВООЗ), здоров'я – це стан повного фізичного, душевного і соціального благополуччя, а не тільки відсутність хвороб і фізичних дефектів [4]. Стаття 3 Закону України «Основи законодавства України про охорону

здоров'я» від 19.11.1992 р. № 2801-XII [5] визначає здоров'я як стан повного фізичного, психічного і соціального благополуччя, а не тільки відсутність хвороб і фізичних вад.

Як бачимо, вітчизняний законодавець дає схоже визначення здоров'я, лише замінивши термін «душевного» на «психічного» благополуччя. Дискусія щодо співвідношення таких категорій виходить за межі цього дослідження, проте дослідники погоджуються, що це різні поняття, сперечаючись щодо їх співвідношення [6, с. 47; 7].

Науковці, які досліджують здоров'я як медичну категорію, погоджуються, що здоров'я є станом організму людини та виокремлюють шість основних типів сутнісних елементів визначення здоров'я: 1) як норма функціонування організму на всіх рівнях його організації; 2) як динамічна рівновага (гармонія) життєвих функцій організму; 3) як повноцінне виконання основних соціальних функцій, участь у житті суспільства й активна трудова діяльність; 4) здатність організму адаптуватися до умов навколишнього середовища, що змінюється; 5) відсутність патологічних змін і нормальне самопочуття; 6) повне фізичне, духовне, розумове й соціальне благополуччя [8].

Благополуччя, як бачимо, має певні складники. Фізичний складник здоров'я включає те, як функціонує організм, усі його органи й системи, рівень їх резервних можливостей, що характеризується наявністю чи відсутністю фізичних дефектів, захворювань, зокрема генетичних. Психоемоційний (психічний) складник здоров'я характеризує стан психічної сфери, наявність чи відсутність нервово-психічних відхилень, уміння розуміти й виражати свої емоції, спосіб вираження ставлення до самого себе й оточення. Інтелектуальний (розумовий) складник здоров'я включає те, як людина засвоює інформацію, використовує її, ефективність пошуку й накопичення необхідної інформації, що забезпечує розвиток особистості та її адаптацію в навколишньому світі. Соціальний складник здоров'я передбачає усвідомлення особистістю себе як людини, виконання відповідних функцій у соціумі, відображає спосіб спілкування і взаємини з різними групами людей. Особистісний (душевний) складник здоров'я означає те, як людина усвідомлює себе як особистість.

Стан здоров'я людини є змінним і має різні показники залежно від факторів, які тривають від зачаття і до смерті людини. Залежно від здоров'я батьків та середовища їх

життєдіяльності новонароджена дитина вже має певний рівень здоров'я, який у подальшому буде змінюватись. Окрім об'єктивних факторів, що впливають на здоров'я, на благополуччя людини впливають також соціальні фактори, зокрема й доступ до ресурсів та технологій. Не менш вагоме значення має внутрішнє ставлення людини до себе, свого здоров'я та оточення. Здатність людини протистояти різноманітним факторам, пристосовуватись до них та відновлюватись характеризує рівень її здоров'я. Чим вищий рівень здоров'я, тим нижчий ризик хвороби і тим краще людина реагує на виклики її життєвого середовища. Підвищити рівень здоров'я можна постійними тренуваннями (не лише фізичними) та здоровим способом життя.

Отож, здоров'я людини – це певний стан людини, що характеризується благополуччям у всіх сферах життєдіяльності людини та має певну якість (рівень).

Статут ВООЗ указує, що одним з основних прав кожної людини незалежно від раси, релігії, політичних переконань, економічного чи соціального становища є можливість мати найвищий досяжний рівень здоров'я.

У міжнародних документах поряд із правом на життя визнається та підтримується право на здоров'я, починаючи із Загальної декларації прав людини (пункт 1 статті 25) [9], Конвенції про права дитини (стаття 6, 24) [10] та Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок (стаття 10, 11, 12, 14) [11]. Так, у Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права (стаття 12) держави, які беруть участь у цьому Пакті, визнають право кожної людини на найвищий досяжний рівень фізичного і психічного здоров'я [12]. У Європейській соціальній хартії зазначається, що кожна людина має право користуватися будь-якими заходами, що дозволяють їй досягти найкращого стану здоров'я, який є можливим [13].

Сказане дає можливість виокремити право на здоров'я як самостійне право, що належить кожній людині від народження і є невідчужуваним. Право на здоров'я є фундаментальним правом людини (правом першого покоління), яке невід'ємне від права на життя і захищається разом із ним. На користь такої тези свідчить стаття 27 Конституції України, відповідно до якої кожен має право захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей (*підкреслено – Т.В.*) від протиправних посягань.

Життя людини характеризується певною якістю, що залежить від стану здоров'я, тобто має характеризуватися певним станом фізичного, психічного, соціального і духовного благополуччя. Отож, визнаючи за кожною людиною право на життя, ми не можемо оминати право на здоров'я.

Життя та здоров'я людини є немайновими благами, що охороняються, об'єктами щодо яких виникають цивільні права та обов'язки. Цивільний кодекс України (стаття 281) [14] уналежнює життя до особистих немайнових прав фізичної особи. Водночас право на здоров'я як окреме особисте немайнове право не виокремлюється, однак надається можливість захищати своє життя та здоров'я, а також життя та здоров'я іншої фізичної особи від протиправних посягань будь-якими засобами, не забороненими законом. Така позиція законодавця є непослідовною.

У юридичній літературі вже порушувалось питання про необхідність виокремлення права на здоров'я як окремого особистого немайнового права, об'єктом якого є здоров'я. [15; 16; 17 та ін.]

Р. Стефанчук зазначає, що «термінопоняття «здоров'я» має ще й своє спеціально-правове значення, в якому воно і виступає як певний об'єкт відповідних правовідносин» [16, с. 155]. Далі аналізуючи різні аспекти поняття здоров'я, науковець зазначає, що індивідуальне здоров'я є приватноправовою категорією, та доходить висновку, що «поняття «здоров'я» (як особисте немайнове благо) є комплексним поняттям, яке віднаходить свій вияв не лише в організмі, тобто тілі людини, а й у «психічних процесах, стан яких також впливає на організм» [16, с. 157]. В іншій своїй праці науковець дає визначення права на здоров'я та аналізує його зміст [18].

Отож, право на здоров'я є суб'єктивним правом людини, а саме особистим немайновим правом, об'єктом якого є здоров'я. Зміст такого суб'єктивного права становить можливість людини самостійно діяти задля досягнення найкращого стану здоров'я, а також, зважаючи на абсолютний характер такого права, вимагати від інших осіб не посягати на здоров'я та захищати здоров'я дозволеними засобами.

Як фундаментальне право людини першого покоління право на здоров'я гарантується та захищається державою. У Рішенні Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України

(конституційності) частини шостої статті 216 Кримінального процесуального кодексу України від 24 квітня 2018 р. № 3-р/2018 зазначається, що держава бере на себе як негативні зобов'язання (не посягати), так і позитивні зобов'язання впровадження належної системи захисту життя, здоров'я та гідності людини [19].

ЕКОСОР, коментуючи статтю 12 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права, зазначає, що «право на здоров'я, як і всі права людини, покладає на держави-учасниці три види або рівні зобов'язань: *поважати, захищати та виконувати*. Обов'язок виконувати містить зобов'язання сприяти, надавати та просувати. Зобов'язання *поважати* вимагає від держав утримуватися від безпосереднього чи опосередкованого втручання у здійснення права на здоров'я. Обов'язок *захисту* вимагає від держав ужити заходів, що перешкоджають втручання третіх сторін у гарантії статті 12. Зобов'язання *виконати* вимагає від держав прийняття відповідних законодавчих, адміністративних, бюджетних, судових, рекламних та інших заходів для повної реалізації права на здоров'я» [20]. Україна ратифікувала Пакт, тобто взяла на себе відповідні зобов'язання.

Так само Україна ратифікувала Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року [21]. Тлумачення змісту Конвенції як «живого організму» здійснює Європейський суд із прав людини, який досить часто у своїй практиці констатує порушення Конвенції задля захисту різних аспектів права на здоров'я.

Європейський суд з прав людини у § 63 Рішення *Vasileva* проти Болгарії зазначає: «Хоча право на здоров'я не є таким самим як права, які гарантуються Конвенцією або її протоколами, Високі Договірні Сторони паралельно зі своїми позитивними зобов'язаннями, передбаченими статтею 2 Конвенції, мають позитивний обов'язок відповідно до статті 8, по-перше, щоб мати в своєму розпорядженні нормативні акти, які примушують і державні, і приватні лікарні вживати відповідних заходів для захисту фізичної недоторканності своїх пацієнтів, по-друге, надавати жертвам медичної недбалості доступ до проваджень, у якому вони могли б у відповідних випадках отримати компенсацію за спричинену шкоду» [22, с. 55].

У справі *Томов та інших проти Росії* Суд установив порушення статті 3 Конвенції, зважаючи на умови транспортування ув'язнених (критична недостатність місця, невідповідний режим

сну, тривалі поїздки, обмежений доступ до санітарних приміщень, несправне опалення та вентиляція тощо) [23]. У багатьох справах він також виявив порушення статті 13 Конвенції через відсутність ефективного засобу судового захисту прав у сфері охорони здоров'я.

Так, наприклад, право на повагу до приватного життя може бути порушене у разі примусового застосування стерилізації. Стерилізація є серйозним утручанням у стан репродуктивного здоров'я людини. Оскільки вона стосується однієї з основних функцій організму людини, вона впливає на різноманітні аспекти особистої цілісності особи, включаючи її фізичне та психічне благополуччя та емоційне, духовне та сімейне життя. Вона може бути законно проведена на прохання відповідної особи, наприклад, як метод контрацепції або з терапевтичною метою у випадках, у яких було переконливо доведено медичну необхідність (V.C. проти Словаччини, § 106). Суд також постановив, що держави мають забезпечувати ефективні правові гарантії захисту жінок від неузгодженої стерилізації з особливим акцентом на захисті репродуктивного здоров'я жінок ромського походження. У кількох випадках Суд дійшов висновку, що ромські жінки потребують захисту від стерилізації через випадки неузгодженої стерилізації проти цієї вразливої етнічної меншини (там само §§ 154–155; I.G. та інші проти Словаччини, §§ 143–146) [22, с. 50].

Загалом, практика Суду потребує окремого дослідження, проте можна сказати, що Конвенція та Суд є дієвим інструментом захисту прав людини у сфері охорони здоров'я.

2. Право на охорону здоров'я к право людини другого покоління

Життя і здоров'я належить до мериторних благ, які одночасно носять як приватний, так і суспільний характер. В економічному розумінні мериторні блага – це блага, попит на які з боку приватних осіб відстає від бажаної суспільством пропозиції, тому держава повинна їх стимулювати [24, с. 54]. Отож, забезпечення реалізації людиною права на здоров'я здійснюється через систему охорони здоров'я.

Історично система охорони здоров'я розвивалась як сукупність заходів, що здійснювались із метою забезпечення громадського здоров'я (здоров'я населення в цілому) і лише після утвердження концепції прав людини і пріоритету людини

почало утверджуватись суб'єктивне (індивідуальне) право людини на охорону здоров'я.

У різних державах (а інколи і в межах однієї держави) доступ до системи охорони здоров'я є нерівномірним, що зумовлено як економічними, так і соціальними чинниками, різними умовами доступу до досягнень науки тощо. Такі відмінності, як правило, є результатом соціально-економічної політики держави, що впливає на середовище життєдіяльності людини, тобто умови народження, розвитку, освіти, праці та житла людини.

Розуміючи необхідність здійснення державою певних кроків задля реалізації фундаментальних прав людини, включаючи здоров'я, міжнародна спільнота закріпила у відповідних документах низку прав, що стосуються умов життя кожної людини, засновані на ідеях рівності та гарантованого доступу до основних соціальних та економічних благ, які пізніше назвали правами другого покоління.

Стаття 12 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права не лише закликає держави, які беруть участь у цьому Пакті, до визнання права на найвищий досяжний рівень здоров'я, а й указує на ті заходи, яких повинні вжити держави-учасниці цього Пакту для повного здійснення цього права.

Як зазначає Економічна та соціальна Рада ООН (далі – ЕКОСОП), коментуючи статтю 12 Пакту, право на здоров'я тісно пов'язане та залежить від реалізації інших прав людини, як це міститься в Міжнародному Біллі про права, включаючи права на харчування, житло, роботу, освіту, людську гідність, життя, недискримінацію, рівність, заборона катувань, конфіденційність, доступ до інформації та свободи об'єднання, зібрань та пересування. Ці та інші права та свободи стосуються невід'ємних складників права на здоров'я [20].

При цьому наголошується, що право на здоров'я не слід розуміти як право бути здоровим, однак ці права включають право на систему охорони здоров'я, яка забезпечує рівні можливості для людей користуватися найвищим досяжним рівнем здоров'я.

Таким чином, охорона здоров'я є засобом реалізації права на здоров'я, тому право на охорону здоров'я є самостійним правом людини – правом другого покоління.

Стаття 49 Конституції України гарантує кожному право на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування. Стаття 283 Цивільного кодексу України визначає право на

охорону здоров'я як особисте немайнове право людини, що забезпечується системною діяльністю державних та інших організацій, передбаченою Конституцією України та законом.

Конституційна гарантія знаходить свій розвиток у статтях 6 (кожний громадянин України має право на охорону здоров'я), статті 8 (держава визнає право кожного громадянина України на охорону здоров'я і забезпечує його захист) та статті 25 Основ законодавства України про охорону здоров'я (держава забезпечує життєвий рівень населення, включаючи їжу, одяг, житло, медичний догляд, соціальне обслуговування і забезпечення, який є необхідним для підтримання його здоров'я).

Легальне визначення охорони здоров'я міститься у статті 3 Основ законодавства України про охорону здоров'я та становить систему заходів, спрямованих на збереження та відновлення фізіологічних і психологічних функцій, оптимальної працездатності та соціальної активності людини за умов максимальної біологічно можливої індивідуальної тривалості її життя. Таких заходів уживають органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи, заклади охорони здоров'я; фізичні особи-підприємці, які зареєстровані у встановленому законом порядку та які одержали ліцензію на право провадження господарської діяльності з медичної практики; медичні та фармацевтичні працівники, фахівці з реабілітації, громадські об'єднання і громадяни.

Науковці дають схожі визначення охорони здоров'я. Так, А. Семенова, проаналізувавши термін «охорона прав» та «охорона суб'єктивних прав», доходить висновку, що охороною здоров'я слід уважати діяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, закладів охорони здоров'я, медичних і фармацевтичних працівників, а також громадян, спрямовану на здійснення політичних, правових, соціально-економічних, організаційно-технічних, наукових, культурних, медичних, лікувально-профілактичних, санітарно-гігієнічних та інших заходів із метою збереження та зміцнення фізичного та психічного здоров'я кожної людини, підтримання її працездатності, довголітнього й активного життя, а також недопущення вияву чинників, які негативно впливають на здоров'я [25, с. 146].

Охорона здоров'я повинна базуватись на певних принципах, реалізація яких залежать від конкретних соціально-економічних умов у різних державах та регіонах. ЕКОСОР називає їх

елементами права на здоров'я та наголошує, що вони є зразковими (невичерпний каталог) і кожна держава може їх розвинути.

Насамперед система охорони здоров'я має бути наявною (Availability). Хоча кількість закладів охорони здоров'я та медичних послуг і програм може відрізнятись залежно від рівня розвитку держави, однак мають бути наявні основні складники здоров'я, такі як безпечна та якісна питна вода, відповідні санітарно-гігієнічні споруди, лікарні, клініки та інші споруди, пов'язані зі здоров'ям, кваліфікований медичний та професійний персонал, який отримує конкурентоспроможні на внутрішньому рівні зарплати, та наявні основні ліки.

Окрім того, система охорони здоров'я має бути доступною (Accessibility). Доступність передбачає фізичну доступність для всіх, включаючи особливо вразливі верстви населення (етнічні меншини та корінне населення, жінки, діти, підлітки, люди похилого віку, інваліди та особи з ВІЛ/СНІД). Заклади охорони здоров'я, а також питна вода та харчування повинні бути територіально доступні, пристосовані для маломобільних груп населення, мати зручний графік роботи тощо.

Доступність означає також недискримінацію. Заклади охорони здоров'я повинні бути доступні законодавчо і фактично, без дискримінації на будь-якій із заборонених підстав. Не менш важливою є економічна доступність, коли заклади охорони здоров'я, товари та послуги є доступними для всіх. Оплата послуг охорони здоров'я, а також послуг, пов'язаних з основними чинниками здоров'я, повинна базуватися на принципі справедливості, гарантуючи, що ці послуги, приватні чи державні, будуть доступними для всіх, включаючи соціально незахищені групи. Стаття 6 (пункт «и») Основ законодавства України про охорону здоров'я вказує, що право на охорону здоров'я передбачає правовий захист від будь-яких незаконних форм дискримінації, пов'язаних зі станом здоров'я.

Принцип доступності включає доступність до інформації, що означає можливість шукати, отримувати та передавати інформацію та ідеї, що стосуються питань охорони здоров'я, за умови забезпечення конфіденційності особистих даних про здоров'я.

Система охорони здоров'я повинна забезпечувати прийнятність (Acceptability). Усі заклади охорони здоров'я, товари та послуги, що забезпечують охорону здоров'я, повинні

дотримуватись вимог медичної етики та інших етичних (культурних) норм суспільства, бути чуйними та уважними до потреб людини.

Не менш важливим елементом є вимога якості (Quality). Окрім того, що заклади охорони здоров'я, товари та послуги мають бути етично (культурно) прийнятними, вони також повинні бути науково та медично доцільними та якісними, що, окрім іншого, включає вимогу щодо кваліфікованого медичного персоналу, науково затверджених, якісних ліків та лікарняного обладнання, безпечної питної води та належних санітарних умов.

В Україні якість надання медичної допомоги контролюється керівництвом відповідних медичних закладів та на зовнішньому рівні державними органами виконавчої влади (шляхом проведення ліцензування, акредитацій, атестацій медичного персоналу, а також через діяльність клініко-експертних комісій та медичних рад).

Як невід'ємні складники права на охорону здоров'я Основи законодавства України про охорону здоров'я (стаття 6) передбачають: життєвий рівень, включаючи їжу, одяг, житло, медичний догляд та соціальне обслуговування і забезпечення, що є необхідним для підтримання здоров'я людини; безпечне для життя і здоров'я навколишнє природне середовище; санітарно-епідемічне благополуччя території і населеного пункту, де він проживає; безпечні і здорові умови праці, навчання, побуту та відпочинку; кваліфіковану медичну та реабілітаційну допомогу, включаючи вільний вибір лікаря та фахівця з реабілітації, вибір методів лікування та реабілітації відповідно до рекомендацій лікаря та фахівця з реабілітації, вибір закладу охорони здоров'я; достовірну та своєчасну інформацію про стан свого здоров'я і здоров'я населення, включаючи наявні і можливі фактори ризику та їх ступінь; інформування про доступні медичні та реабілітаційні послуги із застосуванням телемедицини і телереабілітації, а також низку прав щодо участі громадськості у сфері охорони здоров'я та інші.

У частині 2 статті 12 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права зазначено, що для досягнення найвищого рівня здоров'я держави-учасниці цього Пакту повинні вжити певних заходів. Мініміально необхідними є: а) забезпечення скорочення мертвонароджуваності та дитячої смертності і здорового розвитку дитини; б) поліпшення всіх аспектів гігієни зовнішнього середовища і гігієни праці в

промисловості; с) запобігання і лікування епідемічних, ендемічних, професійних та інших хвороб і боротьби з ними; d) створення умов, які б забезпечували всім медичну допомогу і медичний догляд у разі хвороби.

Отож, і міжнародний акт, і український законодавець розглядають право на медичну допомогу та право на безпечне довкілля як складові частини права на охорону здоров'я.

Стаття 3 Основ законодавства України про охорону здоров'я визначає медичну допомогу як діяльність професійно підготовлених медичних працівників, спрямовану на профілактику, діагностику, лікування та реабілітацію у зв'язку з хворобами, травмами, отруєннями і патологічними станами, а також вагітністю та пологами.

На основі міжнародного законодавства та доктрини раніше було запропоновано таке визначення поняття права на медичну допомогу: це можливість кожної людини вимагати від суб'єктів, що здійснюють медичне обслуговування населення, вжиття комплексу заходів, які спрямовані на профілактику, діагностику, лікування і реабілітацію фізичного й психічного стану її здоров'я [26].

Зміст права на медичну допомогу розкривається у статті 284 Цивільного кодексу України і включає право на надання кваліфікованої медичної допомоги, право на вибір лікаря та його заміну, на вибір методів лікування відповідно до його рекомендацій, а також право відмовитися від лікування. Науковці зазначають, що право на медичну допомогу як особисте немайнове право пацієнта включає: права, пов'язані з наданням медичної допомоги, права, пов'язані з інформованою згодою пацієнта, права, що забезпечують медичну таємницю [27].

ЕКОСОП, коментуючи статтю 12 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права, зазначає, що «покращення всіх аспектів екологічної та виробничої гігієни» (ст. 12.2 (b)), зокрема, включає, профілактичні заходи щодо нещасних випадків на виробництві та захворювань; вимогу забезпечити належне забезпечення безпечною та питною водою та базовими санітарними умовами; запобігання та зменшення впливу населення на шкідливі речовини, як-от радіація та шкідливі хімічні речовини або інші шкідливі умови навколишнього середовища, що безпосередньо чи опосередковано впливають на здоров'я людей. Крім того, промислова гігієна належить до мінімізації, наскільки це обґрунтовано можливо, причин небезпеки для здоров'я,

властивих робочому середовищу. Стаття 12.2 (b) також охоплює належне житло та безпечні та гігієнічні умови праці, достатнє постачання їжі та належне харчування, а також перешкоджає зловживанню алкоголем та вживанню тютюну, наркотиків та інших шкідливих речовин.

Такі чинники включаються до змісту права на безпечне довкілля. Право людини право на безпечне для життя і здоров'я довкілля становить юридичну можливість проживати в такому середовищі, яке не завдає шкоди її здоров'ю і життю, є безпечним, таким, що не завдає шкоди. Зміст цього права (як суб'єктивного цивільного права) включає, по-перше, право проживати (перебувати) в сприятливому навколишньому середовищі, безпечному для життя і здоров'я людини; по-друге, право вимагати від інших осіб усунення будь-яких небезпек (перешкод) під час здійснення цього права у встановленому законодавством порядку; по-третє, право захист, включаючи можливість звернення за захистом до відповідних державних органів та осіб, а також можливість самозахисту.

Стаття 50 Конституції України вказує, що кожен має право на безпечне для життя і здоров'я довкілля та на відшкодування завданої порушенням цього права шкоди. Зміст цього особистого немайнового права розкривається у статті 239 Цивільного кодексу України та включає: право на безпечний стан та інформацію про стан навколишнього природного середовища; право на безпечні для фізичної особи продукти споживання (харчові продукти та предмети побуту) та інформацію про їх якість; право на належні, безпечні і здорові умови праці, проживання, навчання тощо; право на захист та відшкодування шкоди у разі порушення таких прав.

Таким чином, міжнародні акти та основний закон наголошують на тому, що реалізація права на права життя залежить від сприятливого навколишнього середовища. Людина як біологічна та соціальна істота не може існувати за умов, що навколишнє середовище не є безпечним. Окрім іншого, право людини на безпечне довкілля включає право на безпечні для людини продукти споживання.

Відповідно до статей 3 та 14, 15 Закону України «Про захист прав споживачів» від 12 травня 1991 року [28] споживач має право на те, щоб продукція за звичайних умов її використання, зберігання і транспортування була безпечною для його життя, здоров'я, навколишнього природного середовища, а також не

завдавала шкоди його майну та право на інформацію про вміст шкідливих для здоров'я речовин, які встановлені нормативно-правовими актами, та застереження щодо застосування окремої продукції, якщо такі застереження встановлені нормативно-правовими актами.

Стаття 1 цього ж закону дає таке визначенні поняття «безпека продукції», як відсутність будь-якого ризику для життя, здоров'я, майна споживача і навколишнього природного середовища за звичайних умов використання, зберігання, транспортування, виготовлення й утилізації продукції.

У Законі України «Про загальну безпечність нехарчової продукції» від 02 грудня 2010 року [29] міститься загальна вимога про те, що виробники зобов'язані вводити в обіг лише безпечну продукцію (стаття 4) та визначається, що безпечною є будь-яка продукція, яка за звичайних або обґрунтовано передбачуваних умов використання (як-от щодо строку служби та за необхідності введення в експлуатацію вимог стосовно встановлення і технічного обслуговування) не становить жодного ризику чи становить лише мінімальні ризики, зумовлені використанням такої продукції, які вважаються прийнятними і не створюють загрози суспільним інтересам, ураховуючи: характеристики продукції, як-от її склад, упаковка, вимоги щодо встановлення і технічного обслуговування; вплив продукції на іншу продукцію, якщо вона буде використовуватися разом із нею; попередження, що містяться на етикетці продукції, в інструкції з її використання та знищення, а також в іншій інформації стосовно продукції; застереження щодо споживання чи використання продукції певними категоріями населення (дітьми, вагітними жінками, людьми похилого віку тощо).

Відповідно до пункту 7 частини 1 статті 1 Закону України «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів» від 23 грудня 1997 року [30] безпечний харчовий продукт – харчовий продукт, який не завдає шкідливого впливу на здоров'я людини та є придатним для споживання.

Так, спеціальні закони у сфері захисту прав споживачів указують на те, що безпечною для людини та навколишнього середовища є продукція, яка не містить небезпеки як для людини, так і для навколишнього природного середовища. Водночас навколишнє природне середовище буде безпечним за умови, якщо всі виробники продукції будуть дотримуватись вимог законодавства і випускати в обіг лише безпечну продукцію.

У 2019 році Україна задля поліпшення стану навколишнього природного середовища затвердила «Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2030 року» [31], якою (серед інших стратегічних Цілей та Завдань Національної екологічної політики) визначила: зниження екологічних ризиків із метою мінімізації їх впливу на екосистеми, соціально-економічний розвиток та здоров'я населення. Законодавець демонструє розуміння взаємозалежності безпечного для здоров'я людини стану навколишнього природного середовища та поліпшення екологічної ситуації з підвищенням загальних вимог до безпеки продукції, яка випускається в Україні.

Отже, право на охорону здоров'я є правом людини другого покоління і включає право вимагати від держави наявності якісної системи охорони здоров'я, право на медичну допомогу та на безпечне середовище життєдіяльності людини, а також право на захист та відшкодування шкоди у разі порушення таких прав.

3. Новітні права людини у сфері охорони здоров'я

Розвиток людства є неперервним, і ми бачимо як фундаментальне право на здоров'я реалізується через право другого покоління – право на охорону здоров'я, що співвідноситься з колективним правом на безпеку. До того ж поступ науки та технологій поставив перед людиною нові виклики, зокрема у сфері охорони здоров'я, тому неминучою стала поява новітніх прав, які ще називають правами четвертого покоління.

С. Болдіжар до цієї групи прав зараховує, зокрема, право на евтаназію, штучне запліднення, клонування, використання віртуальної реальності, одностатеві шлюби тощо, пропонуючи виокремлювати три етапи розвитку та становлення прав людини четвертого покоління у сфері охорони здоров'я, а саме: етап становлення системи прав четвертого покоління прав людини у сфері охорони здоров'я в Україні; етап конституційного визнання та подальшого закріплення прав четвертого покоління прав людини у сфері охорони здоров'я в Україні; новітній етап еволюції прав четвертого покоління прав людини у сфері охорони здоров'я в Україні [32].

Т. Попович, А. Шаварин під четвертим поколінням прав людини розуміють комплекс прав, що сформувалися на зламі ХХ–ХХІ століть та виникли у результаті науково-технічного прогресу, відкриттів у медицині, біології, генетиці, космічній сфері тощо,

які ще повністю не визнані міжнародною спільнотою та потребують належного нормативного врегулювання [33].

Цілі сталого розвитку (3.7) закликають до 2030 року забезпечити загальний доступ до послуг з охорони сексуального та репродуктивного здоров'я, включаючи послуги з планування сім'ї, інформування та просвіту, урахування питань охорони репродуктивного здоров'я в національних стратегіях і програмах.

ЕКОСОП, коментуючи статтю 12 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права, зазначає, що право на здоров'я містить як свободи, так і права. Свободи включають право контролювати своє здоров'я та тіло, включаючи сексуальну та репродуктивну свободу, та право бути вільним від втручання, як-от право бути вільним від катувань, медичного лікування та експериментів, які не погоджуються. Ці права включають право на систему охорони здоров'я, яка забезпечує рівні можливості для людей користуватися найвищим досяжним рівнем здоров'я. Комітет тлумачить право на здоров'я, як це визначено у статті 12.1, як всеохопне право на захист не лише своєчасного та належного медичного обслуговування, а й основних факторів, що визначають стан здоров'я, як-от доступ до безпечної та питної води та належних санітарних умов, належне забезпечення безпечним харчуванням, харчуванням та житлом, здоровими професійними та екологічними умовами, а також доступ до медичної освіти та інформації, включаючи питання сексуального та репродуктивного здоров'я. Наступним важливим аспектом є участь населення у всіх процесах прийняття рішень, пов'язаних зі здоров'ям, на громадському, національному та міжнародному рівнях.

До новітніх прав (прав четвертого покоління) у сфері охорони здоров'я необхідно зарахувати репродуктивні та сексуальні права, права на участь у медичних дослідженнях та інформацію про них, трансплантацію, право на гідну смерть та інформаційні права у сфері охорони здоров'я.

Захист індивідуальності людини став передумовою розробки та впровадження міжнародних актів, направлених на захист людини як пацієнта. Ідеться насамперед про Лісабонську декларацію щодо прав пацієнта, що прийнята Всесвітньою медичною асамблеєю в Португалії вересень/жовтень 1981 р. [34], Декларацію про розвиток прав пацієнтів у Європі, що прийнята ВОЗ у 1994 році [35], та Європейську хартію прав пацієнтів від 15.11.2002 р. [36].

Стаття 3 Лісабонської декларації щодо прав пацієнта та стаття 5 Європейської хартії прав пацієнтів серед визначальних прав пацієнта називають право на індивідуальну автономію, яке передбачає, що пацієнт має право на самостійне прийняття рішень стосовно себе. Лікар повинен поінформувати пацієнта щодо наслідків його/її рішення. А також кожна людина має право вільно обирати різні види лікувань, процедури та лікарів на основі адекватної інформації. Пацієнт має право обирати метод діагностики та лікування та те, до якого лікаря або лікарні звертатися.

Національне законодавство закріплює це право у статті 38 Основ, яка визначає, що кожен пацієнт, який досяг чотирнадцяти років і звернувся за наданням йому медичної допомоги, має право на вільний вибір лікаря, якщо останній може запропонувати свої послуги, та вибір методів лікування відповідно до його рекомендацій. Кожний пацієнт має право, коли це виправдано його станом, бути прийнятим у будь-якому закладі охорони здоров'я за своїм вибором, якщо цей заклад має можливість забезпечити відповідне лікування.

Стаття 284 Цивільного кодексу України проголошує право фізичної особи на надання їй медичної допомоги незалежно від будь-яких обставин. Відповідно до цього фізична особа, яка досягла 14 років і яка звернулася за наданням їй медичної допомоги, має право на вибір лікаря та вибір методів лікування відповідно до його рекомендацій

Пріоритет інтересів окремої людини над інтересами суспільства та науки проголошує Конвенція про захист прав та гідності людини, зважаючи на використання досягнень біології та медицини (Конвенція про права людини та біомедицину), яка прийнята Радою Європи 04.04.1997 р. в Ов'єдо [37]. Конвенція наголошує, що будь-яке втручання у сферу здоров'я може здійснюватися тільки після добровільної та свідомої згоди на нього відповідної особи. Сьогодні інститут добровільної інформованої згоди є невід'ємною частиною прав людини у сфері охорони здоров'я і визначається як право на згоду (стаття 4 Європейської хартії прав пацієнтів). Лісабонська декларація закріплює у статті 3 (б) «право на самостійність»: психічно здоровий, дорослий пацієнт має право давати або утримуватися від згоди на отримання будь-якої діагностичної процедури або лікування. Питання вільної та інформованої згоди або відмови

пацієнта закріплюється у вітчизняних нормативно-правових актах і вони цілком відповідають міжнародним стандартам.

Конвенція про права людини та біомедицину право на захист людської гідності окреслює як ціль у статті 1: сторони цієї конвенції зобов'язані захищати гідність та індивідуальність усіх людей і гарантувати це право кожному без дискримінації, поважати їх цілісність та інші права і фундаментальні свободи щодо біології та медицини.

Українське законодавство закріплює право на повагу до людської гідності у статті 28 Конституції України, де виокремлюється питання медичного примусу та необхідності вільної згоди: ніхто не може бути підданий катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує його гідність, поводженню чи покаранню; жодна людина без її вільної згоди не може бути піддана медичним, науковим чи іншим досліддам.

Щодо права на повагу до людської гідності, то Європейський суд із прав людини у справі Невмержицького проти України (*Nevmerzhitsky v. Ukraine*) установив порушення статті 3 Конвенції стосовно невідповідного медичного лікування та ненадання допомоги заявнику під час його перебування в місці позбавлення волі, що призвело до нелюдського та такого, що принижує гідність, поводження.

Подальший розвиток індивідуальності людини дає можливість дослідникам виокремлювати як окрему групу прав людини соматичні права [38; 39; 40], до яких належать репродуктивні права, сексуальні права, право на зміну статі та права людини щодо її органів і тканин.

Ю. Турянський зазначає, що предметом правової вимоги соматичних прав є тілесність людини, що стосується персональних характеристик особистості і може охоплювати не тільки наявну сутність, а й гіпотетичні зміни, зумовлені модернізацією, вдосконаленням, видозміною своєї тілесності. До цієї групи прав зараховують, зокрема, можливості: 1) визначати особливості функціонування та зовнішнього виразу цілісного тіла як людського організму; 2) здійснювати такі дії щодо певного органу (органів) чи тканин; 3) розпоряджатися тими біологічними компонентами, які вже відмежовані від тіла, як-от частини тканин, ДНК, кров, репродуктивний матеріал тощо [41, с. 3]. Автор також виокремлює сексуальні права, які «є основними для вияву індивідуальності людини та безпосередньо стосуються її тілесності: право на сексуальне здоров'я як стан

фізичного, емоційного, психічного та соціального добробуту стосовно сексуальності особи; право на сексуальне життя, що передбачає можливість індивідуального вибору статевого життя, його наявності чи відсутності; право захисту від сексуальної експлуатації, насильства і розбещення; право захисту від каліцтва статевих органів, які здійснюються за немедичними показниками; право на недискримінацію за статевою орієнтацією; доступ до інформації та освіти, що стосуються сексуальності та сексуального здоров'я» [42, с. 327].

Важливим питанням є доступ до операції зі зміни статі та інших методів лікування транссексуалів. Незважаючи на те, що Європейський Суд із прав людини не визнав загального права на доступ до такої процедури, він установив, що процедури для такого лікування, які не покриває страхова компанія, можуть порушувати статтю 8 (Schlumpf v. Швейцарія; Van Kuck проти Німеччини). Аналогічно Суд установив порушення, коли відсутність закону, що регулює операцію зі зміни статі, перешкоджає медичним установам надавати доступ до таких процедур (L. проти Литви, § 57) [22, с. 80]. У багатьох країнах питання гендерної ідентичності порушуються на рівні закону (Іспанія, Аргентина) чи Конституційного Суду (Німеччина). В Україні ж проблема доступу до операцій про зміну статі має більше питань, ніж відповідей. З одного боку, допускається і визнається державою зміна статі людини, проте лише щодо осіб, яким здійснено хірургічне втручання. Зміна статі стосується також репродуктивної функції і може стосуватись інтересів інших осіб, наприклад іншого з подружжя.

Питання народження та вмирання є найбільш гострими у біоетиці та праві. Отож, необхідність захисту прав людини в процесі застосування репродуктивних технологій призвела до виокремлення групи прав, що разом називають репродуктивні права [42; 43] і зараховують до прав людини четвертого покоління.

До репродуктивних необхідно уналежити право людини вільно приймати рішення щодо свого репродуктивного здоров'я, народження чи відмови від народження дитини, а також можливість отримати допомогу та доступ до інноваційних технологій у цій сфері.

У справі Р. та S. проти Польщі Європейський Суд із прав людини повторив, що поняття приватного життя у значенні статті 8 поширюється як на рішення стати батьками, так і

рішення про те, щоб не бути батьками. У справі R.R. проти Польщі Суд нагадав, що «приватне життя» – це широке поняття, яке включає *inter alia*, право на особисту автономію і особистий розвиток. Суд вирішив, що поняття особливої автономії є важливим принципом, який лежить в основі його гарантій. Поняття приватного життя стосується таких предметів, як гендерна ідентифікація, сексуальна орієнтація і статеве життя, фізична і психологічна недоторканність особи. Суд вирішив, що поняття приватного життя застосовується щодо рішень як мати, так і не мати дитину, а також стати батьками (§ 180), Діксон (Dickson) проти Сполученого Королівства [GC], § 66) [22, с. 48].

Права людини як пацієнта під час трансплантації органів та тканин належать до прав людини у сфері біомедицини, що робить їх спеціалізованими правами, які виникають лише у сфері застосування біомедичних технологій на людині [44].

Плахотнюк та Григоренко зазначають, що «права людини як пацієнта під час трансплантації органів та тканин належать до прав людини у сфері біомедицини, що робить їх спеціалізованими правами, які виникають лише у сфері застосування біомедичних технологій на людині», оскільки «права людини є єдиним засобом захисту людської гідності» [45, с. 174], тому виокремлення спеціалізованих прав людини в такій новій сфері відносин, як біомедицина, дасть змогу належним чином захистити людину під час медичного втручання в цілісність людської біології.

Конвенція про права людини та біомедицину у статті 19 встановлює загальне правило, що видалення у живого донора органів і тканин для цілей трансплантації може здійснюватися тільки з метою лікування реципієнта та за відсутності необхідного органа чи необхідної тканини померлої особи та іншого альтернативного методу лікування порівнянної ефективності. Окрім того, у статті 21 визначено керівний принцип трансплантації, згідно з яким тіло людини та його частини як такі не повинні бути джерелом отримання фінансової вигоди. Україна не ратифікувала Конвенцію про права людини та біомедицину, що не сприяє ефективному провадженню міжнародних стандартів у сфері трансплантації.

Стаття 11 Європейської соціальної хартії, окрім іншого, закликає країни, що її ратифікували, забезпечити діяльність консультативно-просвітницьких служб, які б сприяли поліпшенню здоров'я і підвищенню особистої відповідальності у

питаннях здоров'я, а також запобігати епідемічним, ендемічним та іншим захворюванням, а також нещасним випадкам.

Просвітницька робота у сфері охорони здоров'я надзвичайно важлива щодо дітей та підлітків, оскільки на їх здоров'я досить часто впливає оточення. Серед новітніх проблем у сфері здоров'я підлітків в останні десятиліття порушували питання здорового способу життя, належного харчування (попередження нервової булімії та ожиріння), а також паління, алкоголізм та наркоманія. Для виховання здорового способу життя молоді важливою є робота у цьому напрямі інститутів громадянського суспільства, зокрема молодіжних клубів та організацій. Необхідним є також виховання у молоді відповідального ставлення до здоров'я майбутньої матері та до свого репродуктивного здоров'я загалом, зокрема шляхом проведення регулярних оглядів, відповідного медико-генетичного консультування, а також популяризація здорового способу життя у засобах масової інформації.

Право на інформацію та можливість поширювати ідеї та погляди набуло особливого значення в епоху цифровізації та інтернету. Інформація про чинники, які можуть вплинути на здоров'я, а також про доступні медичні послуги та програми повинна бути не лише доступною, а й достовірною.

Щодо реалізації права на здоров'я людей похилого віку ЕКОСОР у загальному коментарі 14 до Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права наголошує на важливості комплексного підходу, що поєднує елементи профілактичного, лікувального та реабілітаційного лікування здоров'я. Такі заходи повинні базуватися на періодичних оглядах обох статей; фізичних, а також психологічних реабілітаційних заходів, спрямованих на підтримку функціональності та автономності літніх людей; а також увазі та турботі про хронічно та невиліковно хворих людей, позбавляючи їх нестерпного болю та дозволяючи гідно померти.

Питання про право людини на гідну смерть (евтаназію) є дискусійним у праві та біоетиці. В Україні (відповідно до частини 4 статті 281 Цивільного Кодексу України) забороняється задоволення прохання фізичної особи про припинення її життя. Проте за даними Вікіпедії станом на 2021 рік, евтаназію в певній формі офіційно дозволено лише в кількох країнах: Бельгії, Люксембурзі, Нідерландах, Португалії, Швейцарії, Німеччині, Канаді, Колумбії, частині Австралії, деяких штатах США та незабаром Іспанії [46].

За визначенням Ю. Турянського, право людини на гідну смерть полягає у «можливості реалізації пасивного виду евтаназії, для якого характерне відключення невеличково хворої людини від апаратів, що штучно підтримують її життєдіяльність, за самотійною та усвідомленою волею людини та ґрунтується на гуманному ставленні до людини та повазі до її автономної волі» [41, с. 28].

У справі Претті (Pretty) проти Сполученого Королівства Суд уперше дійшов висновку, що право на вибір способу своєї смерті є елементом приватного життя відповідно до статті 8 (§ 67). Пізніше у світлі своєї прецедентної практики ЄСПЛ вказав, що право особи вирішувати, яким чином і в який час її життя повинно закінчитися за умови, що вона може вільно висловити своє бажання на цей рахунок і діяти згодом, є одним з аспектів права на повагу до приватного життя за змістом статті 8 Конвенції (Хаас (Haas) проти Швейцарії, п. 51) [22, с. 59].

Не менш важливим є право на участь населення в ухваленні рішень із питань здоров'я.

Рекомендація № R (2000) 5 Комітету міністрів РЄ державам-учасницям про розвиток форм участі громадян і пацієнтів у процесі ухвалення рішень, що впливають на медичне обслуговування, прийнята 24 лютого 2000 року, «визначаючи основне право громадян у вільному та демократичному суспільстві визначати цілі та завдання сектора охорони здоров'я», рекомендує урядам держав-членів забезпечити, щоб участь громадян поширювалась на всі аспекти систем охорони здоров'я на національному, регіональному та місцевому рівнях і повинна дотримуватися всіма операторами систем охорони здоров'я, включаючи фахівців, страховиків та органи влади. [47] У пункті 1 (1) Додатку Настанови, Комітет міністрів зазначає, що право громадян та пацієнтів брати участь у процесі прийняття рішень, що стосуються охорони здоров'я, якщо вони цього хочуть, слід розглядати як фундаментальну та невід'ємну частину будь-якого демократичного суспільства.

Далі урядам держав-учасниць надано конкретні рекомендації. Зокрема, необхідно розробляти політику та стратегії, що сприяють забезпеченню прав пацієнтів та участі громадян у прийнятті рішень в галузі охорони здоров'я, а також забезпечують їх розповсюдження, моніторинг та оновлення. Окрім того, участь пацієнта повинна бути невід'ємною частиною систем охорони здоров'я як така, неодмінним складником у

поточних реформах охорони здоров'я. Прийняття рішень має бути більш демократичним, забезпечуючи: чіткий розподіл обов'язків щодо прийняття рішень у галузі охорони здоров'я; відповідний вплив усіх груп інтересів, включаючи громадські асоціації, що займаються питаннями охорони здоров'я, а не лише деяких зацікавлених сторін (професіоналів, страховиків тощо); доступ громадськості до політичних дебатів із таких питань; де це можливо, участь громадян на етапах виявлення проблем та розробки політики; участь не повинна обмежуватися вирішенням проблем та простим вибором рішень, які вже були розроблені. Окрім того, рекомендовано використовувати, де це можливо, громадські слухання.

Право на участь в Україні реалізується через обов'язок державних органів та закладів охорони здоров'я сприяти реалізації права громадян на участь в управлінні охороною здоров'я (стаття 24 Основ законодавства України про охорону здоров'я), а також через можливість залучення представників громадськості до роботи спостережних рад при державних та комунальних закладах охорони здоров'я, що надають медичну допомогу вторинного і третинного рівнів, із якими головними розпорядниками бюджетних коштів укладені договори про медичне обслуговування населення.

Спостережні ради розглядають питання, зокрема, щодо дотримання прав та забезпечення безпеки пацієнтів, додержання вимог законодавства під час медичного обслуговування населення закладом охорони здоров'я, фінансово-господарської діяльності закладу охорони здоров'я.

Відповідно до частини 4 статті 24 Основ законодавства України про охорону здоров'я до складу спостережної ради закладу охорони здоров'я, крім представників власника закладу охорони здоров'я (уповноваженого ним органу) та відповідних органів виконавчої влади та/або органів місцевого самоврядування, входять (за їх згодою) депутати місцевих рад, представники громадськості та громадських об'єднань, діяльність яких спрямована на захист прав у сфері охорони здоров'я, організацій, що здійснюють професійне самоврядування у сфері охорони здоров'я.

Ще однією формою участі громадськості у прийнятті рішень із питань здоров'я є участь благодійників, представників громадськості та громадських об'єднань, благодійних, релігійних

організацій, а також волонтерів у роботі опікунських рад при закладах охорони здоров'я

Окрім того, організації, що здійснюють професійне самоврядування у сфері охорони здоров'я, та інші громадські об'єднання, діяльність яких спрямована на захист прав у сфері охорони здоров'я, іноземні неурядові організації можуть брати участь у визначенні змісту та шляхів виконання державних цільових та місцевих програм у сфері охорони здоров'я, здійсненні відповідних заходів, вирішенні кадрових, наукових та інших питань державної політики.

Питання захисту здоров'я людини в період епідемій та пандемій стає все більш нагальним сьогодні, коли людство бореться з черговою пандемією хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2. Україна, як й інші держави світу, вживає заходів для локалізації поширення захворювання, які не завжди відповідають конституційним нормам та гарантують дотримання прав людини [48].

Як зазначалось раніше, індивідуальним правам людини у сфері охорони здоров'я історично передували заходи забезпечення громадського здоров'я. Так, наприклад, обмеження права пересування як засіб запобігання поширення інфекцій успішно використовували на початку ХХ століття.

Аналізуючи періоди спалахів епідемій та пандемій кінця ІХ – початку ХХ століття, можна дійти висновку, що саме у ті часи відбулися перші відкриття, які становили основу для подальших механізмів у боротьбі з пандеміями, до яких можна зарахувати ізоляцію, очищення навколишнього середовища від вірусу, створення індивідуальних засобів захисту та боротьби із джерелом виникнення хвороб. Період іспанського грипу характеризується специфікою карантинних заходів. Так, було заборонено відвідувати публічні місця (суди, школи, церкви, театри, кінотеатри), деякі підприємці у галузі торгівлі власноруч забороняли людям відвідувати свої заклади [49], було створено перші безконтактні доставки продуктів харчування для жителів міст.

Стаття 9 Основ визначає обмеження прав громадян, пов'язані зі станом їх здоров'я, і допускає обмеження прав інших громадян у зв'язку із встановленням карантину виключно з підстав і в порядку, передбачених законом. Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про захист населення від інфекційних хвороб» щодо запобігання поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19)» від 13.04.2020 р. № 555-ІХ [50], окрім карантину

людей, запровадив такі нові засоби обмеження пересування, як обсервація (перебування особи, стосовно якої є ризик поширення інфекційної хвороби, в обсерваторії з метою її обстеження та здійснення медичного нагляду за нею) та самоізоляція (перебування особи, стосовно якої є обґрунтовані підстави щодо ризику інфікування або поширення нею інфекційної хвороби, у визначеному нею місці (приміщенні) з метою дотримання протиепідемічних заходів на основі зобов'язання особи). На практиці найбільш дієвим засобом обмеження контактів людей виявилась самоізоляція, оскільки дозволяла максимально забезпечити індивідуальний підхід.

Пандемія COVID-19 зумовила прийняття більшістю держав світу низки обмежувальних заходів, спрямованих на мінімізацію контактів між людьми, правову оцінку яких ще потрібно надати, проте все більш очевидним стає висновок про необхідність подальшого перегляду каталогу прав людини у сфері охорони здоров'я. На перший план виходять публічні інтереси – збереження здоров'я населення.

Відповідно до частини 2 статті 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод право на повагу до приватного життя може бути обмежене, якщо воно «здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб» [21].

Досягнення Цілей сталого розвитку, зокрема «забезпечення здорового способу життя та сприяння благополуччю для всіх у будь-якому віці» на національному рівні є можливим, зокрема завдяки належно побудованій і розвиненій системі громадського здоров'я, яка функціонує завдяки зусиллям суб'єктів як публічного (органів державної влади, органів місцевого самоврядування), так і непублічного сектора (міжнародних організацій, фізичних та юридичних осіб), які вживають низку заходів, спрямованих на зміцнення здоров'я населення, запобігання хворобам та збільшення тривалості життя.

4 лютого 2021 року Верховна Рада України ухвалила у першому читанні законопроект «Про систему громадського здоров'я» [51], яким пропонується визначити правові, організаційні, економічні та соціальні засади функціонування системи громадського здоров'я в Україні. У пояснювальній записці до законопроекту необхідність його ухвалення

обґрунтовується потребою вдосконалення законодавства про санітарне та епідемічне благополуччя населення, про захист населення від інфекційних хвороб, яке застаріло та «не відповідає теперішньому рівню розвитку науки, новим відносинам суб'єктів господарювання, органів державної влади та місцевого самоврядування».

Загалом, погоджувачись із необхідністю врегулювати питання забезпечення громадського здоров'я у комплексному нормативному акті, законопроект містить низку недоліків, які необхідно усунути до його ухвалення загалом. Аналіз таких недоліків потребує окремого дослідження, проте (з точки зору концепції прав людини) необхідно зробити такі застереження.

Стаття 14 проекту, визначає права та обов'язки фізичної особи. Зокрема, пропонується надати фізичній особі право на: 1) безпечні для здоров'я і життя харчові продукти, питну воду, умови праці, навчання, виховання, побуту, дозвілля, відпочинку та навколишнє природне середовище; 2) участь у розробці, обговоренні та громадській експертизі проектів програм і планів розвитку системи громадського здоров'я та забезпечення санітарно-епідемічного благополуччя, внесення пропозицій із цих питань до відповідних органів; 3) відшкодування шкоди, завданої їх здоров'ю внаслідок порушення суб'єктами господарювання та громадянами вимог санітарного законодавства; 4) достовірну і своєчасну інформацію про стан свого здоров'я, здоров'я населення, а також про наявні та можливі фактори ризику для здоров'я та їх ступінь. Окремо особи, що хворіють на інфекційні хвороби та є бактеріоносіями, мають право на обстеження та лікування за рахунок держави в межах програм медичних гарантій.

Зважаючи на попередні висновки, пропонувані права є правом на безпеку, правом на участь, правом на захист та правом на інформацію. Проте попередній висновок про те, що право на охорону здоров'я є невідділеним від права на безпеку, вимагає визначення у системі забезпечення громадського здоров'я заходів щодо охорони здоров'я кожного, а не лише населення. Потребує також визначення співвідношення прав людини (індивідуальних) та колективних прав щодо забезпечення громадського здоров'я.

Висновки

Проведене дослідження показало, що фундаментальне право на здоров'я, оскільки потребувало підтримки з боку держави, доповнило право на охорону здоров'я та медичну допомогу. Вплив на здоров'я навколишнього середовища, питної води та продуктів харчування змінив підходи до розуміння права на охорону здоров'я і, відповідно, до його змісту включили право на безпеку довкілля. Подальший розвиток науки та техніки, а також тенденція до автономії (індивідуальності) людини зумовили появу новітніх прав у сфері охорони здоров'я.

Право на здоров'я є особистим немайновим правом, об'єктом якого є здоров'я людини як певний стан людини, що характеризується благополуччям у всіх сферах життєдіяльності людини та має певну якість (рівень). Як фундаментальне право людини першого покоління право на здоров'я гарантується та захищається державою.

Право на охорону здоров'я є правом людини другого покоління і включає право вимагати від держави наявності якісної та доступної системи охорони здоров'я, право на медичну допомогу та право на безпечне середовище життєдіяльності людини, а також право на захист та відшкодування шкоди у разі порушення таких прав.

До новітніх прав (прав четвертого покоління) у сфері охорони здоров'я необхідно зарахувати репродуктивні та сексуальні права, права на участь у медичних дослідженнях, трансплантацію, право на гідну смерть та інформаційні права у сфері охорони здоров'я.

Список використаних джерел:

1. Резолюція, прийнята Генеральною Асамблеєю 25 вересня 2015 «Перетворення нашого світу: порядок денний у сфері сталого розвитку до 2030 року». URL: <https://www.ua.undp.org/content/ukraine/uk/home/library/sustainable-development-report/the-2030-agenda-for-sustainable-development.html>
2. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96ВР. Законодавство України: база даних / Верховна Рада України. Дата оновлення: 01.01.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 24.04.2021).
3. Майданик Р. Право фізичної особи на життя: поняття, елементи, виникнення і припинення. *Публічне право*. 2016. № 3 (23). С. 9–20.

4. Статут (Конституція) Всесвітньої організації охорони здоров'я від 22.07.1946 року. ВООЗ. Законодавство України: база даних. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_599#Text (дата звернення: 24.04.2021).

5. Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України від 19.11.1992 р. № 2801-ХІІ Законодавство України: база даних / Верховна Рада України. Дата оновлення: 23.04.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12#Text> (дата звернення: 24.04.2021).

6. Лефтеров В.О. Проблеми психологічного здоров'я та надання психологічних послуг населенню. *Інтегративна антропологія*. 2013. № 2 (22). С. 47–50.

7. Савчук П., Бакіко І., Ковальчук В., Савчук С. Здоров'я та здоровий спосіб життя: погляди, думки, актуальність теми дослідження. DOI <https://doi.org/10.29038/2220-7481-2018-01-11-17>

8. Бойчук Ю.Д. Сучасні підходи до розуміння сутності здоров'я людини та суміжних з ним понять. Загальна теорія здоров'я та здоров'я збереження: колективна монографія / за заг. ред. проф. Ю.Д. Бойчука. Харків : Вид. Рожко С.Г., 2017. С. 5–16.

9. Загальна декларація прав людини від 10.12.1948 р. Законодавство України: база даних / Міжнародні організації та органи. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text (дата звернення: 24.04.2021).

10. Конвенція про права дитини від 20 листопада 1989 року. Законодавство України: база даних / Міжнародні організації та органи. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021#Text (дата звернення: 24.04.2021).

11. Конвенція ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок від 18 грудня 1979 року. Законодавство України: база даних / Міжнародні організації та органи. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_207#Text (дата звернення: 24.04.2021).

12. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права, ратифіковано Указом Президії Верховної Ради Української РСР № 2148-VIII від 19.10.1973 р. Законодавство України: база даних / Міжнародні організації та органи. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_042 (дата звернення: 24.04.2021).

13. Європейська соціальна хартія (переглянута), Страсбург, 3 травня 1996 року. Законодавство України: база даних / Міжнародні організації та органи. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_062#Text (дата звернення: 24.04.2021).

14. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. Законодавство України: база даних / Верховна Рада України. Дата оновлення: 01.01.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 24.04.2021).

15. Булеца С.Б. Право фізичної особи на життя та здоров'я як об'єкт цивільно-правової регламентації: порівняльно-правовий аналіз регулювання в Україні, Угорській, Словацькій та Чеській республіках : автореф. дис. ... канд. юр. Наук : 12.00.03 / Одеська національна юридична академія. Одеса, 2005. 24 с.

16. Стефанчук Р.О. Здоров'я фізичної особи як об'єкт її особистих немайнових прав. *Форум права*. 2007. № 1. С. 154–160.

17. Лісніча Т.В. Захист особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування фізичної особи (право на життя, здоров'я, свободу та особисту недоторканність) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Харківський національний ун-т внутрішніх справ. Харків, 2007. 208 с.

18. Стефанчук Р.О. Право на здоров'я як особисте немайнове право фізичних осіб. *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права*. 2003. № 2. С. 40–45.

19. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини шостої статті 216 Кримінального процесуального кодексу України від 24 квітня 2018 р. № 3-р/2018. *Вісник Конституційного Суду України*. 2018 № 3. С. 69. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-18>.

20. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 14, The right to the highest attainable standard of health (Twenty-second session, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000), reprinted in *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 at 85 (2003) URL: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW1AVC1NkPsgUedPIF1vfPMJ2c7ey6PAz2qaojTzDJmC0y%2B9t%2BAtGDNzdEqA6SuP2r0w%2F6sVBGTpvTSCbiOr4XVFTqhQY65auTFbQRPWNDxL>

21. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 року. Рада Європи. Законодавство України: база даних / Міжнародні організації та органи. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 24.04.2021).

22. Посібник за статтею 8 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Право на повагу до приватного і

сімейного життя. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/1259d4263dac852ef056_file.pdf

23. Tomov and Others v. Russia, № 18255/10 та 5 інших, 9 квітня 2019 року.

24. Гриценко О.А. Здоров'я людини як об'єкт правового регулювання: *Загальна теорія здоров'я та здоров'я збереження* : колективна монографія / за заг. ред. проф. Ю.Д. Бойчука. Харків : Вид. Рожко С.Г., 2017. С. 53–59.

25. Семенова А. Юридична природа права на охорону здоров'я. *Публічне право*. 2014. № 4 (16). С. 145–149.

26. Блащук Т.В. Право на медичну допомогу та його реалізація в умовах пандемії *COVID-19*. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 11. URL: <http://pgr-journal.kiev.ua/archive/2020/11/2.pdf>

27. Стефанчук Р.О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві : автореф. дис. ... д-ра. юрид. наук : 12.00.03 / Інститут держави і права ім. В.М. Корецького. Київ, 2007.

28. Про захист прав споживачів : Закон України від 12 травня 1991 року № 1023-XII. Законодавство України: база даних / Верховна Рада України. Дата оновлення: 16.10.2020. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1023-12> (дата звернення: 24.04.2021).

29. Про загальну безпечність нехарчової продукції: Закон України від 2 грудня 2010 року № 2736-VI. Законодавство України: база даних / Верховна Рада України. Дата оновлення: 26.03.2020. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2736-17> (дата звернення: 24.04.2021).

30. Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів: Закон України від 23 грудня 1997 року № 771/97-ВР. Законодавство України: база даних / Верховна Рада України. Дата оновлення: 01.01.2021. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/771/97-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 24.04.2021).

31. Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2030 року: Закон України від 22.02.2019 року № 2697-VIII. Законодавство України: база даних / Верховна Рада України. Дата оновлення: 28.02.2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2697-19/conv#n139> (дата звернення: 24.04.2021).

32. Болдіжар С. Еволюція четвертого покоління прав людини у сфері охорони здоров'я. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. №6. С. 110–116. DOI <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.6.20>

33. Попович Т., Шаварин А. Сутнісне наповнення четвертого покоління прав людини DOI <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.49>

34. Лісабонська декларація відносно прав пацієнта, прийнята 34-ю Всесвітньою медичною асамблеєю (Португалія, вересень/жовтень 1981 р.) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/990_016#Text

35. Декларація про політику в галузі забезпечення прав пацієнта у Європі, ВООЗ; 1994 р. Законодавство України: база даних / Міжнародні організації та органи. URL: http://samlib.ru/s/stonogin_s_w/europe.shtml (дата звернення: 24.04.2021).

36. Європейська хартія прав пацієнтів від 15.11.2002 р. Законодавство України: база даних / Міжнародні організації та органи. URL: <https://biogarmonia.com.ua/docs/charter.pdf> (дата звернення: 24.04.2021).

37. Конвенція про захист прав та гідності людини у зв'язку з використанням досягнень біології та медицини (Конвенція про права людини та біомедицину), яка прийнята Радою Європи 04.04.1997 р. в Ов'єдо. Законодавство України: база даних / Міжнародні організації та органи. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_334#Text (дата звернення: 24.04.2021).

38. Шибаніч Д.М. Сучасна проблематика теорії “поколінь прав людини” в умовах європейської міждержавної інтеграції. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2015. Вип. 31. Т.1. С. 57–61.

39. Завальнюк В.В. Соматичні права людини з позиції антропології. *Наукові праці НУ ОЮА*. 2011. С. 20–27.

40. Турянський Ю.І. Соматичні права людини в сучасній доктрині конституціоналізму: теоретико-правове дослідження : монографія. Київ: Видавництво Людмила, 2020. 487 с.

41. Турянський Ю.І. Соматичні права людини в сучасній доктрині конституціоналізму: теоретико-правове дослідження : дис. ... док-ра юрид. наук : 12.00.01. Національний університет «Львівська політехніка». Львів, 2020. 482 с.

42. Дутко А.О., Заболотна М.Р. Репродуктивні права фізичної особи: сутність, поняття та класифікація. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2016. № 3. С. 82–90.

43. Кириченко Т., Старікова Н. Репродуктивні права як предмет цивільно-правового регулювання. *Історико-правовий часопис*. 2015. № 1(5). С. 95–100.

44. Плахотнюк Н.В., Григоренко М.В. Захист прав людини як пацієнта при трансплантації органів та тканин : міжнародний та національний рівень. *Часопис Київського університету права*. 2018. № 3. С. 174–178.

45. Плахотнюк Н.В., Григоренко М.В. Захист прав людини як пацієнта при трансплантації органів і тканин. *Часопис Київського університету права*. 2018. 3. С. 174–178.

46. Евтаназія. Матеріал з Вікіпедії – вільної енциклопедії. <https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%95%D0%B2%D1%82%D0%B0%D0%BD%D0%B0%D0%B7%D1%96%D1%8F>

47. Рекомендація № R (2000) 5 Комітету міністрів РЄ державам-учасникам про розвиток форм участі громадян і пацієнтів у процесі ухвалення рішень, що впливають на медичне обслуговування від 24 лютого 2000 року. URL: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900016804bbc51

48. Blashchuk, T., Balatska, O., & Orlovska, Y. (2021). "Student's Rights for Safe Living and Studying Environment in Pandemic Conditions", *Youth Voice Journal*, URL:<https://www.rj4allpublications.com/product/students-rights-for-safe-living-and-studying-environment-in-pandemic-conditions/>

49. Bentivoglio, M; Pacini, P (1995). Filippo Pacini: A determined observer. *Brain Research Bulletin* 38 (2): 161–5. PMID 7583342. doi:10.1016/0361-9230(95)00083-Q;

50. Про внесення змін до Закону України «Про захист населення від інфекційних хвороб» щодо запобігання поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19) : Закон України від 13.04.2020 р. № 555-IX. Законодавство України: база даних URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/555-20#Text> (дата звернення: 19.04.2021).

51. Проект Закону України про систему громадського здоров'я № 4142 від 22.09.2020 URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70025

Бондаренко О. В.,
кандидат юридичних наук
м. Київ

**УНІВЕРСАЛЬНІ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ ДОКУМЕНТИ
ПРО СВОБОДУ СОВІСТІ ТА ЗАХИСТУ ВІД НЕТЕРПИМОСТІ
І ДИСКРИМІНАЦІЇ ТА КСЕНОФОбІЇ:
ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ**

***Анотація.** Метою проведення зазначеного наукового дослідження є визначення, аналіз і узагальнення структури та змісту універсальних міжнародно-правових документів про свободу совісті та захисту від нетерпимості і дискримінації та ксенофобії.*

За результатами дослідження автор зазначає, що недотримання принципу світоглядного нейтралітету держав створює підґрунття для конфліктів, а значить, і вкрай серйозні перешкоди на шляху позитивної інтеграції держав.

Вчора і сьогодні міжнародне право, а сьогодні і завтра глобальні правові механізми, спрямовані на реалізацію прав людини, толерантність і захист від нетерпимості і дискримінації, повинні стати фундаментом трансформації політичних систем, ціннісних орієнтацій, формування глобального мислення і переходу до сталого розвитку цілісного безполярного світу.

Серед стратегічних напрямків для зміни ситуації на краще слід виділити такі: розробка сучасної теоретико-правової моделі свободи совісті на основі нової парадигми (моделі), що усуває суперечності основоположних принципів і понятійного апарату; реформування універсальних міжнародно-правових документів у сфері свободи совісті на основі сучасної теоретико-правової моделі; реформування регіональних міжнародно-правових документів у сфері свободи совісті на основі сучасних теоретико-правових моделей і універсальних міжнародно-правових документів; реформування внутрішньодержавного правового інституту свободи совісті на основі сучасних теоретико-правових моделей і міжнародно-правових документів;

формування і вдосконалення міжнародно-правової і внутрішньодержавної системи гарантій реалізації свободи совісті на основі принципу світоглядного нейтралітету держав та інших суб'єктів міжнародного права.

Розробка спеціального законодавства у галузі захисту свободи совісті та захисту від нетерпимості і дискримінації та ксенофобії забезпечить реалізацію принципу правової визначеності в суспільстві, зменшить конфлікт між людьми, які беруть участь у цих відносинах, і може призвести до підвищення якості механізмів захисту прав людини.

Вступ

Глобалізація соціальних відносин пов'язана з трансформацією національного суверенітету та формуванням глобальних підсистем, рівень розвитку яких не однорідний, що породжує порушення балансу, соціальний патерналізм, конфлікти і потрясіння.

У зазначеному контексті не менш важливою і складною задачею є формування глобального мислення, оскільки майбутнє залежить від того, чи зможуть люди подолати соціальні розбіжності.

Реалізація прав людини (і особливо, права свободи совісті, як системоутворюючого права в системі прав людини) виступає необхідною умовою скорочення і подолання розриву між владою і суспільством, еволюційного обмеження влади одних людей над іншими, і, в кінцевому підсумку, виступає втіленням свободи людини, як об'єктивної вимоги сучасному глобалізму суспільних відносин. Державний суверенітет повинен поступатися, в кінцевому підсумку, на користь людини. Це означає, що права людини є пріоритетом сучасного міжнародного права і формується на його основі глобального права.

У міру трансформації правових і політичних систем теоретико-правове поняття і зміст свободи совісті сприймає загальнонаукову тенденцію до розширення, звільняючись від прив'язки до юридично невизначених категорій «релігія», «віресповідання». Свобода совісті стала розглядатися через призму прав і свобод людини, виступаючи в якості юридичної основи свободи особистості.

Сучасне розуміння свободи совісті включає в себе все різноманіття форм та систем світоглядної орієнтації. Оскільки

правового визначення релігії не існує, тому свободу віросповідання слід розглядати не тільки як складову частину свободи совісті, а й як її визначальний елемент. У зазначеному аспекті свобода совісті є основоположним невід'ємним правом кожного на задоволення світоглядної потреби, надає сенс існуванню на основі вільного світоглядного вибору, а також правомірної поведінки, заснованої на згаданому виборі без обмеження в інших цивільних правах і свободах або їх втрати.

Світськість держави, як її світоглядний нейтралітет, є найважливішою гарантією реалізації свободи совісті та захисту від дискримінації. Відповідно, порушення принципу світськості нівелює як окремі види гарантій реалізації свободи совісті, так і систему гарантій в цілому.

Підхід, позначений вище, відображає еволюцію уявлень, яка простежується від перших концепцій віротерпимості в Стародавньому світі до ідей релігійної свободи та вільнодумства, що зародилися в епоху феодалізму і далі отримали розвиток в політичних і правових поглядах XV–XX ст. Найбільш очевидними показниками стану реалізації свободи совісті є численні порушення прав індивідів і об'єднань, які проявляються у формі дискримінації, нетерпимості, ксенофобії та насильства на їх ґрунті.

Під нетерпимістю і дискримінацією на основі релігії або особистих переконань прийнято розуміти будь-яке розмежування. Поняття «ксенофобія» теоретично розроблено вкрай слабо і в правовій системі України не застосовується. Відповідно, взаємозв'язок протиправних діянь і ксенофобських поглядів, під якими вони вчинені, не завжди очевидний і питання коректності її вияву є дискусійним.

Серед універсальних документів з прав людини, які зачіпають сферу свободи совісті і спрямованих на захист від нетерпимості і дискримінації, слід виділити: Статут ООН, Загальну декларацію прав людини, Міжнародний пакт про громадянські і політичні права; Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права; Декларацію про ліквідацію всіх форм нетерпимості та дискримінації на основі релігії або переконань; Декларацію про права осіб, що належать до національних або етнічних, релігійних і мовних меншин; Конвенцію про права дитини; Конвенцію про боротьбу з дискримінацією в галузі освіти; Декларацію принципів толерантності та ін.

Ми розглянули різні підходи закордонних вчених в проблематиці свободи совісті та захисту від нетерпимості і дискримінації та ксенофобії за останні декілька років.

1. Міжнародно-правові гарантії захисту права на свободу совісті та захист від нетерпимості і дискримінації та ксенофобії

Міжнародно-правові документи займають центральне місце в системі міжнародного захисту прав людини. На думку Робертса Р., «права людини – один з різновидів суб'єктивних прав особи. У сучасному розумінні права людини – найбільш істотні її можливості розвитку, невід'ємні властивості, що визначають міру її свободи». [1, с. 78] У багатьох роботах Р. Робертса обґрунтовується ідея формування нової науки – науки прав людини [1, с. 85].

Л. Ярмол, обґрунтовуючи необхідність розвитку теорії прав людини, вважає, що «сучасний світ неможливо уявити без прав людини, які засновані на принципах свободи, рівності, справедливості і носять універсальний характер», і говорить про важливість регіональних механізмів захисту прав людини [2; с. 75].

Як зазначає А. Камал, «в широкому сенсі права людини пов'язані з питанням співвідношення інтересів суспільства і людини. Кожна людина є частиною суспільства і повинна розглядатися ним і державою як особистість, що має цінність і право на повагу до своєї гідності ... Якщо виходити з того, що метою суспільства і держави є утвердження принципу гуманізму, то інтереси людини повинні бути поставлені на перше місце» [3].

Говорячи про інтернаціоналізацію зазначених прав в результаті прийняття міжнародних документів, Л. Ярмол зазначає, що вони були «юридично визнані більшістю держав світу, був сформований юридичний механізм їх захисту» [4, с. 114]. Т. Мендель також справедливо зазначає, що «принцип поваги основних прав і свобод став одним з найважливіших принципів міжнародного права. Як і є нова галузь міжнародного права, що визначає обов'язки держави щодо забезпечення всім людям, незалежно від раси, мови, релігії, статі, основних прав і свобод» [5].

Таким чином, міжнародний захист прав людини, як сукупність принципів і норм, що регулюють захист прав і основних свобод індивіда, є однією з найважливіших галузей сучасного міжнародного публічного права.

Як вважає С. Лайтхард, «міжнародний захист прав людини становить собою здійснення співробітництва держав за двома основними напрямками: по-перше, створення універсальних і регіональних міжнародно-правових норм в області прав людини, по-друге, створення і реалізацію спеціальних механізмів контролю за їх дотриманням» [6]. В. Счабас вважає, що «прагнення захищати людську гідність всіх людей є ядром концепції прав людини. Воно ставить людину в центр уваги. Воно засноване на загальній універсальній системі цінностей, присвяченій недоторканності життя, що надає основу для побудови системи прав людини, захищеної міжнародно-прийнятими нормами і стандартами. Протягом 20-го століття права людини розвивалися як моральна, політична і юридична основа і керівництво для розвитку вільного від страху і бідності суспільства» [7].

Все це говорить про те, що «метою, критерієм прогресивного суспільного і державного розвитку є людина, реальність її прав, свобод в поєднанні з обов'язками і відповідальністю за свою поведінку» [8], а також, що «між забезпеченням державами основних прав і свобод людини і підтриманням міжнародного миру і безпеки існує тісний зв'язок» [9].

Становлення даної галузі відбувалося протягом тривалого історичного періоду і не можна сказати, що цей процес завершено. Питання дотримання прав людини розглядалися в рамках Ліги Націй і включалися в двосторонні і багато-сторонні договори держав. На принципово новому рівні захист прав людини було закріплено в документах Організації Об'єднаних Націй (ООН), членами якої є більшість держав світу.

У Статуті ООН, що заклав основу сучасного міжнародно-правового захисту і прийнятому 26 червня 1945 року, говориться про рішучість «позбавити майбутні покоління від лиха війни, яку двічі перенесло людство, і знову затвердити віру в основні права людини, в гідність і цінність людської особистості, в рівноправність чоловіків і жінок і в рівність прав великих і малих націй і створити умови, при яких можуть дотримуватися справедливість і повага до зобов'язань, що випливають з договорів та інших джерел міжнародного права, сприяти соціальному прогресові і поліпшенню умов життя при більшій свободі» [10].

Слід особливо відзначити зобов'язання держав-членів ООН «здійснювати міжнародне співробітництво у вирішенні міжнародних проблем економічного, соціального, культурного і гуманітарного характеру та в поширенні і розвитку поваги до прав людини і основних свобод для всіх, незалежно від раси, статі, мови і релігії» [10].

Таким чином, «за допомогою Статуту, всі держави-члени ООН юридично пов'язані в боротьбі за повну реалізацію всіх прав і свобод людини» [10], що фактично означає міжнародне визнання принципу поваги прав людини. Цей принцип отримав подальший розвиток в різних міжнародно-правових документах як універсального, так і регіонального характеру.

Загальна декларація прав людини, прийнята резолюцією 217А (III) Генеральної асамблеї ООН від 10 грудня 1948 року, «зіграла ключову роль в подальшому розвитку механізму прав людини і стала основою, на якій була побудована міжнародна система захисту і приведення в життя прав людини» [11].

Стаття 1 Загальної декларації прав людини, згідно з якою «всі люди народжуються вільними і рівними у своїй гідності та правах. Вони наділені розумом і совістю і повинні діяти у відношенні один до одного в дусі братерства». Відповідно до статті 2 «кожна людина повинна мати всі права і всі свободи, проголошені Декларацією, без будь-якої різниці, як-то: в відношенні раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного або соціального походження, майнового, соціального або іншого становища. Крім того, не повинно проводитися ніякого розмежування на основі політичного, правового або міжнародного статусу країни або території, до якої людина належить, незалежно від того, чи є ця територія незалежною, підопічною, несамоврядованою або обмеженою у своєму суверенітеті» [12].

На думку А. Ковбан, галузь міжнародного права прав людини (вважаємо таке найменування більш коректним) «умовно можна розділити на дві частини: перша включає питання, пов'язані з громадянством, його придбанням, зміною та втратою, подвійного громадянства і безгромадянства; правами іноземців, осіб без громадянства, біженців, вимушених переселенців; правом притулку ... Друга частина зазначеної галузі включає міжнародні стандарти в сфері прав людини, діяльність

міжнародних організацій в сфері забезпечення та захисту прав і свобод людини і громадянина» [13, с. 28].

Як зазначає І. Мишчак, «міжнародно-правові стандарти – це різновид міжнародних норм, що мають правовий характер, і є складовою частиною системи норм міжнародного права. Отже, мова йде про стандарти, що мають міжнародно-правове значення. Однак частина міжнародних положень, хоча і має ознаки стандартів, ще не має юридичної сили, вони відіграють роль рекомендацій і ними користуються ті чи інші органи держав в односторонньому порядку» [14, с. 3]. Вчений також дає визначення універсальним міжнародно-правовим стандартам, відзначаючи, що «це певні правила поведінки, які визнаються державами всього міжнародного співтовариства або переважною їх більшістю» [14, с. 5]. Особливо акцентується увага на тому, що до згаданих стандартів відноситься і «один з основних принципів міжнародного права – принцип поваги прав людини і основних свобод, включаючи свободу думки, совісті, релігії і переконань»

І. Когут виділяє права людини, зафіксовані в International Bill of Rights, вважаючи, що «є міжнародні стандарти, нижче яких рівень забезпечення цих прав в окремих державах не допустимий» [15].

У роботах інших авторів під стандартами прав людини, спрямованих на розвиток принципу поваги прав людини, як правило, розуміються «загальновизнані норми поведінки держав, які останні повинні реалізувати в законодавстві і практиці по відношенню до всіх осіб, які перебувають під їх юрисдикцією» [16].

Правильніше говорити не про міжнародні стандарти в сфері прав людини, закріплені в міжнародних документах, а про загальновизнані права людини. Термін «загальновизнані права людини» більш точно відображає роль міжнародно-правових актів: вони виробляються на міждержавному рівні, призначаються для регулювання міждержавного співробітництва, адресуються в першу чергу державам, які в змозі забезпечити в межах своєї юрисдикції повагу до прав людини та несуть відповідальність перед своїм народом, перед міжнародним співтовариством за дотримання прав людини» [17]. Е. Дейс-Хелбіг вважає, що «закріплення в міжнародних документах прав людини робить їх міжнародно визнаними тобто зобов'язаннями держав» [17]. Даний автор вказує на «три рівні джерел загальновизнаних прав людини: 1. Міжнародні

джерела загальновизнаних прав людини. 2. Регіональні джерела загальновизнаних прав людини. 3. Національні джерела загальновизнаних прав людини» [17].

К. Данн у своїх роботах обґрунтовує виділення наступних форм міжнародного права: 1) основні принципи міжнародного права; 2) міжнародні договори; 3) звичаї міжнародного права. Дослідник вважає, що «джерелом міжнародних договорів є угоди держав та інших уповноважених суб'єктів міжнародного права. Джерелом основоположних (загальних) принципів міжнародного права виступає діяльність держав і уповноважених спеціалізованих установ (організацій), а також звичаї як повторювані дії суб'єктів міжнародного права щодо захисту своїх інтересів, забезпечені наявними правовими та іншими формами примусу» [18].

Дійсно, міжнародний рівень захисту прав людини тісно пов'язаний з внутрішньодержавним рівнем, а питання про напрям і характер впливу міжнародного права на національне право є одним з базових. Цілий ряд дослідників відзначає, що в умовах глобалізації загальнодержавних відносин поглиблення взаємодії міжнародного і національного права (в т. ч. в сфері прав людини) носить об'єктивний характер.

На думку Х. Демпстер, «ефективність міжнародно-правових норм у багатьох випадках залишається ще досить невисокою. У багатьох напрямках співпраці вони часом порушуються. І що особливо важливо відзначити, ці порушення мають місце в сферах, пов'язаних з підтриманням миру, безпеки, захистом прав людини, захистом навколишнього середовища і т.д. Недостатньо ефективні (або зовсім неефективні) норми міжнародного права, які забороняють застосування сили в міжнародних відносинах, втручання у внутрішні справи суверенних держав, по боротьбі з міжнародним тероризмом і іншими злочинами міжнародного характеру» [20]. Недостатня ефективність міжнародно-правових документів говорить про те, що «значний потенціал, закладений в міжнародному праві, ще далеко не повністю реалізується на практиці, і багато потрібно зробити для розвитку і для підвищення його ефективності» [21].

З урахуванням значення в умовах глобалізації суспільних відносин особливе занепокоєння викликає вкрай актуальна проблема підвищення ефективності міжнародних документів в сфері прав людини, в т. ч. свободи совісті. У контексті

вищесказаного перспективним є дослідження ролі міжнародного права не тільки в регулюванні міжнародних відносин, а й у вирішенні глобальних проблем, що загрожують самому існуванню людської цивілізації.

На особливу увагу заслуговує проблема ефективності міжнародно-правових документів у сфері свободи совісті, оскільки саме етноконфесійний фактор є одним з основних перешкод на шляху до інтеграції держав для вирішення згаданих проблем. Для опису сучасного стану та динаміки суспільних відносин все частіше використовується термін *глобалізація*, під яким розуміється інтеграція планетарних взаємодій в якусь єдину систему і яка має тенденцію до усунення кордонів.

Деякі аспекти, пов'язані зі свободою совісті і захистом від нетерпимості і дискримінації, зачіпаються в таких документах: Декларація про права осіб, що належать до національних або етнічних, релігійних і мовних меншин від 18 грудня 1992 р; Конвенція про права дитини прийнята резолюцією 44/25 Генеральної Асамблеї від 20 листопада 1989 року і є обов'язковою для держав-учасників (вступила в сили 2 вересня 1990 року). Конвенції передувало прийняття в 1959 році Генеральною Асамблеєю ООН Декларації про права дитини; Конвенції про боротьбу з дискримінацією в галузі освіти, що носить рекомендаційний характер (була прийнята Генеральною конференцією ООН з питань освіти, науки в культури на її одинадцятій сесії 14 грудня 1960 року), Декларації принципів толерантності (затвердженої резолюцією 5.61 Генеральної конференції ЮНЕСКО від 16 листопада 1995 року). Крім згаданих вище, деякі аспекти, пов'язані зі свободою совісті і захистом від нетерпимості і дискримінації, зачіпаються в: Конвенції про запобігання та покарання за злочини геноциду 1948 роки; Конвенції про статус біженців 1951 року; Конвенції про статус апатридів 1954 року, Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок 1979 року і ін.

Розгляд універсальних міжнародно-правових документів дозволяє зробити ряд висновків. Основні універсальні міжнародно-правові документи з'явилися важливими кроками на шляху утвердження принципів свободи совісті та захисту від нетерпимості і дискримінації, але їх слабким місцем був і залишається понятійний апарат.

Спроби подолання численних суперечностей у сфері свободи совісті, вжиті Комітетом ООН з прав людини, своєї мети досягли не повністю. Доводиться констатувати, що Зауваження загального порядку Комітету ООН з прав людини № 22 (48) – «Свобода думки, совісті і релігії» (стаття 18) і № 23 (50) – «Права меншин користуватися своєю культурою, сповідувати свою релігію і виконувати її обряди» не підвищили ефективність відповідних міжнародно-правових документів. Світськість держави (як її світоглядний нейтралітет), будучи найважливішою гарантією реалізації свободи совісті та захисту від нетерпимості і дискримінації, ніяк не визначена в міжнародно-правових документах. Це фактично нівелює згадані міжнародно-правові документи, роблячи їх декларативними.

2. Значення свободи совісті для досягнення толерантності та подолання дискримінації, нетерпимості та ксенофобії за мотивами світоглядної приналежності

Розгляд проблеми ефективності міжнародно-правових документів у сфері прав людини, і особливо це стосується сфери свободи совісті, нерозривно пов'язане з комплексом теоретико-правових питань.

Визнаючи внесок попередників, доводиться констатувати недостатність науково-теоретичної розробки проблеми свободи совісті та суміжних категорій. Зокрема, недостатньо розробленими є питання співвідношення «свободи совісті» із пов'язаними з нею поняттями «свободи віросповідання», «світськості держави», «релігійної політики держави», «відносин держави з релігійними об'єднаннями» і ін.

Невирішеність проблеми співвідношення вищезазначених понять з поняттям «свободи совісті» призводить до юридично некоректного трактування принципів і понятійного апарату, в результаті чого «релігійна політика держави» і «відносини держави з релігійними об'єднаннями» стали пріоритетними по відношенню до «свободи совісті».

Серйозною проблемою є питання застосування в системі права дискусійних термінів релігієзнавчої науки: «традиційні релігії (релігійні організації)», «нетрадиційні релігії (релігійні організації)», «секта», а також понять «духовна безпека», «релігійний екстремізм», «ісламський екстремізм» і т.п.

У свою чергу, ступінь наукової розробленості значно впливає на формування міжнародно-правових документів. Зокрема, обмежене тлумачення свободи совісті в законотворчості та

правореалізації спочатку зумовлює відсутність правових гарантій для осіб, які не є членами релігійних організацій, і, перш за все, «невіруючих».

Ситуація ускладнюється відсутністю і принциповою неможливістю формування єдиного юридичного визначення «релігії». Можливість множинного тлумачення терміна «релігія» зумовлює складність у сфері застосування цього терміна. У зв'язку із цим набуває актуальності питання правомірності державної релігієзнавчої експертизи, і застосування релігієзнавчих знань у вирішенні питань правового характеру. Питання про коректність правових понять похідних від терміна «релігія» (наприклад, «релігійне об'єднання») також є дискусійним. Вимагає прояснення тісно взаємопов'язана з проблемою реалізації свободи совісті категорія «світськість держави», яка нерідко ототожнюється з «секуляризмом», і визначається як «нерелігійна». Видається актуальним усвідомлення значення реалізації свободи совісті для досягнення толерантності та подолання дискримінації, нетерпимості та ксенофобії за мотивами світоглядної приналежності.

Вкрай загострилася, як на міжнародному, так і на внутрішньодержавному рівнях, проблема впливу етно-конфесійних факторів на забезпечення безпеки.

Згадані проблеми вимагають дослідження з урахуванням сучасного характеру суспільних відносин. Очевидно, що будь-які нормативні матеріали повинні збігатися з науковим розробкам. У зазначеному контексті вкрай загострюється проблема ефективності міжнародно-правових документів у сфері свободи совісті.

Теоретико-правове поняття і зміст свободи совісті формувалося і трансформувалося тривалий історичний період. Цей процес продовжується і сьогодні. Слід відразу зазначити, що механічне складання понять «совість» і «свобода» не дає адекватного розуміння терміну «свобода совісті» як суспільного явища. Якщо поняття «свобода» закріпилося в юридичній науці, то термін «совість» не має однозначної правової трактування, і не є елементом системи правового регулювання. Як категорія етики, совість характеризує здатність особистості здійснювати моральний самоконтроль, самостійно формулювати для себе моральні обов'язки, вимагати від себе їх виконання і проводити самооцінку своїх вчинків.

Свобода совісті нерозривно пов'язана з поняттям індивідуальної свободи, яка є найважливішою складовою свободи особистості. За справедливою позицією М. Дистаціо, індивідуальна свобода, що реалізується поза державними рамками,

«опосередковує і проявляється в системі соціальних зв'язків і відносин, що виражають такі важливі невід'ємні від особистості блага, як недоторканність життя, гідність, совість, особиста безпека людини. Специфічна особливість індивідуальної свободи (на відміну від політичної, економічної, культурної) в тому, що вона втілює індивідуально унікальні можливості людини і забезпечує можливості для самовизначення особистості. Справжня індивідуальна свобода означає заборону протиправного втручання в приватне життя громадян, заперечення тоталітарного контролю над індивідумом» [22]. У свою чергу, індивідуальна свобода втілюється в цивільних правах людини. Ці права ідентифікують особистість, сприяють найкращому прояву духовних інтересів, схильностей, особистих здібностей. Вони гарантують можливість безперешкодного вибору різних варіантів поведінки в сфері індивідуальної свободи.

Слід зазначити, що в юридичній науці немає єдиної думки про місце свободи совісті в системі прав людини. Наприклад, К. Данн відносить свободу совісті до особистих прав і свобод, а Х. Демпстер – до культурних прав. М. Дистаціо відносить право на свободу думки, совісті і релігії до цивільних прав. На думку автора, свобода совісті як свобода світоглядного вибору є основою свободи як такої, системоутворюючим правом в системі прав людини. Видається не зовсім коректним говорити, що одне право є більш важливим в порівнянні з іншим. Але без належної реалізації свободи совісті вся система прав людини може опинитися під загрозою.

Обмеження свободи совісті супроводжується підвищенням ризиків переходу до безальтернативної політичної системи, до авторитаризації влади, до масових порушень прав людини, до зростання ксенофобії, нетерпимості, дискримінації і насильства на їх ґрунті.

Ще одна проблема, яка не має однозначного і загальноприйнятого теоретичного тлумачення, пов'язана з використанням юридичних конструкцій «свобода совісті» і «право на свободу совісті». При цьому обидві конструкції нерідко використовуються в законодавстві і правозастосовчій практиці в якості синонімів.

У контексті проблеми реалізації свободи совісті автор солідаризується з думкою Л. Вонг, який вважає, що право на свободу совісті є її юридичним втіленням. У свою чергу, юридичне закріплення є лише однією з умов досягнення свободи совісті. Свобода совісті є явищем багатоплановим, що зачіпають

різні сторони життєдіяльності суспільства. Відповідно, існують багаточисельні підходи до розуміння свободи совісті.

Вперше аспектний підхід був запропонований Л. Вонг, який вважає, що «багатоаспектний характер цієї свободи зумовлює той факт, що вона може бути об'єктом вивчення різних суспільних наук: філософії, етики, політології, юриспруденції» [23].

Н. Зубашвілі залежно від зв'язку із загальною методологією тій чи іншій сфери суспільного знання виділяє два основних види підходів: «1) відносно незалежні (аксіологічний, конкретно-історичний і конкретно-юридичний підходи); а також 2) ті, що знаходяться в рамках окремої сфери суспільного знання. Останні умовно можна розділити на два типи: а) розглядають свободу совісті переважно в зв'язку з окремим індивідом, його переконаннями, свідомістю, совістю, тобто в цілому – мораллю, яка може бути як релігійною, так і нерелігійною (теологічний, етичний підходи); б) співвідносять дану свободу в першу чергу з громадськими відносинами, в які вступає індивід, коли його свобода обмежується точно такою ж свободою інших осіб (соціологічний, політологічний, правознавчий, релігієзнавчий, філософський)» [24].

Зміщення акценту з філософських аспектів свободи совісті в бік правових відбувається в міру трансформації правових і політичних систем. Більш того, воно взаємно впливає на цю трансформацію. За словами С. Фіар, «визнання основоположного принципу свободи думки і совісті змітає з лиця землі стару епоху ієрархії влади» [25]. На думку автора, свобода совісті все більше стала розглядатися через призму прав і свобод людини, які знайшли своє вираження в юридичних джерелах як окремих держав, так і міжнародного співтовариства в цілому.

Подібна закономірність ілюструє перехід від природних прав до права позитивного, від прав суб'єктивних до об'єктивного права. Тобто загальна тенденція така, що право поступово перестає бути інструментом держави з управління соціальними процесами і все більше стає гарантом свободи кожної людини в суспільстві і державі. І роль свободи совісті тут – першочергова. Полягає ця роль в тому, що свобода совісті, будучи позитивно закріпленою свободою індивіда в світоглядній і поведінковій сферах, виступає юридичною основою свободи особистості в сучасній правовій державі і громадянському суспільстві.

На міжнародному рівні ідеали свободи віросповідання завоювали визнання у всьому світі, і не применшуючи їх значення, доводиться констатувати, що самостійні поняття, закріплені Загальною декларацією прав людини та іншими

міжнародними документами (Міжнародним пактом про громадянські і політичні права (Прийнято Генеральною асамблеєю ООН 16 грудня 1966 р.), Європейською конвенцією про захист прав і основних свобод (підписана представниками держав – початкових членів Ради Європи 4 листопада 1950 р.), Міжнародною конвенцією про ліквідацію всіх форм расової дискримінації (проголошена резолюцією Генеральної асамблеї ООН 25 листопада 1981 р.) (ст. 5), Документом Копенгагенської наради Конференції з людського виміру НБСЕ (прийнятий 29 червня 1990 р.)), як то «свобода думки, совісті і релігії», змішалися в працях правознавців, і як наслідок – на сторінках юридичних документів.

Загальна декларація 1948 року і новітні конституції говорять про «свободу думки, совісті і релігії». У зв'язку із цим вчені не можуть дійти згоди щодо того, чи існує тільки одна глобальна свобода розглянута в трьох різних аспектах, або слід розрізняти три самостійних виду свобод. Починаючи з п'ятдесятих і до кінця сімдесятих років більшість європейських вчених вважали за краще останній варіант, враховуючи конкретну мету релігійної свободи, але останнім часом схиляються до думки, що цей термін нерозривно пов'язаний зі свободою совісті.

Але навіть формулювання «свобода думки, совісті і релігії» не є єдиним загальноприйнятим.

Наприклад, в Декларації ООН про ліквідацію всіх форм нетерпимості та дискримінації на основі релігії або переконань (проголошена резолюцією Генеральної асамблеї ООН 25 листопада 1981 р.), Документі Копенгагенської конференції з людського виміру НБСЕ (прийнятому 29 червня 1990 р.) використовується термін «свобода думки, совісті і релігії».

У Підсумковому документі Віденської зустрічі представників держав-учасниць Наради з безпеки і співробітництва в Європі (підписаний 15 січня 1989 р. представниками держав учасниць Наради з безпеки і співробітництва в Європі), Паризької хартії для нової Європи (підписана 21 листопада 1990 р. представниками держав-учасників Наради з безпеки і співробітництва в Європі) використовується термін «свобода думки, совісті, релігії і переконань».

А в Конвенції Співдружності Незалежних Держав про права та основні свободи людини (підписана 26 травня 1995 р. ратифікована 4 листопада 1995 р.) йдеться про «свободу думки, совісті і віросповідання».

При цьому головна проблема полягає в тому, що поняття свободи совісті і пов'язане з ним правове регулювання відносин,

що стосується «кожного», було зведено майже виключно до свободи віросповідань (тобто свободи, що стосується тільки індивідів, які вважають себе віруючими), і навіть більш того – до проблем діяльності релігійних об'єднань (колективної форми реалізації права на свободу віросповідань).

У результаті законодавство про свободу совісті стало сприйматися як «спеціальне», галузеве релігійне. Пріоритет віддається релігійним об'єднанням, а не людині, яка стає «придатком» конфесій. Право «кожного» на свободу совісті залишається в системі права лише декларативно, фактично перебуваючи поза правовим полем.

Про необхідність дати «змістовне, але гранично коротке визначення свободи совісті» говорив С. Лін, однак, в силу тієї ж традиції не зміг вийти за рамки, які прив'язують «це поняття до релігії» [27]. Зокрема, С. Лін свободу совісті визначає «як дозволене і гарантоване законами держави право громадян вільно і самостійно визначати своє ставлення до релігії, за умови дотримання законності і встановленого в країні правопорядку» [27].

С. Брукс під свободою совісті розуміє «право людини як вірити в Бога згідно з вченням тієї чи іншої вільно обраної ним релігії, так і бути атеїстом, тобто не вірити в Бога ... Свобода віросповідання означає право людини на вибір релігійного вчення і безперешкодного відправлення культів і обрядів відповідно до цього вчення» [28].

На думку Дж. Ханг, свобода совісті розуміється як «право кожної людини самостійно вирішувати питання про своє ставлення до релігії: бути віруючим або атеїстом. Свобода віросповідання передбачає право сповідувати індивідуально або спільно з іншими будь-яку релігію, право вільно вибирати, мати і поширювати релігійні переконання і діяти з ними» [29]. У підходах Дж. Ханг прив'язка свободи совісті до вищезазначених застарілих підходів значно менша, але повністю її уникнути не вдалося. Позиція Дж. Ханг є послідовною і максимально коректною, оскільки взагалі не пов'язана з поняттям релігії. «Свобода совісті як суб'єктивне право кожної людини, включає в себе право формувати, вибирати, змінювати, відстоювати і поширювати переконання, право дотримуватися переконань і право відмовлятися від них, а також право діяти (не діяти) відповідно до переконань за умови правомірності зовнішніх проявів поведінки індивіда» [29].

Р. Адеола півкроку назад зробила дослідження і в деякій мірі зв'язала юридичний зміст права на свободу совісті з визначенням «релігії» [30]. У контексті дослідження проблеми

реалізації свободи совісті, не менш актуальною є проблема співвідношення особистої та колективної свободи.

Критикуючи «включення в свободу совісті свободи віросповідання в повному обсязі», автори пропонують «в складі свободи совісті вбачати наявність тільки індивідуальної свободи віросповідання в частині її природно-правових елементів, тоді як позитивно-правові елементи цієї свободи (права релігійних об'єднань, інститут таємниці сповіді та інші) залишаються за рамками свободи совісті і складають самостійний предмет свободи віросповідання» [31].

Аналіз реальної ситуації показує, що свобода совісті кожного є заручницею самодостатніх відносин держави з релігійними об'єднаннями і державної віросповідної політики. А формальним приводом для домінування цих правовідносин служить нібито турбота про реалізацію прав віруючих (на свободу віросповідань), а насправді корпоративних інтересів конфесійної бюрократії і влади. Перші отримують від держави «спеціальні» пільги в обмін на політичну підтримку.

Тому більш коректною видається позиція, що виключає співвідношення індивідуального і колективного: 1) свобода совісті включає в себе все різноманіття правомірних проявів систем орієнтації (без прив'язки до понять «релігія», «віросповідання»); 2) свобода совісті включає індивідуальні або колективні форми; 3) колективна форма є похідною від індивідуальної (в рамках реалізації права на об'єднання).

Свобода совісті, таким чином, включає в себе все різноманіття форм і систем світоглядної орієнтації, що реалізуються одноосібно і / або колективно на принципах рівності.

Якими ж представляються суттєвий зміст і значення свободи совісті, її основні правові аспекти з урахуванням вимог і реалій початку XXI століття? Відповідь на це питання не однозначна і не беззаперечна.

Перш за все слід зазначити, що право кожної людини на свободу совісті є юридичним виміром свободи світоглядного вибору (в т. ч. формувати, дотримуватися, вибирати і змінювати вже зроблений вибір), а також правомірної поведінки, заснованої на згаданому виборі. Це право є системоутворюючим в системі прав людини. Без його реалізації інші права людини втрачають більшу частину реального змісту, залишаючись декларацією.

Реалізуючи право на свободу совісті, людина усвідомлює себе, знаходить сенс і визначає своє місце в житті. Людське життя не можна «прожити», повторюючи видові зразки; людина сама повинна прожити своє життя. Можна припустити, що,

задовольняючи цю потребу, людина і стає власне людиною. Таким чином, свобода совісті – право на задоволення світоглядної потреби, надає сенс існуванню.

У цілому, незважаючи на деякий занепад конфесійного впливу на людську цивілізацію, навряд чи є підстави говорити про зменшення потреби кожної людини в орієнтації і самоусвідомленні. Змінам підлягають лише форми реалізації цієї специфічної потреби внаслідок розвитку цивілізації. Старі форми еволюціонують або відмирають, поступаючись дорогою новим формам.

Можна припустити, що розвиток форм систем орієнтації нерозривно пов'язаний з еволюцією людства в цілому. Звідси необхідність рівноправності нових форм (в т. ч. перспективних, тих, що виникнуть в майбутньому) по відношенню до вже наявних. Тим більше що «споконвічні» форми були свого часу «новими». Наприклад, християнство свого часу було «новим» по відношенню до «традиційного» язичництва. Розвиток цивілізації зумовлює зміну співвідношення між наукою і релігією в суспільстві, між знанням і вірою кожної людини. Усвідомлення різноманіття відносин і повагу до співвідношення знання і віри у різних людей в суспільстві є головним аспектом свободи совісті в реаліях сучасності.

В юриспруденції ці принципи повинні знайти відображення в праві кожного на свободу совісті. Від реалізації цього системоутворюючого права залежать: здатність індивіда самореалізуватися як особистість; можливість подолати суперечності між тенденціями, зумовленими випереджаючим розвитком цивілізації і природою людини; здатність держави до сталого розвитку без соціальних вибухів і потрясінь; вміння світової спільноти знайти шляхи до вирішення глобальних проблем, що стоять перед людством.

Таким чином, свобода совісті – системоутворююче право в системі прав людини, основне невід'ємне право кожного на задоволення світоглядної потреби, надає сенс існуванню на основі вільного світоглядного вибору, а також правомірної поведінки, заснованого на згаданому виборі без обмеження в інших цивільних правах і свободах або їх втрати.

Зміст свободи совісті включає право індивідуально або спільно з іншими вільно формувати, обирати, змінювати, розповсюджувати переконання і діяти відповідно до них, не ущемляючи свободи і особистої гідності інших. Усвідомлення різноманіття відносин і повагу до співвідношення знання і віри у різних людей в суспільстві є головним аспектом свободи совісті в реаліях сучасності. Свобода совісті є стрижнем ідентичності

людини – можна сказати, що це право бути людиною. Вільний світоглядний вибір є основою вільного політичного вибору, правової демократії і соціальної держави. У міру трансформації правових і політичних систем поняття і зміст свободи совісті розглядається через призму прав і свобод людини, все більше розширюючись і звільняючись від прив'язки до юридично невизначеного терміну «релігія».

Водночас у сучасному науково-освітньому середовищі немає єдиного загальноприйнятого теоретико-правового визначення свободи совісті, а має місце тенденція до його розширення як свободи світоглядного вибору.

Висновки

У кінцевому підсумку недотримання принципу світоглядного нейтралітету держав створює ґрунт для конфліктів, а значить, і вкрай серйозні перешкоди на шляху позитивної інтеграції держав.

Серед стратегічних напрямків для зміни ситуації на краще слід виділити такі:

– розробка сучасної теоретико-правової моделі свободи совісті на основі нової парадигми (моделі), що усуває суперечності основоположних принципів і понятійного апарату;

– реформування універсальних міжнародно-правових документів у сфері свободи совісті на основі сучасної теоретико-правової моделі;

– реформування регіональних міжнародно-правових документів у сфері свободи совісті на основі сучасних теоретико-правових моделей і універсальних міжнародно-правових документів;

– реформування внутрішньодержавного правового інституту свободи совісті на основі сучасних теоретико-правових моделей і міжнародно-правових документів;

– формування і вдосконалення міжнародно-правової і внутрішньодержавної системи гарантій реалізації свободи совісті на основі принципу світоглядного нейтралітету держав та інших суб'єктів міжнародного права.

Список використаних джерел:

1. Робберс Р. Государства и религии в Европейском Союзе. Москва : Ин-т Европы РАН, 2019. 719 с.
2. Yarmol L. On freedom of belief and freedom of expression as natural (socially general) human rights: their notion and correlation.

Studia z zakresu Prawa, Administracji i zarządzania uniwersytetu Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy. 2015. № 7. P. 71–80.

3. Kamal A. The Law of Cyber-Space. An Invitation to the Table of Negotiations. Geneva : United Nations Institute for Training and Research, 2015. URL : https://www.un.int/kamal/sites/www.un.int/files/The%20Ambassador%27s%20Club%20at%20the%20United%20Nations/the_law_of_cyber-space.pdf (date of access: 21.04.2021).

4. Yarmol L. On the right to peaceful assembly as a guarantee of freedom of expression: some reflections on Ukrainian law and practice. *UR Journal of Humanities and Social Sciences*. 2017. № 3(4). P. 114–126.

5. Mendel T. Freedom of Information as an Internationally Protected Human Right. *Comparative Media Law Journal*. January-June 2003. No. 1. URL : <https://www.article19.org/data/files/pdfs/publications/foi-as-an-international-right.pdf> (date of access: 21.04.2021).

6. Sjors Ligthart, Freedom of thought in Europe: do advances in 'brain-reading' technology call for revision?, *Journal of Law and the Biosciences*, 2020; lsa048, URL : <https://doi.org/10.1093/jlb/lsa048> (date of access: 21.04.2021).

7. William Schabas, The Universal Declaration of Human Rights: The Travaux Préparatoires (2013), at 283. See also the Plan of the Draft Outline of an International Bill of Rights, at 305–7.

8. Robert A. Mason and Marcel A. Just, *Neural Representation of Physics Concepts*, 27 *Psychol. Sci.* 904 (2016); Marcel A. Just et al., *Machine Learning of Representations of Suicide and Emotion Concepts Identifies Suicidal Youth*, 1 *Nat. Hum. Behav.* 911 (2017).

9. Christoph Bublitz, *Freedom of Thought in the Age of Neuroscience*, 100 *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie* 1 (2014), at 3; McCarthy-Jones, *supra* note 2, at 5; Cf. Vermeulen and Roosmalen, *supra* note 1, at 738.

10. The Charter of the United Nations was signed on 26 June 1945, in San Francisco. URL : <https://www.un.org/en/about-us/un-charter> (date of access: 21.04.2021).

11. Henry T. Greely, *Mind Reading, Neuroscience, and the Law*, in *A Primer on Criminal Law and Neuroscience* 121 (Stephen Morse and Adina L. Roskies eds., 2014). *Healthc. Ethic.* 446, 452 (2020); McCarthy-Jones, *supra* note 2, at 7.

12. The Universal Declaration of Human Rights (UDHR) was proclaimed by the United Nations General Assembly in Paris on 10 December 1948 (General Assembly resolution 217 A). URL : <https://www.un.org/en/about-us/un-charter> (date of access: 21.04.2021).

13. Donnikova, I., & Kovban, A. (2020). Moral-legal self-regulation of freedom of conscience: culturological aspect. *Amazonia Investiga*, 9(32), 28–35.

14. Myshchak, I. (2019). Constitutional and legal guarantees of religious freedom in Ukraine: some shortcomings and gaps in current legislation. *Constitutional process in Ukraine: political and legal aspects*. No 10 (66). 3–7.

15. Kovban, A., Kohut, I. (2019). Formation of a Corporate Social Responsibility Strategy of Companies in EU Countries. *Baltic Journal of Economic Studies*. Vol 5, No 3 (2019). P. 82–90. DOI: <https://doi.org/10.30525/2256-0742/2019-5-3-82-90>.

16. Davidson, Helen. 2016. “Australia’s politicians have promoted xenophobia: UN expert.” *The Guardian*, November 18. URL : www.theguardian.com/australianews/2016/nov/18/australias-immigrationpolicies-have-promoted-xenophobia-un-expert.

17. Deiss-Helbig, Elisa and Uwe Remer-Bollow. 2017. “Exploring the Impact of Local Presence on Attitudes towards Asylum Seekers.” Paper prepared for the ECPR General Conference 2017, Oslo, September 1. URL : <https://ecpr.eu/Filestore/PaperProposal/978917e3-b578-4e7d-9efab83dfa852721.pdf>.

18. Dunn, Carolyn. 2017. “Vietnamese-Canadian family’s refugee story inspires new Heritage Minute.” *CBC News*, June 20. URL : www.cbc.ca/news/canada/calgary/trinh-family-boatpeople-inspires-heritage-minute-1.4167835.

19. United Nations. 2016. “Racism, Xenophobia Increasingly Globally, Experts Tell Third Committee, amid Calls for Laws to Combat Hate Speech, Concerns over Freedom of Expression.” GA/SHC/4182. Press release, November 1. URL : www.un.org/press/en/2016/gashc4182.doc.htm.

20. Dempster, Helen and Karen Hargrave. 2017. “Understanding Public Attitudes Towards Refugees and Migrants.” *Overseas Development Institute Working Paper 512*, June 2017. London, UK: Overseas Development Institute. URL : <https://euagenda.eu/upload/publications/untitled-92767-ea.pdf>.

21. United Nations General Assembly. 2016. In safety and dignity: addressing large movements of refugees and migrants: Report of the Secretary-General. A/70/59, April 21. URL : https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/in_safety_and_dignity_-_addressing_large_movements_of_refugees_and_migrants.pdf.

22. Distasio, Madeline. 2016. “Why Localization Could Be the Key to Overcoming Xenophobia.” *Borgen Magazine*, November.

23. Zeng, G., Wang, L. & Zhang, Z. Prejudice and xenophobia in COVID-19 research manuscripts. *Nat Hum Behav* 4, 879 (2020). URL : <https://doi.org/10.1038/s41562-020-00948-y>.

24. Zubashvili, N. (2020). Deconstructing and reconstructing attitudes towards immigrants: The case of Sweden [Master's thesis, Lund University]. Lund University Libraries. URL : <http://lup.lub.lu.se/student-papers/record/9020672>.

25. Ahuja KK, Banerjee D, Chaudhary K, Gidwani C. Fear, Xenophobia and collectivism as predictors of well-being during Coronavirus disease 2019: An empirical study from India. *International Journal of Social Psychiatry*. July 2020. doi:10.1177/0020764020936323.

26. Ahorsu, D. K., Lin, C. Y., Imani, V., Saffari, M., Griffiths, M. D., Pakpour, A. H. (2020). The Fear of COVID-19 Scale: Development and initial validation. *International Journal of Mental Health and Addiction*. URL : <https://doi.org/10.1007/s11469-020-00270-8>.

27. Brooks, S. K., Webster, R. K., Smith, L. E., Woodland, L., Wessely, S., Greenberg, N., Rubin, G. J. (2020). The psychological impact of quarantine and how to reduce it: Rapid review of the evidence. *The Lancet*, 395, 912–920.

28. Díaz, A., Beleña, Á., Zueco, J. (2020). The role of age and gender in perceived vulnerability to infectious diseases. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 17(2), 485.

29. Huang, J., & Liu, R. (2020). Xenophobia in America in the Age of Coronavirus and Beyond. *Journal of vascular and interventional radiology : JVIR*, 31(7), 1187–1188. URL : <https://doi.org/10.1016/j.jvir.2020.04.020>.

30. Romola Adeola (2020) Xenophobia and internal displacement in Africa: Defining protection and assistance through the Kampala Convention, *South African Journal of International Affairs*, 27:4, 493-510, DOI: 10.1080/10220461.2020.1874502.

31. Md. Rabiul Awal, Rui Cao, Roy Ka-Wei Lee, and Sandra Mitrović. 2020. On analyzing annotation consistency in online abusive behavior datasets. arXiv:2006.13507.

32. Pinkesh Badjatiya, Manish Gupta, and Vasudeva Varma. 2019. Stereotypical bias removal for hate speech detection task using knowledge-based generalizations. In *Proceedings of the World Wide Web Conference*. 49–59.

Вдовічена Л. І.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри публічного права
юридичного факультету
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича,
м. Чернівці

ПРАВО ВИМОГИ У ФІНАНСОВОМУ ПРАВІ

Анотація. У проведеному дослідженні визначається, що право вимоги – це структурний елемент суб'єктивного фінансового права, який виражається у юридично захищеній можливості дії певної особи та забезпечується відповідними обов'язками або зв'язаністю дії кореспондуючих осіб, зміст яких (дій) полягає у спроможності такою особою їх самостійно визначати та вимагати вчинення дії від інших осіб, а також захищати своє право у встановленому законом порядку. Зміст будь-якого суб'єктивного права можна звести до системи певних можливостей його носія: поводити себе певним чином (право на свої власні дії); вимагати певної поведінки від інших суб'єктів (право на чужі дії – право вимоги); звертатися до держави та її органів за захистом свого юридичного права (право на захист). Для права вимоги у фінансовому праві характерні такі особливості: право вимоги стає беззмістовним, якщо воно не пов'язане з можливістю користування якимись соціальними благами; право вимоги є лише різновидом власних дій уповноваженої особи; при негативному праві вимоги використання права на власні дії в юридичному аспекті не потребує сприяння зобов'язаних осіб, їх число невизначено, не персоніфіковане; право вимоги активних дій припускає конкретний склад юридично зобов'язаних суб'єктів, і без їхніх дій уповноважений суб'єкт не може здійснити своє право – в даному випадку правовідносини є необхідними.

Вступ

Право вимоги, як і суб'єктивне право загалом, окреслене певними правовими нормами, тобто представляє собою міру належної, необхідної поведінки. Вимагати виконання обов'язків поза встановленою мірою є порушенням закону. Закріплення у нормах права, у тому числі в Конституції, прав вимоги за своєю сутністю є проявом дозволу як особливого правового способу регламентації суспільних відносин. Водночас слід мати на увазі, що правовий дозвіл на здійснення суб'єктом певної поведінки шляхом закріплення за ним можливостей (прав) буде реальним лише за наявності юридичних обов'язків інших суб'єктів діяти відповідно до вимог уповноваженого суб'єкта.

У цілому зміст суб'єктивного права складають права і обов'язки. Проте, як однопорядковий, однорівневий з об'єктивним правом структурний елемент системи права, право в суб'єктивному значенні визначається як абстрактна, загальна система прав, свобод та обов'язків. Сюди ж можна віднести і такі суб'єктивні прояви, як законні інтереси та навіть рефлексії права. Тоді як на іншому рівні свого буття – правовідносин, право в суб'єктивному змісті визначається як персоніфікована правомочність, прерогатива (або їх сукупність) конкретної особи, що володіє ними. Тут суб'єктивне право розуміється як явище відмінне від обов'язків уповноваженої особи, які асоціюються з контрагентними суб'єктами правовідношень. Крім того, на цьому рівні суб'єктивне право вимоги також видозмінюється через вплив законних інтересів та відповідних рефлексій права. Отже, залежно від рівня прояву, в суб'єктивному праві спостерігається рухливість і мінливість змісту. На думку авторів навчального посібника «Фінансове право (За законодавством України)», суб'єктивні права – «це належна уповноваженій особі (фінансовому чи кредитному органу) для задоволення її (тобто держави, від імені якої він виступає) інтересів міра дозволеної (можливої) поведінки, забезпечена юридичними обов'язками другої сторони відносин» [1, с. 43]. Із цим твердженням можна погодитися лише частково. Особливості фінансових правовідносин та методу фінансово-правового регулювання обґрунтовують існування принципу нерівності сторін у фінансових правовідносинах, одним із суб'єктів завжди виступає сама держава або муніципальне утворення в особі уповноваженого органу, що володіють владними

повноваженнями. Але це не заперечує можливість існування суб'єктивних прав в інших суб'єктів фінансового права (юридичних чи фізичних осіб), що зумовлено змістом їхньої фінансової правосуб'єктності, у першу чергу у фінансово-охоронних відносинах з приводу захисту своїх інтересів у адміністративному і судовому порядку, і ці права виступають як правові гарантії діяльності фізичних та юридичних осіб. Крім того, на сьогодні простежується тенденція до лібералізації фінансового законодавства, зменшення питомої ваги категорично сформульованих фінансово-правових норм і запровадження диспозитивних начал у поведінці суб'єктів фінансового права. Саме це сприяє розвитку сучасної концепції фінансового права, основою якого є визнання, регламентація та гарантування задоволення публічних потреб та інтересів. Така концепція, враховуючи її модифікованість і особливості, зумовлена сучасним рівнем і характером світової цивілізації, спирається на багатий минулий досвід людства і, насамперед, – у сфері правових форм організації суспільного життя людей, правових засобів регуляції їх поведінки, місця, ролі і значення у цивілізованому світі. Тому, безперечно, із функціонуванням суб'єктів фінансового права тісно пов'язують питання прояву публічного інтересу [2, с. 5–10]. Адже поняття публічного інтересу, як взагалі будь-яке правове явище, існує не окремо, а у зв'язку з іншими правовими поняттями. Взаємозв'язок суб'єктів фінансового права з публічним інтересом виявляється в тому, що саме в результаті здійснення ними відповідних, встановлених законодавством дій, можлива реалізація публічного інтересу в суспільстві. Тобто всі дії учасників фінансових правовідносин певною мірою спрямовані на виконання публічного інтересу в цілому. У правовій науці виділяють поняття публічного та приватного інтересу. Сама ж категорія інтересу не є виключно правовою і досліджується також філософією, соціологією, педагогікою, психологією, іншими.

Специфічна особливість суб'єктів фінансового права полягає у майже стовідсотковій реалізації у конкретних правовідносинах закладеної у нормах права фінансової правосуб'єктності. Цей факт, а також складність відмежування прав від обов'язків стосовно органів, які здійснюють публічну фінансову діяльність, спричинили певні труднощі для науки фінансового права. Складно-видовий характер норм фінансового права призводить

до того, що формування фінансової правосуб'єктності відбувається не універсально, а у звуженому обсязі, тобто не на підставі норм, які торкаються усіх видів фінансових правовідносин, а саме в межах окремих фінансово-правових розділів та інститутів. Це веде до неоднорідного найменування суб'єктів фінансового права у різних сферах фінансової діяльності: в податковому праві – це суб'єкт оподаткування, платник податку, податковий орган, податковий агент; у бюджетному праві – бюджетний орган, бюджетна організація, розпорядник бюджетних кредитів; у банківському праві – банк, позичальник, власник банківського рахунку; в страховому праві – страховик, страхувальник, перестраховальник; у валютному праві – резидент, нерезидент, орган валютного контролю тощо.

Без динаміки суб'єктивного фінансового права законодавство України відірвалося б від реального соціального руху і перетворилося в «мертву» схему логічно зв'язаних норм [3, с. 185]. У загальному вигляді зміст суб'єктивного фінансового права можна звести до того, що воно надає уповноваженому суб'єкту такі можливості:

- 1) поводити себе відповідним чином (право на свої дії);
- 2) вимагати відповідної поведінки від інших суб'єктів (право вимоги);
- 3) звертатися до держави за захистом свого юридичного права.

Тому зміст будь-якого суб'єктивного права можна звести до системи певних можливостей його носія. Це можливості: поводити себе певним чином (право на свої власні дії); вимагати певної поведінки від інших суб'єктів (право на чужі дії – право вимоги); звертатися до держави та її органів за захистом свого юридичного права (право на захист) [4]. Із цього чітко вбачається, що наявності самих лише уповноважуючих приписів, тобто таких, що фіксують дозвіл можливості конкретної поведінки даного суб'єкта фінансового права (але одночасно не зобов'язують інших суб'єктів до здійснення певної поведінки, а також не забороняють поведінки, що перешкоджає реалізації можливої поведінки уповноваженого суб'єкта) досить лише для реального здійснення права на власні дії уповноваженого суб'єкта. У цьому випадку, тобто спираючись виключно на даний йому дозвіл здійснювати можливу поведінку, суб'єкт лише у невеликій кількості ситуацій може досягнути певного

соціального блага, що й є кінцевою метою і сенсом реалізації можливостей, що утворюють зміст суб'єктивних фінансових прав. Йтися може тільки про поведінку, яка не потребує якогось спеціального (організаційного, матеріального тощо) забезпечення з боку інших суб'єктів, яке знаходить свій вираз у праві на чужі дії (право вимоги). Задоволення інтересів суб'єктів фінансового права часто визначається діями інших осіб, так як такі дії безумовно є імперативними обов'язками зобов'язаних осіб, що характерно для публічної галузі права. Таким чином, суб'єктивне фінансове право визнається правом як на свої, так і на чужі дії. Момент вимоги це один з найважливіших моментів у визначенні суб'єктивного права, адже воно тотожне можливості, що перебуває під охороною держави.

Для того, щоб повно та ефективно здійснити право вимоги, одних лише уповноважуваних норм недостатньо. Необхідне також існування кореспондуючих ним зобов'язуваних норм, які тією чи іншою мірою зафіксували необхідну поведінку, тобто конкретні обов'язки відповідних суб'єктів здійснювати певні дії (або утримуватись від них) на вимогу уповноважених суб'єктів. І тому основний зміст суб'єктивного права вимоги зумовлюється інтересом, для задоволення якого існує потреба в поведінці зобов'язаних осіб.

1. Принципи реалізації права вимоги у фінансовому праві

У випадках, коли здійснення суб'єктивних прав спрямоване на реалізацію можливої поведінки, спрямованої на вимогу певної поведінки від інших суб'єктів (право вимоги), то така реалізація може відбуватися виключно в межах правових відносин. А це означає, що від волі та поведінки уповноваженої сторони повною мірою залежить лише початок процесу реалізації, тобто здійснення дій, які спрямовані на виникнення правовідносин, у межах яких вона сподівається реалізувати свою можливу поведінку. Саме тому вирішальне значення для реалізації права вимоги уповноваженого суб'єкта мають значення принципи суб'єктивного права, адже право вимоги визначається як його основний елемент поряд із правом на власні дії та правом на захист.

Принципи реалізації права вимоги у фінансовому праві пронизують усю юридичну форму суспільних відносин, виражаючи в кінцевому рахунку основні підвалини існуючого ладу фінансових правовідносин. *Принцип забезпеченості права вимоги у*

фінансовому праві, сутність якого полягає в тому, що держава зобов'язана матеріально, організаційно, юридично (через об'єктивне право і спеціально-юридичний механізм тощо) забезпечувати реалізацію суб'єктивних прав. А це, у свою чергу, надає суб'єктам можливість вимагати від держави відповідного забезпечення реалізації повноважень, що випливають з того чи іншого суб'єктивного фінансового права. Із даного принципу випливає такий принцип фінансового права як принцип формальної рівності суб'єктів фінансових правовідносин [5, с. 11].

Принцип демократизму права вимоги у фінансовому праві полягає у тому, що публічні фінанси є мірою досягнутого у суспільстві прогресу, згідно з якою визначається і забезпечується фінансова свобода суб'єкта. Окрім того, права вимоги у фінансовому праві і само є правовим інструментом розвитку демократії у суспільстві на основі принципів гуманізму і свободи.

Принцип активності права вимоги у фінансовому праві зумовлений тим, що саме воно забезпечує громадянам та іншим його носіям можливість активної участі в усіх сферах фінансового життя і тим самим активізує ці сфери. Суб'єктивне фінансове право є основою системи юридичних та інших засобів забезпечення участі громадян і організацій у найважливіших сферах соціальних відносин (сфера соціального забезпечення).

Принцип фінансового заохочення суспільно корисної поведінки означає, що права вимоги як вид і міра можливої, дозволеної поведінки суб'єкта у суспільстві є найкращим стимулятором правомірної поведінки, зменшення зловживань фінансовими правами, яка приносить користь і суспільству в цілому, і окремому суб'єктові (наприклад, надання податкових пільг).

Принцип безпосередності права вимоги у фінансовому праві зумовлений тим, що останнє виступає найкращим показником пануючих у суспільстві поглядів на демократію, гуманізм, права людини.

Принцип реальності права вимоги у фінансовому праві – забезпечує становище, за яким суб'єктивне право стає інструментом викриття перекручень, забезпечення досягнень суспільства у правовій системі; виступає дійовим показником досягнень або ж відставання суспільства у цій сфері; дає можливість визначити реальне становище особи як вищої цінності у державі і суспільстві.

Принцип гуманізму права вимоги у фінансовому праві притаманний суб'єктивному фінансовому праву тому, що останнє виступає регулятором поведінки суб'єктів права шляхом фіксації певних еталонів поведінки, які відповідають інтересам суспільства, а не інтересам держави.

Принцип свободи вбачається у визначенні через право вимоги у фінансовому праві системи взаємних юридичних прав і обов'язків суб'єктів фінансового права і в такий спосіб забезпеченні відповідної міри свободи.

Принцип законності щодо права вимоги у фінансовому праві має визначатися як такий, що слугує інструментом поєднання фінансового порядку і організованості, дотримання фінансових законів і підзаконних актів із забезпеченням певної активності і оперативної самостійності суб'єктів фінансового права.

Принцип справедливості дає можливість уявити, якою мірою у суб'єктивному фінансовому праві дістають вияв загальнолюдські цінності, компроміс між приватними і публічними інтересами і потребами суб'єктів фінансового права [6].

Принцип регулятивності у суб'єктивному праві – є засобом упорядкування фінансових правовідносин і дозволяє суб'єктам права вимоги у фінансовому праві планувати свою поведінку і прогнозувати поведінку інших суб'єктів. Адже саме суб'єктивне фінансове право визначає систему конкретних повноважень суб'єктів у найважливіших сферах фінансових відносин, є юридичним інструментом набуття суб'єктами фінансового права тих чи інших соціальних та матеріальних благ [7].

Розуміння права вимоги у фінансовому праві супроводжується непослідовністю, суперечністю і однобічністю людського логосу, що не зважає на вимоги наукової логіки. Фактичність розуміння права вимоги не знаходить згоди з аксіоматичними положеннями про нерозривність прав та обов'язків. Такі права і обов'язки, що становлять в єдності зміст правової норми, з якої виводиться поняття об'єктивного права, з необхідністю транслюються в його зміст. Доктринальне уявлення про діалектичну підпорядкованість суб'єктивного права праву об'єктивному повинно приводити до припущення про відповідність в їх змісті на рівні прав та обов'язків.

Регулятивний вплив фінансового права досягає своєї кульмінації з погляду забезпечення публічних потреб та реалізації суспільних інтересів. Від структури суб'єктивного фінансового

права, характеру складових його елементів (і в тому числі права вимоги) залежить можливість його реалізації поза конкретними правовідносинами. Як ми уже відзначали, особливістю суб'єктивного фінансового права вимоги є те, що благо, яким прагне користуватися уповноважений суб'єкт, частіше за все є загальним суспільним благом (публічні фінанси), тому і право на користування таким благом чітко регламентоване державою. Саме тому важливим в частині реалізації права вимоги є визначення **системи критеріїв правового регулювання, котрі забезпечують можливість його здійснення**. Тому звертаємо увагу на такі критерії принципу адекватності правового регулювання правовідносин, як критерій недостатності, критерій придатності, критерій можливості [8].

Критерій недостатності чинного правового регулювання. Правове значення категорії недостатності полягає в тому, що заходи, які існують на визначений момент, не можуть повністю забезпечити правове регулювання відповідного кола суспільних відносин. Питання достатності правового регулювання пов'язане з встановленням межі, за якою дії держави стають невідповідними, оскільки ці дії є недостатніми для досягнення певної цілі. Проте це не стосується кола ситуацій, коли для досягнення певної цілі не створено належних та достатніх умов, тобто коли йдеться про недостатність певного виду правового регулювання, зокрема неможливість виконання конституційного обов'язку зі сплати податку без прийняття деталізуючи нормативно-правових актів. Так, у статті 67 Конституції України зазначено, що кожен зобов'язаний сплачувати податки та збори в розмірах та строках встановлених в законі [9]. І оскільки податкове зобов'язання є ядром податкового права, то через реалізацію цих норм розкривається соціальна цінність і кінцева мета всієї системи податково-правового регулювання. Досліджуючи можливість застосування даної категорії до податкового права, необхідно зазначити, що загально відомий принцип однобічного запровадження податків та примусового їх стягнення не суперечить трактуванню фіскальних правовідносин як системи специфічних зобов'язань, що складаються між державою, з одного боку, та індивідуальними і колективними суб'єктами оподаткування, з іншого. Це беззаперечний приклад правового регулювання права вимоги у податковому праві. Однак, як показує практика, лише

конституційної норми недостатньо для повного врегулювання системи оподаткування. Справа в тому, що будь-які норми і правила, встановлювані в конституційному порядку, не можуть врахувати всіх розходжень і особливостей систем оподаткування, що існують, тобто різні податкові ставки, правила і норми визначення оподатковуваного доходу, різні пільги, відрахування і т.д. Усі ці питання можуть бути погоджені лише в рамках деталізованого, прийнятого на виконання норм Конституції України законодавства – Податковому кодексі України.

Критерій придатності вже наявного правового регулювання реалізації права вимоги. Непридатне правове регулювання фінансових відносин можна вважати неадекватним, оскільки воно передбачає таке втручання у права, яке є нездатним для досягнення потрібної легітимної цілі. Даний критерій слугує продовженням дії критерію недостатності, оскільки існуюче правове регулювання може бути недостатнім внаслідок застосування таких методів, які є непридатними, або ж в силу економічного розвитку стали непридатними. Ця, на перший погляд, досить тривіальна, констатація при докладнішому розгляді породжує чимало запитань, зокрема: як визначити непридатність; коли її потрібно визначати? Відповіді на ці запитання залежать від їхнього хронологічного порядку, а він, у свою чергу, від застосування принципу соціального натуралізму [10]. Практика нас переконує, що саме від того, як і правотворці, і правокористувачі розуміють право, залежить і те, як вони його використовують. Правильне (найбільш адекватне, відповідне його природі) розуміння права зумовлює успішне правокористування, а якась абсолютизація окремих аспектів права породжує великі проблеми у правозастосуванні. Досвід Європи орієнтує нас на те, що до розуміння права на сучасному етапі і правотворення, і правозастосування в Україні ефективно можна було б застосувати принцип «соціального натуралізму». Очевидно, що принцип соціального натуралізму вимагає відповіді на це запитання таким чином: у творенні права беруть участь як природа, так і люди. Природа створює зміст права, а люди, тобто об'єднання людей у формі держави, надають праву більш-менш адекватну або зовсім неадекватну природному змісту форму. Так, із позицій принципу соціального натуралізму податкове право має дві сторони – природний зміст і соціальну форму – нормативне вираження. Форма і зміст є атрибутами одне

одного, у природному стані неможливі одне без одного. Найдосконалішою є така юридична структура податку, коли його природний зміст адекватно втілюється у законодавстві. Аналізуючи українське податкове законодавство, можна побачити повне ігнорування державою дійсної правової природи податку при встановленні елементів юридичної структури податку. Це головна причина того, що український законодавець, визначаючи юридичну конструкцію податку як родового явища та видові юридичні конструкції окремих податків, кожного разу позначає їх іншою групою елементів, що суттєво різняться між собою та неадекватно відображають правову природу цього суспільного явища. Поза досконалими юридичними конструкціями податку позитивне податкове право не може набути довершених, зрілих форм, стати ефективним регулятором податкових відносин у суспільстві. Тому вирішуючи питання, коли потрібно кваліфікувати придатність певної дії, слід враховувати, що людина, на яку покладено такі обов'язки, повинна з цілковитою впевненістю «зазирнути» у майбутнє. Отже, з юридичної точки зору, потрібно вимагати, щоб особи з правом рішення на момент його прийняття уже чітко могли оцінити свій конкретний захід на предмет того, як точно він діятиме і які чинники впливатимуть на його дію.

Критерій можливості застосування наявного правового регулювання суб'єктами права вимоги для яких воно призначене. Наступний критерій, який необхідно ввести у методологію прийняття та введення вираженого правового регулювання, – це критерій можливості, тобто здатність адресата виконати те, що вимагається законом чи міжнародним договором. Так, критерій можливості в частині реалізації права вимоги можна продемонструвати при застосуванні відповідальності за бюджетні правопорушення. Адже єдине, що було визначено БК України в редакції 2001 року, це те, що під бюджетним правопорушенням розумілося недотримання учасником бюджетного процесу встановленого цим Кодексом та іншими нормативно-правовими актами порядку складання, розгляду, затвердження змін, виконання бюджету чи звіту про виконання бюджету (ст. 116) [11]. І тому деталізація бюджетних правопорушень виступала предметом скоріш науково-практичних коментарів кодексу, аніж безпосередньо законодавчих актів. Адже питання застосування юридичної

відповідальності за бюджетні правопорушення в частині накладення заходів фінансової відповідальності були спущені на підзаконний рівень (прикладом може бути Указ Президента України № 1251/2001 від 25.12.2001 р. «Про зміцнення фінансової дисципліни та запобігання правопорушенням у бюджетній сфері») [12]. Відповідальні посадові особи органів державної влади, які контролювали діяльність у бюджетній сфері, мали опиратися лише на норми Бюджетного кодексу (статті 109–125) [13]; Кодексу України про адміністративні правопорушення (ст. 164-12) [14] та Кримінального кодексу України (статті 210–211) [15]. Така ситуація викликала постійну критику з боку практиків. Неодноразово констатувався той факт, що питання відповідальності за порушення бюджетного законодавства врегульовані не в належному обсязі; не здійснено належним чином розподіл компетенції між органами державної влади та місцевого самоврядування у сфері контролю за дотриманням бюджетного законодавства.

2. Право вимоги у податково-правовому зобов'язанні

Досліджуючи можливість застосування даної категорії до податкового права, необхідно зазначити, що загально відомий принцип одностороннього запровадження податків та примусового їх стягнення не суперечить трактуванню фіскальних правовідносин як системи специфічних зобов'язань, що складаються між державою, з одного боку, та індивідуальними і колективними суб'єктами оподаткування, з іншого, адже з точки зору цивільно-правової доктрини, про яку уже згадувалось, за ознакою підстав виникнення розрізняє договірні та позадоговірні зобов'язання. Податкове зобов'язання можна визначити як юридичну конструкцію з конкретизованою законом метою. Мета податкового зобов'язання – безумовна і безвідплатна передача певних грошових коштів від податкового боржника податковому кредитору для формування публічної власності, основне призначення якої покриття публічних потреб. Однак, як відзначає І.І. Бабін, поняття «податкового зобов'язання» доцільно використовувати для позначення правовідношення, в якому податковий орган володіє правом вимоги, а платник податків зобов'язаний здійснити дії по передачі певної суми грошових коштів до бюджету. Саме в такому значенні воно використовується в Податковому кодексі

України при визначенні видових юридичних конструкцій податку [16, с. 196].

Однак у такому ракурсі реалізується право вимоги лише держави в особі уповноваженого державного органу. Тобто тут податкове зобов'язання можна розглядати як правовідношення між державою і платником, в силу якого платник зобов'язується сплатити до бюджету відповідну суму коштів (у вигляді податку або збору) на підставах, у порядку і в строки, визначені законом. Однак у податковому зобов'язанні існує ще й інший ракурс – коли уповноважений суб'єктом із правом вимоги виступає платник податків – правовідношення між державою і платником, де в силу обставин держава (в особі уповноваженого державного органу) виступає зобов'язаним суб'єктом по відношенню до нього. Йдеться в першу чергу про відносини повернення сум переплаченого податку (в т.ч. відшкодування ПДВ), а також обов'язки держави, які виникають у зв'язку з виконання платником своїх зобов'язань по сплаті податків (надання розстрочки і відстрочки сплати податкового зобов'язання, списання податкового боргу тощо [6, с.187]).

Крім того, аналізуючи норми податкового законодавства, можна провести паралель та виділити податкові права вимоги уповноважених державних контрольних органів та кореспондуючі ним обов'язки платника податків. Відповідне структурування та уточнення прав податкових органів (митних органів), їхнє чітке визначення сприятиме забезпеченню та захисту інтересів підконтрольних суб'єктів. Тому нам імпонує розподіл прав податкових органів, запропонований М.П. Кучерявенком, який пропонує розділити останні на такі групи: контрольні, організаційні, облікові, інформаційні [17, с. 106], на основі яких ми і проведемо паралель групування змісту прав вимоги у податковому зобов'язанні.

Організаційні права вимоги передбачають можливість застосування права вимоги податкових органів у сфері координації процесу сплати податків: право вимоги уповноважених державних органів сплатити податок (запрошувати платників податків або їх представників для перевірки правильності нарахування та своєчасності сплати податків та зборів, дотримання вимог іншого законодавства, здійснення контролю за дотриманням якого покладено на органи державної податкової служби. Так, державні податкові

органи мають право вимоги на методичну та практичну допомогу від вищестоящих органів; з іншої сторони – право вимагати вилучення документів і предметів у платника податків в якості доказів, викликати в податкові органи для встановлення певного факту та ін.

Облікові права вимоги податкових органів полягають у можливості вимагати отримання інформації від платника податків з метою поставлення його на облік, а також право на отримання інформації та відомостей від платника податків з метою визначення суми його податкового зобов'язання, методичне керівництво бухгалтерським обліком і звітність підприємств, прийняття заходів по їх удосконаленню, затвердження планів розрахунків платників податків та ін. Так, цій групі прав вимоги кореспондується обов'язок платника податків визначений у статті 16 ПКУ, зокрема платник податків зобов'язаний: стати на облік у контролюючих органах у порядку, встановленому законодавством України [18].

Інформаційні права вимоги передбачають можливості для податкових органів використовувати засоби масової інформації як для інформування платників податків з метою удосконалення процесу сплати податків, так і для отримання інформації для підвищення ефективності власної діяльності. Так, стаття 20.1.3. ПКУ передбачає, що органи державної податкової служби мають право: одержувати безоплатно від платників податків, а також від установ Національного банку України, банків та інших фінансових установ довідки, у порядку встановленому Законом України «Про банки і банківську діяльність» (2121-14) та цим Кодексом, довідки та/або копії документів про наявність банківських рахунків, а на підставі рішення суду – інформацію про обсяг та обіг коштів на рахунках, у тому числі про ненадходження у встановлені терміни валютної виручки від суб'єктів підприємницької діяльності [18].

Контрольні права вимоги податкових органів полягають у можливості здійснювати перевірку та безпосередньо контролювати процес сплати податків: проведення податкових перевірок, отримання від платників податків необхідних документів, виявлення, розкриття і попередження податкових правопорушень та ін. Так, стаття 20.1.5. ПКУ передбачає, що органи державної податкової служби мають право: вимагати від платників податків, що перевіряються в ході перевірок,

проведення інвентаризації основних фондів, товарно-матеріальних цінностей, коштів, у тому числі зняття залишків товарно-матеріальних цінностей, готівки.

Тепер спробуємо визначити права вимоги у податковому зобов'язанні з іншого ракурсу, тобто зі сторони платника податків. З усього наведеного у статті 17 ПКУ переліку прав платників податків можна умовно провести їхнє групування, в основі якого буде лежати функціональна спрямованість вказаних прав: права організаційного характеру; права щодо сплати податків; права з обліку та звітності. Ми ж таку саму паралель проведемо в ракурсі права вимоги.

Права вимоги зі сплати податків передбачають можливості для платника податків вимагати від податкових органів дотримуватися Конституції України та діяти виключно у відповідності з ПКУ та іншими законами України, іншими нормативними актами; забезпечувати сумлінне виконання покладених на контролюючі органи функцій; забезпечувати ефективну роботу та виконання завдань контролюючих органів відповідно до їхніх повноважень; не допускати порушень прав та охоронюваних законом інтересів громадян, підприємств, установ, організацій; коректно та уважно ставитися до платників податків, їхніх представників та інших учасників відносин, що виникають під час реалізації норм цього Кодексу та інших законів, не принижувати їхніх честі та гідності; право вимагати скористатися податковими пільгами, отримати розстрочку платежу, відстрочку сплати податку, отримання податкового кредиту [19, с. 156]. Наприклад, у ст. 14.1.181. Податкового кодексу України передбачено право платника податку на додану вартість на отримання податкового кредиту – «податковий кредит – сума, на яку платник податку на додану вартість має право зменшити податкове зобов'язання звітного (податкового) періоду, визначена згідно з розділом V цього Кодексу» [18].

Права вимоги організаційного характеру передбачають можливості платника податків представляти свої інтереси безпосередньо (або через представника) в податкових органах, а також бути присутнім при проведенні податкових перевірок, безоплатно отримувати в органах державної податкової служби та в митних органах, у тому числі і через мережу Інтернет, інформацію про податки та збори і нормативно-правові акти, що їх регулюють, порядок обліку та сплати податків та зборів, права

та обов'язки платників податків, повноваження контролюючих органів та їх посадових осіб щодо здійснення податкового контролю [20, с. 125]. Платник податків має право вимагати від контролюючих органів проведення перевірки відомостей та фактів, що можуть свідчити на користь платника податків. Крім того, шкода, завдана неправомірними діями посадових осіб контролюючих органів, підлягає відшкодуванню за рахунок коштів державного бюджету, передбачених таким контролюючим органом.

Права вимоги з обліку та звітності полягають в можливості платника податку вимагати одержувати в податкових органах необхідну інформацію, вибирати засіб проведення податкового обліку, оскаржувати рішення податкових органів, надавати податковим органам пояснення, обґрунтовані відмови. Так, в ст 46.4 Податкового кодексу України зазначено, що якщо платник податків вважає, що форма податкової декларації, визначена центральним контролюючим органом, збільшує або зменшує його податкові зобов'язання, всупереч нормам цього Кодексу з такого податку чи збору, він має право зазначити цей факт у спеціально відведеному місці в податковій декларації. У разі необхідності платник податків може подати разом з такою податковою декларацією доповнення до такої декларації, які складені за довільною формою, що вважатиметься невід'ємною частиною податкової декларації. Таке доповнення подається з поясненням мотивів його подання [18], а також обирати самостійно, якщо інше не встановлено ПКУ, метод ведення обліку доходів і витрат.

Однак настільки широкий спектр прав вимоги як для платників податків, так і для податкових контрольних органів створює умови для супутнього негативного явища в правозастосуванні – **зловживання правом вимоги**. Багато науковців в теорії податкового права питання зловживання податковим правом розглядали виключно з точки зору дій платників податків. Часто виділяють два типи зловживання правами з боку платника податків: по-перше, зловживання суб'єктивними правами, що впливають з положень приватного права; по-друге, зловживання власне суб'єктивними податковими правами. Проблема зловживання правом, навіть у епоху сучасності, залишається однією з найактуальніших і не тільки в Україні. У континентальній Європі, вперше, єдину

теорію зловживання суб'єктивними правами виробила французька судова практика в XIX ст., яка ґрунтувалась на нормах права про відповідальність за шкоду, хоча в Цивільному кодексі Франції 1804 р. не містилося прямих заборон зловживання правами. Ідея «abus de droit» (фр. зловживання правом) саме у Франції отримала своє остаточне закріплення. У 1915 р. Касаційним судом Франції було прийнято правило, згідно з яким встановлювалася відповідальність власника, який використовує своє суб'єктивне право на шкоду іншому власнику і без користі для себе. Згодом, у законодавстві континентальної Європи закріпилася розуміння зловживання правом через мету – завдати шкоди іншій особі [21, с. 42].

Звичайно, що наявність загальних і спеціальних заборон у даний час характерно для законодавства різних правових систем і це не повинно розглядатися як недолік. Так, у деяких країнах (наприклад, в Японії) наявність прямої конституційної заборони на зловживання правом, який, безумовно, носить загальний характер, межує із забороною на зловживання цивільними правами, закріпленим в ЦК, який в даному випадку необхідно розглядати в якості спеціального (галузевого) принципу. Крім того, в науковій літературі часто акцентується на зв'язку зловживання правом із суб'єктивними правами – зловживання правом є свідомо неправильним здійсненням суб'єктивного права: 1) дії щодо здійснення права не повинні прямо порушувати правової норми, а можуть бути самі по собі допустимими, можливими; 2) такі дії в даному конкретному випадку здійснюються для досягнення цілей, які не відповідають цілям і функцій, у зв'язку з якою правовою нормою передбачено суб'єктивні права; 3) ці дії вчиняються з наміром завдати шкоди іншим особам або погіршити їх майнове або суспільне становище; 4) дії, про які йдеться, здійснюються носіями суб'єктивного права, що не має при цьому виправданого інтересу.

Досить часто, підходячи до вирішення проблеми попередження зловживанням правом через нормативне закріплення відповідної правової заборони, робиться застереження, що не допускається зловживання платниками податків, податковими агентами, а також особами, які забезпечують надходження податків до бюджету і позабюджетні фонди, наданими законодавством правами шляхом вчинення правомірних дій, спрямованих на умисне ухилення або

неправомірне звільнення від сплати податків або перешкоджання проведенню податкового контролю. При цьому, як бачимо, в основу ознак зловживання правом ставляться правомірні дії зобов'язаних осіб. Визначення зловживання правом «шляхом вчинення правомірних дій» веде до змішування різних правових явищ – дозволеної поведінки і неприпустимих правових наслідків.

Також досить часто зловживання правом вимоги у сфері податкових правовідносин властиво тільки діям платників податків, вказуючи у зв'язку з цим на те, що не допускається зловживання платником податків правами, наданими йому законодавством, що виразилося в умисних діях платника податків, спрямованих виключно на зменшення або виключення (усунення) ним своїх податкових зобов'язань.

Найбільш прийнятним у правовій науці стало розуміння зловживання правом, як неприпустимої поведінки, спрямованої на умисне невиконання вимог закону або заподіяння шкоди іншій особі, зокрема: «Зловживанням правом вимоги визнається умисне використання передбачених законодавством пільг, переваг, форм діяльності, а так само вчинення інших дій, що характеризується удаваністю або удаваною метою або юридичною підставою, а також умисна бездіяльність, спрямована на невиконання обов'язків, встановлених законодавством про податки і збори» [22, с. 92]. Крім того, можливо в податковому праві взагалі немає необхідності встановлювати норми про зловживання правом, оскільки в податкових правовідносинах платнику податків завжди протистоїть тільки держава, і ця обставина визначає коло наданих платнику податку прав – йому дано тільки той мінімум прав, які він може використовувати виключно в своїх інтересах [23, с. 79]. Тому часто відзначається, що податковими правами вимоги неможливо зловживати, оскільки вони надані платнику податку саме для того, щоб він міг захиститися від держави, зокрема від контролюючих органів. І для запобігання можливих проявів зловживанням правом вимоги досить позбавити платника податків цього права і закріпити відповідний обов'язок.

Такий підхід звужує поняття зловживання правом вимоги в податкових правовідносинах у ракурсі виключно дій платників податків, адже варто виділити і зловживання правом з боку податкових органів. Також можна зазначити, що наявність відповідного права вимоги саме по собі не свідчить про можливість зловживання таким правом. Це може проявлятися в

разі навмисної реалізації відповідного права вимоги за рамками дозволених і допустимих законом меж їх здійснення. Повертаючись до питання про прояв зловживання правом з точки зору суб'єктного складу, слід ще раз підкреслити, що теза про можливість зловживання правом вимоги лише зі сторони платника податків, нераціональна, оскільки законодавче закріплення прав за конкретним учасником податкових правовідносин спочатку створює передумови для можливості відповідного суб'єкта зловживати такими правами.

Отже, правам вимоги уповноваженого суб'єкта кореспондуються обов'язки зобов'язаного суб'єкта. Однак характеристика податкового зобов'язання показує, що в даному правовідношенні існує і зворотній зв'язок. У результаті виконання обов'язків зі сплати податків у платників податків виникають теж права вимоги до органів державної влади (податкових органів), котрі зумовлені самою природою податку та податкових правовідносин.

3. Право вимоги у бюджетно-правовому зобов'язанні

Однією з особливостей права вимоги у фінансовому праві є те, що у переважній більшості випадків правом вимоги наділені уповноважені державні органи, які представляють державу в бюджетних правовідносинах, та уповноважені органи місцевого самоврядування, які представляють адміністративно-територіальні утворення. Однак аналіз бюджетного законодавства не дає однозначної відповіді на правову природу категорії «бюджетне зобов'язання». Так, згідно зі статтею 2 Бюджетного кодексу України, бюджетне зобов'язання – будь-яке здійснене відповідно до бюджетного асигнування розміщення замовлення, укладення договору, придбання товару, послуги чи здійснення інших аналогічних операцій протягом бюджетного періоду, згідно з якими необхідно здійснити платежі протягом цього ж періоду або у майбутньому [13]. Таким чином, бюджетне зобов'язання за Бюджетним кодексом є правовідношенням між розпорядником бюджетних коштів та іншими особами, що поставляють товар, надають послуги або виконують роботи, за рахунок бюджетних коштів. Згідно із чинним законодавством усі бюджетні зобов'язання підлягають реєстрації і можуть здійснюватися лише в межах бюджетних асигнувань.

Для характеристики права вимоги у бюджетному зобов'язанні, в першу чергу, необхідно виділити, що відносини з

приводу використання публічно-територіальними утвореннями бюджетних коштів відносяться до зобов'язальних відносин. Крім того, видатки бюджету пов'язанні з переміщенням майна у формі бюджетних (грошових) засобів з бюджету до отримувача цих коштів. За правовою природою це є відносини активного виду, що підтверджує механізм реалізації обов'язків суб'єктів бюджетних відносин. Згідно з аналізом механізму відносин здійснення бюджетних видатків впливає, що отримувачу бюджетних коштів протиставляється чітко визначений зобов'язаний суб'єкт – суспільно-територіальне утворення, що здійснює регулювання видатків. Такі відносини називаються відносними. Звідси впливає ще одна ознака бюджетних зобов'язальних відносин – їхній відносний характер. Але категорія бюджетного зобов'язання нерозривно пов'язана із суб'єктивним бюджетним правом. Так, суб'єктивне бюджетне право зумовлює безпосередній зв'язок уповноваженого та зобов'язаного суб'єктів, а його реалізація залежить не лише від власних дій, а й від дій (або утримання від дій) зобов'язаного суб'єкта. Особливість бюджетного суб'єктивного права зумовлюється суб'єктивним складом цих правовідносин, що передбачає обов'язкову наявність такого суб'єкта як уповноважений державою орган. Для такого уповноваженого органу всі права, зумовлені його завданнями та функціями, не є правами в класичному розумінні, тобто такими, які він може реалізовувати чи не реалізовувати на власний розсуд, а в широкому плані є виконанням обов'язків перед державою. Тому суб'єктивне бюджетне право уповноваженого суб'єкта визначають як «право-обов'язок».

Суб'єктивне бюджетне право уповноваженого суб'єкта, на думку В.Д. Чернадчук, залежить від виду бюджетних правовідносин [24]. У пасивних бюджетних правовідносинах переважає право на власні дії, які уповноважений суб'єкт зобов'язаний здійснити, оскільки держава надає таким суб'єктам необхідні для виконання завдань і функцій можливості. Реалізація останніх є їх обов'язком перед державою. Обов'язок інших суб'єктів – не перешкоджати уповноваженому суб'єкту в реалізації цих прав-обов'язків. Але право на позитивні дії не тотожне праву вимоги цих суб'єктів в активних бюджетних правовідносинах, оскільки надає уповноваженому суб'єкту право вибору. Особливістю права на позитивні дії, як зазначає М.П. Кучерявенко, є специфічно замкнена індивідуальність, в умовах якої реалізація

цього права не пов'язана з діями інших осіб, їх впливом і сприянням цьому праву [25, с. 439]. В активних бюджетних правовідносинах право на позитивні дії завжди поєднано з правом вимагати від інших суб'єктів утримуватися від здійснення дій, що перешкоджають реалізації суб'єктивного бюджетного права. Так, право вимоги в бюджетних правовідносинах мають уповноважені державні органи та органи місцевого самоврядування. Узяття бюджетних зобов'язань є невід'ємним механізмом, якщо бути точніше – невід'ємною складовою третьої стадії виконання бюджету (не має значення, державний чи місцевий бюджет) за видатками. Обов'язкова наявність бюджетного зобов'язання в процесі реалізації розпорядниками бюджетних коштів своїх повноважень демонструється навіть у тому, що нова редакція Бюджетного кодексу України від 2010 року не внесла жодних змін у визначення цього поняття. Необхідно відзначити два моменти, що мають істотне значення для розкриття поняття права вимоги у бюджетному зобов'язанні. По-перше, бюджетне зобов'язання, якщо виходити з його розуміння в межах ч. 7 ст. 2 Бюджетного кодексу України, не може виникнути між державними органами, державними органами і органами місцевого самоврядування, а також між безпосередньо органами місцевого самоврядування, тобто тими, хто виступає розпорядниками бюджетних коштів (незалежно від рівня – головні чи нижчестоящі). Хоча практика засвідчує, що в деяких випадках виконання робіт чи надання послуг може здійснюватися і у ланцюгу «розпорядник коштів» – «розпорядник коштів». У такому разі доцільно виходити із загального визначення учасників бюджетного процесу, під якими БК України розуміє органи, установи та посадових осіб, наділених бюджетними повноваженнями (правами та обов'язками з управління бюджетними коштами) (ч. 3 ст. 19) [13].

По-друге, виходячи з розуміння бюджетного зобов'язання, його не може бути там, де немає «розміщення замовлення, укладення договору, придбання товару, послуги чи здійснення інших аналогічних операцій». Водночас, згідно з тією ж статтею 2 Бюджетного кодексу, під платежем розуміється погашення зобов'язання, яке виникло в поточному або попередніх бюджетних періодах [13]. Таким чином, будь-якому платежу повинне передувати виникнення зобов'язання, або, скажемо по-іншому, платіж поза межами виконання зобов'язання (або платіж, що виникає не у процесі виконання зобов'язання) в бюджетних відносинах є неможливим. Виходячи з викладеного,

було б логічним передбачити, що якщо бюджетні кошти надаються з державного бюджету місцевому бюджету як міжбюджетний трансферт (субвенція, дотація) шляхом здійснення платежу, то такий платіж здійснюється на виконання зобов'язань державного бюджету перед бюджетом місцевим.

Більш того, досить логічною була б вимога органу місцевого самоврядування про надання йому дотацій, субвенцій з державного бюджету на підставах та в обсягах, розрахованих згідно з положеннями глав 15, 16 Бюджетного кодексу України. Таке право органу місцевого самоврядування абсолютно відповідало б принципу відповідальності учасників бюджетного процесу, котрий був задекларований статтею 7 БК України, а в новій редакції Бюджетного кодексу України 2010 року був виключений [13]. Тим більше, що законодавець, приймаючи нову редакцію Бюджетного кодексу України, намагався хоча б певною мірою урегулювати процеси децентралізації місцевого самоврядування, у даному випадку – у фінансово-правовій (бюджетній) сфері. Це можна прослідкувати, зокрема, на деталізації міжбюджетних трансфертів, закладених у новій редакції кодексу. Крім того, бюджетні зобов'язання відносять до фінансово-правових зобов'язань видаткового типу. Фінансові зобов'язання видаткового типу – це асигнування з бюджетних установ, засоби на сплату товарів, робіт та послуг за муніципальними та державними контрактами, трансферти для здійснення виплат громадянам, інвестиції у статутні капітали існуючих чи створюваних державних організацій тощо. Їхня типологія є менш чіткою і досить динамічною, але це не перешкоджає об'єднати всі зобов'язання видаткового типу в одну загальну категорію – видаткові зобов'язання. Крім того, норми Бюджетного кодексу України не дають позитивної відповіді на питання щодо можливості розпоряднику бюджетних коштів варіювати свою поведінку при виконанні бюджетних зобов'язань чи сподіватися на якесь відшкодування. Так, визначаючи особливості здійснення окремих видатків бюджету, кодексом закріплено, що розпорядники бюджетних коштів забезпечують у повному обсязі проведення розрахунків за електричну та теплову енергію, водопостачання, водовідведення, природний газ та послуги зв'язку, які споживаються бюджетними установами, та укладають договори за кожним видом енергоносіїв у межах встановлених відповідним головним розпорядником бюджетних коштів обґрунтованих лімітів

споживання. При цьому кодекс не визначає, що робити розпоряднику за умови відсутності належного обсягу фінансування, з чим нині, за умов виходу з фінансової кризи та зростаючих щорічних виплат по державному боргу, стикається практично увесь бюджетний сектор.

Отже, в бюджетних правовідносинах право вимоги реалізується у формі активних дій – вимога до зобов'язаного суб'єкта виконати активні обов'язки – тут право вимоги передбачає здійснення зобов'язаним суб'єктом комплексу активних дій, пов'язаних із виконанням суб'єктивного бюджетного обов'язку. Правом вимоги у бюджетному зобов'язанні наділено, згідно із законодавством, учасників бюджетного процесу, під якими БК України розуміє органи, установи та посадових осіб, наділених бюджетними повноваженнями (правами та обов'язками з управління бюджетними коштами). Крім того, право вимоги не може бути там, де немає «розміщення замовлення, укладення договору, придбання товару, послуги чи здійснення інших аналогічних операцій». Однак це є спірним моментом у визначенні права вимоги у бюджетному зобов'язанні, оскільки в даному випадку законодавець не враховує випадки виконання таких зобов'язань між самими ж розпорядниками бюджетних коштів, а також не враховує права вимоги місцевих бюджетів на дотації та субвенції (міжбюджетні трансферти), котрі встановлюються Законом України «Про державний бюджет України» на поточний рік.

Ще одним важливим моментом у реалізації права вимоги є це забезпечення його об'єктивізації. Основне завдання позитивного права полягає в тому, щоб перейняти зміст природного права, розвинути його у вигляді ряду норм зовнішньої поведінки, пристосовуючи їх до умов суспільного життя і до потреб належного часу, надати цим нормам змістовну форму та смислове закріплення і проникнути у свідомість людей у ролі авторитетного зобов'язуючого веління. Позитивне право є раціональна форма підтримання природного права вимоги.

Збалансування публічного та приватного інтересів виступає ключовим принципом в правовій державі, свого роду парадигмою фінансового права. Без постійного врахування могутнього впливу цього фактору на приватні і публічні фінанси, на опосередковуючі їх податки не можна не тільки побудувати фінансову систему в суспільстві в якості публічних фінансів, але і створити умови для найбільш оптимальних пропорцій і темпів

суспільного розвитку, найбільш повного задоволення зростаючих публічних та приватних потреб.

Продемонструвати залежність права вимоги від принципів можна на прикладі податкового права. Дійсні принципи податкового права можна виявити саме з позицій природно-позитивного підходу до податкового права. Яскравим підтвердженням цього висновку є результати, отримані в процесі дослідження принципів податкового права Г.А. Гаджиевим і С.Г. Пепеляєвим. Керуючись принципом соціального натуралізму, вони прийшли до висновку, що найбільш природною є класифікація основних принципів оподаткування і зборів «у залежності від спрямованості дії» вирішуваних з їх допомогою задач, тобто функціональна класифікація. За цим критерієм вони виділили три групи принципів: а) принципи, що забезпечують реалізацію і дотримання основ конституційного ладу; б) принципи, що забезпечують реалізацію і дотримання основних прав і свобод платників податків; в) принципи, що забезпечують реалізацію і дотримання основ федералізму. До першої групи принципів вони віднесли: принцип публічної мети стягнення податків і зборів; принцип пріоритету фінансової мети податків і зборів; принцип обмеження спеціалізації податків і зборів; принцип встановлення, зміни чи скасування податків і зборів законами; принцип встановлення податків і зборів у належній процедурі; принцип обмеження форм податкової законотворчості. До другої групи принципів вони віднесли: принцип юридичної рівності платників податків і зборів; принцип загальності оподаткування; принцип рівного податкового тягаря; принцип співрозмірності оподаткування конституційно значущим цілям обмеження прав і свобод. До третьої групи принципів вони віднесли: принцип єдності податкової політики; принцип єдності системи податків; принцип координації і поділу податкових повноважень [26, с. 194–197].

Ще один із напрямів об'єктивізації права вимоги є норми Конституції держави, що регламентують фінансові правовідносини. Конституційні засади права вимоги у фінансовому праві – це система правових положень, принципів фінансового права, на основі яких повинна будуватися вся фінансова правова дійсність, що знайшли своє відображення в Основному Законі – Конституції України, і в силу цього отримали статус загальнообов'язкових. Прикладом нормативного

закріплення права вимоги у Конституції України є стаття 67 Конституції України – кожен зобов'язаний сплачувати податки і збори в порядку і розмірах, встановлених законом [9]. Саме дана стаття виступає «нормою принципом», яка відрізняється від інших норм широтою та важливістю сформульованих в ній положень. Вона визначає зміст інших норм фінансового законодавства, є для них правовою основою. Оскільки дана норма встановлює основу права вимоги у податковому зобов'язанні, і саме вона надає право вимоги органам державної влади від імені держави вимагати у платників податків виконання обов'язку по його сплаті. Тому, можна вважати, що конституційні засади фінансового права, а зокрема норма що містяться в Конституції, виступають нормативною підставою як для виникнення права вимоги, так і для його здійснення. І чим вище рівень розвитку громадянського суспільства і правової держави в тій чи іншій країні, тим більше повно і чітко на рівні Конституції держави регламентуються підстави фінансового права, формуються конституційне фінансове право. На сьогодні в Конституції України нормативно зафіксовано тільки два принципи оподаткування – їхній загальний характер і необхідність їх законодавчого оформлення. Тобто в даному випадку можна говорити про певну випадковість конституційно-правових положень податкового права. Але разом з тим дані положення не можуть залежати від випадковості, згідно з якою одні питання знайшли в тексті Конституції повне відображення, а інші – ні. Ті чи інші положення є принципами не тому, що вони містяться в Конституції – їх фіксування в ній лише надає їм відповідний нормативний статус, канонізує їх – а тому, що вони виражають гносеологічну сутність відповідного зрізу права як феномена суспільного життя. Будучи такими феноменами споконвічно, за своєю власною природою, вони і відбираються законодавчою владою (у всякому разі, повинні відбиратися) для наступного їх нормативного втілення [27, с. 98]. Цінність у нормативному, насамперед конституційному втіленні податкового права в цілому, полягає в тому, що податкове право стає могутнім інструментом узгодження публічних та приватних інтересів, є засобом, який відображає природну перешкоду на шляху зловживання податковим правом і, разом із тим, є основою для справедливого та співрозмірного оподаткування.

Наступним способом в якості об'єктивізації права вимоги варто виділити фінансовий закон. Вимога законодавчого

оформлення фінансового права є одним з постулатів сучасного фінансового права. Встановлення податку у формі закону дозволяє уникнути при оподаткуванні порушення одного з базисних, вихідних засад Конституції – принципу недоторканності приватної власності. По-друге, формулюючи загальнообов'язкові вимоги з питань оподаткування у формі закону, публічна влада випереджає спробу обговорення податків на предмет їхньої доцільності, оскільки режим законності передбачає безумовне виконання законів. За допомогою положень спеціального законодавства суб'єкти, які вступають у податкові відносини, можуть мати чітку визначеність стосовно прав, обов'язків та гарантій у відповідний період [6, с. 159]. Проблемою є те, що важко на сьогодні розмежувати поняття «податкове законодавство» та «акти законодавства про податки і збори». Нормативні акти представлені як законами (спеціальними, які регулюють конкретну галузь права, і загальними), так і нормативними актами компетентних органів (представницьких і виконавчих органів державної влади, місцевого самоврядування, органів управління спеціальної компетенції). Податкове законодавство якраз і включає систему цих нормативних актів. Так, відповідно до ст. 3 Податкового кодексу України, податкове законодавство України складається з Конституції України; Податкового кодексу України; Митного кодексу України та інших законів з питань митної справи у частині регулювання правовідносин, що виникають у зв'язку з оподаткуванням ввізним або вивізним митом операцій з переміщення товарів через митний кордон України (законами з питань митної справи); чинних міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України і якими регулюються питання оподаткування; нормативно-правових актів, прийнятих на підставі та на виконання ПК України та законів з питань митної справи; рішень Верховної Ради Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування з питань місцевих податків та зборів [18].

Отже, право вимоги як елемент суб'єктивного фінансового права не може виникнути без об'єктивізації у нормах об'єктивного права. Саме вольовий зміст права в цілому і фінансового права зокрема, визначаючи його сутнісні ознаки, є вихідним, базисним чинником і дозволяє нам розкрити вертикальний зріз системи фінансового права. До такої системи включаються начала фінансового права, принципи фінансового

права, конституційні засади фінансового права, юридичні конструкції фінансового права, фінансовий закон.

У сфері забезпечення виконання обов'язку по відношенню до права вимоги уповноваженої сторони правовому регулюванню належить надзвичайно важлива, конструктивна роль. Тому перш за все необхідно визначити основні моменти, що створюють основу для здійснення права вимоги, виходячи із інтересів як уповноваженого, так і зобов'язаного суб'єктів – необхідна їхня взаємна персоніфікація; слід надати сторонам можливість обміну інформацією, що перетворює їх в уповноваженого та зобов'язуваного; сторони повинні мати можливість реалізовувати права і виконувати обов'язки, включаючи контроль за виконанням на користь уповноваженого суб'єкта; у випадку виникнення необхідності захисту порушеного права сторони повинні бути зацікавлені у продовженні своїх відносин, але вже у судовій або адміністративній процедурі; сторони і після завершення фінансових операцій зберігають взаємопов'язаність та зацікавленість у ній як джерелі доказів про походження відповідних коштів, підставах їх сплати та можливості їх повернення або іншого використання в інтересах платника; створення умов, за яких переважна частина фінансових операцій пов'язана з реалізацією інших подібних операцій або здійсненням цивільно-правових угод за участю цих же сторін.

Висновки

Для права вимоги у фінансовому праві характерні такі особливості: право вимоги виявляється безглуздом, якщо воно не пов'язане з можливістю користування якимись соціальними благами; право вимоги є лише різновидом власних дій уповноваженої особи; при негативному праві вимоги використання права на власні дії в юридичному аспекті не потребує сприяння зобов'язаних осіб, їх число невизначено, не персоніфіковане (наприклад, фактичне використання речі) – у такому випадку правовідносин немає; право вимоги активних дій припускає конкретний склад юридично зобов'язаних суб'єктів, і без їхніх дій уповноважений не може здійснити своє право – у даному випадку правовідносини є необхідними; у фінансових правовідносинах право вимоги реалізується у двох формах активній – вимога до зобов'язаного суб'єкта виконати активні обов'язки – тут право вимоги передбачає здійснення зобов'язаним суб'єктом комплексу активних дій, пов'язаних із

виконанням суб'єктивного фінансового (бюджетного, податкового) обов'язку; пасивній формі – тут право вимоги передбачає покладання на зобов'язаного суб'єкта пасивних обов'язків (утримання від здійснення дій, які заборонені або здійснювати які суб'єкт не має права); у переважній більшості випадків правом вимоги наділені уповноважені державні органи, які представляють державу в бюджетних правовідносинах, та уповноважені органи місцевого самоврядування, які представляють адміністративно-територіальні утворення.

При здійсненні права вимоги вирішальне значення мають принципи суб'єктивного права, адже право вимоги визначається як його основний елемент поряд із правом на власні дії та правом на захист: принцип забезпеченості права вимоги у фінансовому; принцип демократизму права вимоги; принцип активності права вимоги; принцип фінансового заохочення суспільно корисної поведінки; принцип безпосередності; принцип реальності права вимоги; принцип гуманізму; принцип свободи; принцип законності; принцип справедливості; принцип регулятивності права вимоги.

Важливим у частині реалізації права вимоги є визначення системи критеріїв правового регулювання, котрі забезпечують можливість його здійснення: критерій недостатності чинного правового регулювання; критерій придатності вже існуючого правового регулювання реалізації права вимоги; критерій можливості застосування наявного правового регулювання суб'єктами права вимоги для яких воно призначене.

Право вимоги у податковому зобов'язанні визначається принципом одностороннього запровадження податків та примусового їх стягнення. Аналіз норм податкового законодавства дає можливість виділити податкові права вимоги уповноважених державних органів, а в процесі здійснення конституційного обов'язку зі сплати податків платники податків можуть виступати із зустрічними вимогами по відношенню до органів державної влади.

Аналіз бюджетного законодавства демонструє, що спірним моментом у визначенні права вимоги у бюджетному зобов'язанні є те, що законодавець не враховує випадки виконання таких зобов'язань між самими ж розпорядниками бюджетних коштів, а також не враховує права вимоги місцевих бюджетів на дотації та субвенції (міжбюджетні трансферти),

котрі встановлюються Законом України «Про державний бюджет України» на поточний рік.

Список використаних джерел:

1. Фінансове право: навч. посібник (За законодавством України) / За ред. Воронової Л.К. і Бекерської Д.А. Київ : Вентурі, 1995. 272 с.
2. Хохуляк В.В. Публічний інтерес як категорія науки фінансового права. *Наук. вісн. Чернівець. ун-ту*. 2004. Вип. 236. Правознавство. С. 5–10.
3. Іванчук Н.В. Взаємна відповідальність особи і держави в контексті розбудови сучасної української держави : дис... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київський національний ун-т внутрішніх справ. Київ, 2007. С. 185.
4. Лисенков С. Способи правової регламентації і реалізація суб'єктивних прав. *Юридичний журнал : Аналітичні матеріали, коментарі, судова практика*. 2006. № 4. С. 93–95.
5. Пацурківський П.С. Критерій правового начала – принцип формальної рівності суб'єктів правовідносин – і пострадянське фінансове право: проблеми теорії. *Право України*. 2008. № 1 . С. 10–15.
6. Вдовічен В.А. Податково-правовий компроміс інтересів платника податків і держави: монографія. Чернівці : Чернівецький нац. Ун-т, 2012. 272 с.
7. Черних Є.М. Об'єктивне і суб'єктивне право: теоретико-правові аспекти співвідношення : автореф. дис... канд. юрид. наук ; Київ. нац. ун-т внутр. справ. Київ, 2008. 20 с.
8. Шлоер Б. Принцип адекватності в європейському та українському публічному праві. *Український правовий часопис*. 2003. № 3(8). С. 3–27.
9. Конституція України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України Законом України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996 р. № 30. Ст. 141.
10. Гаврилюк Р.О. Юридична конструкція податку. *Право України*. 2006. № 4. С. 113–117.
11. Науково-практичний коментар Бюджетного кодексу України / Кол. авт.: В.І. Антипов, Л.К. Воронова, Н.В. Воротіна та ін.; за заг. ред. проф. П.В. Мельника; ДПА України, НАДПС України, АПРНУ, НДІФП. Київ : Юрінком Інтер, 2003. С. 321–329.
12. Про зміцнення фінансової дисципліни та запобігання правопорушенням у бюджетній сфері: Указ Президента України

№ 1251/2001 від 25.12.2001 р. *Офіційний вісник України* від 11.01.2002 – 2001 р., № 52. Стаття 2335.

13. Бюджетний кодекс України від 08.07.2010 № 2456-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2010. № 50. С. 1778. Ст. 572.

14. Кодекс України про адміністративні правопорушення. *Відомості Верховної Ради УРСР* від 18.12.1984. № 51, стаття 1122.

15. Кримінальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25-26. Ст. 131.

16. Бабін І.П. Податкове право України : навч. посібник. Чернівці : Чернівецький нац.ун-т, 2012. С. 195–196.

17. Кучерявенко Н.П. Система налоговых органов Украины. Харьков, 2000. С. 102–111.

18. Податковий кодекс України від 02.12.2010 № 2755-VI. *Відомості Верховної Ради України* від 08.04.2011. № 13, / № 13-14, № 15-16, № 17. С. 556. Ст. 112.

19. Кучерявенко Н.П. Курс налогового права. В 6 томах. / Н.П. Кучерявенко. Т. III: Учение о налоге. Харків : Легас; Право, 2005.

20. Щербанюк О.В. Громадянин як суб'єкт податкових правовідносин. Чернівці : Рута, 2000. 278 с.

21. Стефанчук М. Зловживання правом як новела цивільного законодавства. *Юридична Україна*. 2004. № 6. С. 38–42.

22. Задорогин О. Правовое регулирование оптимизации налогообложения в Российской Федерации: вопросы теории и практики : дисс. ... канд. юрид. наук. Москва, 2004. 190 с.

23. Савсерис С.В. Категория «недобросовестность» в налоговом праве. Москва : Статут, 2007. 191 с.

24. Чернадчук В.Д. Бюджетні правовідносини в Україні: поняття, класифікація та особливості структури : монографія. Суми : Університетська книга, 2011. 172 с.

25. Кучерявенко М.П. Курс налогового права. В шести томах. Т. 1. Генезис налогового регулирования (В 2-х частях). Ч. 1. Харьков : Легас, 2002. 666 с.

26. Гаджиев Г.А., Пепеляев С.Г. Предприниматель-налогоплательщик-государство. *Правовые позиции Конституционного суда Российской Федерации: Учебное пособие*. Москва : ФБК-ПРЕСС, 1998. С. 194–197.

27. Гаврилюк Р.О. Діалектика змісту та форми податкового права як відображення його системної сутності. *Науковий вісник Чернівецького університету*. 2005. Випуск 282. Правознавство. С. 96–102.

Волкова Д. Є.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри конституційного права
Національного університету «Одеська юридична академія»,
м. Одеса

СВОБОДА АСОЦІАЦІЙ У ГРОМАДСЬКІ ОРГАНІЗАЦІЇ В УКРАЇНІ: МИНУЛЕ ТА СУЧАСНЕ КОНСТИТУЦІЙНЕ РЕГУЛЮВАННЯ

Анотація. *Обрання народом України демократичного шляху обумовлює важливість наявності ефективно функціонуючого механізму реалізації прав і свобод людини. Громадські організації в Україні утворюються в рамках конституційного права на об'єднання (ст. 36 Основного Закону), а отже, побудоване на демократичних принципах конституційно-правове регулювання утворення і діяльності громадських організацій сприяє реалізації цього права.*

Крім того, однією з характерних рис демократичного державного режиму є залучення населення до прийняття органами публічної влади важливих рішень. Досвід зарубіжних країн свідчить про те, що найбільш ефективним є залучення не поодиноких осіб, а організованої в інститути громадянського суспільства громадськості. Одним із найважливіших інститутів громадянського суспільства є громадські організації.

Питання утворення та функціонування громадських організацій регламентуються переважно Конституцією та Законом України «Про громадські об'єднання» від 22 березня 2012 р. Незважаючи на нетривалий період застосування, норми цього Закону викликають критику з боку як науковців, так і практичних працівників. У цьому розділі відповідні питання проаналізовано з залученням відповідних європейських стандартів.

Вступ

Обрання народом України демократичного шляху обумовлює важливість наявності ефективно функціонуючого механізму реалізації прав і свобод людини. Громадські організації в Україні утворюються в рамках конституційного права на об'єднання

(ст. 36 Основного Закону), а отже, побудоване на демократичних принципах конституційно-правове регулювання утворення і діяльності громадських організацій сприяє реалізації цього права.

Крім того, однією з характерних рис демократичного державного режиму є залучення населення до прийняття органами публічної влади важливих рішень. Досвід зарубіжних країн свідчить про те, що найбільш ефективним є залучення не поодиноких осіб, а організованої в інститути громадянського суспільства громадськості. Конституційний Суд України в рішенні у справі про молодіжні організації зазначив, що ці інститути представляють певні ідеологічні та інші погляди, інтереси різних соціальних груп та індивідів. Одним із найважливіших інститутів громадянського суспільства є громадські організації.

Питання утворення та функціонування громадських організацій регламентуються переважно Конституцією та Законом України «Про громадські об'єднання» від 22 березня 2012 р. Незважаючи на нетривалий період застосування, норми цього Закону викликають критику з боку як науковців, так і практичних працівників. Про його численні вади свідчить і значна кількість справ, розглянутих судами загальної юрисдикції (за період з 1 січня 2013 р. по 1 січня 2015 р. Єдиний реєстр судових рішень України нараховує 37 733 рішень судів загальної юрисдикції у справах, де однією із сторін виступає громадська організація).

Крім Закону України «Про громадські об'єднання» від 22 березня 2012 р., який має загальний характер, діє і низка законів спеціального характеру про громадські організації: Закони України «Про свободу совісті та релігійні організації», «Про молодіжні та дитячі громадські організації», «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності», «Про благодійну діяльність та благодійні організації» тощо, норми яких часто вступають у суперечність з нормами Закону України «Про громадські об'єднання» від 22 березня 2012 р., а отже – потребують перегляду. З урахуванням євроінтеграційних прагнень України такий перегляд доцільно здійснювати з використанням європейських стандартів як про права особистості (Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.), так і про громадські організації (Рекомендація Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам

щодо правового статусу неурядових організацій у Європі 2007 р. № СМ/Rec(2007)14 і Фундаментальні принципи статусу неурядових організацій в Європі 2002 р.).

Суттєвим внеском у дослідження публічно-правових проблем, пов'язаних з громадськими організаціями, є дисертації О.М. Вашук «Конституційно-правовий статус громадських організацій в Україні» та Є.Є. Додіної «Адміністративно-правовий статус громадських організацій в Україні». Але ці дослідження ґрунтуються на застарілому законодавстві й автори або взагалі не згадують про наявність міжнародних стандартів у сфері утворення громадських організацій, або обмежуються міжнародними стандартами щодо права на об'єднання.

1. Історія конституційного регулювання свободи асоціації у громадські організації в Україні

Гармонізація сучасного конституційного законодавства України з європейськими стандартами про громадські організації часто вимагає переосмислення підходу до регламентації утворення і діяльності громадських організацій. Адже Україна, почавши свій розвиток свободи асоціацій з демократичних засад, за часів СРСР успадкувала радянській підхід до прав людини (а відповідно – і до громадських організацій) та продовжує застосовувати його.

Зосередимо увагу на ХХ ст. У цей період на території більшої частини сучасної України на конституційному рівні про право на об'єднання в громадські організації йшлося в 7 актах.

Першим із них є Статут про державний устрій, права і вольності Української Народної Республіки (*de facto* приймався як Конституція УНР). Його було ухвалено 29 квітня 1918 р. Статут не набрав чинності, однак сам факт його прийняття робить доцільною увагу до його норм.

У ст. 17 Статут передбачав, що «громадянин УНР і ніхто інший на території її не може бути обмежений в правах слова, друку, сумління, організації, страйку, скільки він не переступає при тім постанов карного права» [1].

Як бачимо, право на об'єднання в громадські організації містилось у межах «права організації». Крім того, увагу привертає той факт, що воно надавалось виключно громадянам УНР. Аргумент на користь цього знаходимо й у ст. 20, де закріплено: «...лише громадяне УНР користуються усієї повноти

громадянських і політичних прав». Також уже на конституційному рівні обумовлювалась можливість обмеження цього права – його реалізація була можливою «скільки... не переступає при тім постанов карного права».

За часів гетьмана П. Скоропадського роль Конституції виконували проголошені в день скинення ним та його прибічниками Центральної Ради, 29 квітня 1918 р., Закони про тимчасовий Державний устрій України.

Ці Закони містили лише 44 статті, однак одна з них була присвячена досліджуваному праву. У Розділі III «Права і обов'язки Українських Козаків і Громадян» було всього 12 статей, із них одну було приділено закріпленню права на об'єднання в громадські організації. Це свідчить про важливість цього права для авторів Законів. Стаття 22 передбачала, що «українські козаки і громадяне мають право гуртувати громади і спілки в метах не противних законам» [2]. Знов-таки, бачимо обмеження цього права на конституційному рівні: «Гуртувати громади і спілки в метах не противних законам». Також тут зберігається тенденція надання цього права тільки громадянам. Але інших обмежень не існувало. Ці статті конституційних актів є цілком демократичними.

Закони про тимчасовий Державний устрій України були скасовані у грудні 1918 р. Директорією УНР, яка прийшла на зміну Гетьманату. А вже навесні 1919 р. на більшій частині території України (крім сучасних західних областей) було встановлено радянську владу.

Першим Основним Законом УРСР за радянських часів стала Конституція Української Соціалістичної Радянської Республіки 1919 р. Пункт «в» ст. 3 передбачав, що держава «утворює для працюючих мас можливість користуватися правами (свободою живого і друкованого слова, зборів і спілок), позбавляючи цих прав пануючі кляси і спільні з ними по своїй політичній позиції громадські групи» [3].

Як бачимо, у цій Конституції право на об'єднання в громадські організації було складовою частиною свободи спілок. Воно також обмежувалось на рівні Основного Закону, але якщо в попередніх конституційних актах ХХ ст. обмеження стосувалось видів утворюваних організацій, то в цьому – суб'єктів, які наділялись цим правом. Як бачимо, його мали ті, хто належав до «працюючих мас».

Через 10 років Конституцію УСРР 1919 р. було оновлено. Її замінила Конституція (Основний Закон) Української Соціалістичної Радянської Республіки 1929 р. Вона також містила положення про обмеження в політичних правах тих, хто не належав до «трудящих мас». Стаття 5 Конституції передбачала, що «Українська соціалістична радянська республіка забезпечує політичні права для трудящих мас, без різниці статі, віри, раси і національності і цілком позбавляє їх прав експлуататорські класи», а ст. 11 свідчила про те, що право на об'єднання в громадські організації розглядалось як політичне право – складова свободи спілок: «Щоб забезпечити трудящим дійсну свободу спілок, Українська соціалістична радянська республіка, зламавши економічну і політичну владу заможних клас і тим усунувши всі перешкоди, що до цього часу заважали в буржуазному суспільстві робітникам та селянам користуватися свободою організації і діяння, сприяє робітникам і селянам в справі їх об'єднання та організації» [4].

Ні ст. 3, ані ст. 11 не передбачала, хто належав до «трудящих мас», а хто – до «експлуататорських класів». Але аналіз інших статей Конституції УСРР 1929 р. дозволяє зробити відповідний висновок. Так, положення Основного Закону про виборчі права (ст.ст. 66-69) проголошували, що не обирають і не можуть бути обраними «особи, що вживають найманої праці з метою одержання зиску»; особи, що живуть з нетрудового прибутку; члени царювавшого в Росії дому; особи, що керували діяльністю поліції, жандармерії; службовці й агенти колишньої поліції, окремого корпусу жандармів і охоронних відділків; та ін.

Автори тексту Конституції (Основного Закону) Української Радянської Соціалістичної Республіки 1937 р. виходили з того, що експлуататорських класів вже не існувало, і тому закріпили право на об'єднання за трудящими.

Стаття 125 цієї Конституції передбачала, що «у відповідності з інтересами трудящих і з метою розвитку організаційної самодіяльності і політичної активності народних мас громадянам УРСР забезпечується право об'єднання в громадські організації: професійні спілки, кооперативні об'єднання, організації молоді, спортивні й оборонні організації, культурні, технічні й наукові товариства, а найбільш активні і свідомі громадяни з лав робітничого класу і інших верств об'єднуються у Комуністичну партію (більшовиків) України, яка є передовим загоном

трудящих в їх боротьбі за зміцнення і розвиток соціалістичного ладу і являє собою керівне ядро всіх організацій трудящих, як громадських, так і державних» [5].

Зазначимо, що дослідження попередніх Основних Законів свідчить про те, що в такому формулюванні (з такою назвою) право на об'єднання в громадські організації появилось у Конституції УРСР 1937 р. вперше. До цього в Основних Законах йшлося про «право організації» (Статут про державний устрій, права і вольності Української Народної Республіки 1918 р.), про «право гуртувати громади і спілки» (Закони про тимчасовий Державний устрій України 1918 р.), про свободу спілок (Конституція УСРР 1919 р., Конституція УСРР 1929 р.).

Дослідження положень ст. 125 надають підстави зробити низку висновків:

1) в Основному Законі, незважаючи на відсутність положень про обмеження в правах тих, хто за Конституціями 1919 р. та 1929 р. належав до експлуататорських класів, йшлося не про «громадські організації» (як тепер), а про «громадські організації трудящих». Адже передбачено, що Комуністична партія України є керівним ядром «всіх організацій трудящих, як громадських, так і державних»;

2) за цією нормою (у т. ч. в Конституції були й інші) простежувалась наявність однопартійної системи. З одного боку, Комуністична партія, як політична партія, відмежовувалась від громадських організацій, – тільки вона була «партією», а всі інші об'єднання мали назву «спілки», «організації», «товариства» тощо;

3) основними видами громадських організацій трудящих були професійні спілки, кооперативні об'єднання, організації молоді, спортивні й оборонні організації, культурні, технічні й наукові товариства;

4) до громадських організацій належали кооперативні об'єднання. У сучасній Україні ситуація змінилася – адже деякі види кооперативів (наприклад, виробничі кооперативи) функціонують як підприємницькі товариства, маючи основною метою отримання прибутку;

5) досліджуване право надається тільки громадянам УРСР. Але воно не обмежується іншими способами (тільки за ознакою наявності або відсутності громадянства).

У порівнянні з усіма Основними Законами, які діяли на території сучасної України протягом ХХ ст., Конституція УРСР

1978 р. приділяла праву на об'єднання в громадські організації найбільшу увагу (аналізується її текст з усіма змінами та доповненнями, які було внесено до неї, – тобто в такій редакції, яка була чинною на дату набрання чинності Конституцією України 1996 р.).

Безпосередньо право на об'єднання в громадські організації закріплювала ст. 49. Ця стаття складалась з двох частин. Частина 1 передбачала, що «відповідно до цілей комуністичного будівництва громадяни Української РСР мають право об'єднуватись в громадські організації, які сприяють розвиткові політичної активності і самодіяльності, задоволенню їх законних інтересів». У ч. 2 закріплювалося, що «громадським організаціям гарантуються умови для виконання своїх статутних завдань» [6].

Основним недоліком ст. 49 Конституції УРСР 1978 р., з точки зору регламентації досліджуваного права, є те, що Конституція 1996 р. розрізняє свободу об'єднання в громадські організації та в політичні партії, а Конституція УРСР 1978 р. передбачала виключно право об'єднуватись в громадські організації. Принципове значення цього недоліку полягає в тому, що фактично йдеться про відсутність принципу політичної багатоманітності суспільного життя, про неможливість утворення інших політичних партій, ніж комуністична.

Відмітимо й основну перевагу ст. 49. Вона полягає в тому, що її ч. 2 встановлювала: громадським організаціям гарантуються умови для виконання своїх статутних завдань. На сучасному етапі громадським організаціям для підвищення ефективності свого функціонування бракує саме державної підтримки їхньої діяльності (причому не обов'язково матеріальної підтримки). Для порівняння: ст. 22 Закону України «Про громадські об'єднання» від 22 березня 2012 р. передбачає, що «держава забезпечує додержання прав громадських об'єднань» [7].

Крім того, про громадські організації згадувалось ще в кількох статтях Конституції УРСР 1978 р. Зокрема, про них йшлося:

1) у ст. 7, у нормах якої закріплювалось, що «професійні спілки, Всесоюзна Ленінська Комуністична Спілка Молоді, кооперативні та інші громадські організації відповідно до своїх статутних завдань беруть участь в управлінні державними і громадськими справами, у вирішенні політичних, господарських і соціально-культурних питань». Слід зазначити, що це сприяло підвищенню зацікавленості громадян використовувати своє право на об'єднання в громадські

організації. До того ж тут право на об'єднання в громадські організації органічно поєднувалось з правом на участь в управлінні державними і громадськими справами;

2) у ст. 47, яка передбачала, що «кожний громадянин Української РСР має право вносити в державні органи і громадські організації пропозиції про поліпшення їх діяльності, критикувати недоліки в роботі». Дуже цікаве з точки зору сучасності право, яке має під собою сенс. Адже наразі ст. 40 Конституції України передбачає, що «усі мають право направляти індивідуальні чи колективні письмові звернення або особисто звертатися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів, що зобов'язані розглянути звернення і дати обґрунтовану відповідь у встановлений законом строк». Отже, розширено перелік суб'єктів цього права (за Конституцією 1978 р. – громадяни, за Конституцією 1996 р. – усі) та переглянуто перелік органів, організацій, до яких можна направити таке звернення (за Конституцією 1978 р. – до державних органів і громадських організацій, за Конституцією 1996 р. – до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів). Закон України «Про громадські об'єднання» від 22 березня 2012 р. аналогічного права людини та кореспондуючого йому обов'язку громадської організації не містить. Слід зазначити, що це не завжди коректно. Наприклад, якщо особі відмовили у членстві в громадській організації, уявляється, що вона має право знати причини відмови та чи можливо, у разі змінення відповідних обставин, ще раз звернутись до громадської організації. Нині в Україні відсутня дискримінація на підставі членства в громадських організаціях, але інколи таке членство може бути важливим і самою особою розглядатися як необхідне. Наприклад, однією з вимог отримання кваліфікаційного рівня САР (*Certified Accounting Practitioner* – сертифікований бухгалтер-практик) є добра репутація як члена професійної організації, що підтверджується рекомендацією відповідної організації. У разі відмови в прийнятті до членів організації чи відмови надати рекомендацію члену організації, наявність права звернутись до громадської організації та її обов'язок надати відповідь на звернення можуть стати додатковою гарантією можливості

отримати сертифікат, який підтверджує високий професійний рівень особи як фахівця у сфері бухгалтерського обліку;

3) у ст. 101 закріплювалося, що право законодавчої ініціативи у Верховній Раді Української РСР належить Президії Верховної Ради Української РСР, Раді Міністрів Української РСР, постійним та іншим комісіям Верховної Ради Української РСР, депутатам Верховної Ради Української РСР, Верховному Суду Української РСР, Прокуророві Української РСР, а також громадським організаціям в особі їх республіканських органів.

Більша кількість та значна активність громадських організацій в УРСР пояснювалась гарантуванням на конституційному рівні того, що держава створює їм умови для виконання своїх статутних завдань, а також тим, що громадські організації були широко задіяні в реалізації такого конституційного права громадян, як право на участь в управлінні державними та громадськими справами.

Враховуючи наявність зв'язку між європейськими стандартами прав людини та європейськими стандартами громадських організацій, цілком зрозуміло, чому відхід від радянського підходу до прав людини на користь західного підходу утруднює гармонізацію конституційного законодавства України про громадські організації з відповідними європейськими стандартами.

Концептуально доволі важко провести зміну пріоритетів у сфері прав людини: пріоритет гарантування соціальних та культурних прав у радянські часи – пріоритет гарантування особистих прав нині (як це передбачають європейські стандарти прав людини).

Відносно громадських організацій також існують певні проблеми:

1) високий ступінь ідеологізованості всіх аспектів функціонування громадських організацій у радянські часи – повна відсутність ідеологізованості нині (як це передбачають європейські стандарти прав людини);

2) керованість діяльності громадських організацій Комуністичною партією в радянські часи – незалежність громадських організацій нині (як це передбачають європейські стандарти прав людини).

Конституція України 1996 р. містить низку статей, що не мають безпосереднього відношення до громадських організацій,

але є важливими для їх утворення і функціонування. Це переважно статті Розділу II, що закріплюють особисті, політичні, соціальні та культурні, а також екологічні права людини: ст. 34 (право на свободу думки і слова), ст. 35 (право на свободу світогляду і віросповідання), ст. 38 (право брати участь в управлінні державними справами), ст. 39 (право збиратись мирно, без зброї і проводити збори, мітинги, походи і демонстрації), ст. 40 (право направляти індивідуальні чи колективні письмові звернення або особисто звертатися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів), ст. 44 (у частині права на страйк), ст. 49 (у частині фізичної культури і спорту, організацій інвалідів), ст. 50 (переважно у частині права на інформацію про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту, а також права на її поширення), ст. 54 (переважно у частині свободи творчості) та ін.

Крім того, у Конституції України 1996 р. наявні дві статті, що мають безпосереднє відношення до громадських організацій.

По-перше, це ст. 36. Відповідно до ч. 1 цієї статті, «громадяни України мають право на свободу об'єднання у політичні партії та громадські організації для здійснення і захисту своїх прав і свобод та задоволення політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів, за винятком обмежень, встановлених законом в інтересах національної безпеки та громадського порядку, охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей» [8].

Нині Закон України «Про громадські об'єднання» суперечить цій нормі у двох концептуальних положеннях:

1) громадські організації можуть утворювати та бути їхніми членами не тільки громадяни України, але й інші особи. Положення Закону в цій частині не відповідають Конституції, але відповідають європейським стандартам, наприклад ст. 11 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.;

2) громадські організації можуть утворюватися фізичними особами не тільки для здійснення і захисту своїх прав і свобод та задоволення політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів. Вони можуть функціонувати і на користь третіх осіб, тобто осіб, що не є засновниками та/або членами цих організацій. Знов-таки, положення Закону в цій частині не відповідають Конституції, але відповідають європейським

стандартам, наприклад п.п. 8, 10-14 Фундаментальних принципів щодо статусу неурядових організацій в Європі, прийнятих учасниками багатосторонньої зустрічі, організованої Радою Європи 5 липня 2002 р., із Пояснювальним меморандумом до них.

Частина 2 ст. 36 присвячена виключно політичним партіям, ч. 3 – виключно професійним спілкам. Відповідно до ч. 4 ст. 36, «ніхто не може бути примушений до вступу в будь-яке об'єднання громадян чи обмежений у правах за належність чи неналежність до політичних партій або громадських організацій», а ч. 5 наголошує, що «усі об'єднання громадян рівні перед законом» [8]. У цих частинах ст. 36 викликає зауваження використання застарілого терміна «об'єднання громадян». Звичайно, зрозуміло, про які саме інститути громадянського суспільства йдеться, тому внесення відповідних змін не є нагальним питанням. Але в разі внесення чергових змін та доповнень до Основного Закону доцільно виправити зазначені неточності в його тексті.

Стаття 37 Конституції України в ч. 1 передбачає, що «утворення і діяльність... громадських організацій, програмні цілі або дії яких спрямовані на ліквідацію незалежності України, зміну конституційного ладу насильницьким шляхом, порушення суверенітету і територіальної цілісності держави, підрив її безпеки, незаконне захоплення державної влади, пропаганду війни, насильства, на розпалювання міжетнічної, расової, релігійної ворожнечі, посягання на права і свободи людини, здоров'я населення, забороняються» [8]. До громадських організацій має відношення також ч. 3 ст. 37 Основного Закону, відповідно до якої «громадські організації не можуть мати воєнізованих формувань», а також ч. 5 ст. 37, у якій встановлено, що «заборона діяльності об'єднань громадян здійснюється лише в судовому порядку» [8]. До норм цієї статті можна адресувати ті самі термінологічні зауваження, що й до норм ст. 36. Крім термінологічних, ст. 37 Основного Закону інших зауважень не викликає.

Ще однією негативною тенденцією, яка не сприяє гармонізації конституційного законодавства України з європейськими стандартами, є те, що в Основному Законі згадуються окремі типи організацій: професійні спілки (ч. 3 ст. 36), громадські організації споживачів (ч. 4 ст. 42).

На підставі аналізу змісту ст.ст. 36 та 37 Конституції України можна зробити висновок, що в Україні громадські організації

утворюються внаслідок реалізації колективом осіб свободи асоціації (право на свободу об'єднань). Це право на сучасному етапі розглядається як невід'ємне природне право особистості та традиційно належить до особистих прав – і Основним Законом України, і європейськими стандартами прав людини. Отже, один із важливих кроків від радянського минулого, коли право на об'єднання в громадські організації на конституційному рівні розглядалось як політична свобода, вже зроблено.

Також зазначимо, що ст.ст. 36 та 37 Основного Закону не тлумачились Конституційним Судом України. Що ж до європейської судової практики, яка має відношення до наведених вище положень європейських стандартів, то вона представлена рішеннями Європейського суду з прав людини у справах, що розглядалися у зв'язку з порушенням Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. Свободі асоціацій у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. присвячено ст. 11 «Свобода зборів та об'єднання».

Слід зазначити, що відповідне поєднання свободи асоціацій та свободи мирних зборів є цілком логічним, у т. ч. щодо громадських організацій. Адже, по-перше, для того щоб утворити, наприклад, громадське об'єднання, необхідно провести установчі збори його засновників (ч. 1 ст. 9 Закону України «Про громадські об'єднання» від 22 березня 2012 р. [7]). По-друге, збори громадського об'єднання, які є його вищим органом управління, – це фактично ніщо інше, як мирне зібрання членів об'єднання. Саме тому доцільно при дослідженні свободи асоціацій приділяти значну увагу свободі зборів. Що ж до досліджень свободи зборів, то тут необхідність ґрунтовного аналізу свободи асоціацій необхідно розглядати в кожному окремому разі. Наприклад, коли йдеться про пікети, мітинги тощо, які організовує політична партія, громадське об'єднання, релігійна організація та ін., і в них беруть участь її члени, то зв'язок між свободою асоціацій та свободою зборів є очевидним. Але коли пікет, мітинг тощо скликано за ініціативою «неорганізованої громадськості» – працівників підприємства, установи, організації, не об'єднаних членством у профспілки, мешканців будинку чи мікрорайону та ін., то зв'язок між свободою зборів і свободою асоціацій буде відсутнім.

Отже, доцільно говорити про «свободу зборів та свободу асоціацій» (бо в Україні, як і в більшості зарубіжних країн, неможливо утворити об'єднання без проведення зборів).

Частина 2 ст. 11 Конвенції передбачає обмеження свободи зборів та свободи асоціацій. Відповідно до її норм, «здійснення цих прав не підлягає жодним обмеженням, за винятком тих, що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб. Ця стаття не перешкоджає запровадженню законних обмежень на здійснення цих прав особами, що входять до складу збройних сил, поліції чи адміністративних органів держави» [9]. Отже, з точки зору авторів тексту Конвенції, свобода асоціацій (право на об'єднання) та свобода зборів пов'язані настільки, що навіть обмеження в реалізації цього права є однаковими.

Ці міркування доцільно застосовувати і при дослідженні практики використання норм Конвенції, тобто при аналізі рішень Європейського суду з прав людини. А саме: досліджуючи рішення, які стосуються свободи асоціацій, не обмежуватися тільки ними, але аналізувати і рішення про свободу зборів, які пов'язані із свободою асоціацій. Розмірковуючи про прецедентне право Європейського суду з прав людини, С.В. Шевчук зазначає, що воно є правом принципів [10, с. 59]. У зв'язку із цим зазначимо, що якщо відповідні принципи не сформульовані в тексті рішення Суду або в інших актах органів Ради Європи, виходячи з визначення європейських стандартів про громадські організації, наданого в дослідженні, відповідні норми не вважаються європейськими стандартами про громадські організації. Якщо ж принцип сформульовано в тексті рішення Суду, то, відповідно до Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р., «суди застосовують при розгляді справ... практику Суду як джерело права» [11].

Як правило, досліджуючи європейські стандарти про свободу асоціацій та їх імплементацію в Україні, вчені звертають увагу на справу «Корецький та ін. проти України». Вони відмічають, що ця справа є єдиною, що стосується практики Європейського суду з прав людини стосовно України.

Слід зазначити, що таких рішень Європейського суду з прав людини нині є два:

- 1) рішення у справі «Корецький та ін. проти України» 2008 р.;
- 2) рішення у справі «Трофимчук проти України» 2011 р.

Фактичні обставини рішення у справі «Корецький та ін. проти України» 2008 р. свідчать про те, що воно має безпосереднє відношення до свободи асоціацій. Корецький та його однодумці протягом майже двох років намагались зареєструвати громадську організацію, але потім залишили ці спроби, вирішили ліквідувати її та звернутись до Європейського суду з прав людини. Європейський суд з прав людини знайшов, що втручання держави в реалізацію права заявників не було правомірним, у зв'язку з чим установив, що мало місце порушення ст. 11 Конвенції. Кожному заявникові було присуджено компенсацію немайнової шкоди 1 500 євро.

Фактичні обставини рішення у справі «Трофимчук проти України» 2011 р. свідчать про те, що воно має опосередковане відношення до свободи асоціацій. Однак у контексті дослідження свободи асоціацій її дослідження є необхідним. Думку стосовно тісного зв'язку між свободою об'єднань та свободою мирних зборів убачає і Є.Є. Додіна [12, с. 23]. Вона приділяє останній значну увагу у своєму дисертаційному дослідженні.

Громадянка України Катерина Панасівна Трофимчук стала одним з ініціаторів утворення професійної спілки працівників на КТП «Комуненергія» та проведення пікету для захисту їхніх прав. Захисту потребувало право на отримання заробітної плати за свій труд: К.П. Трофимчук та інші працівники не отримали заробітної плати за останні місяці праці на збанкрутілому ОВДКП «Рівнетеплокомуненерго». Через участь у пікеті вона запізналась на роботу на кілька годин, за що до неї застосували таке дисциплінарне стягнення, як догана. Враховуючи, що в період між тим, як було отримано дозвіл на проведення пікету, та тим, як пікет відбувся (наприкінці лютого 1999 р.), на заявницю вже накладали догану за недотримання техніки безпеки в котельній, де вона працювала, а саме адміністрація застосувала до К.П. Трофимчук п. 3 ст. 40 КЗпП України. Її було звільнено за ініціативою адміністрації за систематичне невиконання своїх обов'язків.

К.П. Трофимчук оскаржувала своє звільнення в судовому порядку, але Рівненській міській суд залишив її позов без задоволення. Рівненський обласний суд скасував це рішення,

направивши справу на повторний розгляд, але і в другий раз Рівненський міський суд виніс таке саме рішення, як і в перший раз. Друге рішення Рівненського міського суду не було скасовано або змінено ні за наслідками апеляційного, ані касаційного оскарження.

Проблема, яку *de facto* вирішив Європейський суд з прав людини, полягала в тому, чи була заявниця дійсно звільнена за ті дії, які адміністрація розцінила як порушення трудової дисципліни, чи заявниця отримала дві догани протягом менше ніж один календарний місяць за активне відстоювання свого права на отримання заробітної плати за власний труд.

Європейський суд з прав людини не знайшов фактів на користь того, що заявниці заважали в реалізації свободи асоціацій (утворювати профспілку, брати участь у роботі вже існуючої профспілки). Що ж до порушення права на свободу мирних зборів, то Європейський суд з прав людини знайшов факти втручання в реалізацію заявницею цього права. Але, на його думку, мав місце не пікет, а страйк (це впливає вже із частини другої Рішення під назвою «Національне законодавство та практика»). І у справі не було достатньо фактів та доказів, щоб «продемонструвати, що заявниця зробила все можливе для реалізації своєї свободи на мирні зібрання з належною повагою до прав та інтересів її роботодавця» [13]. У зв'язку із цим Європейський суд з прав людини зазначив, що не мало місце порушення ст. 11 Конвенції.

Отже, нині ст.ст. 36 та 37 Основного Закону України, що мають безпосереднє відношення до утворення і функціонування громадських організацій, не повністю відповідають європейським стандартам про права людини, у т. ч. Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р. Також існують певні складнощі з практичною реалізацією конституційного права на об'єднання в громадські організації, про що свідчать рішення Європейського суду з прав людини у справах «Корецький та ін. проти України» 2008 р. та «Трофимчук проти України» 2011 р.

2. Гармонізація конституційного законодавства України про утворення громадських організацій з європейськими стандартами

Для утворення громадської організації засновники мають провести установчі збори, на яких вирішується низка важливих

питань. Рішення за кожним із цих питань фіксується в протоколі установчих зборів, який є необхідним документом для подальшої легалізації громадського об'єднання.

По-перше, приймається принципове рішення про утворення громадської організації, з одночасним визначенням цілей її діяльності. Відповідно до норм Основного Закону і Закону України «Про громадські об'єднання» від 22 березня 2012 р., є певні обмеження у формулюванні цілей громадських організацій.

Частина 1 ст. 37 Конституції передбачає, що «утворення і діяльність... громадських організацій, програмні цілі або дії яких спрямовані на ліквідацію незалежності України, зміну конституційного ладу насильницьким шляхом, порушення суверенітету і територіальної цілісності держави, підрив її безпеки, незаконне захоплення державної влади, пропаганду війни, насильства, на розпалювання міжетнічної, расової, релігійної ворожнечі, посягання на права і свободи людини, здоров'я населення, забороняються» [8].

Для того щоб оцінити, чи є це обмеження дискримінаційним чи ні, доцільно порівняти його зміст зі змістом найбільш впливового європейського стандарту у сфері прав людини – Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. Стаття 11 «Свобода зібрань та об'єднання» передбачає в ч. 2, що «здійснення цих прав не підлягає жодним обмеженням, за винятком тих, що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб. Ця стаття не перешкоджає запровадженню законних обмежень на здійснення цих прав особами, що входять до складу збройних сил, поліції чи адміністративних органів держави» [14].

Стосовно цього обмеження доцільно також згадати справу «Партія добробуту (Refah Partisi), Ербакан, Казан та Текдаль проти Туреччини», рішення за якою було винесено Європейським судом з прав людини 13 лютого 2003 р. Хоч ця справа стосується не громадських організацій, а політичних партій, у ній Суд дуже чітко визначив свою позицію стосовно оцінки цілей діяльності інституту громадянського суспільства. Слід зазначити, що аргументація Суду може бути використана за аналогією, коли йдеться про громадські організації.

А саме Суд зазначив: «Цілі та наміри політичної партії не можна визначати лише на підставі такого критерію, як партійний статут і програма. Як свідчить минулий політичний досвід Договірних держав, політичні партії, які виношували цілі, несумісні з основоположними принципами демократії, не оприлюднювали їх у своїх офіційних виданнях доти, доки не приходили до влади. Ось чому... справжні цілі та наміри партії можуть бути прихованими в її політичній програмі і відмінними від тих, які вона проголошує. Для того щоб пересвідчитися в істинності проголошуваних партією намірів, необхідно звірити, чи відповідають дії керівників партії та зайнята нею позиція змістові її програми» [15].

Громадські організації не мають політичних програм, але ключовою думкою тут є те, що необхідно оцінювати не тільки положення статутних документів, але й реальні дії органів управління та контролю громадської організації. Тому формулювання (та подальше закріплення у статуті) цілей діяльності громадської організації є тільки одним з елементів, на підставі яких визначається відповідність цілей громадської організації чинному законодавству.

Як бачимо, норми ч. 1 ст. 37 Конституції цілком відповідають європейським стандартам прав людини. Крім того, вони відповідають і європейським стандартам про громадські організації – Рекомендації № СМ/Rec(2007)14 та Фундаментальним принципам.

Обидва документи приділяють значну увагу цілям громадських організацій – цьому питанню присвячено окремі підрозділи під назвами «Цілі», це п.п. 11-15 у Фундаментальних принципах, п.п. 10-14 у Рекомендації № СМ/Rec(2007)14. Однак слід зазначити, що тільки по два із заявлених пунктів (п.п. 11-12 у Фундаментальних принципах та п.п. 10-11 у Рекомендації № СМ/Rec(2007)14) мають відношення до цілей громадських організацій. Решта охоплює не цілі, а права, які мають надаватись громадським організаціям (право підтримувати окремого кандидата чи політичну партію на виборах, право здійснювати будь-яку господарську або комерційну діяльність для сприяння своїй основній діяльності та право участі в об'єднаннях, федераціях та конфедераціях НУО).

Вимоги європейських стандартів про громадські організації сформульовано не негативно, а позитивно (тобто надано перелік

основних цілей, які, як правило, ставлять перед собою громадські організації, а не перелік обмежень). Слід зазначити, що це пов'язано з тим, що перелік-обмеження містить Конвенція про захист прав і основоположних свобод 1950 р., а Фундаментальні принципи та Рекомендація № СМ/Rec(2007)14 враховують її норми.

Фундаментальні принципи зазначають, що «НУО має право переслідувати свої цілі за умови, що як цілі, так і засоби, що використовуються, є законними» [16]. Рекомендація № СМ/Rec(2007)14 ставить наголос не на дотриманні принципу законності, а на відповідності цілей НУО та засобів їх досягнення «вимогам демократичного суспільства» [17], що, на нашу думку, є більш широким, ніж законність, та включає законність у себе.

Проблема формулювання цілей громадської організації постала перед Європейським судом з прав людини при вирішенні справи «Корецький та ін. проти України». С.П. Корецький та інші заявники скаржились на те, що вони в середині 2000 р. ініціювали утворення громадської організації «Громадянський Комітет за збереження дикої (корінної) природи Березняків». А саме: було проведено установчі збори, на яких ці громадяни вирішили утворити громадську організацію екологічного спрямування, сформулювали мету її діяльності (збереження та залишення дикої натуральної природи на території Березняків), затвердили назву та обрали С.П. Корецького головою цієї організації. Також було вирішено легалізувати її шляхом державної реєстрації.

Через кілька тижнів після проведення установчих зборів було подано пакет документів для державної реєстрації Громадянського Комітету за збереження дикої (корінної) природи Березняків до Київського міського управління юстиції. Але після першого звернення до цього органу здійснити державну реєстрацію Комітету заявникам не вдалось. Їм було відмовлено в реєстрації на підставі необхідності внесення змін до Статуту Комітету. З деякими із зауважень реєстраційного органу заявники погодились, але не з усіма. У т. ч. зауваження викликала мета діяльності Комітету – збереження та залишення дикої натуральної природи на території Березняків. Однак, на думку органів публічної влади, вона суперечила ст.ст. 3 і 13 чинного тоді Закону України «Про об'єднання громадян» від 16 червня 1992 р. (у ст. 3 містилось визначення громадської організації, а саме, що це є об'єднання громадян для задоволення та захисту

своїх законних соціальних, економічних, творчих, вікових, національно-культурних, спортивних та інших спільних інтересів, а у ст. 13 – про статутні документи об'єднань громадян [18]). У рішенні за цією справою Європейський суд з прав людини підкреслив, що зауваження реєстраційного органу порушувало права засновників на об'єднання.

Мета діяльності громадської організації цілком логічно визначається першою. Ураховуючи запропоновану в попередньому розділі класифікацію законів України про громадські організації на загальні та спеціальні, практичне значення визначення мети діяльності громадської організації полягає в тому, щоб зорієнтувати засновників стосовно того, яким саме законом (виключно законами загального характеру чи також додатково і спеціальним законом про окремий вид громадських організацій) необхідно керуватись при утворенні цього інституту громадянського суспільства.

Громадські організації вносяться до Реєстру громадських об'єднань, який розміщено у глобальній мережі Інтернет за адресою <http://rgo.informjust.ua/>. На підставі мети діяльності в Реєстрі громадські організації угруповують за такими критеріями пошуку, як:

1) спрямованість (дитяча, жіноча, із захисту населення від наслідків аварії на ЧАЕС, козацького спрямування, молодіжна, науково-технічне товариство, національних та дружніх зв'язків, об'єднання інвалідів, об'єднання ветеранів, об'єднання охорони пам'ятників історії та культури, об'єднання охорони природи, освітня або культурно-виховна, правозахисна, професійна, творче об'єднання, фізкультурно-спортивна та ін.);

2) вид (асоціація кредитних спілок, відокремлений підрозділ іноземної неурядової організації, громадська організація, громадська спілка, об'єднання організацій роботодавців, об'єднання профспілок, організація роботодавців, профспілка).

Кожен із цих параметрів викликає низку критичних зауважень, якщо аналізувати їх як з точки зору конституційного законодавства про громадські організації, так і з точки зору змісту відповідних європейських стандартів.

Слід зазначити про доцільність виключення з Реєстру такого критерію пошуку, як «спрямованість громадського об'єднання». Перший аргумент на користь цього пов'язаний з тим, що відмінності між критеріями «спрямованість» та «вид» є

незрозумілими. Наприклад, «критерієм» є належність до дитячих, молодіжних організацій (про які є спеціальний закон), але належність до профспілок є «видом» (адже утворення та функціонування профспілок також регламентується окремим законом), а також творче об'єднання – це «спрямованість», а об'єднання профспілок – це «вид».

Другий аргумент на користь виключення «спрямованості» з пошукових критеріїв реєстру полягає в тому, що цей термін узагалі не фігурує стосовно громадських організацій (та спілок) у тексті Закону України «Про громадські об'єднання» від 22 березня 2012 р.

Такий критерій пошуку, як «вид громадського об'єднання», також викликає зауваження. Закон України «Про громадські об'єднання» від 22 березня 2012 р. використовує термін «вид громадського об'єднання» стосовно окремих громадських об'єднань, утворення, реєстрація, діяльність та припинення яких визначаються іншими законами (п. 3 ст. 2, п. 1 ст. 19), а також коли йдеться про рівність усіх громадських об'єднань, незалежно від виду (п. 5 ст. 3). Більш конкретним є п. 7 ст. 10, що передбачає: «...власна назва громадського об'єднання... може містити інформацію про його вид («екологічне», «правозахисне» тощо)».

Таким чином:

1) по-перше, Закон України «Про громадські об'єднання» від 22 березня 2012 р. відносить до видів громадських об'єднань екологічні та правозахисні об'єднання. Перелік не є вичерпним;

2) по-друге, Реєстр використовує прикметник «правозахисні» в рубриці не «вид», а «спрямованість». Опосередковано екологічну спрямованість мають і об'єднання із захисту населення від наслідків аварії на ЧАЕС.

Така неузгодженість порушує питання про необхідність виявлення належної підстави для угруповання громадських організацій на підставі цілей їхньої діяльності.

А.В. Орлов зазначає, що існують так звані «чисті громадські об'єднання», або «безвидові громадські об'єднання», – це громадські об'єднання, які здійснюють свою діяльність на основі Федерального закону «Про громадські об'єднання» і не підпадають під правове регулювання спеціальних законів про окремі види громадських об'єднань (та щодо яких не передбачено прийняття відповідних законів про окремі види громадських об'єднань) [19, с. 72]. Таким чином, він пропонує

розрізняти громадські об'єднання (або організації) за цілями їхньої діяльності, класифікуючи на види.

А.І. Норкін пропонує розрізняти громадські об'єднання за цілями їхньої діяльності, використовуючи підставою класифікації особливості правового статусу цих суб'єктів. Він пише: «Надання спеціального правового статусу (щодо родового – громадське об'єднання) релігійним організаціям... є продовження методів правового регулювання, притаманних імперському та радянському періодам нашої держави» [20, с. 9].

Відповідно до цієї пропозиції, нині видами громадських організацій є:

1) громадські організації інвалідів (Закон України «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні» від 21 березня 1991 р.);

2) релігійні організації (Закон України «Про свободу совісті та релігійні організації» від 23 квітня 1991 р.);

3) громадські організації споживачів (Закон України «Про захист прав споживачів» від 12 травня 1991 р.);

4) громадські організації в науковій та науково-технічній діяльності (Закон України «Про наукову і науково-технічну діяльність» від 26 листопада 2015 р.);

5) громадські організації фізкультурно-спортивної спрямованості (Закон України «Про фізичну культуру і спорт» від 24 грудня 1993 р.), у т. ч. аматорські спортивні організації та клуби, про які йдеться в Податковому кодексі України;

6) творча спілка (Закон України «Про професійних творчих працівників та творчі спілки» від 7 жовтня 1997 р.);

7) молодіжні та дитячі громадські організації (Закон України «Про молодіжні та дитячі громадські організації» від 1 грудня 1998 р.);

8) професійні спілки (Закон України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» від 15 вересня 1999 р.);

9) благодійні організації (Закон України «Про благодійну діяльність та благодійні організації» від 5 липня 2012 р.).

Таким чином, перелік видів громадських організацій у залежності від цілей їхньої діяльності має вичерпний характер. Також йому притаманна стабільність, бо вносити корективи до нього може тільки Верховна Рада України. Аналізуючи хронологію прийняття відповідних законів, ми бачимо динаміку збільшення переліку; протягом існування незалежної України

цей перелік змінювався тільки в більшу сторону та поки що ніколи не скорочувався.

Цілі громадської організації є першим, з чим визначаються засновники при її утворенні. Відповідно до Закону України «Про громадські об'єднання» від 22 березня 2012 р., на цьому етапі вони також обирають територію діяльності утворюваного інституту громадянського суспільства.

Статус громадського об'єднання за Законом України «Про об'єднання громадян» від 16 червня 1992 р. визначався як міжнародний, всеукраїнський чи місцевий. Наявність територіальних статусів піддавали критиці неодноразово, найбільш вагомим внеском у скасування територіальних статусів у чинному законодавстві стало рішення Європейського суду з прав людини у справі «Корецький та ін. проти України». Закон України «Про громадські об'єднання» від 22 березня 2012 р. у ч. 5 ст. 1 передбачає, що «громадське об'єднання може здійснювати діяльність зі статусом юридичної особи або без такого статусу» [7], змінивши смислове навантаження терміна «статус» щодо цих інститутів громадянського суспільства. А Реєстр громадських об'єднань використовує цей термін у старому значенні! І це незважаючи на те, що Реєстр було сформовано після того, як набрав чинності Закон України «Про громадські об'єднання» від 22 березня 2012 р., а за часів дії Закону України «Про об'єднання громадян» від 16 червня 1992 р. Реєстру не існувало.

Це привертає увагу як до непослідовності термінології законодавства про громадські організації в цілому, так і до суперечностей у термінології Закону України «Про громадські об'єднання» від 22 березня 2012 р. Зокрема, «статус громадського об'єднання» використовується в розумінні наявності або відсутності прав юридичної особи в інституту громадянського суспільства у ст.ст. 1, 3, 7, 8, 9 та ін. Але у ст. 10 цей термін раптом змінює своє значення: «...власна назва громадського об'єднання має містити інформацію про статус громадського об'єднання («дитяче», «молодіжне», «всеукраїнське»)» [7]. Потім, починаючи зі ст. 11, словосполучення «статус громадського об'єднання» знов використовується в розумінні наявності або відсутності у громадського об'єднання прав юридичної особи. А ст. 19 має назву «Всеукраїнський статус громадського об'єднання». Таким чином, незрозуміло, що ж у Законі України «Про громадські

об'єднання» від 22 березня 2012 р. вважається статусом громадського об'єднання – територіальний статус (заявлено про існування тільки всеукраїнського статусу) або наявність чи відсутність державної реєстрації, яка тягне за собою утворення юридичної особи.

Навіть сам термін «територіальний статус» викликає зауваження. Слід зазначити, що має рацію А.І. Норкін, який вважає: «Поділ об'єднань за ознакою їх територіальної поширеності не викликаний об'єктивними потребами, а є даниною традиції (царської та радянської, виключаючи період влади Тимчасового уряду) та прагненням до бюрократизації» [20, с. 100], «поділ громадських об'єднань за територіальною сферою діяльності не викликано об'єктивними потребами, реальних правових можливостей обмеження за територіальною ознакою не подано, що надає працівникам реєстраційних органів невиправдано широкі дискреційні повноваження... Надання різного обсягу прав громадським об'єднанням, що відзначаються за територіальною сферою діяльності, є незаконним, оскільки порушує конституційний принцип рівності» [20, с. 107].

Глава II дисертаційного дослідження А.І. Норкіна має назву «Види правового статусу громадських об'єднань: проблеми вдосконалення» та складається із трьох параграфів: спеціальний правовий статус громадських об'єднань, що класифікуються за територіальною сферою діяльності та складу учасників; спеціальний правовий статус громадських об'єднань, що класифікуються за метою діяльності; спеціальний правовий статус громадських об'єднань, що класифікуються за правовими формами.

Слід зазначити, що дослідник цілком вірно використовує термін «статус» у контексті розуміння цього терміна в правознавстві, виходячи зі словосполучення «статус особи», у центрі якого – суб'єктивні права та юридичні обов'язки [20, с. 117]. Тому фраза «територіальний статус» є неточною. Вірним було б говорити про види громадських організацій за складом та територією діяльності.

Ця пропозиція повністю відповідає змісту європейських стандартів про громадські організації. Пункт 4 Рекомендації № СМ/Rec(2007)14 передбачає, що неурядові організації можуть бути національними і міжнародними як за складом, так і за сферою діяльності. При оновленні законодавства про громадські організації зауваження науковців і практиків, а також положення

європейських стандартів щодо трьох територіальних статусів громадських організацій було нібито враховано: місцевий статус громадських організацій наразі не фігурує в Законі України «Про громадські об'єднання» від 22 березня 2012 р. Але фактично залишилась група організацій, які не є міжнародними, тобто функціонують на всій території України, але не є і всеукраїнськими за визначенням ст. 19 Закону («громадське об'єднання, зареєстроване в установленому законом порядку, може мати всеукраїнський статус за наявності в нього відокремлених підрозділів у більшості адміністративно-територіальних одиниць, зазначених у частині другій статті 133 Конституції України, і якщо таке громадське об'єднання підтвердило такий статус у порядку, встановленому цим Законом. Спеціальними законами можуть визначатися інші вимоги щодо підтвердження всеукраїнського статусу окремих видів громадських об'єднань» [7]). Річ у тім, що з набранням чинності Законом України «Про громадські об'єднання» від 22 березня 2012 р. з 1 січня 2013 р. місцевим громадським організаціям не було роз'яснено особливості зміни статусу та у зв'язку з цим – про приведення статутних документів у відповідність до чинного законодавства. Встановлено просто вимогу про приведення статутних документів, зареєстрованих у період чинності Закону України «Про об'єднання громадян» від 16 червня 1992 р., без конкретизації.

Крім того, з урахуванням норм про наявність різних територіальних статусів, з моменту свого утворення громадські організації не є рівними. Продовження порушення принципу рівності громадських організацій полягає й у тому, що існують різні порядки легалізації громадських організацій у залежності від їхнього статусу. Зазначимо також, що наявність у законодавстві вимог щодо територіального статусу утруднює розвиток громадської організації, який відбувається після її легалізації, – адже розширення території функціонування буде означати необхідність внесення змін до установчих документів та повернення до процедури легалізації.

Положення ст. 19 Закону України «Про громадські об'єднання» від 22 березня 2012 р. також вступають у суперечність із європейськими стандартами. Так п.п. 11-12 Рекомендації № СМ/Rec(2007)14 установлюють, що неурядові організації повинні мати можливість вільно здійснювати свої завдання за умови, що і

завдання, і засоби їх досягнення відповідають вимогам демократичного суспільства; зокрема, неурядові організації повинні мати можливість вільно займатися дослідженнями, освітою і пропагандою з питань, які є предметом суспільних дебатів. Уявляється, що територіальні статуси об'єктивно заважатимуть деяким громадським організаціям, особливо місцевим, виконувати наведені вище завдання, природно притаманні їм як інститутам громадянського суспільства.

Відповідно до змісту європейських стандартів про громадські організації пропонуємо виокремлювати за ознакою складу та території діяльності тільки два види громадських організацій: національні (усі, що функціонують у межах країни, незалежно від території та/або засновниками яких є тільки громадяни України) та міжнародні (усі, що функціонують за межами країни, незалежно від території та/або мають серед засновників іноземних громадян).

У пропозиції використано прикметник «національні» замість «всеукраїнські», бо наявність «національних» громадських організацій дозволить об'єднати як колишні всеукраїнські, так і колишні місцеві громадські організації. До того ж, відповідно до європейських стандартів, необхідно враховувати не тільки територію діяльності, але й склад засновників громадської організації. Засновники (а це завжди фізичні особи) навряд чи можуть бути «всеукраїнськими» чи «місцевими».

Законодавство України наразі розрізняє територіальні статуси громадських організацій тільки на підставі території їх функціонування, без урахування громадянства засновників. Гармонізація конституційного законодавства України про громадські організації з європейськими стандартами вимагає урахування обох наведених вище факторів. Таким чином, слід запропонувати:

1) п. 7 ст. 10 Закону України «Про громадські об'єднання» від 22 березня 2012 р. викласти в такій редакції: «Власна назва громадської організації має містити інформацію про вид громадської організації за складом та територією функціонування (національна або міжнародна) та може містити інформацію про цілі її діяльності («благодійна», «релігійна» тощо);»

2) вважати, що класифікація громадських організацій у залежності від цілей діяльності є такою, що може бути застосована не до всіх громадських організацій. Сфера

застосування цієї класифікації обмежується тими громадськими організаціями, особливості утворення, реєстрації, функціонування та припинення яких передбачено окремими законами України, а не виключно Законом України «Про громадські об'єднання» від 22 березня 2012 р.

Виходячи з цілей діяльності громадської організації та її статусу, на установчих зборах вирішується питання щодо найменування громадської організації. Основні вимоги щодо нього містить ст. 10 Закону України «Про громадські організації» від 22 березня 2012 р.

Незважаючи на те, як буде легалізована громадська організація, вимоги до її найменування такі самі, як і до найменування інших юридичних осіб приватного права¹: «Найменування... складається з двох частин – загальної та власної назв. У загальній назві зазначається організаційно-правова форма громадського об'єднання («громадська організація», «громадська спілка»)» [7].

Так само, як і юридичні особи приватного права за Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» від 15 травня 2003 р., громадські організації за Законом України «Про громадські об'єднання» від 22 березня 2012 р. зобов'язані визначити повну назву, але також можуть мати й скорочену назву.

Знов-таки, незалежно від способу легалізації громадської організації, до її найменування пред'являється така сама вимога щодо унікальності назви, як і до інших юридичних осіб приватного права. Частина 4 ст. 10 передбачає, що «власна назва громадського об'єднання не повинна бути тотожною власним назвам інших зареєстрованих громадських об'єднань або громадських об'єднань, повідомлення яких прийнято в установленому цим Законом порядку».

Цікаво, що стосовно юридичних осіб приватного права ця вимога вперше появилась 2003 р., з набранням чинності Законом «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань» від 15 травня 2003 р., ст. 27 якого однією з підстав відмови в державній реєстрації юридичної особи передбачає наявність в Єдиному державному

¹ Для всіх юридичних осіб приватного права – за Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань» від 15 травня 2003 р.

реєстрі найменування, яке тотожне найменуванню юридичної особи, яка має намір зареєструватися. При цьому питання щодо того, що робити в разі наявності вже зареєстрованих юридичних осіб з ідентичними найменуваннями, вирішено не було; не вирішено воно й досі.

Аналогічною є ситуація з громадськими організаціями. Вимога щодо унікальності їхнього найменування появилася уперше в Законі України «Про громадські об'єднання» від 22 березня 2012 р., а отже, впроваджена з 1 січня 2013 р. При цьому в перехідних положеннях не вирішено питання стосовно тих організацій, які були зареєстровані за Законом України «Про об'єднання громадян» від 16 червня 1992 р.; не вирішено воно й досі.

Враховуючи значну ступінь ускладненості утворення громадських організацій в Україні, пропонуємо використати національний досвід для виконання вимог європейських стандартів у частині полегшення утворення громадських організацій. Маємо на увазі впровадження можливості резервування найменування громадської організації. Така можливість поки що не надавалась громадським організаціям, але існувала з 2003-го по 2011 р. для юридичних осіб приватного права – суб'єктів підприємницької діяльності; наразі її скасовано.

Стаття 10 у ч. 5-6 передбачає обмеження, які засновники мають враховувати при обранні назви громадської організації. Назва не може містити:

1) «найменування органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим, органу місцевого самоврядування, складових найменувань цих органів (міністерство, агентство, служба, інспекція, комітет, адміністрація, прокуратура, суд); власну назву громадського об'єднання, діяльність якого заборонена в судовому порядку (протягом трьох років після набрання відповідним рішенням суду законної сили); інші позначення, використання яких обмежено законом;

2) слова «державний», «комунальний» та похідні від них. Власна назва навчального закладу, установи чи організації у власній назві громадського об'єднання може використовуватися лише за згоди відповідного навчального закладу, установи чи організації.

Крім того, забороняється використання у власній назві громадського об'єднання історичних державних найменувань, перелік яких встановлюється Кабінетом Міністрів України» [7].

Висновки

У розділі увагу зосереджено на тому, що в конституційних актах України протягом ХХ ст. громадські організації згадуються в контексті свободи об'єднань (свободи спілок, права організації, права гуртувати громади і спілки).

Пов'язані з громадськими організаціями норми Конституції України 1996 р. щодо права на об'єднання здебільшого відповідають вимогам такого європейського стандарту в цій сфері, як Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. Винятками є, по-перше, надання права утворення громадських організацій лише громадянам України, а по-друге – обмеження діяльності громадських організацій захистом прав виключно їхніх членів. Виявлено, що в Конституції України 1996 р. закладена негативна тенденція окремої регламентації різних видів громадських організацій – згадками як про громадські організації в цілому, так і про професійні спілки (ч. 3 ст. 36) та про громадські організації споживачів зокрема. Закріплення свободи зібрань та свободи асоціації у ст. 11 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. обумовило наявність низки рішень Європейського суду з прав людини з цієї проблематики. Станом на 1 січня 2021 р. винесено 52 рішення у відповідних справах з участю України, але громадських організації стосуються тільки два рішення: у справі «Корецький та ін. проти України» 2008 р. та у справі «Трофимчук проти України» 2011 р.

Список використаних джерел:

1. Статут про державний устрій, права і вольності Української Народної Республіки (Конституція УНР, ухвалена 29 квітня 1918 р.). Конституції і конституційні акти України. Історія і сучасність. Київ : Юрид. думка, 2011. С. 41 –49.
2. Закони про тимчасовий Державний устрій України, проголошені 29 квітня 1918 р. Конституції і конституційні акти України. Історія і сучасність. Київ : Юрид. думка, 2011. С. 50–53.
3. Конституція Української Соціалістичної Радянської Республіки 1919 р. Конституції і конституційні акти України. Історія і сучасність. Київ : Юрид. думка, 2011. С. 56–61.
4. Конституція (Основний Закон) Української Соціалістичної Радянської Республіки 1929 р. Конституції і

конституційні акти України. Історія і сучасність. Київ : Юрид. думка, 2011. С. 66–80.

5. Конституція (Основний Закон) Української Радянської Соціалістичної Республіки 1937 р. Конституції і конституційні акти України. Історія і сучасність. Київ : Юрид. думка, 2011. С. 81–101.

6. Конституція (Основний Закон) Української Радянської Соціалістичної Республіки 1978 р. із змінами та доповненнями. URL : <http://static.rada.gov.ua/site/const/istoriya/1978.html> (дата звернення: 10.05.2021).

7. Про громадські об'єднання : Закон України від 22 березня 2012 р. *Офіц. вісник України*. 2012. № 30. Ст. 1097.

8. Конституція України 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 142.

9. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. URL : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 10.05.2021).

10. Шевчук С.В. Судова правотворчість у контексті застосування принципів права. *Вісник Акад. правових наук України*. 2012. № 4(51). С. 54–70.

11. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23 лютого 2006 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 30. Ст. 260.

12. Додіна Є.Є. Адміністративно-правовий статус громадських організацій в Україні : дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2002. 174 с.

13. У справі «Трофимчук проти України»: рішення Європейського суду з прав людини від 28 січня 2011 р. URL : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/974_846 (дата звернення: 10.05.2021).

14. Міжнародний пакт про громадянські та політичні права 1966 р. URL : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU66003U.html (дата звернення: 10.05.2021).

15. У справі «Партія добробуту (Refah Partisi), Ербакан, Казан та Текдаль проти Туреччини» : рішення Європейського суду з прав людини від 31 липня 2003 р. URL : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/980_046 (дата звернення: 10.05.2021)

16. Фундаментальні принципи щодо статусу неурядових організацій в Європі (Прийнято учасниками багатосторонньої

зустрічі, організованої Радою Європи), Страсбург, 5 липня 2002 р.
URL : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_209&p=1282279540530744 (дата звернення: 10.05.2021).

17. Рекомендація Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо правового статусу неурядових організацій у Європі № СМ/Rec(2007)14. (неофіц. переклад). URL : <http://www.minjust.gov.ua/0/23578> (дата звернення: 10.05.2021).

18. Про об'єднання громадян : Закон України від 16 червня 1992 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 34. Ст. 504.

19. Орлов А.В. Правовое положение общественных объединений в Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2004. 225 с.

20. Норкин А.И. Правовой статус общественных объединений: проблемы теории и практики. Саратов, 2006. 214 с.

DOI <https://doi.org/10.36059/978-966-397-235-0-5>

Гнатовська А. І.,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри конституційного,
адміністративного та фінансового права
Чернівецького юридичного інституту
Національного університету «Одеська юридична академія»,
м. Чернівці

ПУБЛІЧНІ ПОСЛУГИ ЯК ПРАВОВИЙ ІНСТИТУТ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРАВ ГРОМАДЯН

Анотація. Публічні послуги є важливим способом реалізації конституційних прав громадян та забезпечують можливість їх звернення до органів державної влади. Проблема теоретичного дослідження та правового регулювання публічних послуг полягає в тому, що відсутня чітка термінологія в цьому правовому інституті, що призводить до використання різних термінів, які є тотожними. Для вирішення цієї проблеми здійснена характеристика поняття «публічні послуги» через визначення аспектів його розуміння, досліджено правові норми та погляди вчених, які визначають поняття «послуги» та «публічні послуги». Розкрито основні ознаки публічних послуг, їх соціальний характер та початок їх здійснення пов'язані з конституційним правом громадян на звернення. Досліджені процедури, які виникають у процесі надання публічних послуг, а також способи захисту права громадян на звернення та отримання публічної послуги за допомогою позасудового вирішення публічних спорів. Окреслений досвід регламентації надання публічних послуг іноземних держав був запозичений, удосконалений та впроваджений українськими правниками. Також визначені сучасні тенденції розвитку публічних послуг в умовах «сервісної держави».

Вступ

Людина є найвищою цінністю для держави. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Органи державної влади створені та діють для того, щоб утверджувати та забезпечувати права і свободи людини.

Значний період часу людина та її права в нашій державі не були пріоритетними, терміни «соціальна держава» та «демократична держава» залишались лише на папері та не знаходили свого практичного відображення.

На щастя, сьогодні в Україні вже виросло покоління справді незалежних громадян, які не лише виконують покладені на них обов'язки, а й знають свої права та вміють їх реалізовувати. В українського суспільства є чітке розуміння, що держава та її органи діють задля забезпечення їх прав, свобод та інтересів. Підтвердженням цього є розвиток інституту публічних послуг, створений задля гарантування вільного доступу громадян до органів публічної влади та можливості отримання додаткових прав чи свобод, вимагання здійснення публічно-владних дій чи прийняття рішень, отримання дозволів тощо.

Упровадження в наші життєві реалії інституту публічних послуг свідчить про підтвердження ознак демократичності та соціальності нашої держави, яка визначає людину найвищою соціальною цінністю, забезпечує її права та свободи, гідні умови існування, безпеку і добробут, вільний розвиток та волевиявлення, самореалізацію творчого (трудового) потенціалу шляхом політичної та ідеологічної багатоманітності, соціальної спрямованості економіки, проведення активної соціальної політики на принципах громадянського суспільства, соціальної справедливості, рівності, солідарності та відповідальності.

Інститут «публічних послуг» сприяє реалізації конституційного права громадян направляти індивідуальні чи колективні письмові звернення або особисто звертатися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів. Тому необхідно визначити теоретико-правові та практичні проблеми впровадження цього правового інституту в українські реалії задля якісного забезпечення конституційних прав та свобод громадян України.

1. Теоретико-правові аспекти розуміння публічних послуг як інституту забезпечення реалізації конституційних прав громадян

Конституційні права та свободи людини і громадянина становлять принципи, що гарантують споживачеві право на отримання послуги [1, с. 6].

Поняття «публічної послуги» має різні визначення та аспекти розуміння. Це означає, що, з одного боку, можна і, безумовно, потрібно досліджувати його правову природу та його сутнісні ознаки, аналізуючи розробки вчених із різних галузей права національних та зарубіжних країн.

Багатоаспектність розуміння та визначення поняття «публічні послуги» зумовлено тим, що: воно використовується в межах різних напрямів діяльності органів державної влади; для розмежування публічно-правових функцій органів влади; в межах бюджетування, орієнтованого на результат; із метою зниження бюрократичних бар'єрів, підвищення рівня задоволеності населення діяльністю органів влади. Нормативно-правове регулювання відносин, що виникають під час реалізації прав на отримання публічних послуг як фізичними, так і юридичними особами, забезпечують різні нормативно-правові акти, а саме: закони України «Про адміністративні послуги» [2], «Про соціальні послуги» [3], розпорядження Кабінету Міністрів України «Про схвалення Концепції розвитку системи електронних послуг в Україні» від 16 листопада 2016 р. № 918-р. [4], Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про схвалення Концепції розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади» від 15 лютого 2006 р. № 90-р. [5] тощо.

Наявність юридично точної дефініції є однією з умов розкриття сутності правової категорії, виокремлення властивих їй особливостей, формування однакової практики правозастосування. Виступаючи певним фундаментом реалізації регулятивних норм, дефініція дозволяє уникнути суперечностей і юридичних конфліктів у тлумаченні правового терміна і його відмежування від суміжних правових категорій, що є визначальним фактором ефективності регулювання відповідної сфери суспільних відносин.

Слід погодитися і з тим, що якість нормативного визначення поняття не може бути вище рівня відповідних теоретичних знань, оскільки законодавець, як правило, відображає наявні на цей момент доктринальні розробки правових явищ. Нескладно помітити, що дійсний у науці права комплекс правових категорій набагато ширший за ті, що використовуються в законодавстві та нормативно визначені. Це пояснюється об'єктивними причинами і тим, що загальноправові категорії, з одного боку, мають усталене в юридичній науці значення, з огляду на що відсутня необхідність

спеціального їх закріплення в нормах права, з іншого боку, як справедливо зазначають деякі фахівці, науковий процес пізнання не мислиться без концептуальних суперечок і дискусій, що породжують варіативні підходи до формування юридичних термінів і понять, з огляду на що введення відповідних норм-дефініцій становить певні труднощі для законодавця.

Таким чином, високий рівень доктринальної наукового опрацювання поняття виключає неоднаковість його трактування, забезпечує однозначне тлумачення й однакове застосування правових норм.

Особливість формування термінологічного апарату у сфері надання публічних послуг полягає в тому, що він не пройшов такий «класичний», традиційний етап його становлення в правовій науці. Під час його формування мала місце рецепція права європейських країн, з огляду на що його правове регулювання проходить процес адаптації методом проб і помилок.

Серьогіна Т.В. виокремлює чотири етапи становлення поняття «публічні послуги» в незалежній Україні: першим є етап домінування у вітчизняній науковій думці поняття «управлінські послуги»; другий етап полягає в розділі послуг на окремі групи (державні, муніципальні, адміністративні), причому вони належать до однієї групи публічних послуг; третій етап (триває на сьогоднішній день) характеризується закріпленням й остаточним формулюванням терміна «публічні послуги» як базового поняття системи надання послуг органами публічної влади; четвертий етап можна лише спрогнозувати, тим не менше він, по суті, є логічним продовженням зазначених трьох етапів, коли відбувається законодавче закріплення поняття [3, с. 19].

Правове регулювання в цій сфері розвивається самостійно і окремо від теорії, надаючи науці можливість аналізувати прогалини регулювання, які виникають, підтримуючи нововведення законодавства або наполягаючи на неточності і некоректності встановлених нормами права конструкцій.

Поняття «послуга» визначають у наукових та правових джерелах через:

– категорію, яка вказує на взаємодію між суб'єктом, що пропонує та надає послуги і об'єктом, який їх потребує [7];

– результат здійснення владних повноважень суб'єктом надання адміністративних послуг за заявою фізичної або

юридичної особи спрямований на набуття, зміну чи припинення прав та/або обов'язків такої особи відповідно до закону [2];

– діяльність виконавця з надання (передачі) споживачеві певного визначеного договором матеріального чи нематеріального блага, що здійснюється за індивідуальним замовленням споживача для задоволення його особистих потреб [8];

– вчинення певної дії або здійснення певної діяльності [9];

– предмет закупівлі, крім товарів і робіт, зокрема транспортні послуги, опанування технологій, наукові дослідження, науково-дослідні або дослідно-конструкторські розробки, медичне та побутове обслуговування, найм (оренда), а також фінансові та консультаційні послуги, поточний ремонт [10];

– діяльність, яка здійснюється для задоволення певних потреб або інших зручностей, наданих будь-кому [11].

Перелік, звичайно, є невичерпним, оскільки дослідження цього терміна науковцями ще здійснюється, а правники створюють свої поняття, чим ще більше плутають учасників відносин. Така ж ситуація і з терміном «публічні послуги», які визначають через такі поняття:

а) усі послуги, що надаються публічним сектором бо іншими суб'єктами за рахунок публічних коштів [12];

б) юридично й соціально значущі дії в інтересах суспільства, держави і громадян [13];

в) діяльність державного апарату, що служить платникам податків [14];

г) усі послуги, які надаються публічним сектором, за надання яких відповідальність несе публічна влада [15].

Упровадження інституту публічних послуг пов'язано зі зміною ролі і завдань держави в суспільстві, із затвердженням нових цінностей і пріоритетів.

Ознакою «публічної послуги» є її соціальна значущість, потреба суспільства в їх наданні. Критерій суб'єкта надання послуги не є в цьому випадку визначальним. Ним може виступати не тільки орган влади або державна організація, а й будь-яка інша комерційна або некомерційна структура. Щодо цього термін «публічна послуга», безумовно, набагато ширше за термін «державна послуга» і включає його в себе.

Соціальні послуги також є різновидом послуг публічних, але виокремлюються вони у сфері їх надання (культура, спорт, освіта, охорона здоров'я, соціальне обслуговування і соціальний

захист). Оскільки надаватися дані послуги можуть як державними, так і недержавними структурами, можна зробити висновок про те, що соціальні і державні послуги частково перетинаються, але не є тотожними категоріями, які співвідносяться з публічними послугами як загальне і часткове.

Водночас деякі автори вважають, що поняття соціальні годі було обмежувати перерахуванням сфер громадських відносин, пов'язаних із їх наданням, оскільки визначити такий перелік як вичерпний не є можливим. Соціальні послуги, на їхню думку, слід визначити через комплекс характерних ознак. По-перше, надання цих послуг пов'язане з реалізацією конституційних прав громадян і є частиною соціальної політики держави, з огляду на що закріплено у відповідних державних програмах. По-друге, ці послуги носять виражений адресний характер і надаються суб'єктам із певним статусом (як правило, громадянам, які потребують надання допомоги). По-третє, надання цих послуг забезпечується фінансуванням пов'язаних із цим витрат із бюджету відповідного рівня бюджетної системи. По-четверте, суб'єктами, що надають ці послуги або забезпечують їх надання, є органи влади або створені ними установи.

Основною кваліфікувальною ознакою публічної послуги, що відрізняє її від інших видів діяльності органів виконавчої влади, є досить формальна ознака – наявність запиту заявника.

Пропонуємо проаналізувати його з двох точок зору:

1) концептуальної (з позиції достатності критерію заявного порядку, коли публічна послуга трактується в широкому сенсі, а саме «як добровільна, так і обов'язкова для заявника взаємодія з органом влади або посадовою особою»);

2) процедурної (з позиції дослідження системи норм, що визначають адміністративні процедури, пов'язані з наданням послуг).

Із концептуальної точки зору вважаємо правильною визначальною ознакою публічної послуги назвати «благо», «добровільність реалізації фізичною або юридичною особою належних їм прав», маючи на увазі, що інтерес під час отримання публічної послуги не повинен бути наказаний (тобто не повинен бути зумовлений будь-якою обов'язковою вимогою), а слідував би з конкретних життєвих потреб у реалізації суб'єктивних прав.

У реєстрації прав, сертифікації, ліцензування, та інших реєстраційних та дозвільних процедурах швидше зацікавлена

сама держава з метою впорядкування суспільних відносин, ніж конкретний приватний суб'єкт. Одним із доказів цієї тези можна вважати встановлення адміністративної відповідальності за здійснення певних видів діяльності без ліцензії, за недотримання порядку державної реєстрації прав на нерухоме майно або угод із ним тощо.

Абсолютно логічним здається в цьому разі висновок Л.А. Міцкевич, що складно вважати послугою виконання того чи іншого обов'язку за законом, оскільки це імперативне державне управління [16].

З огляду на відсутність одностайності серед учених, не викликає здивування і факт недосконалості правозастосовної практики в тлумаченні терміну «публічна послуга».

Таким чином, розкриваючи правову природу публічної послуги, пропонується визначати її як добровільне через закон взаємодії фізичної особи або юридичної особи (заявника) з органом державної влади або його посадовою особою, що здійснюється на підставі запиту заявника та з метою реалізації суб'єктивних прав заявника.

Якщо відмінність концептуальних основ визначення державних послуг досить широко обговорюється науковим співтовариством, то адміністративні процедури, пов'язані з регламентацією діяльності посадових осіб під час надання державних послуг, майже не досліджуються вченими. Процесуальна природа такої діяльності згадується в публікаціях лише фрагментарно, другорядно (під час вивчення термінологічного змісту поняття «послуга»). У юридичній конструкції послуги пріоритет відданий процесуальному аспекту (вчинення дій), при цьому послуга залишається формою задоволення інтересу конкретного суб'єкта, пов'язана з придбанням деякого блага.

На процесуальний (процедурний) характер такої діяльності вказує обов'язок органів надавати державні або муніципальні послуги відповідно до адміністративних регламентів, тобто на підставі нормативного правового акта, який установлює порядок надання публічної послуги і стандарт її надання.

Структура адміністративного регламенту містить розділ, що встановлює склад, послідовність і терміни виконання адміністративних процедур і вимоги до порядку їх виконання.

Але якщо публічна послуга становить діяльність, що включає певну послідовність процедур (як правило, це прийом і реєстрація документів, розгляд поданих документів, формування та направлення міжвідомчих запитів, прийняття рішення на підставі розгляду документів), то впливає, що в результаті такої діяльності може бути прийнято як позитивне, так і негативне для заявника рішення.

Але тоді виникає таке питання: наскільки коректно і правильно визначати результатом надання адміністративної послуги відмову в її наданні, адже «послуга», виходячи з її суті, передбачає задоволення інтересу конкретного суб'єкта, набуття нею деякого блага або права.

Загальнонаукове розуміння послуг передбачає розгляд їх як господарсько-економічного, культурного чи іншого особистісно значущого, зумовленого наявністю приватного інтересу, блага, сутність якого полягає в отриманні ефекту, споживаного однієї зі сторін.

На нашу думку, сутність публічної послуги як адміністративно-правової категорії, виходячи з усього вищевикладеного, передбачає, що процедура її надання пов'язане з реалізацією громадянами в процесі безпосередньої взаємодії з органами виконавчої влади певної групи прав, що тягнуть за собою позитивну зміну правового становища суб'єкта або задоволення його матеріальних, духовних або нематеріальних потреб.

Тут важливо зазначити, що виокремлюють 6 видів адміністративних проваджень, здійснюваних органами влади: 1) правозмінювальні; 2) пов'язані з виконанням обов'язків; 3) реєстраційні; 4) дозвільні (екзаменаційно-конкурсні); 5) контрольно-наглядові; 6) державно-заохочувальні.

З огляду на те, що підставою здійснення кожної з них може бути звернення фізичної або юридичної особи про публічні послуги, важливо визначити істотні ознаки запиту на надання публічної послуги, що є підставою для здійснення правозмінювальної процедури.

Запит на надання публічної послуги пропонується визначити як звернення фізичних осіб або юридичних осіб із метою реалізації наданих їм прав і законних інтересів, не пов'язаних із їх захистом прав, розглядом суперечок або застосуванням примусових заходів, а також учиненням реєстраційних або дозвільних дій.

На нашу думку, введення легального визначення запиту на надання публічної послуги є оптимальним варіантом коригування застосування дійсного визначення публічної послуги.

З одного боку, це дозволить уникнути необхідності вичерпного визначення сфер надання публічних послуг шляхом їх перерахування, з іншого – максимальним чином конкретизує поняття публічної послуги як добровільної взаємодії фізичної особи або юридичної особи (заявника) з органом державної влади або їх посадовою особою, що здійснюється на підставі звернення (заяви) з метою реалізації наданих їм законодавством прав.

Крім вищевказаного, слід зазначити, що запропоноване поняття публічної послуги розширює коло суб'єктів, які виступають зі сторони, яка приймає рішення про надання послуги: це не тільки орган влади, а й посадові особи органів влади, уповноважені на прийняття таких рішень відповідно до законодавства. Зазначена пропозиція зумовлена наявними проблемами законодавства, в результаті чого аналогічні за своєю природою правові відносини виявляються за межами правового регулювання законодавства про публічні послуги. Виходячи з цього, на нашу думку, кажучи про надання послуг, слід мати на увазі правовідносини, які виникають у процесі їх надання, тобто форму соціальної взаємодії суб'єктів права з метою реалізації інтересів і досягнення результату, передбаченого законом.

Держава має виступати як утворювальний елемент цих правовідносин – суб'єкт, носій певних прав, обов'язків і відповідальності, встановлених нормою права, який бере участь у правовідносинах в особі відповідних уповноважених органів державної влади.

У публічно-правовому розумінні послуги – це юридично значуща діяльність уповноважених органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, що здійснюється на підставі звернень фізичних або юридичних осіб і спрямована на надання їм певних благ.

Отже, публічна послуга – це діяльність суб'єктів публічної влади щодо забезпечення прав громадян у соціальній, політичній, економічній та адміністративній сферах, що виникла на підставі звернення особи та має своїм результатом правове рішення або дію суб'єкта публічної влади. Публічна послуга може

надаватися як органами державної влади, так і органами місцевого самоврядування відповідно до законів України.

2. Процедури надання послуг та захисту суб'єктів звернення під час отримання публічних послуг

Ефективність упровадження процедур підвищення якості та доступності публічних послуг багато в чому визначається досконалістю механізмів адміністративно-правового захисту прав і законних інтересів заявників у сфері надання публічних послуг. Це досягається науково обґрунтованим удосконаленням адміністративних процедур оскарження рішень і дій органів і посадових осіб, що надають публічні послуги, а також установленням критеріїв адміністративної відповідальності посадових осіб органів державної влади за порушення порядку їх надання. Тоді як регулятивні норми встановлюють права і обов'язки суб'єктів права, охоронні – забезпечують захист правопорядку, передбачаючи наслідки невиконання регулятивних норм. Тим самим регулятивні правові норми, по суті, організують суспільні відносини, а охоронні – забезпечують їх охорону, «адже вже сама по собі загроза негативних наслідків, що виходить від них, є потужним профілактичним засобом захисту правопорядку».

Як відомо, можливість застосування заходів впливу у вигляді притягнення до адміністративної відповідальності є одним із найважливіших правових засобів, спрямованих на підвищення рівня дисципліни державних службовців. Водночас підстави для притягнення посадових осіб до такої відповідальності повинні бути максимально конкретизовані та не допускати їх неоднозначного тлумачення.

Кодекс України про адміністративні правопорушення у ст. 166-27 встановлює відповідальність за порушення порядку надання адміністративних послуг, а саме:

– безпідставне скорочення суб'єктом надання адміністративної послуги центром надання адміністративних послуг, встановленого законом часу прийому суб'єктів звернень;

– безпідставна відмова суб'єкта надання адміністративної послуги, адміністратора центру надання адміністративних послуг у прийнятті заяви на отримання адміністративної послуги та документів, що додаються до неї;

- відмова суб'єкта надання адміністративної послуги у наданні адміністративної послуги з підстав, не встановлених законом;
- неповідомлення або несвоєчасне повідомлення суб'єктом надання адміністративної послуги суб'єкта звернення про відмову в наданні адміністративної послуги;
- стягнення за надання адміністративної послуги будь-яких додаткових, ще не передбачених законом платежів або вимагання сплати будь-яких додаткових коштів;
- прийняття рішення, складання акта, видача розпорядження або іншого документа суб'єктом надання адміністративної послуги за результатами надання адміністративної послуги, що не відповідає нормам законодавства у сфері надання відповідної адміністративної послуги;
- порушення суб'єктом надання адміністративної послуги строку надання адміністративної послуги;
- неповідомлення або несвоєчасне повідомлення адміністратором центру надання адміністративних послуг про одержання результату надання адміністративної послуги або про письмову відмову в наданні адміністративної послуги;
- анулювання/скасування суб'єктом надання адміністративної послуги результатів надання адміністративної послуги з підстав, не встановлених законом;
- надання суб'єктом надання адміністративної послуги адміністративної послуги, необхідність одержання якої не встановлена законом;
- ненадання або несвоєчасне надання суб'єктом надання адміністративної послуги, підприємством, установою, організацією, які належать до сфери їх управління, на звернення адміністратора центру надання адміністративних послуг документів та інформації, пов'язаних із наданням адміністративної послуги;
- ненадання або несвоєчасне надання державним органом, підприємством, установою або організацією, що належать до сфери його управління, які володіють документами або інформацією, необхідними для надання адміністративної послуги, суб'єкту надання адміністративної послуги документів або інформації, необхідних для надання адміністративної послуги;

– вимагання суб'єктом надання адміністративної послуги для надання адміністративної послуги документа/відомостей, не передбачених законом або Кабінетом Міністрів України (у випадках, якщо (відповідно до закону) перелік документів для надання відповідної адміністративної послуги встановлюється Кабінетом Міністрів України);

– безпідставна відмова суб'єкта надання адміністративної послуги, центру надання адміністративних послуг у розгляді скарги на дії або бездіяльність посадової особи, вповноваженої відповідно до закону надавати адміністративні послуги, адміністратора центру надання адміністративних послуг, порушення встановлених законом строків розгляду таких скарг [17].

Порушення порядку надання публічної послуги, що призвело до її «ненадання», наприклад, може бути пов'язане з порушенням посадовими особами вимог порядку інформування заявника про надання публічної послуги; неправомірною відмовою в прийомі документів, необхідних для надання публічної послуги; неправомірним призупиненням або відмовою в наданні публічної послуги; несвоєчасним напрямком або ненаправленням міжвідомчих запитів в органи (організації), які беруть участь у наданні публічних послуг.

Подібна деталізація адміністративних процедур, а також уточнення об'єктивної сторони правопорушення в частині дій (бездіяльності) посадових осіб, пов'язаних із порушенням термінів виконання адміністративних процедур, є необхідною умовою вдосконалення законодавства про адміністративну відповідальність державних службовців за порушення порядку надання публічних послуг.

Ефективне охоронне регулювання у сфері публічно-правових відносин є важливою гарантією захисту прав громадян у їх взаємовідносинах з органами влади. Адже, на жаль, публічне адміністрування поки рясніє порушенням чинного законодавства, а його суб'єкти часто перевищують повноваження і ігнорують обов'язки, покладені на них, тому правова держава не є можливою без чітких і конкретних юридичних заходів відповідальності суб'єктів публічного адміністрування за порушення встановлених законом обов'язків.

Ще одним важливим напрямом підвищення ефективності діяльності з надання публічних послуг є вдосконалення системи досудового оскарження рішень і дій органів, що надають

державні послуги системи досудового оскарження рішень і дій органів, що надають публічні послуги.

Надання послуг є тим видом публічної діяльності, де неминуче зачіпаються права і свободи, а також захищаються законом інтереси фізичних і юридичних осіб. Цілком очевидно, що неминучими за своєю суттю є і можливі конфліктні ситуації, які можуть виникнути як з об'єктивних, так і суб'єктивних причин у процесі взаємодії заявників і посадових осіб органів влади. У бюрократичній системі громадяни (організації), захищаючи свої інтереси, не були наділені статусом повноправної сторони, яка вимагає об'єктивного розгляду спору. При цьому розгляд скарги здійснювався фактично на розсуд того органу або особи, на розгляд якого вона надійшла. У нових відносинах громадянина з органами публічної влади громадянами захищають свої інтереси та розглядаються як клієнти, захист прав яких забезпечується створенням додаткової системи гарантій.

Удосконалення, належне нормативне закріплення і застосування процедур урегулювання спірних ситуацій стало необхідним фактором створення механізму первинного внутрішнього адміністративного контролю якості надаваних публічних послуг, підвищення ефективності діяльності публічної влади і поліпшення зворотного зв'язку із суб'єктом звернення. Очевидно, судовий розгляд суперечок не може і не повинен залишатися єдиним ефективним способом розгляду спорів. У низці випадків, наприклад, коли йдеться про усунення технічних помилок або очевидно помилкових рішень, а спір про право відсутній, судова процедура є зайвою.

Зважаючи на це, цілком закономірно, що в умовах проведеної адміністративної реформи завдання розширення способів вирішення спорів в адміністративному порядку, альтернативно до судового розгляду і які передбачають застосування простих і зручних процедур, стало одним із пріоритетних. Це призвело як до створення додаткових гарантій реалізації заявниками права на адміністративне оскарження дій і рішень суб'єктів публічного адміністрування, так і до включення критеріїв ефективності досудового розгляду спорів у систему оцінки діяльності органів влади, включаючи:

а) установлення відповідальності посадових осіб за порушення встановленого порядку розгляду скарг;

б) удосконалення діяльності органів влади з метою усунення можливостей порушень законних інтересів громадян і їх організацій.

До аналізу адміністративних процедур досудового оскарження рішень і дій органів, що надають публічні послуги, необхідно підходити з урахуванням двох факторів:

по-перше, потрібно констатувати той факт, що система досудового оскарження в процедурах надання публічних послуг перебуває на стадії її формування, тому постійно змінюється і вдосконалюється її нормативне регулювання;

по-друге, потрібно визнати, що для її оперативного формування відсутня будь-яка фундаментальна основа через нерозвиненість механізмів адміністративного оскарження в правовому просторі як таких.

Досі не створено цілісної система систематизованих правових норм, яка встановлювала б міцну матеріальну і процесуальну основу для розвитку і формування сучасного і ефективного режиму досудового оскарження. Розрізнені норми, пов'язані з регулюванням механізму оскарження дій і рішень органів влади, встановлюються в різних законодавчих актах різної юридичної сили, що не сприяє вдосконаленню правового регулювання в цій сфері.

Водночас нерозвиненість інституту досудового оскарження в адміністративних процедурах викликає низку проблем, серед яких:

– відсутність зацікавленості органів влади і посадових осіб у розгляді скарг і виявленні фактів порушень прав заявників під час реалізації закріплених за ними повноважень;

– платність судового способу врегулювання спору, необхідність несення пов'язаних із цим додаткових витрат;

– невіра заявників в ефективність вирішення спору в адміністративному порядку;

– переваженість судів під час розгляду спорів, що впливають із адміністративних правовідносин.

Із введенням поняття «сервісної держави» і «публічної послуги» питання про розвиток системи досудового оскарження набуло особливої значущості, зважаючи на необхідність повного перегляду системи взаємовідносин громадян і влади. З огляду на це, особливої значущості набувають і запропонований ученими перегляд і заміна самого терміна «скарга», який у світлі концепції

адміністративної реформи є особливо невдалим, оскільки підкреслює роль громадянина як прохача, а не рівноправної сторони спору. Так, доктором юридичних наук, професором А.Б. Зеленцовим для позначення засобу адміністративного оскарження замість поняття скарги пропонується (з урахуванням зарубіжного досвіду) використовувати поняття адміністративного звернення, або адміністративної апеляції [18, с. 582].

Порядок досудового оскарження регулюється в різних країнах також неоднаково. Використання цих механізмів у міжнародній практиці розвивається за двома напрямками:

1) класичним (традиційним) порядком адміністративного оскарження;

2) як застосування альтернативних, квазісудових способів вирішення адміністративних конфліктів.

Під альтернативним вирішенням адміністративних суперечок у науці розуміється сукупність прийомів, способів, процедур поза системою адміністративної юрисдикції для врегулювання спору шляхом досягнення взаємоприйнятної угоди між сторонами на основі принципу справедливості і без безпосереднього застосування заходів державного примусу.

У країнах континентальної системи існує система адміністративної юстиції, за якою є можливість досудового врегулювання спору, найчастіше шляхом звернення до вищого органу або безпосередньо в адміністративний орган, який прийняв рішення. Ця процедура визначається терміном «внутрішній перегляд» і найбільш розвинена вона у Франції, Нідерландах, Німеччині.

У країнах англосаксонської системи права механізми досудового оскарження розвиваються шляхом створення спеціальних адміністративних інстанцій (комісій), які наділені повноваженнями з розгляду питань правомірності й обґрунтованості прийняття рішень органами влади (їх посадовими особами) і винесення відповідних рішень. Крім того, досить поширеними способами розгляду спорів тут є такі квазісудові форми, як посередництво і арбітраж [18, с. 582].

Таким чином, адміністративний порядок вирішення конфліктів є позасудовою процедурою вирішення конфлікту між сторонами спору вищою інстанцією або подібною до спеціально уповноваженого органу, прийнявши відповідне рішення, що має

юридично значущий характер і є обов'язковим для виконання, яке може бути переглянуте в судовому порядку.

Згідно з додатком до Рекомендації № R (2001) 9 Комітету міністрів Ради Європи 5 вересня 2001 року про альтернативні судовим розглядам вирішення спорів між адміністративними органами влади та приватними особами в європейській країнах застосовуються 5 способів альтернативного вирішення спорів: внутрішні перегляди, примирення, посередництво, врегулювання шляхом переговорів і арбітраж [19].

Внутрішні перегляди є ієрархічною системою адміністративного оскарження, за якого розгляд і вирішення спорів здійснюється органом, який прийняв рішення, утвореною ним комісією або вищим щодо відомчої підпорядкованості органом.

Примирення є позасудовою процедурою, метою якої є розгляд можливості досягнення компромісного рішення учасниками спору за допомогою третьої сторони. У результаті застосування цієї процедури заявник може відкликати подану скаргу або орган, який прийняв рішення, може його скасувати.

Посередництво – це процедура, що передбачає залучення незалежного експерта, який висловлює свою думку по суті спору у формі рекомендації, що не носить обов'язкового характеру.

Урегулювання шляхом переговорів передбачає укладання певного договору (угоди) про припинення спору і вироблення взаємоприйняттого для сторін рішення, зокрема в результаті застосування будь-якої з процедур оскарження.

Арбітраж – це процедура, за якої з метою врегулювання конфлікту визначається компетентна особа, вповноважена прийняти рішення по суті спору, обов'язкове для виконання сторонами.

Високий ступінь поширення в країнах Європи альтернативних способів вирішення адміністративних спорів пояснюється встановленням вимоги обов'язкового досудового вирішення спору (принцип адміністративної преюдиції), без дотримання якого заявник позбавлений права на розгляд цієї справи судом. Застосування такого підходу, з одного боку, дозволяє оперативно вирішити конфлікт за наявності такої можливості, з іншого – зменшити завантаженість судів і уникнути судових витрат сторін. Водночас право на судовий захист було і є невід'ємним правом кожної людини і громадянина, а суд – вищою інстанцією для винесення рішення щодо спору.

Безумовними перевагами альтернативних способів оскарження є:

- мінімальні часові та фінансові витрати для заявника;
- зручність і простота процедури;
- можливість вирішення спору за участю незалежної третьої сторони
- можливість вибору тієї процедури, яка найбільш прийнятна для заявника.

Нормативно-правове регулювання інституту адміністративного оскарження є недосконалим, оскільки в Україні досі немає закону, який би врегулював порядок здійснення адміністративних процедур, зокрема й процедури адміністративного оскарження.

За останні двадцять років в Україні було вже п'ять спроб ухвалити закон, який би встановлював порядок здійснення адміністративних процедур. Кабінет Міністрів України під головуванням представників різних політичних сил вносив на розгляд парламенту законопроекти аналогічного змісту № 8413 від 29.12.2001 р.; № 5462 від 29.04.2004 р. (відкликаний 08.02.2005 р.), № 2789 від 18.07.2008 р. (відкликаний 11.03.2010 р.) [20], №11472 від 03.12.2012 р. (відкликаний 12.12.2012 р.) [21]; № 9456 від 28.12.2018 р. (відкликаний 29.08.2019 р.) [22]. Проте після розгляду проектів комітетами проекти були зняті з розгляду.

Зважаючи на відсутність єдиного нормативно-правового акта, який би встановлював загальні засади здійснення адміністративних процедур, регулювання адміністративного оскарження є досить розпорошеним.

Право на адміністративне оскарження закріплене в Конституції України, а саме: стаття 40 Конституції України встановлює право направляти індивідуальні чи колективні письмові звернення або особисто звертатися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів, що зобов'язані розглянути звернення і дати обґрунтовану відповідь у встановлений законом строк. Частина 4 статті 55 Конституції України фіксує, що кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань [23].

Подальше правове регулювання адміністративного оскарження містить Закон України «Про звернення громадян», а саме:

1) встановлено, що громадяни України мають право звернутися зі скаргами до органів державної влади, місцевого самоврядування, об'єднань громадян, підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, засобів масової інформації, посадових осіб відповідно до їх функціональних обов'язків;

2) скарга визначається як звернення з вимогою про оновлення прав і захист законних інтересів громадян, порушених діями (бездіяльністю), рішеннями державних органів, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, об'єднань громадян, посадових осіб;

3) окреслюються рішення, дії та бездіяльність у сфері управлінської діяльності, які можуть бути оскаржені;

4) встановлюється термін подання скарги;

5) визначається порядок розгляду скарг громадян;

6) окреслюються права громадянина при розгляді заяви чи скарги та обов'язки органів державної влади, місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, об'єднань громадян, засобів масової інформації, їх керівників та інших посадових осіб щодо розгляду скарг [24].

Отже, адміністративне оскарження є видом адміністративної процедури, спрямованої на захист прав, свобод та законних інтересів фізичних і юридичних осіб від свавілля органів публічної адміністрації.

Відсутність єдиних законодавчих стандартів щодо здійснення процедури надання адміністративних послуг негативно впливає на можливість реалізації конституційних прав громадян. Так, усі послуги, які ми зараховуємо до публічних (соціальні, адміністративні, державні, муніципальні), надаються відповідно до різних нормативно-правових актів. Крім того, недостатньою є гарантія захисту прав та свобод громадян у відносинах з органами публічної влади щодо позасудового захисту їх прав та свобод. І знову проблема полягає в тому, що відсутній єдиний нормативно-правовий акт, який би регулював ці відносини. Тому надзвичайно важливо для законодавця аналізувати кількість та

зміст скарг, які надаються щодо якості адміністративних послуг та враховувати їх під час створення таких джерел законодавства.

3. Публічні послуги в іноземних державах та «сервісна держава» як передумова забезпечення надання якісних публічних послуг

Міжнародний досвід регламентації надання публічних послуг показує, що правове регулювання послуг стало об'єктом особливої уваги держав-членів Ради Європи. Низка держав, включаючи Португалію, Бельгію, Францію, Фінляндію, взяли хартії про надання публічних послуг. У Великобританії розвиток теорії публічних послуг пов'язане з періодом реалізації «нового менеджризму» в реформуванні державного управління при М. Тетчер.

Загалом, у країнах Європи надання публічних послуг є однією з найважливіших функцій публічної влади, причому «категорія послуг у систему державного управління зарубіжних країн потрапила з бізнесу, де вона є предметом прагматичного інституційного впорядкування» [25]. Іншою важливою особливістю становлення категорії «публічна послуга» в зарубіжних країнах виступили процеси переходу суспільства в постіндустріальний етап розвитку. Безсумнівно, заслуговують на увагу численні апеляції науковців до періоду початку постіндустріального суспільства, коли сфера публічних послуг отримала значний поштовх, що найбільш яскраво виявилось в країнах Західної Європи, які відновлювали зруйновану після двох світових воєн економіку. Ці процеси супроводжувалися становленням «держави добробуту», що передбачало спрямування вектора публічної влади на забезпечення соціальних стандартів, причому чим далі, тим стандарти ставали все вищими й аж дотепер, коли європейські практики надання публічних послуг є мало не для всього світу прикладом для наслідування. І якщо вітчизняна практика зводиться до розробки адекватного теоретичного підґрунтя з метою подальшого його втілення в практику надання публічних послуг, понятійний апарат системи надання публічних послуг європейських країн ґрунтуються на практичних здобутках. Категоріальною основою є визначення поняття «публічна послуга» (public service) як «послуга, що надається урядом людям, які проживають під його юрисдикцією (як безпосередньо (публічним сектором), так і шляхом фінансування послуг)» [26]. Варто зауважити при цьому, що в центрі уваги перебуває суб'єкт надання послуги – уряд, хоча

тут маються на увазі виконавчо-розпорядчі органи державної влади та місцевого самоврядування. Залишаючи поза увагою додаткові аспекти категорії, йдеться про фінансування послуг, при цьому зрозуміло, що воно йде від органу публічної влади й окремо зауважується про те, що інституція може безпосередньо надавати таку послугу, інша можливість полягає у фінансуванні, тобто переданні повноважень щодо надання послуги [27].

Для розкриття змісту цієї категорії та виокремлення властивих їй ознак є важливим вивчення досвіду тих зарубіжних країн, де концепція сервісного держави вже пройшла певний період її апробації та нормативно-правової регламентації, а в науках конституційного та адміністративного права є теоретичні розробки, пов'язані з вивченням інституту публічних послуг.

Якщо звернутися до проведеного аналізу опису державного (публічного) управління (адміністрування) в Європі, то слід зупинитися на такому. У німецькому адміністративному праві виокремлюють кілька критеріїв для характеристики поняття «державне управління з надання публічних (державних) послуг».

1. Залежно від цілей і завдань виокремлюють:

– управління, спрямоване на забезпечення нормальної життєдіяльності суспільства і збереження правопорядку (створення гарантій безпеки життя і здоров'я громадян, реалізації їх прав і свобод, захисту державних кордонів, екологічної та продовольчої безпеки тощо);

– управління, спрямоване на забезпечення певного рівня соціального захисту громадян, надання їм публічно значущих благ та послуг (охорона здоров'я, освіта, соціальна підтримка і соціальної обслуговування, допомога сім'ї і дітям тощо).

2. Залежно від способів державно-управлінського впливу на громадян розмежовують:

діяльність засновану на владному, зобов'язальному характері управлінського впливу, коли суб'єкту впливу не дається свобода вибору можливого варіанта поведінки;

позитивне адміністрування (надання послуг), пов'язане зі свободою реалізації певного комплексу прав і свобод, наданих приватній особі.

У першому випадку управління виступає як належна міра поведінки, вимога, недотримання якого тягне для суб'єкта несприятливі правові наслідки, аж до застосування примусових заходів. У другому випадку суб'єкт не можна примусити до

взаємодії з державними органами та діє відповідно до своїх інтересів із метою отримання гарантованих державою благ, отримання допомоги у важкій життєвій ситуації.

Більшість учених згодні з тим, що частково ці поняття збігаються. Водночас ці поняття слід розрізняти, оскільки в одному випадку управління має на меті створення умов для сприятливого життя, а надає послуги позитивне адміністрування.

Загалом, як зазначає Л.А. Міцкевич, у зарубіжній доктрині публічних (державних послуг) виокремлюють такі підходи до їх визначення:

по-перше, в найбільш широкому сенсі – як діяльність усіх державних органів, що реалізують законодавчу, виконавчу і судову владу в інтересах громадян і суспільства відповідно до основного закону держави. Тут критерієм є сама першопричина, мета створення держави як способу організації спільного життя, при цьому «сервісна держава» розглядається як постачальник публічних послуг;

по-друге, як сфера діяльності державно-владних органів та створених ними організацій, що забезпечують надання громадянам і організаціям послуг масового характеру. У такому разі краще говорити про надання послуг у публічній сфері, які можуть надаватися як у публічно-правовій формі, так і в приватно-правовій. У цьому разі характер взаємодії органів влади та приватних осіб і факт наявності або відсутності такої взаємодії значення не має і як послуга розглядається, наприклад, діяльність щодо оборони країни, забезпечення внутрішньої безпеки, організації транспортного сполучення, безпеки дорожнього руху, ліцензування медичної діяльності, надання соціальних послуг тощо;

по-третє, виокремлюють позитивне публічне адміністрування (те, що надає послуги), яке протиставляється владно-організувальному управлінню за методом впливу і характеризується особистою зацікавленістю суб'єкта в зверненні до органу влади із запитом на отримання будь-яких соціальних благ;

по-четверте, категорію публічної послуги трактують виходячи з критерію суб'єкта її надання, обмежуючи колом публічних органів (міністерствами та центральними органами виконавчої влади, місцевими державними адміністраціями, органами місцевого самоврядування, державними та комунальними установами, підприємствами та організаціями);

по-п'яте, публічні послуги розуміються як діяльність органів виконавчої влади та місцевого самоврядування, пов'язана з безпосередньою взаємодією службовців із заявниками під час їх звернення до органу влади з метою реалізації будь-яких прав або виконання обов'язків. У цьому разі послуга розглядається як регламентована адміністративна процедура, порядок здійснення якої нормативно врегульовано і закріплений у відповідному правовому акті [16].

Таким чином, у зарубіжній доктрині категорія адміністративної послуги трактується різнопланово. Різничитання виникають, зокрема, внаслідок того, що запозичене вітчизняною наукою поняття «public service» може бути витлумачено по-різному. Прикметник «публічний» має багато значень. Воно означає і «громадський», і «всенародний», «відкритий для публіки», «голосний». Як наслідок, під час перекладу зазначена категорія може бути витлумачена в різних аспектах: як «публічні», «державні» або «соціальні» послуги. Ототожнювати ці поняття, як і повністю протиставляти їх, було б неправильним, оскільки вони взаємопов'язані між собою як загальне і часткове [6, с. 17].

Упроваджений у процесі реформ принцип «сервісної держави» пов'язаний зі зміною основи адміністративно-управлінської взаємодії громадян і державних органів, за якого громадянин розглядається не як підлеглий суб'єкта, а в статусі клієнта, одержувача публічної послуги. Особливо очевидною є наявність таких відносин у разі, коли вчинення адміністративних дій передбачає внесення суб'єктом певної плати за вчинення юридично значущих дій до бюджету відповідного рівня бюджетної системи (адміністративного збору). Психологічно й економічно тут виникає ілюзія платності, яка характерна для надання послуг у цивільному обороті. Виходячи з цієї концепції, виконання всіляких реєстраційних дій, здійснення дозвільної діяльності, видача паспорта чи надання додаткових прав і навіть розгляд судами суперечок між громадянами і юридичними особами, які передбачають сплату судового збору, в теорії «сервісної держави» є послугами, що надаються органами влади приватним суб'єктам (фізичним і юридичним особам).

Подібний підхід має низку істотних переваг, оскільки передбачає визнання того, що основною метою існування держави є створення умов, що забезпечують максимально комфортно і гідно існування суспільства і людини в ньому як

вищої цінності, пріоритету прав і свобод громадян, тобто реальне втілення в життя принципу верховенства права.

Основний зміст і соціальне значення сервісної держави пов'язані з процесом надання публічних послуг. Сервісна ідея розвитку публічного управління ґрунтується на класичній економічній схемі «виробник послуг – споживач», де стійкість і легітимність публічних інститутів пов'язані з ефективністю виявлення, моделювання й реалізації індивідуальних і групових інтересів і потреб [29, с. 744–748.]. Ураховуючи це, вдосконалення інформаційно-комунікаційних процесів, орієнтованих на поліпшення якості надання публічних послуг населенню, є основним функціональним змістом діяльності електронного уряду. Формування електронного уряду передбачає розвиток сфери державних публічних послуг, комунікативних технологій їх контролю та планування, цільову специфікацію інформації відповідно до запитів споживачів, а також розвиток різних призначених для користувача інформаційних сервісів середовища Інтернет [28].

Державному апарату в демократичній політичній системі доводиться під тиском суспільства бути публічною організацією, відкритою до діалогу з населенням. Така вимушена публічна поведінка в умовах демократії призводить до підвищення ролі інформаційного забезпечення публічного адміністрування, що забезпечує зворотний зв'язок органів влади із суспільством.

Україна активно впроваджує у життя ідею «державна у смартфоні». Зокрема, з цією метою у вересні 2019 року створено Міністерство цифрової трансформації [29]. Одним з основних здобутків Кабінету Міністрів України та Міністерства цифрової трансформації є створення застосунку «Дія» (Держава і Я), що надає низку адміністративних послуг онлайн [30].

Саме встановлення і підтримання такого зв'язку є одним з найважливіших напрямів роботи всієї системи публічного адміністрування в демократичній державі, яка реалізує вимоги щодо прозорості та публічності їх діяльності. Проте інформаційне суспільство є зовсім іншим видом демократії, ніж її традиційний механізм.

Відповідно, це і інший рівень інформаційного забезпечення прийняття рішень у системі державної влади.

Упровадження електронного урядування пов'язано зі структурними змінами в системі публічного адміністрування, а

саме з перетворенням обсягу, характеру та спрямованості функцій органів виконавчої влади, а також упровадженням електронних адміністративних регламентів діяльності.

На шляху до якісного та результативного застосування електронного урядування в Україні було поставлено та частково вирішено низку завдань:

а) створення кадрового забезпечення системи управління «електронним урядом», яке відповідає сучасним стандартам публічного адміністрування;

б) забезпечення доступу до прозорості, відкритої та доступної системи механізмів державно-приватного партнерства, відповідно до якої здійснюється регулювання відносин між органами публічної влади, юридичними або фізичними особами, їх об'єднаннями;

в) здійснення популяризації доступності державних послуг;

г) моніторинг законодавства та правозастосування під час використання інформаційного потенціалу в публічному адмініструванні;

д) застосування системного підходу в процесі впровадження електронного урядування.

Суспільству потрібен чіткий, простий, ясний і доступний для громадян порядок, що надає високий ступінь прозорості, стабільності та гарантованості всіх життєвих процесів, а також оптимальний обсяг нормативно-правових актів за рахунок збільшення спільності правових приписів, оптимального механізму державного управління з метою усунення дублювання функцій органів публічної влади і точного встановлення обсягу їх компетенції. Електронний уряд закладає ідею комплексного перетворення принципів організації адміністрування державою, хоча формування електронного уряду часто зводиться лише до рівня впровадження інформаційних технологій [31, с. 66-68].

З огляду на це, у звіті ООН «Електронний уряд на роздоріжжі» підкреслено, що впровадження «електронного уряду» аж ніяк не означає, що нові інформаційні технології в подальшому замінять державних службовців [32].

Його сенс полягає в тому, що вся діяльність органів публічного адміністрування повинна спиратися на сильну, ефективну і безпечну електронну систему як у внутрішній діяльності, так і під час взаємодії з громадянами. Це потрібно для того, щоб бази даних органів виконавчої влади різного рівня

були сумісні і мали можливість обмінюватися інформацією, а для зручності громадян діє сервіс, за якого вони, не залишаючи місця свого перебування, оформляють необхідні документи.

Сервісну модель модернізації публічного управління, тобто модель модернізації відносин між органами публічної влади та громадянами, побудовано на низці ключових принципів, серед яких слід указати такі [33, с. 191–193]: принцип клієнтських відносин між громадянами і органами влади, принцип конкурентності публічних послуг, принцип незалежного оцінювання якості публічних послуг, принцип оптимізації технологічного ланцюжка надання публічних послуг тощо.

Дослідження «E-Government Survey 2020» показує стійку глобальну тенденцію до підвищення рівня розвитку електронного урядування. Дослідження поділяє держави на 4 групи: із низьким, середнім, високим та дуже високим рівнями розвитку електронного уряду. Україна належить до групи країн із високим рівнем розвитку, її результати найбільш наближені до показників Вірменії та Азербайджану [34].

Упровадження здобутків іноземних держав в інститут публічних послуг дозволяє нейтралізувати або значно знизити традиційні негативні чинники, як-от корупція, бюрократизм і політико-правова апатія суспільства.

Політика української держави орієнтована на активне впровадження цифрових потужностей у життя народу. Незважаючи на відсутність цифрової інфраструктури, стійких платформ електронного уряду, обмежені ресурси для реалізації та фактичне перебування країни у стані війни. Прямуючи шляхом електронної демократії, потрібно керуватися довгостроковими та багатоаспектними завданнями, які необхідно поетапно вирішувати та досягати бажаних цілей. Про дійсну електронну демократію та якісне електронне урядування можна говорити лише після їх випробування часом та можливість подолання або пом'якшення за їх допомогою кризових ситуацій. Цифрова трансформація є важливою частиною сталого розвитку України.

Висновки

Розкриваючи правову природу публічної послуги, пропонується визначати її як добровільне через закон взаємодії фізичної особи або юридичної особи (суб'єкта звернення) з

органом державної влади або його посадовою особою, здійснюване на підставі запиту заявника та з метою реалізації суб'єктивних прав заявника.

Публічна послуга – це діяльність суб'єктів публічної влади щодо забезпечення прав громадян у соціальній, політичній, економічній та адміністративній сферах, що виникає на підставі звернення особи та має своїм результатом правове рішення або дію суб'єкта публічної влади. Публічна послуга може надаватися як органами державної влади, так і органами місцевого самоврядування відповідно до законів України.

Ефективне охоронне регулювання у сфері публічно-правових відносин є важливою гарантією захисту прав громадян у їх взаємовідносинах з органами влади. Адже, на жаль, публічне адміністрування поки рясніє порушенням чинного законодавства, а його суб'єкти часто перевищують повноваження і ігнорують обов'язки, покладені на них. Тому правова держава не є можливою без чітких і конкретних юридичних заходів відповідальності суб'єктів публічного адміністрування за порушення встановлених законом обов'язків.

Із введенням поняття сервісної держави і публічної послуги питання про розвиток системи досудового оскарження набуло особливої значущості, з огляду на необхідність повного перегляду системи взаємовідносин громадян і влади. Адміністративне оскарження є видом адміністративної процедури, що спрямована на захист прав, свобод та законних інтересів фізичних і юридичних осіб від свавілля органів публічної адміністрації.

Відсутність єдиних законодавчих стандартів щодо здійснення процедури надання адміністративних послуг негативно впливає на можливість реалізації конституційних прав громадян. Так, усі послуги, які ми зараховуємо до публічних (соціальні, адміністративні, державні, муніципальні), надаються відповідно до різних нормативно-правових актів. Крім того, недостатньою є гарантія захисту прав та свобод громадян у відносинах з органами публічної влади щодо позасудового захисту їх прав та свобод. І знову проблема полягає в тому, що відсутній єдиний нормативно-правовий акт, який би регулював ці відносини. Тому надзвичайно важливо для законодавця аналізувати кількість та зміст скарг, які надаються щодо якості адміністративних послуг та враховувати їх під час створення таких джерел законодавства.

У зарубіжній доктрині категорія адміністративної послуги трактується дуже різнопланово. Упровадження здобутків іноземних держав в інститут публічних послуг дозволяє нейтралізувати або значно знизити традиційні негативні чинники, як-от корупція, бюрократизм і політико-правова апатія суспільства.

Політика української держави орієнтована на активне впровадження цифрових потужностей у життя народу. Незважаючи на відсутність цифрової інфраструктури, стійких платформ електронного уряду, обмежені ресурси для реалізації та фактичне перебування країни у стані війни. Прямуючи шляхом електронної демократії, потрібно керуватися довгостроковими та багатоаспектними завданнями, які необхідно поетапно вирішувати та досягати бажаних цілей. Про дійсну електронну демократію та якісне електронне урядування можна говорити лише після їх випробування часом та можливість подолання або пом'якшення за їх допомогою кризових ситуацій. Цифрова трансформація є важливою частиною сталого розвитку України.

Список використаних джерел:

1. Сороко В.М. Надання публічних послуг органами державної влади та оцінка їх якості. Київ : НАДУ, 2008. 104 с.
2. Про адміністративні послуги : Закон України від 6 вересня 2012 року № 5203-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5203-17#Text> (дата звернення 30.04.2021).
3. Про соціальні послуги : Закон України від 17 січня 2019 року № 2671-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2671-19#Text> (дата звернення 30.04.2021).
4. Розпорядження Кабінету Міністрів України Про схвалення Концепції розвитку системи електронних послуг в Україні : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 16 листопада 2016 р. № 918-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/918-2016-%D1%80#Text> (дата звернення 30.04.2021).
5. Про схвалення Концепції розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 15 лютого 2006 р. № 90-р. URL: <https://www.kmu.gov.ua/npas/29277890> (дата звернення 30.04.2021).

6. Серьогіна Т.В. Категорія публічна послуга як об'єкт наукового дослідження. *Аспекти публічного правління* Том 6. № 4. 2018. С. 14–19.

7. Енциклопедичний словник з державного управління / за ред. Ю.В. Ковбасюка, В.П. Трощинського, Ю.П. Сурміна. Київ : НАДУ, 2010. 820 с.

8. Про захист прав споживачів : Закон України від 12 травня 1991 року № 1023-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1023-12#Text> (дата звернення 30.04.2021).

9. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 року № 435-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15?find=1&text=%D0%BF%D0%BE%D1%81%D0%BB%D1%83%D0%B3%D0%B0#w1_37 (дата звернення 30.04.2021).

10. Про публічні закупівлі : Закон України від 25 грудня 2015 року № 922-VIII URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19#Text> (дата звернення 30.04.2021).

11. Данилюк Т.І. Сутність поняття «послуга» : теоретичні аспекти. URL : <http://www.economy.nayka.com.ua/?op=1&z=3247> (дата звернення 30.04.2021).

12. Центр політико-правових реформ. URL : pravo.org.ua (дата звернення 30.04.2021).

13. Тихомиров Ю.А. Теории компетенции. Москва : Вид.: Тихомирова Ю.А, 2001. 355с.

14. Абраменко Ю.Ю. Публічні послуги та їх роль у забезпеченні якості управління URL : [http://www.dridu.dp.ua/zbirnik/2011-02\(6\)/11auzyu.pdf](http://www.dridu.dp.ua/zbirnik/2011-02(6)/11auzyu.pdf) (дата звернення 30.04.2021).

15. Тимошук В.П. Адміністративна процедура та адміністративні послуги. Зарубіжний досвід та пропозиції для України. Київ : Факт, 2003. 496с.

16. Мицкевич Л.А. Предоставление публичных услуг как вид государственного управления. *Публичные услуги: правовое регулирование (российский и зарубежный опыт)*. Москва : Волтерс Клувер, 2007. С. 21–37.

17. Кодекс України про адміністративні правопорушення : Закон України від 7 грудня 1984 року № 8073-X. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text> (дата звернення 30.04.2021).

18. Зеленцов А.Б. Административно-правовой спор: вопросы теории : Монография. Москва : РУДН, 2009, 732 с.

19. Рекомендація Res (2001) 9 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо альтернатив судовому розгляду спорів між адміністративними органами й сторонами – приватними особами. URL : https://supreme.court.gov.ua/userfiles/Res_2001_9_2001_09_05.pdf. (дата звернення 30.04.2021).

20. Адміністративно-процедурний кодекс України : Проект Закону № 2789 від 18.07.2008. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=33073 (дата звернення 30.04.2021).

21. Адміністративно-процедурний кодекс України : Проект Закону № 11472 від 03.12.2012. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=44893 (дата звернення 30.04.2021).

22. Про адміністративну процедуру : проект Закону № 9456 від 28.12.2018 URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=65307 (дата звернення 30.04.2021).

23. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 р. 254к/96-ВР *Відомості Верховної Ради України*, 1996, № 30, ст. 141.

24. Про звернення громадян : Закон України від 02.10.1996 р. № 393/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996, № 47, ст. 256 (дата звернення 30.04.2021 .

25. Буренко Т.О. Формування системи надання адміністративних послуг органами державної влади в Україні : автореф. дис. ... к. держ. упр. : 25.00.01. Київ, 2011. 35 с.

26. Gregor Mc / Symposium: The public service as institution // Mc Gregor, B. Eugene, Jr. Campbell, A. Masy, W. John, H. Cleveland – Public Administration Review. 1982. 42 (4).

27. Коженко Я.В. Концепции «сильного» и «сервисного» государства в контексте модернизации государственного управления в России: общее и отличное. *Фундаментальные исследования*. 2012. № 3. С. 744–748.

28. Клімушин П.С., Спасібов Д.В. Концепція сервісно орієнтованої держави в контексті модернізації публічного управління. *Теорія та практика державного управління*. 2017. № 2 57). С. 1–8.

29. Положення про Міністерство цифрової трансформації України : Постанова Кабінету Міністрів України від 18 вересня 2019 р. № 856. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/856-2019-%D0%BF#Text> (дата звернення 30.04.2021).

30. Україна піднялася на 13 місце у рейтингу готовності до запровадження електронного уряду. *Everlegal*.

URL: <https://everlegal.ua/ukrayina-pidnyalasya-na-13-mists-u-reytingu-gotovnosti-do-zaprovadzhennya-elektronного-uryadu> (дата звернення 30.04.2021).

31. Гнатовська А.І., Марущак А.В. Концептуальні засади електронної демократії та електронного урядування в Україні. «Evropský politický a právní diskurz». 2021. V8. № 2. С. 63–68.

32. Обзоры ООН по электронному правительству. URL: <https://publicadministration.un.org/ru/Research/UN-e-Government-Surveys> (дата звернення 30.04.2021).

33. Туркова О.К. Сервісна спрямованість надання адміністративних послуг в Україні: процедурні аспекти. *Право і суспільство*. 2015. № 5/2, ч. 3. С. 189–194.

34. E-Government Survey 2020. Digital Government in the Decade of Action for Sustainable Development. URL: <https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2020-Survey> (дата звернення 30.04.2021).

4. Права людини новітніх поколінь в Україні та у зарубіжних країнах: традиції та новації.

DOI <https://doi.org/10.36059/978-966-397-235-0-6>

Guyvan P. D.,

Candidate of Juridical Sciences, Honored Lawyer of Ukraine,

Professor

Poltava Institute of Business,

Poltava

EUROPEAN PRINCIPLES OF FAIR AND TIMELY JUDICIARY: UKRAINIAN REALITIES

Summary. *The work is devoted to the study of topical issues of the organization of a fair trial. Emphasis is placed on the urgency of studying the issue of timeliness of national justice as one of the main principles of fair justice. At the same time, it is extremely important to properly and adequately use the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, in particular its Art. 6, and make appropriate references to the case law of the European Court of Human Rights. The author analyzes the legal concept of "reasonable time", which operates, both international and Ukrainian law. At the same time, fundamental differences between the national and conventional meaning of this term have been established. It has been established that a period that can be defined as reasonable cannot be the same for all cases and it would be unnatural to set one term in a specific numerical expression for all cases. This paper argues that the national judiciary is currently suffering the most from excessive and unjustified delays in court proceedings, putting the result beyond the time limit of reasonableness and thus nullifying the effectiveness of judicial protection in general. In particular, practical examples illustrate the issue of untimely court proceedings, as well as improper compliance with the principle of non-cancellation of final verdicts by national courts. The author emphasizes that as a result of such neglect of democratic principles in the field of Ukrainian judiciary, there is often an arbitrary and subjective interpretation of European case law, which does not add legal certainty to public relations. The issue of normative introduction of liability for unjustified and unreasonable delay of consideration of the case is raised and defended in the work. Such liability should be introduced for all participants in the case, but especially for the judiciary.*

Introduction

The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms is the main document that introduces world values into national legal systems and promotes fair and just justice. It is noteworthy that the European Court of Human Rights, which is called upon to apply and interpret convention provisions, is guided in this matter by the principle of legal certainty as the main formative indicator of a fair trial. However, the Convention itself does not contain normative enshrinement of legal certainty in the form of clear and unambiguous prescriptions. In such circumstances, awareness of the content and real essence of the legal certainty of norms and court decisions is achieved through the judicial application of its elements in the decisions of the European Court of Human Rights. The practice of this body is called precedent, because in resolving cases it tends to generally follow the approaches used by it before, if it does not consider it necessary to change them. In particular, in the motivating part of the decision, the court, instead of reproducing the arguments expressed earlier, may refer to the arguments expressed in previous decisions. However, the Court has repeatedly emphasized that it is not bound by its own previous decisions, its enforcement has an evolutionary component, and the ECtHR changes its legal position from time to time [1, p. 50]. This body, developing case law, provides certain clarifications of the definitions and rules of use in the conduct of legal proceedings of certain provisions of the Convention.

National legislation seeks to incorporate these principles into the Ukrainian legal system. Article 17 of the Law of Ukraine "On Enforcement of Judgments and Application of the Case Law of the European Court of Human Rights" indicates the need for courts to apply the Convention and the case law of the ECtHR as sources of law, and Article 18 of this Law defines the reference to the Convention and case law. As we can see, the law refers precisely to the "practice of the Court" in its general sense, ie not only decisions concerning Ukraine, but also others must be taken into account and properly analyzed in the administration of justice. The main thing is not the subjective composition of the parties to the dispute, but its content. In this case, the defining principle of a fair court is the ability to obtain fair justice, regardless of which social group a person belongs to, or other personal characteristics [2, p. 178]. The principles of equality and adversarial proceedings are part of the right to a fair trial guaranteed

by the Convention. It is their proper observance that the ECtHR quite often refers to when justifying its decisions.

The problem of meeting reasonable deadlines in court proceedings is relevant not only for our state, but also for many others. Violation of the temporal principles introduced in Art. 6 of the Convention by States parties accounts for about 40% of the total number of violations. The issue of efficiency and effectiveness of the right to a court in the context of the duration of its implementation on the basis of legal certainty in international and national law is the study of numerous domestic and foreign scholars who have studied the definiteness of law and court decisions. But this happened mainly in general terms, not enough attention is paid to the analysis of compliance with the requirements for fairness of the judiciary in the issuance of verdicts by the Ukrainian law enforcement agency in certain civil disputes. In particular, the timeliness of trials, the adherence to the principle of non-abrogation of final verdicts and the development of mechanisms for the timely enforcement of national courts have not been properly scientifically clarified. As a result, in the field of Ukrainian judiciary, there is often an arbitrary and subjective interpretation of European case law, which does not add legal certainty to public relations. At the same time, the issue of meeting reasonable deadlines for litigation, as practice shows, is very important. Currently, civil doctrine lacks an analysis of the effectiveness and efficiency of updated temporal legislation. There is no serious clarification of the timing of cases and enforcement of judgments that meet the criterion of reasonableness in specific cases. Carrying out such work will provide an opportunity to develop concepts on the effectiveness of timeliness of law. The study of legal approaches to the effectiveness of law enforcement of the European principle of timely judging as one of the main principles of a fair trial is the main goal of this scientific work.

1. General principles of a fair trial

In its Judgment of 30 January 2003, the Constitutional Court of Ukraine emphasized that justice is inherently recognized as such only if it meets the requirements of justice and ensures the effective restoration of rights [3]. The general features of a fair trial are set out in Article 6 of the main international human rights instrument, the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, which is also a source of Ukrainian national law. Among the

qualifications that the Convention provides for the concept of a fair trial, one of the main ones is the administration of justice within a reasonable procedural period. After all, according to the convention provisions, which are implemented in practice through the adoption of specific law enforcement decisions by the European Court of Human Rights, a fair and impartial judgment in compliance with the rules of openness and publicity will not be considered fair if unreasonable and unjustified procrastination in the process of consideration of the case. Therefore, non-compliance with the time parameters of litigation is a separate violation of a person's convention right to a fair trial, which is protected under Art. 6 of this international act.

Therefore, the legal concept of a reasonable time for consideration of the case needs to be defined. First of all, it should be noted that this definition should be interpreted as the shortest period of consideration and resolution of the case, sufficient to provide timely (without undue delay) judicial protection of violated rights, freedoms and interests of the person. In this case, this term cannot be identified with a set of periods for the commission of certain procedural acts by the court or the parties to the case, as is often interpreted in domestic civilization. The international legal understanding of this temporal dimension is much broader and covers not only certain periods of time to take certain actions within the case, but also sets time limits for the entire process, from the moment of initiation of proceedings to its full completion. It is important that the European legislation in this area considers as the term of termination of proceedings not only the decision of the final court decision but also its actual execution.

The specific limits of the reasonableness of the time limit for consideration of the case are not defined in the Convention. They are also absent in the case law of the European Court of Human Rights. In them, as a result of the consideration of a factual dispute, the Court determines only whether the duration of the proceedings was adequate to certain circumstances of the case, which affected the length of certain elements of the process. These are such qualifying circumstances as the complexity of the case, the number of participants, the material interest of the parties, the number of necessary procedural actions, etc. [4, p. 173]. Thus, the ECtHR's practice of interpreting a "reasonable time" clearly confirms that a period that can be defined as reasonable cannot be the same for all cases and it would be unnatural to set one term in a specific numerical

expression for all cases. Therefore, as some researchers rightly point out, the reasonableness of the duration of the proceedings should be assessed in the light of the circumstances of a particular case [5, p. 56].

Certain procedural issues concerning the consideration of the case, of course, must be resolved by a specific judicial body. Thus, only the court has the right to decide what procedural actions need to be taken to obtain evidence, what is the mechanism of interrogation of witnesses, whether it is necessary to appoint an expert examination, involve third parties in the case, and so on. The court in this regard shows its discretion within the limits set by law. But all these actions must take place within the time frame also established by law. Therefore, the responsibility for late performance of procedural actions rests with the court. In this regard, the position of the ECtHR is well-established and unambiguous: adjournment of the case, appointment and examination, participation of a judge in other cases and other necessary actions do not in themselves contradict current legislation, but can not lead to violation of the right to justice within a reasonable time. Article 13 of the Convention guarantees the existence of an effective remedy before the relevant national authority in breach of the requirement of Article 6 § 1 to deal with the case within a reasonable time [6, § 126].

As we can see, the Court, without clearly defining a reasonable procedural time-limit for litigation, can only introduce certain criteria for assessing such relevant factors in each case, which it does in practice. But the adaptation of such case law to real cases of justice is a matter for the national judiciary. This is an important factor, especially for the Ukrainian judiciary, because it is no secret that the national judiciary is currently suffering the most from excessive and unjustified delays in court proceedings, putting the result beyond the reasonableness of time and thus nullifying the effectiveness of judicial protection in general. The fact is that despite the instructions in Art. 210 Code of Civil Procedure of Ukraine on the cut-off period of court proceedings usually within one month after the start of the trial on the merits, first, this period, as indicated, can not be considered reasonable in the sense of convention, and, secondly, even such an imperative regarding the temporal dimensions of justice is openly neglected by almost all Ukrainian courts on the ground [7, p. 22].

This state of affairs is often facilitated by the improper qualification of our judges and their thinking by outdated paradigms in resolving disputes on the merits. Thus, allegedly concerned with the

need to evaluate the materials more comprehensively and objectively, the courts often unjustifiably indulge individual participants in the case in illegally delaying its consideration. As a result, it is quite common for individuals, having been duly notified of the time and place of a court hearing, not to appear without good reason. At the same time, repeated postponements of meetings for a significant period of time are an illegal act of a law enforcement body. Of particular note is the failure of Ukrainian courts to respond to procedural abuses of participants related to failure to provide responses to lawsuits and other evidence within the statutory period. The new Civil Procedure Code of Ukraine in this regard takes a very categorical position, which is fully consistent with the civilizational principles of fast and high-quality justice, set out in the Convention. Namely, the law states that evidence not submitted within the period prescribed by law or the court is not accepted for consideration by the court, unless the person submitting them has justified the impossibility of submitting them within the specified period for reasons beyond its control. But, unfortunately, the national judiciary is still in the grip of outdated beliefs, according to which the longer the evidence is collected, the more reasonable the court decision. We are convinced that this is a wrong approach not only by the progress of the current procedural legislation, but also by international law enforcement practice. But the consciousness of Ukrainian judges is changing very slowly. This is evidenced by numerous cases of attracting additional evidence to the case file without any justification for the seriousness of such an action, even at the stage of appellate or cassation review [8]. As a negative consequence of such violations, we have an illegal increase in the length of proceedings.

Also, very often the reasons for a significant delay in the trial are de facto violation of the deadlines for the opening of proceedings, appointment and conduct of proceedings, unjustified numerous adjournments, adjournments due to reasons that by law can not serve as a basis for this. For example, a significant violation of the established in Art. 187 of the CPC of the five-day period for initiating proceedings. The reason here is very simple and lies in the deliberate neglect of procedural details regarding the procedure for initiating proceedings. The fact is that in the new code for some reason the normative prescriptions concerning terms of sending of decisions on opening of proceedings have disappeared. Let's say in Art. 187 of the Code states that a judge must initiate proceedings no later than five days from the date of receipt of the

claim in the absence of grounds for leaving the application without motion, but nothing is said about the deadline for sending this decision to the parties. It would seem that nothing is important, because the current law states that the trial should begin no later than sixty days after the case is opened, so everything is supposed to be settled temporally, and no additional legal time regulator is needed to determine when to open a case. But only in theory, but the practice in Ukrainian courts is strikingly different.

In fact, in almost all courts there are numerous cases when the decision to open proceedings, dated within five days from the filing of the lawsuit with the appointment of the case to the first hearing, the parties receive six months, and in some cases much later. As a result of such fraud, the judge can be accused only of lack of control over the late direction of the decision. The very content of the decision in the temporal sense does not cause remarks, although all conscious participants in the process are well aware of the essence of such judicial abuse. Therefore, we have a significant number of cases when, for example, a minor labor dispute, which eventually required as much as one court session to resolve it in essence, was resolved in the first instance (ie the decision did not enter into force) [9] only after 2 years and 2 months.

Such a leisurely approach by the judges of this court to the resolution of a labor dispute has in fact led to a substantial violation of a person's right to a fair trial by hearing the case within a reasonable time, as the Convention states. After all, the delay in the process led to the de facto impossibility of resolving the case on the merits, that is, setting a fair decision. Judge for yourself. The employer at one time changed the working conditions of the employee by his order, reducing his powers and wages. Accordingly, the employee immediately appealed the order to the court. He motivated his demands by the fact that the employer did not acquaint him with this order not just for 2 months, as required by Art. 32 of the Labor Code of Ukraine (in case of change of working conditions, the employee must be notified in writing for at least 2 months), and in general the employee was not notified in writing of this order. At the same time, at the court hearing held on February 28, 2020, the owner did not deny the fact that the employee had not been notified of the order issued against him, noting that he could not make the notice due to the person's hospital stay. If the court had considered this dispute in time in January 2018, it would have recognized the fact of violation of labor

legislation in time. Then the employer, having paid the employee a certain amount of illegal reduction of earnings, could immediately correct his mistake by making a similar order within two months and notifying the employee. And the conflict would be over.

But after more than two years, the situation did not look so balanced. If the employer's actions are found to be illegal, he must already pay the employee more than a two-year pay gap, including compensation, possible non-pecuniary damage for the employee's long-term illegal dismissal, and carry out serious re-staffing for a significant period. And here in such situation the responsibility of the employer is absolutely other. Therefore, it is not surprising that in such circumstances, provided that the court grossly violated the temporal principles of justice, there was no need to talk at all about the fairness of the trial. It is well known that national courts not only disregard the convention requirements for the timeliness of proceedings, but also face serious problems of bias and selectivity in the merits of the case. Especially when the result is significant for the economically stronger side. This is evidenced by the numerous decisions of the European Court of Human Rights and the significant decline in the authority and prestige of the judiciary, which have so far reached the lowest level in history.

2. Observance of a reasonable term of proceedings is a guarantee of a fair verdict

The requirement of fair trial is aimed at a specific decision as a result of law enforcement activities. In this regard, the requirements concern both the content of the court's verdict (its clarity, consistency, validity, legality and motivation), and the stability and stability of the final court decision, designed to be a regulator of public relations. The ECtHR has repeatedly pointed out that contradictory decisions of national courts may be a separate and additional source of legal uncertainty and, consequently, a violation of the right to a fair trial established by Art. 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [10, p. 75]. In carrying out their application of the law, courts often have to carry out so-called judicial law-making, which is concerned with the interpretation of national law in accordance with European standards, that is, creative work, in particular on the specification of fundamental rights and freedoms. And it is this activity that is largely based on the doctrine of judicial precedent, the content of which is the obligation of the judiciary to enforce their previous

decisions (*stare decisis*). This means the need to adhere to the resolved and not to change the resolved issues [11, p. 316].

Meanwhile, certain categories of cases, given their increased social significance, need more attention from the national judiciary. For example, the European Court of Human Rights has made it clear that labor disputes, along with childcare and trauma cases, need special attention and should be dealt with without delay. When considering such cases, a special temporal integrity is required (the case of *Khurava v. Ukraine*) [12].

In practice, delays in bringing court decisions to the notice of parties are a significant factor in undue delay. Unscrupulous judges also use gaps in the current procedural legislation of Ukraine in this matter. In the latest version of the Code of Civil Procedure, unlike the previous one, there is no clear provision regarding the time during which the decision of the court of first instance, if it was not announced in full at the hearing, must be made. It is known that the vast majority of verdicts are announced by law enforcement agencies in the form of an incomplete text -

introductory and operative part. Meanwhile, it is the motivational and regulatory parts of the decision, which are usually formulated in addition, make it possible to identify both the essence of the judiciary's assessments in the case, and the court's errors and violations of current substantive and procedural law. Therefore, the full text of the court decision, which is the only legal basis for its appeal, is extremely important. Its absence simply makes it impossible to resolve the dispute at later stages of the process.

It would seem that such a minor nuance as uncertainty in the time of finalization of the court decision should not lead to significant delays in obtaining the final text of the court decision and delays in its appeal. But, in fact, such shortcomings of the current legislation have a significant negative temporal effect: today it becomes typical when the full text of a court decision is sent to a party many months later, and there are even cases when such a decision is not sent to the party. This significantly delays or even makes it impossible to initiate, prepare and conduct a review of cases.

According to Article 13 of the Convention, everyone whose rights and freedoms have been violated has the right to an effective remedy before a national authority. In this case, according to the convention provisions, such a right should be especially carefully provided to a person if the violation was committed by persons who exercised their

official powers, in particular by the judiciary. Unfortunately, we must state that in the field of non-compliance with the temporal dimensions of fair trial, the problem not only remains relevant, it is deepening. At the same time, the legislator does not respond to this problem: the lack of legal guarantees to protect the right of a person to a timely trial poses a great danger to the rule of law, when within national legal systems there are excessive delays in the administration of justice. national remedies for violated rights [13, p. 32].

Indeed, the violation of the right to a reasonable time in civil cases in Ukraine is chronic. This aspect has been repeatedly pointed out by international judicial institutions, which have stated similar offenses, proposing to the Ukrainian authorities to resolve this issue primarily in the regulatory framework. While the legislator does not respond to these warnings, the doctrinal proposals expressed by scientists deserve serious attention. In particular, it is necessary to support the proposal made in the literature on the introduction in the Civil Code of Ukraine of state liability for damage caused to a person as a result of violation of the right to a fair trial, including the terms of the process [14, p. 68].

But that is only part of the problem. As we have repeatedly pointed out in our works, the issue will never be resolved until an effective and efficient mechanism of strict liability for violation of a reasonable time for consideration of the dispute is introduced [15, p. 147–148]. Many European countries have already begun to develop mechanisms to protect the rights of individuals from excessive length of proceedings in national courts in order to harmonize domestic legislation with the requirements of the ECHR. Thus, in pursuance of the decision of the European Court of Human Rights in the case “Kudla v. Poland” in the Republic of Poland, the Law “On Violation of the Right of a Party to Hear a Case Without Unjustified Delay in Trial” was adopted. According to this law, a person has the right to file a complaint about the violation of his right to timely consideration of the case, if the proceedings in this case lasted longer than necessary to establish the legal and factual circumstances of the case necessary for consideration of the case. Italy also has the so-called Pinto Act, which provides for national remedies in the event of a breach of a reasonable length of trial.

Therefore, a very important element of the requirements of Art. 6 of the Convention requires that the case be heard within a reasonable time. Its improper application in Ukraine has been repeatedly recorded in the case law of the European Court. Thus, the Court found a violation of Article 6 § 1 of the Convention in cases which raise

temporal issues of unreasonableness of the terms of the proceedings in cases such as Pavlyulynets v. Ukraine (§ 53), Vashchenko v. Ukraine (§ 50), Pisatyuk v. Ukraine (paragraphs 24, 30–34) and Popilin v. Ukraine (paragraphs 24–31).

For example, in case Andrenko v. Ukraine [16] the applicant challenged her father's will in a local court in 2002. In November 2008 the court denied her claim as unfounded. After a lengthy appellate review of the dispute, the first-instance decision was overturned and the case remanded to the local court. There, in fact, the case was without any movement at the time of the ECtHR. In dealing with the excessive length of the proceedings, the Court stated that the eight-year and nine-month proceedings, which had not yet been completed, did not meet the criteria for reasonableness of the time-limit established in its established case-law. After all, according to it, the reasonableness of the duration of the proceedings should be determined taking into account the circumstances of the case and taking into account the following criteria: complexity of the case, behavior of the applicant and relevant authorities, and the degree of importance of the dispute for the applicant. In the circumstances of the present case, even though the applicant had twice supplemented her claim and the courts had been awaiting an expert opinion for a decision in the case, it could not be considered particularly difficult.

Although the applicant contributed somewhat to the increase in the length of the proceedings, her conduct alone could not justify a total duration of more than eight years and nine months. Therefore, the Court considers that in the present case there are no delays caused by the applicant's conduct which should not be included in the total length of the proceedings. The Court therefore concludes that the primary responsibility for the excessive length of the proceedings in this case lies with the public authorities. There has accordingly been a violation of Article 6 § 1 of the Convention in the present case. However, the Court's position on the assessments of various factors leading to delays in the process is also stable. Thus, as a rule, the Court does not accept the Government's assertion that the applicant contributed to the increase in the length of the impugned proceedings. The applicant may not be charged with making a complaint and using the means available to him under national law in order to protect his interests. The conduct of the parties does not release the respondent State from liability, as the organization of the proceedings must be

done in such a way that it is fast and efficient, is the task of national courts [17, paragraph 43].

3. Guarantee res judicata – inviolability of the final judgment

In this sense, when respecting the principles of justice that are consistent with the case law of the European Court, special attention should be paid to the issue of respect for final judgments, in the sense that the final judgment should not be questioned in the absence of substantial and irrefutable circumstances. can justify. Otherwise, the verdicts of the Ukrainian courts will be considered as violating the human right to a fair trial. Unfortunately, such cases, far from the principles of justice, are currently quite common. For example, the Commercial Court of Kyiv committed these violations in the case № 910/22191/13 [18]. In this case of bankruptcy of the Accord Credit Union, which began in 2013, no practical progress has been made until the end of 2019. But the steps taken by the improper debtor to freeze the process and get rid of the demands of annoying creditors indefinitely were taken by a surprisingly lenient court. Namely, in December 2014, an amicable settlement was approved in the bankruptcy process, according to which more than 40% of the debt was written off, and the rest was rescheduled for a significant period, which was the subject of a court ruling. In fact, at least until the end of this period, which is 2022, the debtor is relieved of the hassle of repaying his creditors, which he had to pay back in 2008. And after the delay, as is traditionally the case, he will declare his next failure, “throwing” the believers. Such schemes with the active and, we assume, not free assistance of Ukrainian commercial courts in our country do not surprise anyone.

Thus, in the order of amicable settlement in the bankruptcy process was, in particular, written off part of the debt of KU “Accord” to the creditor G. On this basis, the debtor together with the court concluded that the court decision approving the amicable settlement in bankruptcy is a novelty of the debt and replaces all debt relations between the debtor and his creditors. This approach can be considered fair, but only within the requirements that were stated by the participants in the bankruptcy process: their level with the conclusion of an amicable agreement has really changed. But this does not apply to Mr. G.’s claims. In 2009, he filed a lawsuit with the Accord Credit Union to recover the sums due to him, won the dispute, and the decision came into force. Moreover, the local court of general

jurisdiction, which ruled on the dispute in 2009, secured its execution by seizing the debtor's funds, and this measure is known to be in effect until the final execution of the judgment. In November 2009, enforcement proceedings were instituted by a civil court, which have not been enforced to date. Moreover, the problems with the implementation of this decision are in the plane of interference in the enforcement process by the Commercial Court of Kyiv. Apparently, having a very warm relationship with his long-time relative – the debtor, the court within the appeal of the actions of the executor in enforcement proceedings since 2009 for some reason persistently produces new rulings, which effectively overturns the final decision of a court of another jurisdiction. At the same time, the commercial court does not care at all that no procedural decision can review and revoke the verdict of the court, which has long become final. The fact that only a court that has made a specific decision (Article 448 of the CPC of Ukraine, Article 338 of the Code of Civil Procedure of Ukraine, Part 1 of Article 74 of the Law of Ukraine “On Enforcement” is also open to the Commercial Court proceedings”).

But the main problem of the commercial court is a misunderstanding of the concept of debt, and thus a violation of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the principle of *res judicata* – the invariability of the final decision. The fact is that the settlement agreement may be an innovation of the regulatory (secured by state coercion through a court decision) requirements that were presented to the debtor in the bankruptcy process. In fact, this is exactly what is written in the commented settlement agreement. However, in relation to our specific case, these regulatory requirements ceased to exist in 2009. Because at this time (long before the bankruptcy case was initiated) by a court decision in a civil dispute, this monetary obligation was granted the protection and legal status of a debt, which is subject to unconditional recovery in Ukraine on the basis of a final decision of a national court. This debt, established by the court, was not and in essence could not be recovered in the bankruptcy process, so it can not be reorganized during the settlement agreement and, moreover, canceled by the commercial court.

Meanwhile, in our country, both the general theoretical foundations of substantive law and international convention principles are often treated in a simplistic and even sloppy manner. Therefore, we have that the inviolable final court decision, which

came into force more than ten years ago, is currently not enforced, because it is called into question by the procedural decision of the commercial court!!! It should be noted that such a frankly illogical and illegitimate decision was supported by the Northern Commercial Court of Appeal. Therefore, “problems in the conservatory”, as the classic said, are systemic. And they will once again lead to the responsibility of the state of Ukraine for the violation of fair trial in terms of non-compliance with the principle of *res judicata*.

In fact, cases of arbitrary review of final decisions by Ukrainian national law enforcement agencies are duly assessed by the European Court of Human Rights. Thus, in the case of *Yushchenko and Others v. Ukraine* [19], the ECtHR found that virtually the same issue concerning the material relations between the parties was the subject of a civil action in a criminal case and a separate civil proceeding. The criminal case was considered earlier, and the decision on the civil aspect became final. But in civil proceedings, the verdict on the content of the same substantive legal relations, namely the issue of civil liability for possession of certain property, had a completely opposite form. The Court therefore emphasized that in the absence of any indication of any defects in the criminal proceedings, the Court concluded that the new resolution of the same issues nullified the previously concluded proceedings, which meant the *de facto* annulment of the earlier final decision, therefore, did not comply with the principle of legal certainty.

The application of the case law of the European Court in order to implement the effective protection of guaranteed rights and freedoms of citizens, as already mentioned, is authorized by law. Thus, non-application or misinterpretation of the Convention principles and practice of the European Court is a violation of national law. The role of European case law is that the ECtHR not only essentially decides the case, but also creates a legal judicial doctrine that allows the law to become a dynamic system that develops, through which human rights standards are formed [20, p. 71]. National law enforcement authorities must be guided by the case law of the European Court in deciding a particular case. If there is confidence that the correctness of the position in the examination of the matter is confirmed by the case law of the ECtHR, the body may refer to such an act of the Court. At the same time, if the right of the subject has not been violated, it will also be very appropriate to substantiate the court's motivation that the case law of the ECtHR does not confirm the position of the person. Such a mechanism will be effective in the presence of a reasonable and clear

court decision in this aspect [21, p. 32-33]. Decisions of national courts taken in violation of these criteria violate fundamental human rights. They should be reviewed and canceled. And this should be clearly in line with the rules of Recommendation No. R (2000) 2 of the Committee of Ministers of the Council of Europe of 19 January 2000, which calls on States to provide for a clear procedure for reviewing a court verdict [22].

As we can see, the principles that ensure compliance with the requirements of a fair trial, including the legal idea of stability and timeliness of court decisions through the application of mechanisms established by the case law of the ECtHR, have been developed so far only theoretically. In practice, in national legal systems, including the Ukrainian one, the argument of uncertainty often works, the main focus of which is the court. It consists in the fact that in a significant class of cases the law does not provide a single correct answer or the existing body of legal norms allows to come to more than one result, and sometimes these results can be opposite [23, p. 50]. The European Court of Human Rights has repeatedly emphasized in its judgments the different and often contradictory approaches to the application and interpretation of domestic law by the Ukrainian judiciary. And it is the approach aimed at achieving legal certainty, eliminating unjustified differences and ambiguities in a particular law enforcement should be adopted as a model of the national judicial system.

At the same time, the shortcoming is obvious that in Ukraine the unity of criteria for using the case law of the European Court in court proceedings has not been established. Preferably, in real proceedings, if a reference is made to a decision of the ECtHR, it is abstract in nature. Quite often, such a reference to international case law is simply irrelevant to the facts of the case. If, however, the decision of the Court used to substantiate the position of the national law enforcement authority is related to the circumstances of the case, the court shall not provide reasons for its compliance with Ukrainian law. In fact, the justification of the position of a party or court in the process is not only the mention of such a decision in the court verdict, but also a detailed analysis of its applicability to a particular case. This must be clearly and reasonably motivated by the court. Only under these conditions is the use of a judgment of the European Court of Human Rights justified. If the relevant motivation confirms the legal side of the proceedings, this must be stated in the decision, and this argument is very important for the established notion of a fair trial. However, where the decision of the ECtHR is not relevant to the subject matter of the dispute, the court must reject the relevant reference as formal and inconsistent with due justification.

Conclusions

A fair trial is a global and European asset as a manifestation of fair and impartial timely consideration of each person's case. There is still a lack of awareness of judges in the Ukrainian legal system about the basic principles of European fair judiciary. The problem is also that even when applying the case law of the European Court of Human Rights, the courts do not always clearly and unambiguously understand the legal meaning of such an application. As established in the paper, the European legal institutions have developed not the very definition of a reasonable time, but specific criteria for compliance of the period of proceedings with the concept of reasonableness. Thus, in each case there is a problem of assessing the reasonableness of the term, which depends on certain criteria developed by the case law of the ECtHR: the complexity of the case, the applicant's conduct, the conduct of public authorities, the importance of issues for the applicant. And, although the lack of formalization in time of the concept of "reasonable time" sometimes leads to delays in decision-making, but in general clearly defined criteria of reasonableness allow the judiciary to work quite effectively.

In Ukraine, the question of the timeliness of court proceedings is one of the most painful problems in the administration of justice. This is mainly due to the court's inadequate provision of the organization of proceedings, including the appearance of the participants; unjustified delay of the process, including too long breaks between court hearings and their postponement without good reason; unmotivated appointment of forensic examinations, their excessive duration and lack of judicial control; unreasonable delay by higher courts in reviewing cases, etc. To remedy this situation, regulatory measures are proposed. In addition to greater detail and specification of the temporal aspects of the relevant norms of the codes, it is also necessary to increase the responsibility of the participants in the process for the timeliness of its implementation. So, specific sanctions must be imposed on the parties to the case, as the parties are obliged to exercise their procedural rights in good faith and to perform their procedural duties strictly. Therefore, the introduction of material liability for unreasonable delay of the proceedings as a result of numerous unfounded motions, appeals against any procedural decisions, which significantly delays the resolution of the case as soon as possible, will promote justice and discipline the participants in the process. But the main thing is the introduction of responsibility for specific actions that lead to an illegal delay in the case, for the jurisdiction.

References:

1. Koruts U.Z. International legal protection of the right to a fair trial in the case law of the European Court of Human Rights and law enforcement practice of Ukraine. Dissertation. Science. 12.00.11. K., 2015. 229 p.
2. Gorodovenko V. The principle of equality of citizens before the law and the court. *Bulletin of the Constitutional Court of Ukraine*. 2012. № 1. P.178 – 186.
3. Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the case on the constitutional petition of the Supreme Court of Ukraine on the constitutionality of the provisions of part three of Article 120, part six of Article 234, part three of Article 236 of the Criminal Procedure Code of Ukraine. Prosecutor) dated 30.01.2003 № 3-rp / 2003. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-03>
4. Sakara N. Yu. The problem of access to justice in civil cases: a monograph. Kharkiv: Pravo, 2010. 256 p.
5. Pisarenko N.B., Semina V.A. Administrative and legal disputes (improvement of the order of decision): [monograph]. Kharkiv: Pravo, 2012. 136 p.
6. Judgment of the European Court of Human Rights of 12 March 2009 in the case of Vergelsky v. Ukraine, application no. 19312/06. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_460.
7. Guyvan P.D. Some practical issues regarding the factors that cause non-compliance with reasonable deadlines. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 8. P. 20–25.
8. Case № 553/3755/15-ц. Archive of Lenin's regional court of Poltava for 2015.
9. Case № 760/1887/18. Archive of Solomyansky regional court of Kyiv for 2018.
10. Rukavishnikova A.A. The genesis of the category of “legal certainty” in modern legal science. *Bulletin of Tomsk State University. Law series*. 2014. № 3 (13). Pp. 71-81.
11. Shevchuk S. Judicial lawmaking: world experience and prospects in Ukraine. K.: Реферат, 2007. 640 p.
12. Judgment of the ECtHR of 8 April 2010, final – 8 July 2010 in the case of Khurava v. Ukraine, application no. 8503/05. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_761.
13. Shevchuk S.V. Protecting the right to a reasonable time: European experience and Ukrainian realities. *Bulletin of the Supreme Court of Ukraine*. 2006. № 8. P. 31–36.

14. Sakara N. Yu. Reasonable time of trial as an element of access to justice in civil cases. Actual problems of jurisprudence: mater. conf. young scientists and: to the 200th anniversary of the National Law Academy. J. the Mudry. Kharkiv : Nat. jurid. acad. Of Ukraine named after Yaroslav Mudry, 2004. P. 66–68.

15. Guyvan P.D. Reasonable time for consideration of the case. Ukrainian legislative and law enforcement realities. *Journal of Kyiv University of Law*. 2019. № 3. pp. 144–149.

16. Judgment of the European Court of Human Rights of 20 January 2011 in the case of Andrenko v. Ukraine, application № 50138/07, URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_763/.

17. Judgment of the European Court of Human Rights of 28 May 2009 in the case of Nesterova v. Ukraine, application no. 10792/04. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_514/.

18. Case № 910/22191/13. Archive of the Commercial Court of Kyiv for 2013.

19. Judgment of the European Court of Human Rights of 15 July 2010 in Yushchenko and Others v. Ukraine, applications 73990/01, 7364/02, 15185/02 and 11117/05. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_626

20. Travnikov M.A. The future of the European Court of Human Rights: a dead end or a change of concept. *Journal of Russian law*. 2002. № 6. P. 71–74.

21. Judge Valentina Shchepotkina: “More than half of citizens’ appeals to the European Court of Human Rights are related to ineffective execution of court decisions”. Collection of speeches. Ukrainian Helsinki Human Rights Union “Precedent UA – 2015”. Pp. 29–33.

22. Recommendation CE № R (2000) 2 on the review of cases and the reopening of proceedings at the domestic level in connection with ECtHR decisions. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_175.

23. Matveeva Y.I. Legal certainty and judicial lawmaking. *Наук. записки нац. ун-ту «Києво-Могилянська академія»*. К., 2010. Т. 103. P. 50–53.

DOI <https://doi.org/10.36059/978-966-397-235-0-7>

Ennan R. Ye.,

*Candidate of Legal Sciences (PhD in Law),
Associate Professor at the Department of Intellectual Property Law
National University "Odesa Law Academy",
Odesa*

Menso I. V.,

*Candidate of Legal Sciences (PhD in Law),
Senior Lecturer at Civil and Labor Law Department
Odesa National Maritime University,
Odesa*

INTELLECTUAL PROPERTY IN THE HUMAN RIGHTS SYSTEM: GENERAL PRINCIPLES

Summary. *The institute of intellectual property law had a rather long period of development. It has become widespread in the modern world and is enshrined in both domestic and international law. International human rights law enshrines as fundamental rights the freedom of creativity, the right to protect the moral and material interests of authors. This formed the basis for the further enshrinement of intellectual property rights in the constitutions of the world.*

The importance of intellectual property is indicated by the fact that the constitutions of many modern states have not ignored this important area of human relations. Public recognition of intellectual property and its protection in constitutions have become an act of the greatest constitutional, scientific and practical significance.

The development of intellectual activity and intellectual property will be largely determined by the attitude of the state and society to the person of the creator, which should be defined in the constitutions. This is especially true in the information society, when one of the main social values is the creative activity of man.

The main modern international legal documents on human rights are analyzed, in which the provisions on intellectual property are revealed. The new international legal documents contain important provisions for understanding the essence and features of the realization of the human right to the results of creative activity and protection of intellectual property in the conditions of information and communication technologies and knowledge economy.

Introduction

Today, intellectual potential has an extremely important role in the life of society and the state. It is no coincidence that new conceptions of the essence of the modern state have emerged, which connect its future with the role of people of mental labor. This is due to the progressive trend of scientific and technological progress, the need for humanization, changes in the structure, quality and number of major productive forces in society. It is today that the urgent question of the need for effective protection and defense of intellectual property arises. In the third millennium, the achievements of the individual will increasingly contribute to the growth of firms, teams, countries.

The development of these principles requires the recognition of such axioms as respect for the individual, partnership, mutual responsibility. First of all, when it comes to the protection of intellectual property, it is necessary to talk about the protection of the rights of the creator.

The Universal Declaration of Human Rights of 1948 proclaimed the right to freedom of opinion and expression, as well as the right to information – the freedom to seek, receive and impart information and ideas by any means and regardless of state borders. Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights of 1948 states that everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from scientific, literary and artistic values.

Today, in our opinion, it should be a question of ensuring the security of intellectual property and its creators. The legal protection of the intellect must be based on the need for consistent observance of the guarantees of inalienable human rights. This principle is enshrined in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

Thus, in particular, it proclaims the human right to use the protection of moral and material interests arising in connection with any scientific, material or artistic works, the author of which he is, necessary for scientific research and creative activities, on the conditions and guarantees of initiative in all spheres of economic, social, political and cultural life, regarding the realization of its political and civil rights.

Significant intellectual potential will be effective only if an effective system of protection of the interests of authors and right holders is created, which will really work and be guaranteed by the state.

However, today the imperfection of the legal levers of protection and development of intellectual property is evident. So, first of all, it is necessary to deal seriously with the problems of protection and defense of intellectual property at the national level.

In our opinion, in order to build a quality and effective system of protection and defense of creative personality and the results of its work, it is necessary to proceed from the basic constitutional norms that determine the legal status of the individual in the field of spiritual and cultural relations. Thus, there is obviously a problem with the place and role of constitutional law in regulating intellectual property issues.

1. The human right to the results of intellectual and creative activity and intellectual property

Intellectual property is traditionally considered as an object of legal sciences. It functions in different legal regimes as a system embodied in regulations that define the rights of authors, inventors, scientists, cultural figures. M. Keizerov was one of the first to develop the issue of philosophical approaches to intellectual property, who in his article "Spiritual property as a complex problem" offered his vision of the philosophical content of this category: "In the foreground in intellectual property can highlight the opinion and view, her knowledge, experience. This array of accumulated culture and its monuments, achievements of science, universal values and heritage of civilization as a whole, each nation, social group, are open to all. However, along with the global philosophical approach is quite legitimate and one in which intellectual property appears in a particular type of inventions and innovations, discoveries, works of literature and art, science, in short, the objects of creative work, objectified, given directly in the form the results of mental work or intertwined with other activities mediated by them" [1].

In her monograph "Intellectual Property and Intellectual Owners" A. Orekhova [2] proposed an original theory of "overstrata" – intellectual owners, ie individuals in whom the main type of ownership is the ownership of knowledge and information. They earn a living using their knowledge and skills, they are paid primarily for the knowledge they have accumulated over a lifetime and for the return that society receives from the fact that this knowledge works. Empirically, the "overstrat" of intellectuals includes representatives of various professions: teachers, scientists, writers, artists, etc. Their

properly protected rights are a guideline for the development of intellectual property rights in the information age. At the center of the social transformations that accompany the construction of the information society is the person, his needs and interests.

The Okinawan Charter of the Global Information Society emphasizes that the essence of the transformation brought about by information and communication progress is its ability to assist people and society in the use of knowledge and ideas. The European Union has issued a Green Paper "Living and working in an information society: people first" [3].

One of the challenges facing society in technological progress is the training of human resources, people who are educated and able to use information technology. In another document – the EU Action Plan "Information Society for All" among the measures to build an information society, along with such as free access to the Internet, personal data protection, prevention of stratification of society into "information rich" and "information poor", and others, separate protection of information intellectual property [4]. The human dimension of the essence of the information society is clearly stated in the Tunisian Commitment of the World Summit on the Information Society on 18 November 2005: "We reaffirm our commitment and determination to build a people-centered, open to all and developing the information society on the basis of the aims and principles of the UN Charter, international law and the principles of multilateral agreements, fully respecting and upholding the Universal Declaration of Human Rights, so that people around the world can create, access, enjoy and enjoy information and knowledge. to exchange them in order to reach their full potential" [5].

In the information society, one of the main social values is the creative activity of man, because the main resource is intellectual potential. The new knowledge-based economy gives birth to a new social group of people, which in Western sociology is called knowledge-class, and E. Toffler 159 defines it as a "cognitar" and predicts its future role as a structural determinant of social governance in all spheres of society. life. Professionalism and the ability to be creative, a person's desire for self-improvement become the criteria that determine his social status.

Sociologist S. Lesch in his work "Critique of Information" [6] notes the specifics of the information society and shows that it gives birth to new patterns of production, distribution and exchange, in which

information that formally knows no boundaries, is organized by the intellectual property system. Intellectual property acts as a strategic resource of modern innovative development, which is based on the creative activity of the individual. Man and his creative potential, scientists as subjects of socially transforming innovations determine the main vectors of development of the world and national communities.

M. Castells, the creator of the theory of information network society, notes that intellectual property is a mechanism of self-affirmation of new social groups – managerial and intellectual elites who have the right to own knowledge and information [7]. Already in Hegel's "Philosophy of Law" it was about the special importance of protecting scientists and artists from arbitrariness and encroachment on their rights, the protection of the state by their spiritual property as a task to encourage creativity "just as the first important incentives for industry was to protect it from robbery on the highway" [8].

Hegel highlighted the peculiarity of "products of spiritual labor" and the specifics of ownership, noted the special nature of copyright and invention rights with the separation of property rights and rights of use, reproduction, general reception and method of production, skills on the border art. The American sociologist E. Gouldner in his work *The Future of Intellectuals and the Rise of the New Class* [9] made the first serious attempt to link the problem of intellectual property and the problem of intellectuals, whom he considers the owners of cultural capital. Later, this idea in one form or another was developed by other Western researchers, including P. Bourdieu and E. Toffler [10].

The Universal Declaration on Intellectual Property presents the human dimension of intellectual property as fully as possible, as it focuses not so much on protecting intellectual property rights as on revealing the importance of authors and their activities in the development of culture, economy, science, art and humanity as a whole. The Declaration explains the enormous role played by intellectual property (works of art, inventions, utility models, etc.) in the industrial, scientific, cultural, and spiritual development of human society. The main thing in this international legal document is [11]. Intellectual property rights stimulate authors and provide users with equal access to the benefits of creative activity. Intellectual property rights are an important and integral part of any legal framework that aims to regulate on a fair basis the civil conduct of authors and users and thus ensure the universal protection of the interests of all. Intellectual property rights are a key and integral tool in the effort to

address the fundamental challenge of development for all, which at the end of the twentieth century is the most important and universally recognized problem facing humanity. The great contribution made by the authors to the history of mankind both in the past and today, as well as the achievements of those who disseminate information about the benefits of these creations and inventions, have received recognition, appreciation and support. Intellectual property rights need to be further developed to ensure the right balance between copyright protection and user interests.

This document recommends actions to be taken by governments in relation to intellectual property creators living and working in their countries: all those who create or want to create should be encouraged; Efforts should be intensified to ensure that all authors and users in any part of the world receive the appropriate intellectual property rights; full support should be given to the efforts of developing countries and countries with economies in transition to unleash and realize for their own benefit their inventive and creative potential, to create and improve effective national intellectual property systems; adequate resources must be allocated for these purposes in order to ensure that all countries have an equal opportunity to benefit from the results of a knowledge-based society; taking full advantage of information technology, steps should be taken to ensure that authors and users around the world are aware of their rights through ongoing efforts to raise public awareness of intellectual property rights and to demystify intellectual property issues; making full use of information technology, efforts should be made to disseminate and expand public knowledge about intellectual property and intellectual property rights in order to increase interest in intellectual creativity; taking full advantage of information technology, measures should be taken to depoliticize intellectual property issues through ongoing efforts to raise public awareness of the common benefits associated with intellectual property and intellectual property rights; the great influence on the intellectual property rights of the integration of the economies of different countries and the rapid development of information technologies should be recognized and taken into account. In general, this document also outlines issues of international cooperation in the field of identification and protection of authors, intellectual property and rights to it, as well as encouragement and encouragement of authors: "Coordination of

national policies on the establishment of intellectual property rights should be sought” [11].

In terms of innovative development, support and protection of creativity, protection of the results of creative activity become one of the main tasks of the state, which plays a leading role in the transition to the information society. This activity is directly related to the state's protection of individual freedom and human rights, without the realization of which it is impossible to develop human creativity and involve it in world cultural values and scientific achievements. Within the paradigm of the information society with its new social values and priorities there are a number of legal problems, including the problem of legal support of creative activity of the person [12].

Recognition of intellectual property rights is important in determining a person's legal status and requires legal certainty on a number of issues. From the point of view of human rights, the problem of the ratio of personal (individual) and collective (public) in intellectual property in the conditions of cooperation, collective forms of creativity needs theoretical development. In this case, the question of legal personality arises.

The subject of intellectual property in modern conditions is not only the creator, a representative of the intelligentsia, but also the right holder who bought the patent, providers – organizations that provide services on the Internet, certain segments of the population, social groups, the people as a whole. Of particular importance is the problem of conflict of public and subjective interests in the exercise of intellectual and legal relations of their rights. There are a number of questions about the extent and admissibility of legal restrictions, the need for special legal concessions of right holders and the state, which protects the interests of society as a whole. The development of information technology in the 1980s and, especially, in the 1990s determined not only the economic potential of modern states, but also determined the socio-political processes that directly affect human rights. The challenge is to update the human rights catalog. This task has been addressed by the international community at both the global and regional levels.

Global examples include the adoption by the UN General Assembly of the resolution of September 8, 2000, the Millennium Declaration [13], reaffirming the will of the world community to further develop and improve the institution of human rights in the new social realities, or UNESCO's international conferences on ethical issues society [13],

the leading problem of which is the observance of existing human rights and the identification of new rights due to technological change. The development of new regulations in the field of intellectual property should be carried out primarily taking into account the new factors of social development due to the emergence of the Internet as a technology that best embodies the transition of mankind to the information society. In this regard, the interesting soft law document created as a result of the Intergovernmental Council for the Implementation of the UNESCO Information for All Program (IFAP) is noteworthy. The program was adopted at the 31st session of the General Conference of UNESCO in 2001.

The concept of the program is a vision of a world in which everyone has access to information important to him, and has the opportunity and skills to use the information to solve vital problems and building a better society [14]. The Program is planned and implemented under the auspices of the Interstate Council, which includes 26 UNESCO Member States elected by the UNESCO General Conference. The purpose of the Information for All Program is to: promote international consideration and discussion of ethical, legal and social issues arising from the information society [15].

In 2011, the Ad Hoc Working Group of the Information for All Program prepared a Code of Ethics for the Information Society, which was presented to the 36th session of the UNESCO General Conference [16]. The Code of Ethics is a direct result of the intergovernmental body and includes a number of regional meetings and conferences UNESCO on information ethics. The articles set out a number of universal values and guidelines, which are further proposed for use by governments in lawmaking and law enforcement. Ethical norms of the information society are established on the basis of the Universal Declaration of Human Rights and include the right to freedom of expression, the right to public access to information, in particular public information, the right to education and the right to participate in cultural life. One of the most difficult ethical issues is the problem of inequality of access to information and communication technologies (ICT) between different countries and between urban and rural communities within the country. Of particular interest is the problem of intellectual property in the information society, disclosed in paragraph 17 of document [17].

It contains a kind of program of action and methodological guidelines for determining the special role of intellectual property in a

qualitatively new stage of human development. Intellectual property for works in the digital environment should be subject to regulation and protection by intellectual property law. Unauthorized copying and distribution of copyrighted material should not be allowed. A legal framework should be maintained that allows intellectual property owners to share and disseminate their knowledge in order to encourage open access to knowledge and promote creative activity. The application of international conventions in the field of intellectual property should be based on a fair balance between the interests of right holders and the public. At the regional level, the formation of an updated catalog of human rights in the information society is indicated in the latest Council of Europe documents. The Council of Europe is the first European international organization established in 1949 to proclaim the protection of human rights. To this end, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [18] was adopted and a mechanism for its implementation was provided.

The impact of information and communication technologies on human rights and the values of democracy was first considered at a 1997 conference of the Council of Ministers of the Council of Europe in Greece. The Committee of Experts of the Council of Europe on the Information Society, established by its decision, developed a document adopted in 2005 entitled “Declaration of the Committee of Ministers on Human Rights and the Rule of Law in the Information Society” [19]. The main idea of the Declaration is that such values how human rights, democracy, the rule of law, public consent and trust between people are preserved through the use of information and communication technologies (ICT). Structurally, the Declaration consists of a Preamble and two sections. The Preamble emphasizes that all the rights enshrined in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms remain fully valid in the information age and must be protected in the future, regardless of new technological developments. At the same time, information technology can offer new opportunities for the realization of human rights, and the lack or restriction of access to ICT can deprive people of the opportunity to exercise their civil rights. The first section “Human Rights in the Information Society” contains 8 items (Right to Freedom of Expression, Information and Communication. Right to Respect for Privacy and Correspondence. Right to Education and Access to Information Technology. Prohibition

of Slavery, Forced Labor and Trafficking in Human Beings. The right to an impartial trial and the prohibition of extrajudicial prosecution. Protection of property. The right to free elections. Freedom of assembly).

In essence, the rights and freedoms listed in the Declaration completely or partially repeat the list given in many other similar documents, in particular, in the International Bill of Human Rights. However, there are differences. For the first time, issues of public and private censorship, protection of personal information, training of people to assist in assessing the quality of information were raised. In addition, the document deals with ethics in the media sphere and the use of information technology for the development of democracy and freedom of assembly in cyberspace. Part 6 of the Declaration of the Committee of Ministers "Protection of Property" draws special attention. It emphasizes that in the field of ICT, property protection issues arise primarily in relation to intellectual property, such as patents, trademarks and copyrights. The Council of Europe's appeal to the protection of intellectual property in connection with the development of the information society is not accidental. With the change in the function of knowledge in the civilization of the XXI century, the value of intellectual property, which is inseparable from the information revolution, has sharply increased. It regulates the processes of creative, cultural and economic practice, protects the rights to objects of creative activity, becomes the main subject of management and acquires the character of an institutional phenomenon, the structures of which are leading in the information society, as in the past, ownership structures.

The Declaration of the Committee of Ministers of the Council of Europe emphasizes the dialectic of the relationship between intellectual property and ICT. The latter, on the one hand, provide new opportunities for access to intellectual property rights, and, on the other hand, can contribute to the infringement of intellectual property rights and prevent the prosecution of offenders. Meanwhile, the lack of effective measures to protect intellectual property hinders innovation and creativity, reduces investment. The document formulates an important methodological provision on state policy on intellectual property. Such a policy should pursue two objectives: first, to ensure the protection of intellectual property in accordance with the provisions of international agreements, and second, while maintaining free access to information that is in the public domain

and rejecting attempts to restrict such access and use such information [19].

The member states of the Council of Europe must endeavor to make political, social, economic and research information in the public domain, thereby expanding universal access to vital information. At the same time, the Declaration emphasizes the need to support the provisions of Art. 10 (“Infringements related to copyright and related rights”) of the Council of Europe Convention on Cybercrime 179, which recommends criminal prosecution for copyright and related rights on the Internet. Thus, at the level of the Council of Europe, the possibility of applying criminal proceedings and penalties in cases of intentional infringement of intellectual property rights on a commercial scale, provided for in section 5 of Art. 61 Agreements on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement), signed within the framework of the World Trade Organization in 1994. The second section of the Declaration of the Committee of Ministers shows a new mechanism for ensuring human rights and freedoms. It emphasizes that “building a global Information Society based on respect for human rights and the rule of law requires new forms of solidarity, cooperation and interaction between governments, civil society, the private sector and international organizations”. Thus, together with states and international organizations, public organizations and private business structures are included in the human rights protection system.

The task of the member states of the Council of Europe, the Declaration emphasizes, is not only to ensure access to new technologies, but also to take measures to protect citizens from new types of human rights violations using ICT. Civil society institutions through the Conference of International Non-Governmental Organizations should be involved in the preparation of common measures for the effective promotion of human rights. Private business is encouraged to develop self-regulatory measures to ensure the right to privacy, secrecy of correspondence, and support for freedom of expression and communication. The Council of Europe, in turn, will raise awareness of the Convention on Cybercrime and its Additional Protocol, as well as the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS № 108) [20] and encourage the accession of new countries.

The Council of Europe Convention on Cybercrime was signed on 23.11.2001, ratified on 07.09.2005, and entered into force on

01.07.2006. It contains a set of basic principles for any country that develops national computer legislation, as well as outlines the framework international cooperation. Reforms to combat cybercrime, based on the guiding principles of the Convention, are under way in Argentina, Brazil, Egypt, India, Nigeria and the Philippines. The Convention provides a clear definition of cybercrime and requires countries to establish criminal liability for four types of offenses, among which a separate group includes crimes against copyright and related rights, ie intellectual property rights. Article 10 of the Convention states that each party shall take such legislative and other measures as may be necessary to establish criminal liability under its domestic law for infringement of copyright and related rights. In this case, the necessary conditions for the onset of criminal liability are cases where illegal acts are committed knowingly, on a commercial scale and with the help of computer systems. In fulfilling its terms, the Parties to the Convention must at the same time comply with their obligations under other international instruments, including: the Paris Act of 24 July 1971 on the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works; Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights; WIPO Copyright Treaty; International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations (Rome Convention); WIPO Performance and Phonograms Treaty [20].

The Cybercrime Convention states that criminal liability should not apply to the violation of any moral rights of authors under these international agreements. In addition, each Party may reserve the right not to prosecute in limited cases, provided that other effective means of influence exist and that such reservation does not violate the Party's international obligations under the international instruments referred to. The Convention on Cybercrime is based on the principles of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. It provides conditions and guarantees for the provision of human rights in cases of criminal prosecution, as well as the preservation of the rights to freedom of expression and the right to privacy. Provisions on combating criminal infringements of intellectual property rights in cyberspace are of great methodological importance.

The Declaration of the Committee of Ministers of the Council of Europe is the first international declaration to ensure respect for human rights in the age of the Internet and modern information technology. It is the first attempt to define the legal framework in this

area and prepares the ground for updating the principles in the cyber era. The Declaration also lays the groundwork for a new phase of cooperation in the field of human rights protection at both the national and international levels and draws attention to the issue of protection of intellectual property rights in the context of human rights in the information society. The ideas of the Declaration of the Committee of Ministers of the Council of Europe on human rights and the rule of law in the information society were further developed in other documents of this international organization. Thus, in 2014, Recommendation CM / REC (2014) 6 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on a manual on human rights for Internet users was adopted. It identifies the possibility to “freely create, reuse and distribute Internet content with respect to the right to protection of intellectual property, including copyright” [21]. Thus, it is emphasized that the large-scale transformations associated with the introduction of information and communication technologies in practice in all spheres of life, should be controlled and directed in the interests of society and people. The Internet is influencing the traditional system of copyright regulation in terms of the transition from the regulation of fixed rights to the protection of information, but ways to regulate new telecommunications technologies remain within the use of intellectual property.

Information rights and intellectual property rights will take priority in them. An example is fundamental access to the Internet, as enshrined in UN documents, decisions of parliaments and constitutional jurisdictions of a number of countries [22]. Intellectual property in the information society ensures the development of scientific and technological progress and thus determines the development of society. The development of intellectual property relations has significant social consequences, especially in the field of human rights. Intellectual property law has a dual nature. On the one hand, it belongs to cultural rights in the modern catalog of human rights, on the other – to economic, because its objects are valued, like other products of human labor, and can be included in trade on a commercial basis.

Innovative development and introduction of new technologies have led to an increase in the commercial value of knowledge and the need for its legal protection. This has shifted the focus from the consideration of intellectual property rights in the context of cultural rights and freedoms to their analysis in the system of economic rights and freedoms [23]. However, in the context of scientific and technological

progress, free movement of knowledge and information is equally important. In terms of its promotion of culture and technology, their accessibility to citizens. Therefore, it is necessary to analyze the place of intellectual property rights in the system of cultural human rights, which is the main approach in international human rights instruments. The right to the results of creative activity belongs to the group of cultural rights, the attitude to which is different. There is a view that cultural rights, as well as closely related economic and social rights, have no legal meaning, as not all of them can be protected in court, and also run counter to the constitutional principle of formal equality.

It is also pointed out that in the countries of the Anglo-Saxon legal system this group of rights belongs to moral values and not to purely legal (positive) rights [24]. The 1993 World Conference on Human Rights enshrined the provisions of United Nations General Assembly Resolution 32/130 of 16 December 1977, 217 which stated: (a) All human rights and fundamental freedoms are indivisible and interdependent; the exercise and dissemination of both civil and political and economic, social and cultural rights must be considered immediately and given equal attention; b) the full exercise of civil and political rights is impossible without the exercise of economic, social and cultural rights; (c) Steady progress in the realization of human rights depends on sound and effective national and international policies in the field of economic and social development. For the proper and comprehensive exercise of economic, social and cultural rights, it is important to comply with the principles and provisions of the Declaration on Social Progress and Development, adopted by the United Nations in 1969 [25].

In paragraph b of Art. XIII of this document states the need to “establish a harmonious balance between scientific, technical and material progress and intellectual, spiritual, cultural and moral development of mankind”. Thus, the essence of the modern concept of human rights is that it is necessary to combine civil and political rights, on the one hand, and economic, social and cultural rights, on the other. All human rights standards can be used to support the realization of economic, social and cultural rights. Cultural rights, which constitute an independent group of human rights, are seen as a state-guaranteed opportunity for everyone to freely use the full range of cultural goods, which includes conditions and services to meet creative needs, opportunities to engage in cultural values in society and the state. The group of cultural rights includes: freedom of

creativity; the right of access to cultural values; the right to education; freedom of teaching; the right to participate in cultural life; the right to use the results of technical progress and their practical application; the right to information.

Cultural rights are of great social and political importance. They ensure the spiritual development of man and the progressive development of mankind. The importance of exercising cultural rights is emphasized by the creation of an international specialized organization for culture, UNESCO. Important international instruments guaranteeing cultural rights have been adopted under the auspices of UNESCO. Consolidation of cultural rights means the provided opportunity for human behavior in the cultural sphere and, accordingly, the duty of the state, individuals and legal entities not to violate or impede the exercise of these rights. The state undertakes to protect and support creative activity, as well as to create an effective legal system for the protection of the rights to the results of creative activity [25].

Regulation of public relations regarding the creation and use of the results of creative activity is carried out with the help of the legal institution of intellectual property. Intellectual property rights have also been directly enshrined and, consequently, protected by the state. The Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789 included the right to property, with which the right to the results of creative work was then identified, and it was declared sacred and inviolable. Thus, the human rights of the first generation did not directly reflect the idea of the natural and inalienable nature of the right to the results of intellectual labor. Another qualitative character was the second generation of human rights, which became a system of positive rights – that is, those that can't be realized without organizational, coordinating and other forms of state activity. The rights of the second generation include economic, social and cultural rights. These were, in particular, the right to participate in cultural life. They were formulated and enshrined in the Universal Declaration of Human Rights in 1948 and in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 1966. This group of acts is called international human rights law, which enshrines the international community's generally accepted notions of minimum human rights standards in democratic society. In connection with these documents, a new institution of law emerged – the international protection of human rights and fundamental freedoms.

Human rights have acquired a value that belongs to the entire international community and have been substantiated in international law as a legal standard to which all peoples and nations must strive. Thus, at the international level, the right to creative results has been included in the list of fundamental human rights. Support and protection of creativity, protection of the results of intellectual activity were directly related to the protection of individual freedom and human rights. The latter, in turn, were defined as a legally guaranteed measure of freedom (possibility) of the individual, which in accordance with the achieved level of evolution of mankind is able to ensure its existence. In the information society, along with intellectual property, one of the leading places is occupied by freedom of creativity, which provides protection of the results of creative activity, objectified in intellectual property [26].

2. Freedom of creativity in the human rights system

Art. 27 of the Universal Declaration of Human Rights and Art. 15 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights confirmed the inextricable link between the protection of intellectual property and the freedom of the individual and, consequently, freedom of creativity. It once again emphasizes the dual reality characteristic of intellectual creativity – not only cultural (spiritual), but also economic, because modernity is characterized not only by a tendency to strengthen the protection of personal intangible (moral) rights of authors and inventors, but also rapidly growing commercialization property (economic) rights. Freedom of creativity is one of the most important spiritual freedoms, which means that the state must minimize interference in creative activities, while providing legal guarantees for the protection of this freedom. Freedom of creativity is guaranteed by the fact that this type of activity is not subject to restrictions imposed on certain types of activities. Ensuring freedom of creativity, science, art does not mean state intervention in the creative process. Man cannot be forced to think or create.

The creative process is not subject to legal regulation, but legal regulation is needed to ensure the conditions under which creative activity would occur and a person would be able to freely realize and dispose of the results of creativity. As soon as the results of creativity find an objective form, the rules of law expressing public recognition of this result come into force. They establish the legal regime of the

object and the protection of the rights and legitimate interests of its creator. The results of creative activity become the objects of legal relations only when they are embodied in an objective form that ensures their perception by other people. Only an objectively expressed result of intellectual activity can participate in economic turnover and be protected by the state [27].

Information and communication technologies change the quality of human life in all areas. They also affect the change in the object composition of intellectual property rights. Thus, information technology has contributed to the emergence of a new class of works – multimedia, which are created in digital form, used on computers and to create which also always requires computer technology. An example is e-books, which are versions of books in electronic (digital) format. Such books have a number of advantages over traditional paper ones: compactness, special features (change the font, go to any section), cheaper text, accessibility, environmental friendliness, ease of use. Some modern artists, at least at the beginning of their careers, find in this an alternative to traditional book publishing, because this method does not involve the cost of publishing, and also allows you to find a much larger number of readers who do not need to buy books. In addition, such publications in digital content provide a closer relationship between the author and his readers, facilitate the possibility of personal communication. At the same time, the copyright is preserved – the software for production includes functions that prevent unauthorized copying of data from the e-book [28]. The content of cultural human rights, a significant part of which were the rights to freedom of creativity and creative results, was disclosed in other international legal instruments that supplement and specify the provisions of the Universal Declaration of Human Rights of 1948 and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 1966.

The Universal Declaration on Cultural Diversity was adopted in 2001 at the 31st session of the General Conference of UNESCO. Article 5 of the document states that “cultural rights constitute an integral part of human rights that are universal, indivisible and interdependent”. A prerequisite for the development of creative diversity is the full realization of cultural rights, as defined in Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights and Articles 13 and 15 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. “Accordingly”, the document reads, “everyone

should have the opportunity for self-expression, creativity and dissemination of their works in any language of their choice, and in particular in their native language". Article 8 reiterates the need to respect the rights of authors and creative workers, to ensure the diversity of creative offerings, and to define the special place of cultural objects and services. According to Article 9, a special role in stimulating creativity is played by state policy in the field of culture, which is designed to ensure the "free dissemination of ideas and works". The conditions for the implementation of state cultural policy are defined as follows [29].

Thus, in modern international human rights instruments, the right to the results of creative activity is included in the list of fundamental human rights and is defined as a legal value that must be protected by each state. At the international legal level, the Declaration on Intellectual Property for the first time formulated the concept of "the value of intellectual property rights". It includes the following provisions: intellectual property rights stimulate authors and provide users with equal access to the benefits of creative activity; intellectual property rights are part of any legal framework that aims to regulate in a fair manner the civil conduct of authors and users and thus to ensure the universal protection of the interests of all; intellectual property rights are a key and integral tool for solving the problem of development for all; effective intellectual property systems are essential elements in attracting investment in key sectors of the national economy, especially in developing countries and countries with economies in transition. It follows from this definition that intellectual property and the rights associated with it have economic, legal, cultural and ethical meanings at the same time.

The prospect of their development and strengthening is related to the tasks: to intensify efforts to ensure that authors and users in any part of the world obtain the appropriate intellectual property rights; take measures to ensure that authors and users in all countries of the world know about their intellectual property rights, and to demystify intellectual property issues; make efforts to expand public knowledge about intellectual property, intellectual property rights, to increase interest in intellectual creativity; take measures to depoliticize intellectual property issues; to stimulate the development policy of the intellectual property market in order to expand their effective use.

One of the guiding principles enshrined in the 2000 Declaration on Intellectual Property should be noted: "Intellectual property rights

must be further developed in order to ensure an appropriate balance between the protection of copyright and the interests of users of intellectual property” [30]. In the age of the Internet and high technology, intellectual activity is becoming the main activity of more and more people and in these conditions it is necessary to form an appropriate legal awareness of the value of intellectual property rights. Current problems in the protection of intellectual property rights, the spread of intellectual piracy and counterfeiting, infringement of intellectual property rights on the Internet are associated not only with the shortcomings of the law and the shortcomings of the organizational nature.

There is a lack of due respect for intellectual property, understanding of its importance in the information society. The objects of law include “products of a spiritual and intellectual nature” and “personal intangible goods”, as well as “products of spiritual creativity and intellectual property rights” and “intangible personal goods”. Creative activity or simply creativity is a purposeful activity of the human brain as a result of which something qualitatively new is created, which is distinguished by originality, uniqueness and socio-historical uniqueness. The result of creative activity, which meets the requirements of the law, is the object of intellectual property rights, which the law assigns to the creator. This result is a product embodied in an objective form, which, depending on the content, is called a literary or artistic work, invention, utility model, industrial design. Intellectual property law also extends to a number of other results related to intellectual property rights, in particular, such as know-how, plant varieties and animal breeds, as well as trade names, trademarks, geographical indications, it means of individualization of participants in civil law turnover, as well as their products, works, services. Creativity is unique to man, whose brain can create only ideal images, not objects of the material world. Therefore, the results of creative activity, which are the objects of intellectual property law, in contrast to the objects of property law, have an ideal nature, do not undergo wear and depreciation and become obsolete only morally.

Developing the creative potential accumulated earlier, each person becomes a potentially creative person and embodies the results of complex mental processes in the results of intellectual activity. The protection of intellectual property rights is ensured by granting the creator exclusive rights of a personal non-property and property nature in relation to the object created by him. According to the purpose of

intellectual activity is traditionally divided into spiritual creativity and scientific and technical creativity. In view of this, the results of creative activity are objects of literary and artistic property, which are protected by copyright, and objects of industrial property, which are protected by industrial property rights. Objects that are protected by patent and copyright law are characterized by the presumption of creative work, which is invested by the authors in their creation. To obtain legal protection of means of individualization, the creative nature of their origin has no legal significance.

The combination of copyright and industrial property law, the identification of their common features are caused by the needs of theory, education, development of legislation and law enforcement, which are aimed at improving the system of protection of intellectual property. To unite different types of objects of intellectual property rights allows, first of all, the intangible nature, the creative nature of the activity in their creation, as well as the exclusive nature of the rights assigned to the creators of intellectual property. The characteristics of intellectual property rights, which are based on human creativity, should take into account that the creative activity itself remains outside the scope of legal regulation. The right to the results of creative activity is closely connected with the freedom of creativity as an element of the system of human rights and freedoms. The main forms of freedom are also intellectual freedom, freedom of creative, scientific or technical activities [31].

The nature of creativity has two aspects: persocentric – creativity is the realization of the abilities of the subject of creative work, sociocentric – creativity acts as a human activity, the result of which is a socially significant product. Thus, the freedom of creativity in law is positioned in two senses: as a manifestation of individuality, uniqueness and human autonomy, as a principle of the spiritual foundations of the constitutional order – one of the vital interests of the individual, society, state. This means that with a pronounced creative attitude of the individual, his activity is aimed at self-expression 264. However, the result of such activity can be socially significant values in the spiritual or economic spheres. Such socially significant values are the objectified results of creativity, legally enshrined in law. The concept of “freedom of creativity” is broader than the “right to freedom of creativity” [32].

Freedom of creativity, along with the state-guaranteed right to create literary, artistic and other works, conduct research, invent,

stage activities, proclaims the general principle of spiritual and cultural relations, prevention of ideological dictate, control and censorship by the state, its non-interference in the creative process and ideological diversity. At the same time, it should be noted that freedom of creativity should not be absolute, as it can lead to abuse of rights – a situation where a person in the process of exercising his right goes beyond its content. We are talking about the contradictory and complex relationship of the principle of freedom of creativity with the norms of morality and religion, with political tendencies, which include prohibitions on the use of certain vocabulary, symbols, the commission of certain actions. No kind of creativity, to which there is public access, must contain signs of extremism, insult the honor and dignity, religious, national and other rights and freedoms of others, threaten the national security of the state.

Thus, the concept of “creative freedom” can act as a principle of spiritual and cultural life of a democratic society, and as a subjective right to creative activity. Freedom of creativity should be considered as the right of everyone independently, without the intervention of the state or other persons to create works of art, science, literature, inventions, to engage in creative activities in other areas. This freedom embodies the social value of mental work, the dignity of a scientist, a creative worker. Freedom of scientific, technical, artistic creativity implies the right of everyone to unhindered participation in scientific research, development of literature and art, inventive and innovative activities. Any creative activity is a process of creating qualitatively new material and spiritual values. By definition, V.P. Avdeeva, “creative activity is seen as a creative independent intellectual activity of man in various spheres of life, which involves the achievement (creation) of a qualitatively new result” [33]. Accordingly, freedom of creativity means a secure opportunity for everyone to creative activity in various fields.

The constitutions of many countries guarantee the right to create literary, artistic, scientific and other works, to conduct scientific research, to engage in other creative activities in accordance with their interests and abilities. Freedom of creativity as an intellectual, independent process is provided (guaranteed) by the state by establishing prohibitions on interference in these activities, enshrining certain constitutional principles and guarantees (freedom of thought and speech, prohibition of censorship, etc.) [34]. Freedom of human creativity as a state-guaranteed opportunity, according to

O.V. Sazonnikova, includes the following elements: the choice to be creative or not; choice of type of creativity, way of participation in it, forms of organization of creative process; the right to develop creative abilities; the right to state support for creative activity; the right to dispose of the results of creative work; the right to protect the freedom of creativity and the results of creative work [35].

The first three elements of creative freedom, in fact, are not subject to legal regulation, as they cover the creative process, which is based on the inner experience of the individual and based on self-regulation. The freedom of creativity guaranteed in the constitutions means the creation of conditions for the exercise of this freedom, first of all, by the constitutional establishment of the legal protection of intellectual property, which already acts as an independent object of constitutional regulation. State support and protection of creative results is a serious stimulus for creativity. Abilities and desire to create are a special quality of man – creativity. The man-creator and the creative class of people are now the decisive force of the knowledge economy. One of the means of encouraging creativity is the protection of the results of creative work and their legal form in the form of intellectual property. This is a more important area of state cultural, educational and innovation policy [36].

Promoting the right to creative activity and legal protection of intellectual property in the conditions of innovative development and knowledge economy is one of the criteria for the effectiveness of state power. The international community recognizes that creativity is one of the driving forces of sustainable development, would promote the development of culture and progress through the widespread dissemination of creative achievements. Studies of human potential emphasize that the more people participate in creative work, the more such people, the higher the quality of society and economy. Insufficient attention to the protection of the rights of creators of intellectual products leads to material, moral and political damage [37].

Freedom of creativity is a right without the realization of which the work of a researcher, inventor, or any other creative worker is impossible. The right to intellectual property is designed to help the creative worker, realizing their abilities, investing their work, to obtain adequate to these costs income and reward. Freedom to dispose of the results of their creative work is the ability to independently determine the legal fate of the result of creative activity. It also includes the right to protect infringed creative rights,

including the protection of intellectual property. It is this logic that has led to the emergence in modern constitutions, along with the proclaimed right to the results of creative activity, of providing special guarantees for the protection of intellectual property. The result of creative activity, as an object of relations governed by intellectual property rights, has the following properties: has an intangible nature; embodied in an objective form; transmitted by playback; has sufficient certainty for legal protection; belongs to a type of intellectual activity that has commercial value [38].

Modern constitutions guarantee citizens freedom of literary, artistic, scientific and technical creativity, protection of intellectual property, copyright, moral and material interests arising in connection with various types of intellectual activity. States recognize the right of every citizen to the results of his intellectual, creative activity, establish a direct ban on the use or dissemination of these results without the consent of the author, guarantee jurisdictional and non-jurisdictional means of protection of violated or disputed rights. The provisions of modern constitutions on the protection of intellectual property serve as a basis for the introduction of a wide range of measures to strengthen the protection of the rights of creators of intellectual property (authors, performers, inventors, etc.). Such measures are necessary when the results of creative activity become the subject of ever-increasing market circulation, because in many cases the interests of authors may conflict, on the one hand, with the needs of society interested in wider and free use of the author's creative result on the other hand, with the interests of commercial structures, to which the author in many cases transfers the rights to his work.

Guarantees for the results of creative activity introduce the fundamental principle of all modern legislation on intellectual property – the provision that the exclusive right to the result of intellectual activity created by creative work, originally arises from the author, and to other persons can pass from the author only by contract or other grounds established by law. Guarantees also define the general conceptual approach to the subject of intellectual property law, which could be defined as special intellectual legal relations, in social relations that determine the legal status of a person as a creator of creative results, as well as the rights and responsibilities of this person, relations with society and the state concerning creative results to which the law gives legal value as results of creative activity.

Intellectual property rights should not be confused with the natural inalienable human right to creativity and the use of its results. The latter is inherent in the human person as such, while intellectual property rights are, above all, a means used by states to stimulate invention and creativity for the benefit of society as a whole.

Therefore, the core of the legislation on intellectual property should be the subjective rights of the creator of this property, enshrined at the constitutional level. As a natural law, intellectual property law refers to objects that are the result of creative activity, as the latter is related to the identity of the author and serves as an expression of his individuality. Natural law means that it exists independently of the will of the state, which should not violate it. In modern conditions, the creator acquires the status of the main figure of social development. The development of intellectual activity and intellectual property will be largely determined by the attitude of the state and society to the person of the creator, which should be defined in the laws of countries.

Conclusions

Recognition of intellectual property rights is important in determining a person's legal status and requires legal certainty on a number of issues. From the point of view of human rights, the problem of the ratio of personal (individual) and collective (public) in intellectual property in the conditions of cooperation, collective forms of creativity needs theoretical development. In this case, the question of legal personality arises.

The subject of intellectual property in modern conditions is not only the creator, a representative of the intelligentsia, but also the right holder who bought the patent, providers – organizations that provide services on the Internet, certain segments of the population, social groups, the people as a whole. Of particular importance is the problem of conflict of public and subjective interests in the exercise of intellectual and legal relations of their rights.

Human rights have acquired a value that belongs to the entire international community and have been substantiated in international law as a legal standard to which all peoples and nations must strive. Thus, at the international level, the right to creative results has been included in the list of fundamental human rights. Support and protection of creativity, protection of the results of intellectual activity were directly related to the protection of individual freedom and

human rights. The latter, in turn, were defined as a legally guaranteed measure of freedom (possibility) of the individual, which in accordance with the achieved level of evolution of mankind is able to ensure its existence. In the information society, along with intellectual property, one of the leading places is occupied by freedom of creativity, which provides protection of the results of creative activity, objectified in intellectual property

Freedom of creativity is a right without the realization of which the work of a researcher, inventor, or any other creative worker is impossible. The right to intellectual property is designed to help the creative worker, realizing their abilities, investing their work, to obtain adequate to these costs income and reward.

Modern constitutions guarantee citizens freedom of literary, artistic, scientific and technical creativity, protection of intellectual property, copyright, moral and material interests arising in connection with various types of intellectual activity.

Therefore, the core of the legislation on intellectual property should be the subjective rights of the creator of this property, enshrined at the constitutional level. As a natural law, intellectual property law refers to objects that are the result of creative activity, as the latter is related to the identity of the author and serves as an expression of his individuality. Natural law means that it exists independently of the will of the state, which should not violate it. In modern conditions, the creator acquires the status of the main figure of social development. The development of intellectual activity and intellectual property will be largely determined by the attitude of the state and society to the person of the creator, which should be defined in the laws of countries.

References:

1. Кейзеров Н. Духовное имущество как комплексная проблема *Общественные науки и современность*. 1992. № 4. С. 17.
2. Орехов А.М. Интеллектуальная собственность: опыт социально-философского и социально-теоретического исследования. Москва, 2007. 224 с.
3. Commission of the European Communities (1996b), Living and working in the information society: People first (Green Paper COM (96) 389). Brussels: European Commission. URL: http://aei.pitt.edu/1227/1/live_work_info_society_gp_COM_96_389.pdf

4. IS-EEUROPE 2002 – eEurope 2002, An Information Society For All, Action Plan. URL: https://cordis.europa.eu/programme/rcn/801_en.html.
5. Підсумкові документи Всесвітнього саміту з питань інформаційного суспільства. Туніське зобов'язання. URL: <http://old.apitu.org.ua/wsis/tz>.
6. Тоффлер Е. Нова парадигма влади / пер. з англ. Харків, 2003. 688 с.
7. Кастельс М. Галактика Інтернет: размышления об Интернете, бизнесе и обществе / под ред. В. Харитонов. Екатеринбург, 2004. 328 с.
8. Гегель Г.Ф.В. Философия права / пер. с нем. ; ред. и сост. Д.А. Керимов и В.С. Нерсесянц. Москва : Мысль, 1990. 524 с.
9. Gouldner A.W. The Future of Intellectuals and the Rise of the New Class: A Frame of Reference, Theses, Conjectures, Arguments and an Historical Perspective on the Role of Intellectuals and Intelligentsia in the International Class Contest of the Modern Era. New York : Seabury Press, 1979. 121 p.
10. Бурдые П. Поле интеллектуальной деятельности как особый мир / пер. с фр. Н. А. Шматко. Москва : Socio-Logos, 1994. 288 с.
11. World Intellectual Property Declaration by the Policy Advisory Commission, WIPO Pub. № 836, 2001.
12. Sartor Giovanni. Human Rights in the Information Society (November 11, 2010). URL: <https://ssrn.com/abstract=1707724>; <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1707724>.
13. Декларація тисячоліття Організації Об'єднаних Націй. Документ 995_621, поточна редакція від 08.09.2000. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_621.
14. Ethics and human rights in the information society. Proceedings, synthesis and recommendations Organized by the French Commission for UNESCO in cooperation with UNESCO and the Council of Europe 13–14 September 2007 Strasbourg. URL: <http://www.ifapcom.ru/files/Documents/2009/ethics2009.pdf>
15. IFAP. Програма ЮНЕСКО. Інформація для життя. Организация Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры. URL: <https://www.ifap.ru/ofdocs/unesco/program.htm>.
16. Юрченко О.А. Реалізація Програми ЮНЕСКО «Інформація для всіх» в Україні. *Документознавство. Інформологія*. 2014. № 3. С. 66–71.

17. Генеральная конференция, 36-я сессия, Париж 2011 г. 36 С. 49. 10 октября 2011 г. Кодекс этики для информационного общества, предложенный Межправительственным советом программы «Информация для всех». URL: <http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002126/212696r.pdf>.

18. Code of Ethics for the Information Society. The Intergovernmental Council of the Information for All Programme of UNESCO. URL: <http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002126/212696e.pdf>.

19. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004.

20. Declaration on Human Rights and the Rule of Law in the Information Society. CM (2005) final. Publ. N060508/h/2). URL: www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Public_participation_internet_governance/Declaration-Information_Society/011_DeclarationFinal%20text_en.asp.

21. Конвенція про кіберзлочинність (ETS No.185). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_575.

22. Конвенція про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних. Страсбург, 28 січня 1981 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_326.

23. Рекомендація CM/REC(2014) 6 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам щодо посібника з прав людини для інтернет-користувачів (ухвалена Комітетом міністрів 16 квітня 2014 р. на 1197-му засіданні постійних представників міністрів). URL: <https://rm.coe.int/16802e3e96>.

24. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. Frank La Rue. URL: https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/17session/A.HRC.17.27_en.pdf

25. Войниканис Е.А. Парадигмальний підхід к исследованию интеллектуальных прав. Москва, 2016. С. 19–20.

26. Young K.G. Constituting Economic and Social Rights. Oxford : Oxford University Press, 2012. 384 p.

27. Alternative Approaches and Ways and Means within the United Nations System for Improving the Effective Enjoyment of Human Rights and Fundamental Freedoms: A/RES/32/130. URL: <http://www.un.org/documents/ga/res/32/ares32r130.pdf>.

28. Декларация социального прогресса и развития. Принята резолюцией 2542 (XXIV) Генеральной Ассамблеи 1969 г. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/socdev.shtml.

29. Серебренников Владимир. ЮНЕСКО и права человека. URL: lib.bsu.by/bitstream/123456789/31004/1/1996_1_JILIR_serebrennikov_r.pdf

30. Гура М. Особенности понятия «объект авторского права» та його ознаки у законодавстві зарубіжних країн (порівняльно-правовий аспект). *Интеллектуальна власність*. 2003. № 3. С. 7–11.

31. Конюшкина Ю.А. Права человека на свободу творчества в сети. *Вестник Московского финансово-юридического университета*. 2013. № 4. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/prava-cheloveka-na-svobodu-tvorchestva-v-seti>.

32. Всеобщая декларация ЮНЕСКО о культурном разнообразии. Принята 2 ноября 2001 г. Генеральной конференцией Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/cultural_diversity.shtml.

33. World Intellectual Property Declaration by the Policy Advisory Commission. WIPO Pub. № 836, 2001.

34. Авдеева В.П. Проблемы правового обеспечения свободы творчества и охраны интеллектуальной собственности. Тюмень, 2009. С. 16.

35. Сазонникова Е.В. Содержание свободы творчества. *Журнал российского права*. 2009. № 5. С. 52–59.

36. Эдиев Р.А. Государственная политика в области защиты интеллектуальной собственности. Ростов-на-Дону, 2016. 23 с.

37. ВОИС. Комитет по развитию и интеллектуальной собственности (КРИС) Двадцать первая сессия. Женева, 14–18 мая 2018 г. Компиляция замечаний п предложений государств-членов с указанием вопросов, рекомендованных к рассмотрению в рамках пункта повестки дня «интеллектуальная собственность и развитие». URL: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/ru/cdip_21/cdip_21_8_rev.pdf

38. Корчагин Ю.А. Человеческий капитал – основной фактор развития инновационной экономики. URL: <http://viperson.ru/articles/yuriy-korchagin-chelovecheskiy-kapital-osnovnoy-faktor-razvitiya-innovatsionnoy-ekonomiki>.

Езеров А. А.,
*кандидат юридических наук, доцент,
судья Верховного Суда,
г. Киев*

ПОЛИТИЧЕСКИЕ ПРАВА И СВОБОДЫ ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА

1. Политическое измерение прав и свобод человека и гражданина и сущность политических прав

Роль личности и ее прав в политических процессах может изменяться в зависимости от исторического момента, типа государства, степени развития демократии. Политическая история знает примеры, когда человек и его основоположные права переставали быть сколько-нибудь значимой ценностью для государства, однако впоследствии снова занимали достойное место в системе социальных ценностей. Н. Баранов указывает на то, что «отдельный человек не может быть полностью исключен из сферы политических отношений, поскольку он является их объектом и субъектом... Человек как объект политического измерения находится в фокусе политики, когда соприкасается с ней, участвует в системе политических отношений, проявляя соответствующий уровень активности» [2].

Развернутое определение политической активности дано В. Речицким. «Политическая активность есть особый вид человеческого действия (сознательного бездействия), направленного на достижение любых целей в качестве вторичного либо конечного результата, и предполагающего в виде непосредственной цели и первичного результата, а также обязательного предварительного условия своей эффективности реализацию одной из разновидностей социального контакта.

Такой вид деятельности имеет тенденцию к расширению выбора возможных вариантов реализации своего интереса, и осуществляется преимущественно, но не исключительно, на основе компромисса, в котором сфера свободы одних участников этой деятельности определяется пределами свободы других ее

участников, находящихся с первыми в состоянии кооперации усилий или, наоборот, конфликта» [26, с. 56–57].

Главным «побудителем» политической активности граждан являются личные интересы, тесно связанные с полноценной реализацией прав личности. Следовательно, низкий уровень политической активности, отсутствие реальных прав человека превращают свободного индивида в пресловутый «винтик великого государственного механизма» (И. Сталин), народ – в безликую массу, незащищенную перед произволом власти. В современном мире неотвратимость политического выбора демократии (В. Речицкий), конституционализм как система принципов и правил развития правовой и политической систем служат механизмами, исключающими произвол и гарантирующими основные права и свободы личности, публичную и частную жизнь индивида.

Права человека и гражданина, как правило, находят свое формальное закрепление в правовых нормах, что «не ограничивается только законодательством..., а включает и другие социальные регуляторы, в том числе нормы морали, традиции, обычаи и т.д., которые легитимизированы обществом и обусловлены исторически достигнутым культурным уровнем общества» [27]. Это представляет собой юридическое измерение прав человека и гражданина. «Если же фиксировать политическое измерение права во всех его содержательных проявлениях, то речь должна идти о том, как, какими способами, механизмами, технологиями правовые нормы осуществляются в политической практике, как они создаются политиками-законодателями, а также как политика направляет развитие права» [12, с. 11].

Направленность политических процессов на повсеместное воплощение прав человека и гражданина свидетельствует о демократической форме государственного режима и, наоборот, политика отрицания прав человека и гражданина, подавления политической активности личности характерна для авторитарного типа государственности. А. Лукашева в этом контексте справедливо отмечает, что «первенство политических норм перед правовыми порождает насилие и создает почву тоталитарным режимам. Тоталитаризм неизбежно возникает там, где политика, политические нормы не имеют правовой опоры, где права человека не являются ограничителем

политической власти, не выступают в качестве средства контроля за ее осуществлением. Поэтому проблема соотношения прав человека и политики – это вопрос о характере политического режима, сущность которого определяется тем, признает или не признает он господство в обществе правовых начал, прав человека» [14].

С политическим измерением прав личности также связано их разделение на права человека и права гражданина. Л. Глухарева справедливо отмечает, что «выделение прав человека основывается на презумпции обладания каждым представителем человеческого рода вне политической общности совокупностью возможностей, коими он наделен фактом своего бытия. В этом смысле права универсальны и наднациональны, имеют отношение к каждому. Это человеческие права, которые существуют независимо от их государственного признания и законодательного закрепления. В противоположность им права гражданина выражают политико-правовую связь личности с конкретным государством или объединением государств, властью, законом» [6, с. 20].

Понятие «гражданин» в отличие от термина «человек» характеризуется более устойчивыми политико-правовыми связями лица и государства, вытекающими из принадлежности индивидов к народу, которому в государстве принадлежит суверенитет. Н. Баранов называет гражданство «одной из важных атрибутивных предпосылок политической природы человека», объясняя это тем, что «между гражданином и государством складываются устойчивые и многообразные отношения, которые имеют политический характер. Гражданин непосредственно предстает в качестве политического лица, когда он вступает в отношения с государством по поводу формирования органов власти и контроля за их деятельностью или как участник референдумов, митингов, демонстраций, уличных шествий и т.д.» [2]. Именно с наличием гражданства зачастую связывается пользование лицом политическими правами и свободами. Как правило, государства не допускают наделяния иностранцев большинством политических прав, существенно ограничивают возможности политического участия лиц с множественным гражданством [5].

Выступая универсальной ценностью, позволяющей «измерять» любые общественные события и явления, права

человека в современном мире связаны с важнейшими проблемами (поддержание экологического равновесия, мира и безопасности, сохранение культурного наследия человечества и т.д.), решение которых составляет условие дальнейшего человеческого существования. Поэтому государственная политика, как внутренняя, так и внешняя, должна быть направлена на обеспечение прав человека как высшей социальной ценности. Именно состояние защиты прав человека должно быть критерием эффективности государственной политики, приоритетом при осуществлении любых политических преобразований. Как точно указывает Е. Лукашева: «Право и его важнейшая составляющая – права человека призваны определять границы свободы политики, политиков и государственной власти. Любые политические меры, которые порождают нарушение прав человека – это посягательства на свободу индивида. Они являются и аморальными, поскольку права человека – это отражение не только правового опыта развития человечества, но и кристаллизация его нравственных начал, связанных с уважением свободы и автономии индивида, недопустимости их нарушения, с ориентацией на критерии «добра» и «общего блага» [14].

Кроме внутренней и внешней политики отдельных государств, права человека и гражданина являются объектом и международной политики. «Современная концепция прав человека подтверждает факт того, что права человека, установленные международными соглашениями, являются результатом политического процесса... Больше половины государств – членов ООН приняли обязательство привести свою политику в соответствие с международно-принятыми стандартами прав человека. Сегодня, тем не менее, очевидно, что их неисполнение является одним из наиболее мощных факторов давления в мировой политике» [16]. Международные стандарты прав человека, ставшие правовым результатом международной политики в этой сфере, направлены в первую очередь на недопущение приоритета политики над правом, правами человека. «Существование нормы права, возвышающейся над правителями и управляемой и обязательной для них, – указывал Л. Дюги, – есть необходимый постулат. Подобно тому как вся геометрия покоится на эвклидовом постулате, точно также и вся жизнь современных народов покоится на этом постулате нормы права. Право не есть политика силы, как учил Иеринг, оно не есть

дело государства, оно предшествует ему и возвышается над ними: оно является границей государственной силы и государство есть не что иное, как сила, отданная на служение праву» [8].

Таким образом, права человека как универсальная оценочная категория, соединившая в себе нравственные и правовые начала, устанавливает правовые основы политики и является мерилем эффективного осуществления публичной власти.

Многоплановость прав и свобод человека выступает основанием для их разделения по видовому содержанию. Традиционно критерием такого разделения являются основные сферы общественной жизни: экономическая, социальная, политическая, экологическая и духовная. Следует отметить, что какой из критериев классификации прав человека и гражданина ни был бы избран, он является взаимосвязанным и взаимообусловленным с другими возможными критериями и позволяет сделать акцент на изучении отдельного их аспекта, остановиться на анализе одной из сторон целостного содержания прав человека и гражданина. Политические права человека в полной мере не могут осуществляться без надлежащего обеспечения гражданских, экономических и социальных прав, поскольку в таком случае они не сопровождаются соответствующими материальными, экономическими и социальными благами. С другой стороны, «политические права граждан являются неременным условием функционирования всех других видов прав, поскольку они составляют органическую основу системы демократии и выступают как ценности, которыми власть должна ограничивать себя и на которые должна ориентироваться» [18, с. 151]. Поэтому во взаимопроникновении отдельных прав и свобод человека заложен важный функциональный механизм их осуществимости.

Политические права позволяют индивидам (прежде всего гражданам) влиять на деятельность субъектов политической системы, принимать участие в политической жизни. Современные определения политических прав человека, как правило, сводятся к возможностям активного участия граждан в управлении государственной и общественной жизнью [12, с. 16]. Поэтому представляется возможным разделить их на две соответствующие группы: 1) правомочия по участию в формировании и функционировании публично-властного механизма (избирательные права, право на участие в

референдуме, право петицій) и 2) правомочия по участию в жизни общества (право на ассоциации, свободу слова, свободу демонстраций). Таким образом, политические права охватывают сферу публичных интересов гражданина и тесно связаны с понятием политической свободы.

Категория свободы выступает в качестве фундаментальной характеристики положения личности в обществе и государстве, наполняющей конкретным содержанием конституционный принцип наивысшей социальной ценности человека (ст. 3 Конституции Украины). Как категория науки конституционного права свобода, по мнению К. Агафоновой, представляет собой характеристику состояния личности в государстве, определяемую: 1) нормативным содержанием конституционных прав личности; 2) нормативным содержанием юридических гарантий реализации указанных прав, а также соотношением конституционного и законодательного механизмов формирования этих гарантий; 3) нормативным содержанием общих принципов установления ограничений конституционных прав личности; 4) содержанием ограничений, действующих в отношении каждого конституционного права личности и каждой гарантии его реализации, а также ответственностью за несоблюдение соответствующих ограничений; 5) соотношением международно-правовых и конституционно-правовых ограничений основных прав личности и гарантий их реализации [1, с. 7].

Анализируя свободу как категорию науки конституционного права, К. Агафонова указывает на то, что политическая свобода является ее видом, обладая соответствующими характеристиками применительно к сфере общественных отношений, охватываемых действием политических прав личности [1, с. 8].

Политические права и свободы, определяемые как «важнейшая категория субъективных прав и свобод гражданина», рассматриваются «как обеспеченная человеку законом и публичной властью возможность участия (как индивидуально, так и коллективно) в общественно-политической жизни государства и осуществлении государственной власти» [11, с. 152]. Это означает, что политические права могут быть как индивидуальными, так и коллективными. Тем более, что сфера реализации данного вида прав предусматривает непосредственное соприкосновение с

властью: с одной стороны, человек или гражданин с помощью этих прав может получить власть, а с другой стороны, другие люди могут контролировать границы реализации этой власти, обеспечивая гармоничную взаимосвязь между государством, общественными институтами и личностью [36, с. 17–18].

Политические права и свободы, степень их гарантирования и реализации характеризуют уровень политической свободы в конкретном обществе. Их осуществление направлено на удовлетворение как общественных, так и личных интересов, потребностей. «Гармоничное сочетание этих потребностей и интересов служит теми рамками, в которых должны осуществляться политические права и свободы. Их реализация не должна противоречить интересам общества и государства, законным интересам лица. Любое использование указанных прав и свобод во вред народу, обществу, государству противоречит их истинной природе» [25, с. 134].

Внутреннее строение субъективного права характеризует взаимосвязь различных по характеру возможностей субъекта, их взаимное расположение и соподчинение. Возможность, являясь наиболее общей чертой субъективного права (в том числе и политического), в разных случаях проявляет себя по-разному. «В субъективном праве она может выражаться, во-первых, в возможности пользоваться определенным социальным благом, то есть в праве удовлетворять свои интересы и потребности; и в возможности действовать, то есть в праве на собственное поведение управомоченного; и в возможности требовать, то есть в праве на должное поведение со стороны других лиц; и, наконец, в возможности защиты, то есть в праве обратиться к компетентным органам государства и привести в действие механизм принуждения, если право нарушено (притязание). Таким образом, субъективное право выступает как право-пользование, право-поведение, право-требование, право-притязание» [3].

Таким образом, содержание субъективных политических прав человека и гражданина включает в себя следующие возможности: а) возможность пользоваться определенным социальным благом; б) возможность определенного поведения управомоченного субъекта; в) возможность требовать соответствующего поведения от других лиц; г) возможность применения мер государственного принуждения.

На примере одного из политических прав – права на свободу объединения в общественные объединения – это может быть проиллюстрировано следующим образом. Данное право включает в себя: а) возможность индивидов объединяться для осуществления и защиты прав и свобод, удовлетворения общественных интересов; б) возможность индивидуально или совместно с другими членами общественного объединения осуществлять его уставные цели и задачи; в) возможность требовать от государства и других субъектов не вмешиваться во внутренние дела общественного объединения, не препятствовать объединению в осуществлении им своих уставных задач, требовать легализации общественного объединения и т.д.; г) возможность в судебном порядке защищать права и законные интересы общественных объединений.

Политические права не могут быть абсолютными, законодательство может содержать их ограничения, вызванные объективными социальными предпосылками. К правомерным ограничениям политических прав, не приводящим к сокращению политической свободы, относятся: ограничение политических прав в чрезвычайных обстоятельствах; цензы, устанавливаемые для реализации политических прав; условия осуществления политических прав; предварительные конституционные запреты [1, с. 8]. Так, в соответствии с частью четвертой статьи 83 Конституции Украины в случае окончания срока полномочий Верховной Рады Украины во время действия военного или чрезвычайного положения ее полномочия продлеваются до первого заседания первой сессии Верховной Рады Украины, избранной после отмены военного или чрезвычайного положения. Соответственно, данное положение выступает правомерным ограничением избирательных прав граждан в период военного или чрезвычайного положения. Что касается цензов как ограничений в осуществлении политических прав, то Конституция Украины устанавливает общий возрастной ценз для осуществления активного избирательного права – достижение 18-летнего возраста (статья 70). Основным условием для осуществления политических прав, как правило, выступает условие наличие гражданства (статьи 36, 38, 39, 70 Конституции Украины), хотя в некоторых случаях для осуществления политических прав такое условие не выдвигается (статья 40 Конституции Украины). Конституция содержит и предварительные запреты относительно реализации политических прав. В частности, статья 37 полностью посвящена установлению

ограничений в деятельности политических партий, запрещая им иметь военизированные формирования, а также организационные структуры в органах публичной власти и т.д.

Таким образом, политические права человека и гражданина основаны на политической свободе и представляют собой установленные конституционно-правовыми нормами возможности (правомочия) активного участия граждан в управлении государственной и общественной жизнью, направленные на обеспечение влияния носителей таких прав (как правило, граждан) на деятельность субъектов политической системы.

2. Генезис политических прав и свобод человека и гражданина

К первому поколению прав человека, как известно, относятся основывающиеся на традиционных либеральных ценностях права, выражающие так называемую негативную свободу. Они обязывают государство воздерживаться от вмешательства в сферу личной свободы и обеспечивать условия для участия граждан в политической жизни страны. Они не создают материальные блага, а лишь порождают обязанность всех воздерживаться от нарушения интересов отдельного индивида. Перечень этих прав составляют личные (гражданские) и политические права: право на жизнь, свободу и безопасность лица, право на свободу от необоснованного ареста, задержания, право на равенство перед законом, право на свободу мысли, совести и религии, право граждан на участие в государственных делах, право на гласное рассмотрение независимым и беспристрастным судом с соблюдением всех требований справедливого рассмотрения дела, избирательное право, свобода слова, печати и другие.

В современных государствах существование политических прав и свобод не ставится под сомнение, равно как и наиболее общие условия их реализации – всеобщий характер, равенство граждан в обладании ими и т.д. Вместе с тем становление этого института в большинстве стран сталкивалось с проблемами, некоторые из которых порождались господствовавшей системой общественных отношений, а другие – практикой реализации политических прав.

Посредством данных прав общечеловеческие ценности находили свое воплощение в учениях о государстве и праве, в

нормативних источниках и были направлены на преодоление политического отчуждения.

«Политическим отчуждением называется процесс и результат превращения государства, возникшего в результате человеческой деятельности, в нечто независимое от общества и господствующее над ним... Государство как особый класс людей, занятых управлением и наделенных властными полномочиями, представляет собой обособленную от других социальных групп силу, монополю владующую правом принятия общеобязательных решений и принуждения к их осуществлению... Феномен политического отчуждения уже на ранних этапах истории породил стремление общества идеологически и реально преодолеть это отчуждение. Если защита общества – постоянная задача государства, то и общество стремилось защититься от чрезмерной самостоятельности государства. Это стремление резко усилилось в период становления гражданского общества, когда в трудах Руссо, Гегеля и других мыслителей была теоретически поставлена и по-разному решена проблема политического отчуждения» [9].

Впервые данные права были нормативно сформулированы в процессе буржуазных революций. Так, в Билле о правах 1689 года – «Акт, декларирующий права и свободы подданного и устанавливающий наследование Короны», принятый парламентом Англии 16 (26) декабря 1689 года в результате «Славной революции» и до сих пор являющийся одной из основных частей британской Конституции – уже содержались некоторые политические права. В частности, устанавливались свобода подачи петиций королю; свобода слова и дебатов; свобода выборов в парламент (в то время лишь для состоятельных граждан) от вмешательства короля [17]. Через столетие после этого политические права стали фиксироваться в конституционных актах других государств. В частности, п. XII Декларации прав Виргинии от 12 июня 1776 года называет свободу печати одним из великих оплотов гражданской свободы, который никем не может быть ограничен, кроме как деспотическим правительством. А Французская Декларация прав человека и гражданина 1789 года называет свободное выражение мыслей и мнений одним из драгоценнейших прав человека; каждый гражданин поэтому может свободно высказываться, писать, печатать, отвечая лишь за

злоупотребление этой свободой в случаях, предусмотренных законом (статья 11).

Американская Конституция 1787 года не регулировала вопрос прав человека, что позднее компенсировалось поправками к ней. Уже в первой поправке (1791 г.) устанавливается запрет Конгрессу США принимать законы, ограничивающие политические права и свободы граждан (в частности, ограничение свободы слова или печати, права народа мирно собираться и обращаться к правительству с петициями об удовлетворении жалоб). «Общая цель этой поправки – провозглашение и юридическое закрепление таких буржуазно-демократических свобод, как свобода слова, печати, собраний» [37, с. 31]. В этой поправке отсутствует закрепление права на свободу объединений в различного рода ассоциации. Однако принято считать, что она его подразумевает. Верховный Суд США в 1972 году установил, что «хотя положение о свободе ассоциации прямо не сформулировано в поправке, она на протяжении долгого времени считается подразумеваемой положениями о свободе слова, собраний и петиций» [37, с. 32]. Поправки XV (1870 г.), XIX (1920 г.), XXIV (1964 г.), XXVI (1971 г.) касались избирательных прав граждан США. Реализация данных положений на практике часто была затруднена, эти положения десятилетиями оставались фиктивными. Так, гарантированное XV поправкой избирательное право без дискриминации по критерию расы и цвета кожи стало реальным лишь спустя сто лет [10, с. 80].

Также на протяжении более чем столетия с момента первого провозглашения политических прав избирательное право повсеместно не было всеобщим и осложнялось всевозможными цензами: половым, имущественным, сословным. Женское избирательное право впервые было признано в Новой Зеландии незадолго до Первой мировой войны [40, с. 379–380].

В России при оформлении конституционной монархии в 1905 году были установлены политические права Манифестом об усовершенствовании государственного порядка от 17 октября 1905 года. В нем фиксировалась «непреклонная воля Императора» «Даровать населению незыблемые основы гражданской свободы на началах действительной неприкосновенности личности, свободы совести, слова, собраний и союзов» (статья 1), «...привлечь ... к участию в Думе ... те классы населения, которые ныне совсем лишены избирательных прав,

предоставив этим дальнейшее развитие начала общего избирательного права ... (статья 2). В данном случае впервые в российской истории (украинские земли на тот момент входили в состав Российской империи) на общегосударственном уровне нормативно закрепляются и гарантируются политические права и свободы граждан в их классическом понимании. Данный шаг, будучи вынужденным для властей, тем не менее ознаменовал начало принципиально нового этапа развития российской государственности, когда население получало возможность участия в управлении делами государства, публичного выражения собственных мнений, совместного достижения собственных целей, в том числе и политических. Безусловно, закрепляемые в правовых актах того времени политические права и свободы, формы их ограничения со стороны государства и реализации самими гражданами были далеки от современных национальных и международных стандартов демократии. В рассматриваемый период законодательная регламентация порядка реализации подданными права на объединение и союзы не соответствовала принципам, декларированным в Манифесте от 17 октября 1905 г., поскольку не позволяла легально функционировать партиям и движениям, которые по своим идеологическим характеристикам или персональному составу членов не отвечали интересам власти. Объем и возможности реализации избирательных прав подданных Российской империи в начале XX века напрямую зависели от сложившейся избирательной системы, которая, будучи сложной и многоступенчатой, существенным образом снижала реальные избирательные возможности населения, а следовательно, речь должна идти не об ограничении избирательных прав в данный период, а об их частичном и выборочном предоставлении [4].

После политических событий в России в феврале и октябре 1917 года в ходе возрождения национального движения в Украине формируются и находят свое закрепление в Конституции Украинской Народной Республики (Статут про державний устрій, права і вільності УНР) от 29 апреля 1918 года. Статья 17 гарантировала гражданам, как и всем другим лицам на своей территории, невозможность ограничения «в правах слова, печати, совести, организации, забастовки», если при этом лицо «не переступает положений уголовного права». При этом вся полнота политических прав признавалась только за гражданами

УНР, которым предоставлялось право управления государственной и местной жизнью посредством активного и пассивного участия в выборах в законодательные учреждения и органы местного самоуправления (статья 20). Избирательное право объявлялось всеобщим (статья 21). Однако данная Конституция не вступила в силу, и дальнейшее развитие правового статуса личности и, в частности, политических прав граждан проходило со свойственными советскому типу государственного строя особенностями.

Нормативное закрепление политических прав и свобод было ограничено идеологическими рамками. Конституция УССР 1937 года хоть и гарантировала в статье 124 свободу слова, печати, собраний и митингов, уличных походов и демонстраций, но обусловила их реализацию «соответствием интересам трудящихся», «целью укрепления социалистического строя». Эти условия, очевидно, нивелировали истинную сущность соответствующих прав. Гарантии реализации этих прав исчерпывались только «предоставлением трудящимся и их организациям издательств, запасов бумаги, общественных зданий, улиц, средств связи и других материальных условий, необходимых для их осуществления». Еще жестче регламентируется свобода ассоциаций. Граждане получали право объединяться в общественные организации (приведен их перечень – профессиональные союзы, кооперативные объединения, организации молодежи, спортивные и оборонные организации, культурные, технические и научные общества) исключительно «в соответствии с интересами трудящихся и с целью развития организационной самостоятельности и политической активности народных масс». При этом объединение граждан в политические партии не предусматривалось. Однако «наиболее активные и сознательные граждане из рядов рабочего класса и других слоев трудящихся объединяются в Коммунистическую партию (большевиков) Украины, являющуюся передовым отрядом трудящихся в их борьбе за укрепление и развитие социалистического строя и представляющую руководящее ядро всех организаций трудящихся, как общественных, так и государственных» (статья 125).

Конституция УССР 1978 года также содержала основные политические права, как правило, ограничивая их различными условиями. В соответствии с ней граждане Украинской ССР имели право участвовать в управлении государственными и

общественными делами, в обсуждении и принятии законов и решений общегосударственного и местного значения. Это право обеспечивается возможностью избирать и быть избранными в Советы народных депутатов и другие выборные государственные органы, принимать участие во всенародных обсуждениях и голосованиях, в народном контроле, в работе государственных органов, общественных организаций и органов общественной самодеятельности, в собраниях трудовых коллективов и по месту жительства (статья 46). Каждый гражданин Украинской ССР имел право вносить в государственные органы и общественные организации предложения об улучшении их деятельности, критиковать недостатки в работе. При этом должностные лица обязаны были в установленные сроки рассматривать предложения и заявления граждан, давать на них ответы и принимать необходимые меры. Преследование за критику запрещалось. Лица, преследующие за критику, должны были привлекаться к ответственности (статья 47). В соответствии с интересами народа и в целях укрепления и развития социалистического строя гражданам Украинской ССР гарантировались свободы: слова, печати, собраний, митингов, уличных шествий и демонстраций. Осуществление этих политических свобод обеспечивалось предоставлением трудящимся и их организациям общественных зданий, улиц и площадей, широким распространением информации, возможностью использования печати, телевидения и радио (статья 48). В соответствии с целями коммунистического строительства граждане Украинской ССР имели право объединяться в общественные организации, способствующие развитию политической активности и самодеятельности, удовлетворению их многообразных интересов (статья 49).

Реализация данных прав в УССР была весьма ограничена, они носили преимущественно декларативный характер: выборы в органы советской власти проходили на безальтернативной основе, деятельность общественных организаций была абсолютно подконтрольна партийным органам, критика советской власти жестко пресекалась, митинги и демонстрации допускались исключительно в поддержку партии и правительства и под их эгидой только и проводились. Внесенные на протяжении 1989–1994 годов изменения к Конституцию 1978 года ликвидировали закрепленные в ней условия

осуществления политических прав и свобод, приблизили их к международным стандартам в этой сфере.

Международно-правовые стандарты в сфере политических прав человека установили общечеловеческие стандарты прав и интересов лица в политической сфере, определив ту черту, за которую государство не может выходить. Положения международных актов, в которых содержатся подобные стандарты, являются эталоном для национальных правовых систем.

Международные стандарты политических прав содержатся в основных актах по правам человека – Всеобщей декларации прав человека 1948 года, Международном пакте о гражданских и политических правах 1966 года и Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года. Они включают как формулировку самого права, так и легитимные способы его ограничения. К международным стандартам политических прав относятся:

1) свобода ассоциаций. Каждый человек имеет право на свободу ассоциации с другими, включая право создавать профсоюзы и вступать в таковые для защиты своих интересов. Пользование этим правом не подлежит никаким ограничениям, кроме тех, которые предусматриваются законом и которые необходимы в демократическом обществе в интересах государственной или общественной безопасности, общественного порядка, охраны здоровья и нравственности населения или защиты прав и свобод других лиц. Настоящая статья не препятствует введению законных ограничений пользования этим правом для лиц, входящих в состав вооруженных сил и полиции;

2) свобода демонстраций. Признается право на мирные собрания. Пользование этим правом не подлежит никаким ограничениям, кроме тех, которые налагаются в соответствии с законом и которые необходимы в демократическом обществе в интересах государственной или общественной безопасности, общественного порядка, охраны здоровья и нравственности населения или защиты прав и свобод других лиц;

3) право на участие в управлении страной (избирательное право). Каждый человек имеет право принимать участие в управлении своей страной непосредственно или через посредство свободно избранных представителей. Каждый человек имеет право равного доступа к государственной службе

в своей стране. Воля народа должна быть основой власти правительства; эта воля должна находить выражение в периодических и нефальсифицированных выборах, которые должны проводиться при всеобщем и равном избирательном праве, путем тайного голосования или же посредством других равнозначных форм, обеспечивающих свободу голосования.

Следование данным стандартам, степень их имплементации во внутреннее конституционное законодательство, показатель их гарантирования и реализации на практике определяют уровень демократического развития государства и общества.

3. Классификация политических прав и свобод человека и гражданина

Под классификацией обычно понимается системный раздел и упорядочения понятий и явлений. Группирование понятий с точки зрения их объема, расписание родового понятия на видовые понятия, которые его составляют, происходят на основе определенного признака. Классификация выступает инструментом получения новых знаний о соответствующем явлении, приводит к расширению понятийно-категориального аппарата науки. Основной задачей классификации является выявление тех системных признаков, которые уже объективно существуют во всем множестве проявлений исследуемого явления или объекта.

Неоднородность политических прав и свобод также свидетельствует о необходимости их классификации и возможности разделения на основе некоторых критериев.

Одним из таких критериев является способ реализации прав. Одни права могут реализовываться субъектом непосредственно и самостоятельно, другие – исключительно совместно с другими субъектами. По этому критерию различаются коллективные и индивидуальные права и свободы.

Коллективные права формулируются по мере становления интересов той или иной общности или коллектива. Они не могут рассматриваться как сумма индивидуальных прав лиц, входящих в ту или иную общность или коллектив. Им присущи качественно другие свойства, определяемые целями и интересами коллективного образования. К коллективным политическим правам можно отнести право наций на самоопределение, право на национально-культурную

автономію, право народу на спротивлення угнетенню, право на організовану парламентську політичну опозицію, передбачені конституційними актами деяких держав. Перелічені права, несомненно, належать до політичної сфери, однак не можуть бути реалізовані індивідом самотньо, а потребують певного соучастия осіб зі схожими інтересами. Як правило, колективні права властиві колективним суб'єктам – народу, нації, територіальній громаді і т.п. Однак і свобода асоціацій чи демонстрацій не має сенсу для одного громадянина, який тільки в колективі єдиномышленників зможе взяти участь у діяльності громадського об'єднання чи провести мітинг. Хоча свободу асоціацій нерідко відносять до індивідуальних прав [38, с. 162].

Індивідуальні ж права і свободи не потребують соучастия, громадянин самостійно і на своє усмотрение може в будь-який момент використати наданий йому право без втручання когось. В даному випадку мова йде про право доступу до державної таємниці чи участі в управлінні державними справами, право доступу до державної служби.

Деякі політичні права можуть виступати і як колективні, і як індивідуальні: наприклад, право направляти індивідуальні чи колективні письмові звернення або особисто звертатися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування і до посадовцями і службовцями цих органів (право петицій).

Наряду з колективними політичними правами певних громад (соціальних, національних і др.) і індивідуальними політичними правами Т. Хабриєва і В. Чиркин надають особливе значення тим, які використовуються індивідуально, але мають своїм результатом колективне вираження волі [38, с. 162]. До таких належать права, пов'язані з різними формами безпосередньої демократії (виборче право, право на участь у референдумі, народна законодавча ініціатива, відклик депутата, громадські слухання і т.д.).

Також критерієм класифікації політичних прав і свобод людини і громадянина може виступати спосіб їх закріплення. Політичні права можуть міститися безпосередньо в

Конституції, а могут быть закреплены и в законах и подзаконных актах. Так, Конституция Украины закрепила право на свободу объединения в политические партии и общественные организации (статья 36), право принимать участие в управлении государственными делами, во всеукраинском и местных референдумах, свободно избирать и быть избранным (статья 38), право собираться мирно, без оружия и проводить собрания, митинги, походы и демонстрации (статья 39), право направлять индивидуальные или коллективные письменные обращения либо лично обращаться в органы государственной власти, органы местного самоуправления и к должностным и служебным лицам этих органов (статья 40). При этом, например, право на доступ к государственной тайне нашло свое закрепление только в соответствующем законе.

Вопреки устоявшемуся мнению о принадлежности политических прав исключительно гражданам, законодательство допускает возможность пользования некоторыми политическими правами иностранцам и лицам без гражданства. Исходя из этого представляется возможным подразделить политические права в зависимости от субъекта (носителя) на права граждан и права неграждан (иностранцев и лиц без гражданства). Исключительно гражданам принадлежат право на объединение в политические партии, при этом объединяться в общественные объединения могут и иностранцы, и лица без гражданства (пункт 1 статьи 7, пункт 1 статьи 8 Закона Украины «Об общественных объединениях» [19]). На данную классификацию распространяются общие правила деления прав личности на права человека и права гражданина. Конституционные формулировки достаточно четко указывают, каким из политических прав могут пользоваться только граждане Украины (статьи 36, 38, 39 Основного Закона начинаются со слов «Граждане Украины имеют право...»), а какими – и лица, находящиеся в других гражданских состояниях (статья 40 начинается словами «Все имеют право...»). Вопрос принадлежности политических прав негражданам детализируется в текущем законодательстве.

Наиболее сложной является классификация политических прав по содержанию. Связано это с тем, что ни в науке, ни в конституционных актах различных стран, ни в международных документах нет четкого перечня, какие именно права следует

считать политическими. В этот список в разных источниках попадают: свобода слова (свобода распространения не конфиденциальной информации); право на доступ к информации, право обращений или петиций (то есть обращаться лично, а также направлять индивидуальные и коллективные обращения в государственные органы и органы местного самоуправления); свобода ассоциаций (право на объединение в политические партии, общественные объединения и проч.), свобода собраний (право собираться мирно и без оружия, проводить митинги, демонстрации, шествия); право на участие в управлении делами государства и на равный доступ к государственной службе; право на гражданство; избирательные права (активное и пассивное субъективное избирательное право); право на участие в отправлении правосудия и другие.

Отнесение перечисленных и иных прав к политическим, а не, к примеру, гражданским, связано с субъективной позицией авторов. Наиболее ярким примером является отнесение свободы слова к политическим правам. Однако в этом усматривается рациональное зерно, если речь идет о свободе распространения информации политического характера. Также если право на объединение в целом признается политическим, то право на объединение в профессиональные союзы по своей сути очень близко к социально-экономическим правам.

Классическим набором политических прав, не вызывающим дискуссий в научных кругах, является предусмотренный Конституцией Украины перечень прав и свобод человека и гражданина, включающий право на свободу объединения в политические партии и общественные организации; право принимать участие в управлении государственными делами, во всеукраинском и местных референдумах, свободно избирать и быть избранным; право собираться мирно, без оружия и проводить собрания, митинги, походы и демонстрации; право направлять индивидуальные или коллективные письменные обращения либо лично обращаться в органы государственной власти, органы местного самоуправления и к должностным и служебным лицам этих органов.

Право на свободу объединения в политические партии и общественные объединения. В статье 15 Конституция Украины закрепляет исходный принцип гражданского общества: «Общественная жизнь в Украине основывается на принципах

политического, экономического и идеологического многообразия». Учитывая, что право на свободу объединения является одним из основных политических прав граждан, принцип многообразия общественной жизни является отправным в определении основ реализации этого конституционного права и установления институтов гражданского общества, составляющей которого являются различные объединения граждан, представляющие определенные идеологические и другие взгляды, интересы различных социальных групп и индивидов [28].

Действующие в гражданском обществе заинтересованные группы, представляющие собой разного рода организации или ассоциации, объединённые общностью интересов, предоставляют отдельной личности возможность для реализации её способностей и отражают интересы людей.

Объединения граждан (общественные организации и общественные союзы, политические партии, профессиональные союзы, религиозные организации и проч.) создаются для осуществления жизненных целей, для выражения, представления и защиты законных интересов индивидов. В процессе становления правового демократического государства первостепенную роль играет участие в нем реальных общественных институтов. Их функционирование зависит от уровня правосознания людей и их способности создавать ассоциации и вступать в них для защиты своих интересов.

В соответствии со статьей 36 Конституции Украины граждане Украины имеют право на свободу объединения в политические партии и общественные организации для осуществления и защиты своих прав и свобод и удовлетворения политических, экономических, социальных, культурных и других интересов, за исключением ограничений, установленных законом в интересах национальной безопасности и общественного порядка, охраны здоровья населения или защиты прав и свобод других людей. Развивая данные положения Основного Закона Конституционный Суд Украины в одном из своих решений констатировал, что «...свобода объединения означает, в частности, правовую и фактическую возможность добровольно, без принуждения или предварительного разрешения образовывать объединения граждан или вступать в них. В соответствии с частью четвертой статьи 36 Конституции

України ніхто не може бути принужден к вступленню в любое объединение граждан... Обязанностью правового государства является, в частности, невмешательство как в реализацию гражданами права на свободу объединения, так и в деятельность самого объединения, «за исключением ограничений, установленных законом в интересах национальной безопасности и общественного порядка, охраны здоровья населения или защиты прав и свобод других людей» (часть первая статьи 36 Конституции Украины). Тем самым Конституция Украины установила границы вмешательства государства в реализацию права граждан на свободу объединения. Пункт 11 части первой статьи 92 Конституции Украины предусматривает, что исключительно законами определяются «основы создания и деятельности объединений граждан». Другие вопросы реализации права на свободу объединения в гражданском обществе не подлежат государственному регулированию и должны решаться по свободному усмотрению его членов» [34].

Ведущее место среди объединений граждан занимают политические партии, которые в соответствии с частью 2 статьи 36 Конституции Украины способствуют формированию и выражению политической воли граждан, участвуют в выборах. Профильный закон определяет их как зарегистрированное в соответствии с законом добровольное объединение граждан – сторонников определенной общенациональной программы общественного развития, имеющее своей целью содействие формированию и выражению политической воли граждан, принимающее участие в выборах и других политических мероприятиях (статья 2 Закона Украины «О политических партиях в Украине» [22]). Политические партии обеспечивают участие граждан Украины в политической жизни общества, влияют на государственную власть, участвуют в формировании органов власти и контроле за их деятельностью [33].

В соответствии с Конституцией членами политических партий могут быть только граждане Украины. Ограничения относительно членства в политических партиях устанавливаются исключительно Конституцией и законами Украины. Закон «О политических партиях в Украине» сузил круг граждан, которые могут быть членами политических партий, включив в него только тех из них, кто имеет право голоса на

выборах (часть 1 статьи 6). При этом гражданин Украины может находиться одновременно только в одной политической партии.

Членами политических партий не могут быть: судьи, работники прокуратуры, работники органов внутренних дел, сотрудники Службы безопасности Украины, военнослужащие, работники органов государственной налоговой службы, персонал Государственной уголовно-исполнительной службы Украины.

Членство в политической партии является фиксированным. Форма фиксации членства в политической партии определяется уставом политической партии.

Политические партии в Украине могут иметь исключительно всеукраинский статус, подлежат государственной регистрации в Министерстве юстиции Украины, после которой приобретают статус юридического лица. Запрет политической партии возможен только в судебном порядке по представлению Министерства юстиции Украины или Генерального прокурора Украины в случае нарушения требований относительно создания и деятельности политических партий, установленных Конституцией Украины и законами Украины.

Такие требования четко закреплены в статье 37 Конституции Украины. Однако они не должны рассматриваться в качестве ограничений политических прав. На это обращал внимание Конституционный Суд Украины, специально указавший, что «...понятие «ограничение конституционных прав и свобод человека и гражданина» в контексте части первой статьи 64 Конституции Украины следует понимать как не предусмотренное конституционными нормами сужение объема прав и свобод, установление дополнительных норм, которыми нивелируется свобода объединения в политической партии в порядке, определенном соответствующим законом, и которые фактически препятствуют созданию объединений граждан. Поэтому необходимо различать понятие «ограничение основных прав и свобод» от принятого в законотворческой практике понятия «фиксация границ самой сущности прав и свобод» путем применения юридических способов (приемов), признавая такую практику допустимой, если дополнительное нормирование процесса создания политических партий специальным законодательством ставит целью не сузить объем прав и свобод, а уточнить содержание и регламентацию процедурных вопросов и очертить общие черты основополагающих прав» [33].

Конституція содержит три требования к созданию и деятельности политических партий в Украине. Во-первых, создание и деятельность политических партий и общественных организаций, программные цели или действия которых направлены на ликвидацию независимости Украины, изменение конституционного строя насильственным путем, нарушение суверенитета и территориальной целостности государства, подрыв его безопасности, незаконный захват государственной власти, пропаганду войны, насилия, на разжигание межэтнической, расовой, религиозной вражды, посягательства на права и свободы человека, здоровье населения, запрещаются. Подобные требования встречаются во многих демократических странах с устоявшейся партийной системой и даже нашли своё толкование в одном из решений Европейского суда по правам человека. Так, в решении по делу «Партия благоденствия и другие против Турции» (2003 г.) Суд указал следующее: «...политическая партия может проводить кампанию за изменения в законодательстве или в конституционном строе государства, если соблюдает два условия: в первую очередь средства, которые используются для этой цели, должны быть законными и демократическими со всех точек зрения; во-вторых, сами по себе предложенные изменения должны быть совместимы с основными демократическими принципами. Это всегда означает, что политическая партия, лидеры которой подстрекали к насилию или выдвигали политическую программу, несовместимую с определенной нормой демократии или рядом таких норм, или программу, которая имеет целью уничтожение демократии или игнорирует признанные демократические права и свободы, не может рассчитывать на защиту со стороны Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года от санкций, которые в связи с этим применяются против нее. Вместе с тем ... только убедительные и неопровержимые причины могут быть основанием для ограничения права таких партий на свободу объединения... Если политическая партия, которая руководствуется моральными ценностями, устанавливаемыми религией, придерживается указанных выше двух условий, ее нельзя считать не совместимой по своей сути с изложенными в Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года основополагающими принципами демократии. ...цели и намерения политической партии нельзя определять только на

основани такого критерия, как партийный устав и программа. Как свидетельствует прошлый политический опыт Договаривающихся государств, политические партии, которые вынашивали цели, несовместимые с основополагающими принципами демократии, не обнародовали их в своих официальных изданиях до тех пор, пока не приходили к власти. Вот почему ... истинные цели и намерения партии могут быть скрытыми в ее политической программе и отличными от тех, которые она провозглашает. Для того чтобы убедиться в истинности провозглашаемых партией намерений, необходимо сверить, соответствуют ли действия руководителей партии и занятая ими позиция содержанию ее программы».

Во-вторых, политические партии и общественные организации не могут иметь военизированных формирований. В-третьих, не допускается создание и деятельность организационных структур политических партий в органах исполнительной и судебной власти, исполнительных органах местного самоуправления, воинских формированиях, а также на государственных предприятиях, в учебных заведениях и других государственных учреждениях и организациях.

Наряду с политическими партиями в Украине действуют общественные объединения – добровольные объединения физических лиц и/или юридических лиц частного права для осуществления и защиты прав и свобод, удовлетворения общественных, в частности экономических, социальных, культурных, экологических и других интересов. Они по организационно-правовой форме создаются как общественная организация или общественный союз.

Общественная организация – это общественное объединение, учредителями и членами (участниками) которого являются физические лица. Общественный союз – это общественное объединение, учредителями которого являются юридические лица частного права, а членами (участниками) могут быть юридические лица частного права и физические лица.

Учредителями общественной организации могут быть граждане Украины, иностранцы и лица без гражданства, которые находятся в Украине на законных основаниях, которые достигли 18 лет, а молодежной и детской общественной организации – 14 лет.

Учредителями общественного объединения могут быть юридические лица частного права, в том числе общественные

об'єднання со статусом юридического лица, но не могут быть политические партии, а также юридические лица, в отношении которых принято решение об их прекращении или которые находятся в процессе ликвидации. Количество учредителей общественного объединения не может быть меньше, чем два человека. Учредителями общественного объединения не могут быть юридические лица частного права, единственным учредителем которых является одно и то же лицо.

Членами (участниками) общественной организации, кроме молодежной и детской, могут быть граждане, иностранцы и лица без гражданства, достигшие 14 лет. Возраст членов молодежной, детской организации определяется ее уставом в пределах, установленных законом. Членами (участниками) общественного объединения могут быть юридические лица частного права, в том числе общественные объединения со статусом юридического лица, физические лица, достигшие 18 лет и не признанные судом недееспособными.

Общественные объединения могут осуществлять деятельность со статусом юридического лица или без такого статуса. Общественное объединение со статусом юридического лица является непредпринимательским обществом, основной целью которого не является получение прибыли (статья 1 Закона Украины «Об общественных объединениях» [19]).

При этом право определять, в каком статусе объединение будет осуществлять свою деятельность принадлежит самому объединению. В соответствии с пунктом 39 мотивировочной части Решения Европейского суда по правам человека от 3 апреля 2008 года (дело «Корецкий и другие против Украины») «...возможность основать юридическое лицо с целью действовать коллективно в сфере общих интересов является одним из важнейших аспектов права на свободу объединения, при отсутствии которого указанное право было бы лишено любого смысла. Способ, которым национальным законодательством закреплена эта свобода и ее практическое применение органами государственной власти, является проявлением состояния демократии в определенной стране. Безусловно, государства имеют право убедиться в том, что цель объединения и его деятельности соответствует требованиям, предусмотренным законодательством, однако они должны делать это способом, совместимым с их обязательствами по

Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года. Такой способ подлежит проверке конвенционными институтами... отказ национальных органов государственной власти предоставить статус юридического лица объединению граждан является вмешательством в право заявителей на осуществление права на свободу объединения...».

К гарантиям права на свободу объединения статья 5 Закона Украины «Об общественных объединениях» относит: 1) невозможность принуждения к вступлению в общественное объединение; 2) принадлежность или непринадлежность к общественному объединению не может служить основанием для ограничения прав и свобод личности или для предоставления ей органами публичной каких-либо льгот и преимуществ; 3) право каждого добровольно в любое время в порядке, установленном уставом, прекратить членство (участие) в общественном объединении; 4) недопустимость требования об указании сведений относительно членства (участия) лица в общественном объединении, если такое требование не связано с реализацией лицом своих прав как лица, имеющего право представлять общественное объединение, или члена (участника) общественного объединения.

К общественным объединениям законом выдвигается перечень требований, схожий со списком требований к созданию и деятельности политических партий. Создание и деятельность общественных объединений, цель (цели) или действия которых направлены на ликвидацию независимости Украины, изменение конституционного строя насильственным путем, нарушение суверенитета и территориальной целостности государства, подрыв его безопасности, незаконный захват государственной власти, пропаганду войны, насилия, разжигание межэтнической, расовой, религиозной вражды, посягательства на права и свободы человека, здоровье населения, запрещаются. Так же, как и политические партии, общественные объединения не могут иметь военизированных формирований.

Общественные объединения могут, объединяясь между собой, создавать ассоциации и другие формы объединения. В одной из правовых позиций Конституционного Суда Украины признается, что «образование объединениями граждан, в том числе общественными организациями, союзов между собой (как формы объединения) основывается на реализации

соответствующего права гражданами, которые являются членами этих организаций» [34].

Часть третья статьи 36 Конституции Украины также устанавливает право граждан на участие в профессиональных союзах с целью защиты своих трудовых и социально-экономических прав и интересов. Конституция определяет профессиональные союзы как общественные организации, которые объединяют граждан, связанных общими интересами по роду их профессиональной деятельности. Профильный закон, детализируя это определение, предоставляет профсоюзам статус добровольных некоммерческих общественных организаций, объединяющих граждан, связанных общими интересами по роду их профессиональной (трудовой) деятельности (обучению) [23].

Профессиональные союзы создаются без предварительного разрешения на основе свободного выбора их членом. Граждане Украины имеют право на основе свободного волеизъявления без любого разрешения создавать профсоюзы, вступать в них и выходить из них на условиях и в порядке, определенных их уставами, участвовать в работе профсоюзов. Иностранцы граждане и лица без гражданства не могут создавать профсоюзы, но могут вступать в профсоюзы, если это предусмотрено их уставами.

Членами профсоюзов могут быть лица, которые работают на предприятии, в учреждении или организации независимо от форм собственности и видов хозяйствования, у физического лица, которое использует наемный труд, лица, обеспечивающие себя работой самостоятельно, лица, которые учатся в учебном заведении.

Граждане Украины свободно выбирают профсоюз, в который они желают вступить. Основанием для вступления в профсоюз является заявление гражданина (работника), поданное в первичную организацию профсоюза. При создании профсоюза прием в него осуществляется учредительным собранием. Никто не может быть принужден вступать или не вступать в профсоюз.

Все профессиональные союзы имеют равные права. Ограничения относительно членства в профессиональных союзах устанавливаются исключительно настоящей Конституцией и законами Украины.

Профсоюзы, их объединения легализуются путем уведомления о соответствии заявленному статусу.

Право принимать участие в управлении государственными делами юридически обеспечивает включение граждан в сферу принятия и осуществления государственных решений.

Данное право также гарантируется демократической организацией политической системы общества, способствующей политической активности граждан. При такой организации общественной системы граждане непосредственно участвуют в управлении делами государства посредством волеизъявления на выборах и референдумах, личного участия в работе органов законодательной (эксперты, консультанты и проч.), исполнительной (члены общественных советов при государственных органах и проч.) и судебной (присяжные и народные заседатели) ветвей власти. Конкретными формами реализации права на управление государственными делами и одновременно его гарантиями выступают право избирать и быть избранным в органы государственной власти и местного самоуправления, право участвовать во Всеукраинском и местных референдумах, право на равный доступ к государственной службе и службе в органах местного самоуправления, а также право на участие в отправлении правосудия.

Совокупность вышеперечисленных прав и составляет содержание права на участие в управлении государственными делами. Именно такой смысл и вкладывает в него статья 38 Конституции Украины, устанавливая, что «граждане имеют право принимать участие в управлении государственными делами, во всеукраинском и местных референдумах, свободно избирать и быть избранными в органы государственной власти и органы местного самоуправления. Граждане пользуются равным правом доступа к государственной службе, а также к службе в органах местного самоуправления».

Однако применение данной нормы на практике и интерпретационная деятельность единственного органа конституционной юрисдикции в процессе демократического государственно-правового развития пошли по пути расширения содержания данного права, включая в него новые составляющие. В пункте 3.2 мотивировочной части Решения Конституционного Суда Украины по делу о внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно выборов Президента Украины содержится правовая позиция, в соответствии с которой «избирательные комиссии являются специальными

коллегиальными государственными органами, уполномоченными организовывать подготовку и проведение выборов Президента Украины и обеспечивать точное и единообразное соблюдение законодательства Украины относительно выборов Президента Украины. Будучи членом избирательной комиссии, гражданин реализует свое конституционное право участвовать в управлении государственными делами» [29]. Таким образом, участие граждан в работе избирательных комиссий в качестве членов также является способом реализации права на управление государственными делами.

Важное для понимания сути права на управление государственными делами положение содержится в правовой позиции Конституционного Суда Украины, в соответствии с которой, например, «народный депутат Украины получает депутатский мандат от избирателей, которым Основной Закон гарантирует свободное волеизъявление (часть вторая статьи 71 Конституции Украины) и с которыми народный депутат Украины как их представитель поддерживает связь...», «с помощью этого механизма представительства граждане Украины реализуют свое конституционное право участвовать в управлении государственными делами (часть первая статьи 38 Конституции Украины) и осуществляют народное волеизъявление (статья 69 Конституции Украины)»².

Избирательное право – ключевой институт демократического правления, форма участия народа как носителя суверенитета в политическом процессе. Избирательное право подразделяется на активное (право избирать – участвовать в формировании органов публичной власти и избрании должностных лиц путем голосования) и пассивное (право быть избранным – выдвигать свою кандидатуру на всех видах выборов). Современные конституции, отказавшись от различных цензов, существовавших и применявшихся в мире ранее (половой, имущественный, расовый, сословный и проч.), выдвигает минимальные требования к избирателям. В соответствии со статьей 70 Конституции Украины право голоса на выборах и референдумах имеют граждане Украины, достигшие на день их проведения восемнадцати лет. Не имеют права голоса граждане,

² Абзац 4 п. 2 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України № 11-рп/98 від 7 липня 1998 року (справа щодо порядку голосування та повторного розгляду законів Верховною Радою України).

признанные судом недееспособными. То есть, как на это указал Конституционный Суд Украины, «право избирать заключается в возможности гражданина Украины, который на день проведения выборов достиг восемнадцати лет и который не признан судом недееспособным (статья 70 Конституции Украины), путем голосования участвовать в избрании, в частности, Президента Украины» [29] (равно как и в избрании других должностных лиц и депутатов – *Авт.*).

Предписания статьи 71 Конституции Украины требуют, чтобы выборы в органы государственной власти и органы местного самоуправления являлись свободными и происходили на основе всеобщего, равного и прямого избирательного права путем тайного голосования. Кроме того, избирателям гарантируется свободное волеизъявление. Это означает, что, во-первых, избирательное право принадлежит каждому, во-вторых, каждому принадлежит равное количество голосов, в-третьих, избиратели голосуют непосредственно за кандидатов (на референдуме отвечают на поставленный вопрос), не делегируя это право неким выборщикам, делегатам и проч., в-четвертых, избиратели вправе не разглашать свой выбор, и в-пятых, избиратели самостоятельно принимают решение по поводу своего участия или неучастия в выборах или референдумах.

Таким образом, в отношении активного избирательного права и права на участие в референдуме, т.е. права голоса на выборах и референдума, установлены три ценза – ценз гражданства, возрастной ценз и ценз дееспособности. Что касается пассивного избирательного права, то тут, кроме этих трех условий, действуют разного рода квалификационные требования. Кроме того, возрастной ценз повышен и дифференцирован в зависимости от должностей, постов и мандатов, на которые может претендовать гражданин. Например, на должность сельского, поселкового, городского головы могут баллотироваться граждане, достигшие 18 лет, на мандат народного депутата – граждане, достигшие 21 года, на должность судьи судов общей юрисдикции – достигшие 25 лет, на пост Президента Украины – 35 лет, на должность судьи Конституционного Суда Украины – 40 лет. В некоторых случаях установлен предельный возраст пребывания на определенной должности, что означает, что граждане, его достигшие, не могут быть выдвинуты в качестве кандидатов на эти должности.

Законодавство України устанавлює також деякі інші вимоги до кандидатів – володіння державною мовою, постійне проживання на території України, наявність певної спеціальності або освіти та стажу роботи за цією спеціальністю, досвід у певній діяльності, високі моральні якості. Конституційний Суд України в різних рішеннях сформулював правові позиції щодо вимог до кандидатів на посади певних посадових осіб, постів, отримання мандатів. В Рішенні по справі про віковий ценз Суд констатував, що «встановлення Конституцією України та законами України певних кваліфікаційних вимог не порушує конституційного принципу рівності (стаття 24), адже всі громадяни, які відповідають певним кваліфікаційним вимогам, мають право займати відповідні посади. Законом визначені кваліфікаційні вимоги, які повинні відповідати положенням частини другої статті 24 Конституції України... Критерієм в законодавстві встановленні кваліфікаційних вимог до віку є цілісність» (п. 2 мотивової частини) [31].

При цьому Конституційний Суд України вважає в цьому контексті, що «...встановлення обмежень прав і свобод людини і громадянина є допустимим виключно за умови, що таке обмеження є пропорційним і суспільно необхідним. Позбавлення громадянина України права брати участь в управлінні державними справами шляхом участі в роботі окружної або окружної виборчої комісії в зв'язі з його проживанням за межами відповідного округу або міста в умовах відсутності воєнного або надзвичайного положення є порушенням частини четвертої статті 15, частини першої статті 38 Конституції України» [29].

Також право бути обраним не є абсолютним в тому розумінні, що, маючи право бути обраним на певні посади або в склад різних органів, громадянин має право займати всі ці посади або бути носієм мандата одночасно в разі обрання. Конституційний Суд України чітко встановив, що «...положення частини першої статті 38 Конституції України, згідно з якою громадяни мають право

свободно избирать и быть избранными в органы государственной власти и органы местного самоуправления», в контексте положений части второй статьи 78 Конституции Украины следует понимать так, что гражданину Украины предоставлено право свободно быть избранным в любой орган государственной власти, в частности, в Верховную Раду Украины, в орган местного самоуправления – сельский, поселковый, городской, районный, областной совет, а также быть избранным сельским, поселковым, городским головой, но реализовать накопленный представительский мандат гражданин может только в одном из этих органов или на должности сельского, поселкового, городского головы» [32].

Право на равный доступ к государственной службе и службе в органах местного самоуправления находит свою нормативную детализацию в специальных актах законодательства – Законе Украины «О государственной службе» [20] и Законе Украины «О службе в органах местного самоуправления» [24].

Государственная служба определяется законом как публичная, профессиональная, политически непредвзятая деятельность по практическому исполнению задач и функций государства.

В виду особенного статуса государственных служащих, их непосредственного влияния на жизнь государства законодательством выдвигаются жесткие требования к претендентам. Право на государственную службу с учетом требований относительно уровня профессиональной компетентности, направления подготовки (специальности) и установленных законом ограничений имеют только граждане Украины, которым исполнилось 18 лет, независимо от расы, цвета кожи, политических, религиозных и других убеждений, пола, этнического и социального происхождения, имущественного состояния, места проживания, которые свободно владеют государственным языком.

На государственную службу не может вступить лицо, которое:

- 1) по решению суда признано недееспособным или дееспособность которого ограничена;
- 2) имеющее судимость за совершение умышленного преступления, если эта судимость не погашена или не снята в установленном законом порядке;
- 3) согласно приговору суда лишено права заниматься деятельностью, связанной с выполнением функций государства,

или занимать соответствующие должности; 4) подвергалось административному взысканию за коррупционное правонарушение – в течение года со дня вступления соответствующего решения суда в законную силу; 5) имеет гражданство другого государства. Не допускается назначение лиц на должности государственной службы, на которых они будут напрямую подчинены близким лицам.

Лицо, которое претендует на занятие должности государственной службы, если иное не предусмотрено законом, должно соответствовать минимальным установленным законом общим требованиям к образовательно-квалификационному уровню и опыту работы.

Кроме того, законом выдвигаются требования к политической беспристрастности государственного служащего: он должен беспристрастно выполнять свои служебные обязанности независимо от партийной принадлежности и личных политических убеждений; он не имеет права организовывать забастовки и участвовать в них; во время исполнения служебных обязанностей он не имеет права совершать действия, которые демонстрируют его политические взгляды или свидетельствуют об особом отношении к определенным политическим партиям.

К службе в органах местного самоуправления предъявляются схожие требования. В соответствии с законом служба в органах местного самоуправления – это профессиональная, на постоянной основе деятельность граждан Украины, которые занимают должности в органах местного самоуправления, направленная на реализацию территориальной громадой своего права на местное самоуправление и отдельных полномочий органов исполнительной власти, предоставленных законом.

Право на службу в органах местного самоуправления имеют граждане Украины независимо от расы, цвета кожи, политических, религиозных и других убеждений, пола, этнического и социального происхождения, имущественного состояния, срока проживания на соответствующей территории. На должность могут быть назначены лица, имеющие соответствующее образование и профессиональную подготовку, владеют государственным языком в объемах, достаточных для выполнения служебных обязанностей.

Реализация конституционного права граждан на участие в отправлении правосудия связана с пониманием судебной системы как сферы профессиональной деятельности судей, основанной на корпоративных интересах судейского сообщества, которая не всегда отвечает требованиям демократического государства, особенно в случаях, когда разрешаемые судом споры имеют общественное значение, направлены на защиту прав и законных интересов широкого круга лиц... Наряду с отправлением профессионального правосудия ограниченное привлечение к осуществлению ряда судебных функций граждан, не имеющих юридической квалификации и познаний в области права, является необходимым условием публичности судебной системы, ориентации ее функционирования на сбалансированную реализацию интересов граждан и государства, а в конечном итоге – обеспечения доверия гражданского общества к закону и праву [15, с. 3].

Украинская Конституция содержательно не включила право на доступ к осуществлению правосудия в перечень политических прав. Часть 4 статьи 124 Основного Закона в качестве субъекта этого права установила народ, а не отдельных граждан: народ непосредственно принимает участие в отправлении правосудия через присяжных.

Право собираться мирно, без оружия и проводить собрания, митинги, походы и демонстрации. Закрепленное в статье 39 Конституции Украины право граждан собираться мирно, без оружия и проводить собрания, митинги, походы и демонстрации (далее обобщенно – «свобода мирных массовых мероприятий») является их неотъемлемым и нерушимым правом, гарантированным Основным Законом страны. В литературе подчеркивается, что право на мирные собрания следует относить к той категории политических прав, которые имеют целью не формирование власти или ее непосредственное осуществление, а участие в политической жизни государства и общества [7, с. 8].

Ю. Лемешко справедливо указывает на то, что свобода мирных массовых мероприятий «как проявление гражданской активности имеет своим основанием естественное стремление людей к объединению, к совместному обсуждению и решению важных вопросов общественного значения. На современном этапе развития гражданского общества и правового государства коллективные политические права, и прежде всего право на

проведение массовых публичных мероприятий, приобрели новое содержание и постепенно превратились, с одной стороны, в действенную форму участия населения в публичной сфере жизни социума, а с другой – стали одной из главных форм контроля гражданского общества за деятельностью государства, важным средством воздействия граждан и социальных общностей на течение различных общественных процессов» [13, с. 3].

Конституционный Суд Украины в одном из своих решений высказал позицию, в соответствии с которой «это право является одной из конституционных гарантий права гражданина на свободу своего мировоззрения и вероисповедания, мысли и слова, на свободное выражение своих взглядов и убеждений, на использование и распространение информации устно, письменно либо иным способом – на свой выбор, права на свободное развитие своей личности и др. При осуществлении этих прав и свобод не должно быть посягательств на права и свободы, честь и достоинство других людей» [30].

В научной литературе даются различные определения свободы мирных массовых мероприятий, обращая внимание на отдельные его аспекты. Так, М. Денисова определяет право на мирные собрания как коллективное политическое право неопределенного числа лиц на проведение в местах с неограниченным публичным доступом любых не запрещенных Конституцией и законами мер и действий, направленных на высказывание и обнародование собственной коллективной позиции по определенному вопросу или вопросам, которые составляют социальную или групповую значимость [7, с. 8]. А Ю. Лемишко определяет его как политическое право, с помощью которого граждане получают гарантированную конституцией возможность свободно собираться на массовые публичные мероприятия с целью совместного обсуждения проблемных вопросов, событий, действий и решений органов публичной власти, выработки общей позиции по этим вопросам и свободного ее провозглашения с целью доведения ее до широкой общественности и органов публичной власти [13, с. 7]. Последнее определение точнее определяет сущность свободы мирных массовых мероприятий именно как политического права, поскольку указывает на направленность действий субъектов права на попытку воздействия на решения органов публичной власти.

Определяющее место свободы мирных массовых мероприятий в системе политических прав и свобод, по мнению Ю. Лемишко, обусловлено следующим: а) она имеет существенную социально-правовую ценность сама по себе, поскольку позволяет каждому гражданину, социальным организациям и политическим объединениям свободно и открыто высказывать свою гражданскую позицию по любым вопросам общественной и политической жизни, является действенным средством выражения гражданского протеста; б) она обеспечивает формирование и реализацию массовой общественной и политической активности и заставляет власть прислушиваться к воле народа; в) она является одновременно гарантией и составляющей конституционно-правового механизма обеспечения гражданских, социально-экономических, экологических, культурных прав и свобод человека, способствует их эффективной реализации и защите; г) она является действенным средством осуществления общественного контроля за органами публичной власти; д) она способствует росту и распространению политической активности граждан, обеспечивает удовлетворение их прав и законных интересов, а следовательно, выступает одной из необходимых предпосылок формирования действенных институтов гражданского общества; е) она способствует накоплению опыта использования форм непосредственной демократии в повседневной жизни и формированию и распространению демократических традиций; ж) она способствует снижению социальной напряженности; з) она становится одним из главных каналов «обратной связи» между теми, кто управляет, и теми, кем управляют [13, с. 9].

Массовые мероприятия в зависимости от поставленной перед ними цели могут быть поделены на несколько видов: собрания, митинги, походы, демонстрации, а также пикетирование.

В 2007 году под эгидой Бюро по демократическим институтам и правам человека ОБСЕ были разработаны «Руководящие принципы по свободе мирных собраний» [35], в которых отмечается невозможность создания единого типового закона о свободе собраний, который мог бы быть принят всеми странами-участницами, однако в нём были сформулированы минимальные нормы, которые следует соблюдать властям стран-участниц в процессе регулирования права на свободу собраний. Основные положения данного документа сводятся к тому, что защите со

стороны государства подлежат лишь мирные собрания граждан. Собрание определяется как мирное, если его организаторы преследуют мирные намерения. При этом понятие «мирное» включает и такое поведение, которое может раздражать тех, кто не согласен с идеями участников данного собрания, а также включает и такое поведение, которое может быть направлено на воспрепятствование действий третьих лиц. К числу указанных руководящих принципов относятся следующие:

1) презумпция в пользу проведения собраний. Поскольку право на свободу мирных собраний относится к основным правам, его реализация должна осуществляться без внешнего регулирования, насколько это возможно. Желающие принять участие в собрании не должны просить на это разрешения. Законодательство должно недвусмысленно определять презумпцию в пользу свободы собраний. При любой возможности трактовать нормы закона в пользу проведения собрания ему не должны чиниться препятствия;

2) обязанность государства защищать мирное собрание. Государство обязано обеспечивать полный набор механизмов и процедур для эффективной практической реализации свободы собраний без чрезмерного бюрократического регулирования;

3) законность. Любые ограничения должны быть основаны на положениях закона, а сам закон должен соответствовать международному законодательству в области прав человека и его нормы должны быть чётко сформулированы и не вызывать разночтений. Каждый должен иметь возможность однозначно определить, вступает ли его поведение в противоречие с нормами закона или нет;

4) соразмерность. Любые ограничения в отношении свободы собраний должны быть соразмерными. Преследуя законные цели, власти должны отдавать предпочтение мерам, предусматривающим наименьший уровень вмешательства в ход проведения собрания. Предусмотренные законом ограничения не должны применяться автоматически, а лишь с учётом конкретной обстановки в каждом конкретном случае. Принудительное прекращение собраний должно восприниматься как крайняя мера при невозможности реализовать законные цели иными способами;

5) надлежащая практика административного регулирования. В законодательстве должно быть чётко закреплено, какой орган наделён полномочиями регулировать свободу собраний.

Широкой общественности должен быть предоставлен свободный доступ к полной и достоверной информации о деятельности этого органа, а его процедуры принятия решений должны быть прозрачными;

б) недискриминационность. При регулировании свободы собраний органы власти обязаны предоставлять равную возможность реализации этого права любому лицу или группам лиц. Недопустимы никакие ограничения по признаку расы, пола, национальности, вероисповедания, политических взглядов, принадлежности к тем или иным социальным группам и тому подобное.

В соответствии с Конституцией Украины ограничения в реализации свободы мирных массовых мероприятий могут устанавливаться судом в соответствии с законом и только в интересах национальной безопасности и общественного порядка с целью предотвращения беспорядков или преступлений, для охраны здоровья населения или защиты прав и свобод других людей. При введении каких-либо ограничений необходимо соблюдать баланс между целями ограничений и гарантированными правами. Ограничения должны быть пропорциональны возможной опасности.

Согласно подпункту 3 пункта «б» части первой статьи 38 Закона о местном самоуправлении решение в соответствии с законом вопросов о проведении собраний, митингов, шествий и демонстраций, спортивных, зрелищных и других массовых мероприятий; осуществление контроля за обеспечением при их проведении общественного порядка отнесено к делегированным полномочиям исполнительных органов сельских, поселковых, городских советов. Следовательно, реализация органами местного самоуправления полномочий по обеспечению проведения, в частности, мирных мероприятий должна осуществляться исключительно в пределах полномочий, на основании и способом, определенным законом.

При решении поставленных вопросов относительно порядка организации и проведения мирных мероприятий необходимо учитывать правовую позицию, которую Конституционный Суд Украины выразил в своем Решении от 19 апреля 2001 года № 4-рп (дело относительно заблаговременного оповещения о мирных собраниях). В пункте 2 мотивировочной части которого, рассматривая вопрос об официальном толковании положения

части первой статьи 39 Конституции Украины о заблаговременном оповещении органов исполнительной власти или органов местного самоуправления о проведении собраний, митингов, походов и демонстраций – массовых мирных собраний, – Суд отметил, в частности, что проводить собрания, митинги, походы и демонстрации граждане могут при условии обязательного предварительного уведомления об этом органов исполнительной власти или органов местного самоуправления. Такое уведомление должно осуществляться гражданами через организаторов массовых собраний. Заблаговременное уведомление соответствующих органов о проведении тех или иных массовых собраний – это срок со дня такого уведомления до даты проведения массового собрания.

Продолжительность сроков заблаговременного уведомления должна быть в разумных пределах и не должна ограничивать предусмотренного статьей 39 Конституции Украины права граждан на проведение собраний, митингов, походов и демонстраций. Такие сроки должны служить гарантией реализации этого права граждан. В течение этого срока указанные органы должны провести и ряд подготовительных мероприятий, в частности, для обеспечения беспрепятственного проведения гражданами собрания, митинга, похода или демонстрации, поддержания общественного порядка, охраны прав и свобод других людей. В случае необходимости органы исполнительной власти или местного самоуправления могут согласовать с организаторами массовых собраний дату, время, место, маршрут, условия, продолжительность их проведения и т.п.

Срок заблаговременного уведомления должен быть достаточным и для того, чтобы органы исполнительной власти или органы местного самоуправления могли определиться, насколько проведение таких собраний соответствует закону, и в случае необходимости в соответствии с частью второй статьи 39 Конституции Украины обратиться в суд для решения спорных вопросов.

Исходя из положений пункта 1 части первой статьи 92 Конституции Украины о том, что исключительно законами определяются права и свободы человека и гражданина, гарантии этих прав и свобод и что только судом в соответствии с законом может устанавливаться ограничение реализации права граждан на проведение массовых собраний (часть вторая статьи 39),

Конституційний Суд України прийшов до висновку, що визначення строків заблаговременного оповіщення органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування з урахуванням особливостей мирних зборів, їх форм, масовості, місця і часу проведення є предметом законодавчого регулювання [30].

Практикою Європейського суду по правах людини, яка в Україні є джерелом права, розроблені наступні ключові принципи реалізації свободи зборів:

1) держава зобов'язана забезпечити безпеку і захист організаторів і учасників демонстрацій. При цьому можливість насильственного зіткнення з контр-демонстрацією не може бути підставою для заборони збору (Рішення по справі «Платформа «Лікарі за життя» проти Австрії», 1988 г.);

2) неприпустимо забороняти демонстрацію, якщо відомо, що потенційно в ній можуть брати участь агресивно налаштовані громадяни, не являючись членами об'єднання, організаторів демонстрації (Рішення по справі «Християни проти расизму і фашизму» проти Великої Британії);

3) обмеження на свободу зборів можна застосовувати тільки в тому випадку, коли учасники закликають до негайних протиправних дій, і існує ймовірність того, що такі дії будуть здійснені (Рішення по справі «Інкал проти Турції»);

4) в разі законного заборони або призупинення збору не допускається застосування до учасників репресивних заходів за їх участь в зборі (Рішення по справі «Езелін проти Франції»).

Окремі аспекти організації і проведення зборів, мітингів, вуличних шествій і демонстрацій врегульовані статтями 182, 183 Кодексу адміністративного судопроцесу України (далі – Кодекс), якими визначені особливості процесу по справах про адміністративні позови суб'єктів влади повноважень про обмеження реалізації права на мирні збори і про усунення обмежень в реалізації права на мирні збори.

В частині, частями першої, п'ятої статті 182 Кодексу передбачено, що органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування негайно після отримання

уведомлення о проведенні собраний, митингов, шествий, демонстрацій и т.п. имеют право обратиться в окружной административный суд по своему местонахождению с иском заявлением о запрете таких мероприятий или о другом ограничении права на мирные собрания (относительно места и времени их проведения и др.).

Суд удовлетворяет требования истца в интересах национальной безопасности и общественного порядка в случае, если признает, что проведение собраний, митингов, шествий, демонстраций или других собраний может создать реальную опасность беспорядков или преступлений, угрозу здоровью населения или правам и свободам других людей. В постановлении суда обязательно указывается способ ограничения реализации права на мирные собрания.

В соответствии с частью первой статьи 183 Кодекса организатор (организаторы) собраний, митингов, шествий, демонстраций или других мирных собраний имеют право обратиться в административный суд по месту проведения этих мероприятий с иском заявлением об устранении ограничений в реализации права на мирные собрания со стороны органов исполнительной власти, органов местного самоуправления, извещенных о проведении таких мероприятий.

Кодексом Украины об административных правонарушениях предусмотрена административная ответственность за нарушение установленного порядка организации или проведения собраний, митингов, уличных шествий и демонстраций (статья 185-1) и за создание условий для организации и проведения с нарушением установленного порядка собраний, митингов, уличных шествий или демонстраций, что включает в себя предоставление должностными лицами для проведения с нарушением установленного порядка собраний, митингов, уличных шествий или демонстраций помещений, транспорта, технических средств или создание других условий для организации и проведения указанных мероприятий (статья 185²). Незаконное препятствование организации или проведению собраний, митингов, походов и демонстраций является уголовно наказуемым деянием (статья 340 УК Украины).

Право направлять индивидуальные или коллективные письменные обращения либо лично обращаться в органы

государственной власти, органы местного самоуправления и к должностным и служебным лицам этих органов.

Закрепленное в статье 40 Конституции Украины право направлять индивидуальные или коллективные письменные обращения либо лично обращаться в органы государственной власти, органы местного самоуправления и к должностным и служебным лицам этих органов занимает важное место в системе политических прав человека и гражданина (далее – «право петиций»). Указанное право имеет двуединую природу: с одной стороны, оно выступает способом доведения до органов публичной власти интересов и потребностей граждан и народа в целом, а также способом участия в управлении государственными и местными делами, а с другой стороны, средством защиты прав и свобод человека и гражданина.

В содержание права петиции включаются следующие группы правомочий его субъектов:

а) правомочие пользоваться естественным состоянием свободы человека и гражданина, предполагающим участие в решении вопросов государственного или местного значения, привлекать внимание органов публичной власти к удовлетворению значимых для заявителя публичных или частных интересов;

б) правомочие представлять рекомендации по совершенствованию деятельности органов публичной власти и их должностных лиц; правомочие добиваться содействия органов власти в реализации конкретных прав и свобод содействия органов публичной власти в реализации конкретных прав и свобод; правомочие сообщать о нарушениях законности, прав и свобод человека и гражданина органами публичной власти; правомочие обращаться за восстановлением нарушенных прав, свобод и законных интересов; правомочие инициировать принятие, изменение или отмену правовых актов и других решений органов публичной власти;

в) правомочие требовать принятия обращения к рассмотрению; правомочие требовать предоставления законного и обоснованного ответа на обращение в установленные законом сроки;

г) правомочие обжаловать необоснованный или незаконный ответ адресата или же его отказ от рассмотрения обращения в

вышестоящий орган государственной власти или местного самоуправления, или же в судебном порядке;

д) правомочия процедурного характера, обеспечивающие реализацию основных правомочий: предоставлять дополнительные документы и материалы, знакомиться с документами и материалами, касающимися рассмотрения обращения, обращаться с заявлением о прекращении рассмотрения обращения [39, с. 9–10].

Конституционные положения относительно права петиции развиваются в специальном законе, регламентирующем «вопросы практической реализации» (преамбула) [21] этого права. Данный Закон под обращениями граждан понимает изложенные в письменной или устной форме предложения (замечания), заявления (ходатайства) и жалобы. Соответственно, законом выделяются следующие формы обращений граждан:

1) предложение (замечание) – обращение граждан, где высказываются совет, рекомендация относительно деятельности органов государственной власти и местного самоуправления, депутатов всех уровней, должностных лиц, а также высказываются мнения относительно урегулирования общественных отношений и условий жизни граждан, совершенствования правовой основы государственной и общественной жизни, социально-культурной и других сфер деятельности государства и общества;

2) заявление (ходатайство) – обращение граждан с просьбой о содействии в реализации закрепленных Конституцией и действующим законодательством их прав и интересов или сообщении о нарушениях действующего законодательства или недостатках в деятельности предприятий, учреждений, организаций независимо от форм собственности, народных депутатов Украины, депутатов местных советов, должностных лиц, а также высказывание мнения относительно улучшения их деятельности;

3) ходатайство – письменное обращение с просьбой о признании за лицом соответствующего статуса, прав или свобод и т.п.;

4) жалоба – обращение с требованием о восстановлении прав и защите законных интересов граждан, нарушенных действиями (бездействием), решениями государственных органов, органов

местного самоуправления, предприятий, учреждений, организаций, объединений граждан, должностных лиц.

Статья 5 Закона Украины «Об обращениях граждан» выдвигает ряд требований к обращению. Так, при подаче обращения субъект права должен учитывать, что обращения адресуются органам государственной власти и местного самоуправления, предприятиям, учреждениям, организациям независимо от форм собственности, объединениям граждан или должностным лицам, в полномочия которых входит решение затронутых в обращениях вопросов. В обращении должны быть указаны фамилия, имя, отчество, место жительства гражданина, изложена суть затронутого вопроса, замечания, предложения, заявления или жалобы, просьбы или требования.

Обращение может быть устным (изложенным гражданином и записанным должностным лицом на личном приеме) или письменным, присланным по почте или переданным гражданином соответствующему органу, учреждению лично или через уполномоченное им лицо, если эти полномочия оформлены в соответствии с действующим законодательством.

Обращение может быть подано как отдельным лицом (индивидуальное), так и группой лиц (коллективное). Письменное обращение должно быть подписано заявителем (заявителями) с указанием даты.

Обращение, оформленное без соблюдения вышеперечисленных требований, возвращается заявителю с соответствующими разъяснениями не позднее чем через десять дней со дня его поступления. Напротив, обращения, оформленные надлежащим образом и поданные в установленном порядке, подлежат обязательному принятию и рассмотрению. Запрещается отказ в принятии и рассмотрении обращения со ссылкой на политические взгляды, партийную принадлежность, пол, возраст, вероисповедание, национальность гражданина, незнание языка обращения.

Право петиций содержит обязанность органов публичной власти и их должностных лиц рассмотреть обращение и дать обоснованный ответ в установленный законом срок. Органы государственной власти, местного самоуправления и их должностные лица, руководители и должностные лица предприятий, учреждений, организаций независимо от форм собственности, объединений граждан, в полномочия которых

входит рассмотрение заявлений (ходатайств), обязаны объективно и своевременно рассматривать их, проверять изложенные в них факты, принимать решения в соответствии с действующим законодательством и обеспечивать их выполнение, извещать граждан о последствиях рассмотрения заявлений (ходатайств). Ответ по результатам рассмотрения заявлений (ходатайств) в обязательном порядке дается тем органом, который получил эти заявления и в компетенцию которого входит решение затронутых в заявлениях (ходатайствах) вопросов, за подписью руководителя или лица, выполняющего его обязанности.

Решение об отказе в удовлетворении требований, изложенных в заявлении (ходатайстве), доводится к сведению гражданина в письменной форме со ссылкой на законодательство и изложением мотивов отказа, а также с разъяснением порядка обжалования принятого решения.

Жалоба на действия или решения органа государственной власти, органа местного самоуправления, предприятия, учреждения, организации, объединения граждан, средств массовой информации, должностного лица подается в порядке подчиненности вышестоящему органу или должностному лицу, не лишает гражданина права обратиться в суд в соответствии с действующим законодательством, а в случае отсутствия такого органа или несогласия гражданина с принятым по жалобе решением – непосредственно в суд.

Решение высшего государственного органа, рассматривающего жалобу, в случае несогласия с ним гражданина может быть обжаловано в суд в срок, предусмотренный законодательством Украины.

Гражданин, обратившийся с заявлением или жалобой, имеет право:

- лично изложить доводы, принимать участие в проверке поданной жалобы или заявления;
- ознакомиться с материалами проверки;
- представлять дополнительные материалы или настаивать на их запросе органом, который рассматривает заявление или жалобу;
- присутствовать при рассмотрении заявления или жалобы;
- пользоваться услугами адвоката или представителя трудового коллектива, организации, которая осуществляет

правозащитную функцию, оформив это полномочие в установленном законом порядке;

– получить письменный ответ о результатах рассмотрения заявления или жалобы;

– высказывать устно или письменно требование по соблюдению тайны рассмотрения заявления или жалобы;

– требовать возмещения убытков, если они стали результатом нарушений установленного порядка рассмотрения обращений.

Обращения рассматриваются и решаются в срок не более одного месяца со дня их поступления, а не нуждающиеся в дополнительном изучении – безотлагательно, но не позднее пятнадцати дней со дня их получения. Если в месячный срок решить затронутые в обращении вопросы невозможно, руководитель соответствующего органа, предприятия, учреждения, организации или его заместитель устанавливают необходимый срок для его рассмотрения, о чем сообщается лицу, подавшему обращение. При этом общий срок решения вопросов, затронутых в обращении, не может превышать сорока пяти дней.

В случае удовлетворения жалобы орган или должностное лицо, которые приняли неправомерное решение относительно обращения гражданина, возмещают ему нанесенные материальные убытки, связанные с подачей и рассмотрением жалобы, обоснованные расходы, понесенные в связи с выездом для рассмотрения жалобы по требованию соответствующего органа, и потерянный за это время заработок. Споры о взыскании расходов рассматриваются в судебном порядке.

Гражданину по его требованию и в порядке, установленном действующим законодательством, могут быть возмещены моральные убытки, причиненные неправомерными действиями или решениями органа, или должностного лица при рассмотрении жалобы. Размер возмещения морального (неимущественного) убытка в денежном выражении определяется судом.

Список использованных источников:

1. Агафонова К.А. Категория политической свободы в конституционном праве (на примере свободы создания и деятельности политических партий) : автореф. дисс. на соискание ученой степени кандидата юридических наук :

12.00.02 «Конституционное право; муниципальное право». Москва, 2009. С. 8.

2. Баранов Н. Микрополитика: технологии оценки. URL: http://nicbar.narod.ru/mikropolitika_01.htm.

3. Бекбаев Е.З. Проблема начала в теоретическом познании правовой системы (попытка обоснования). Астана, 2009. URL: <http://www.allpravo.ru/library/doc108p0/instrum7129/item7140.html>.

4. Васильков А.В. Формирование института политических прав и свобод граждан в России: 1905 – февраль 1917 гг. : автореф. канд. юр. наук : 12.00.01. «Теория и история права и государства; история правовых учений». Москва, 2007. URL: <http://www.dissercat.com/content/formirovanie-instituta-politicheskikh-prav-i-svobod-grazhdan-v-rossii-1905-fevral-1917-gg>.

5. Великоречанін П.О. Особливості здійснення політичних прав особами з множинним громадянством. *Актуальні проблеми держави і права* : збірник наукових праць. Вип. 61. Одеса : Юридична література, 2011. С. 257–264.

6. Глухарева Л.И. Понятие прав человека: теоретико-правовое и социогуманитарное определение. *Представительная власть – XXI век: законодательство, комментарии, проблемы*. 2004. № 4 (58). С. 20.

7. Денісова М.М. Правове забезпечення реалізації конституційного права на мирні зібрання в Україні : автореф. канд. юрид. наук : 12.00.02 «Конституційне право; муніципальне право». Харків, 2010. С. 8.

8. Дюги Л. Социальное право, индивидуальное право и преобразование государства. Москва, 1909.

9. История политических и правовых учений / Под ред. О.Э. Лейста. Москва : Зерцало, 1999. URL: <http://bibliotekar.ru/istoria-politicheskikh-i-pravovyh-ucheniy-1/5.htm>.

10. Каррі Д.П. Конституція Сполучених Штатів Америки : посібник для всіх / пер. з англ. О.М. Мокровольського. Київ : Веселка, 1993. С. 80.

11. Колесова Н.С. Политические права и свободы. Права человека : Учебник / Отв. ред. Е.А. Лукашева. Москва, 2004. С. 152.

12. Корешникова А.О. Правовое измерение института политических прав человека : автореф. дисс. на соискание ученой степени кандидата юридических наук : 23.00.02 «Политические институты; Этнополитическая конфликтология; Национальные

и политические процессы и технологии (юридические науки)». Ростов-на-Дону, 2007. С. 16.

13. Лемішко Ю.М. Конституційно-правові основи участі громадян України у масових публічних заходах : автореф. канд. юрид. наук : 12.00.02 «Конституційне право; муніципальне право». Харків, 2009. С. 9.

14. Лукашева Е.А. Права человека, правовая политика и нравственность. Центр правовых исследований и развития законодательства. URL: <http://www.centrlaw.ru/publikacii/Lukasheva1/index.html>.

15. Ляднова Э.В. Право граждан на участие в отправлении правосудия: конституционно-правовое содержание и механизм реализации : автореф. кандидата юридических наук : 12.00.02 «Конституционное право; муниципальное право». Белгород, 2010. С. 3.

16. Малевич Ю. Права человека и международная политика. *Белорусский журнал международного права и международных отношений*. 2001. № 3. URL: http://evolutio.info/index.php?option=com_content&task=view&id=443&Itemid=52.

17. Права и свободы человека и гражданина. *Википедия*. URL: <http://ru.wikipedia.org/wiki/>.

18. Права человека : учебник для вузов. / Отв. ред. Е.А. Лукашева. Москва : Издательская группа НОРМА-ИНФРА-М, 1999. С. 151.

19. Про громадські об'єднання : Закон України від 22 березня 2012 року № 4572-VI. *Офіційний вісник України*. 2012. № 30. Ст. 1097.

20. Про державну службу : Закон України від 10 грудня 2015 року № 4050-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 4. Ст. 43.

21. Про звернення громадян : Закон України від 2 жовтня 1996 року № 393/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 47. Ст. 256.

22. Про політичні партії в Україні : Закон України від 5 квітня 2001 року № 2365-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 23. Ст.118.

23. Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності : Закон України від 15 вересня 1999 року № 1045-XIV. *Офіційний вісник України*. 1999. № 38. С. 2.

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

25. Проблеми реалізації Конституції України: теорія і практика : монографія / Відп. ред. В.Ф. Погорілко. Київ : Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України : А.С.К., 2003. С. 134.

26. Речицкий В.В. Политическая активность. Конституционные аспекты : монография. Киев : Сфера, 1999. С. 56–57.

27. Рішення Конституційного Суду України № 15-рп/2004 від 02 листопада 2004 року (справа про призначення судом більш м'якого покарання)). Абз. 2 п. 4.1. мотивувальної частини.

28. Рішення Конституційного Суду України № 18-рп/2001 від 13 грудня 2001 року (справа про молодіжні організації). *Офіційний вісник України*. 2001. № 51. Ст. 2310.

29. Рішення Конституційного Суду України № 26-рп/2009 від 19 жовтня 2009 року (справа про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виборів Президента України). *Офіційний вісник України*. 2009. № 82. Ст. 2793.

30. Рішення Конституційного Суду України № 4-рп/2001 від 19 квітня 2001 року (справа щодо завчасного сповіщення про мирні зібрання). *Офіційний вісник України*. 2001. № 28. Ст. 1377.

31. Рішення Конституційного Суду України № 5-рп/2000 від 18 квітня 2000 року (справа про віковий ценз). *Офіційний вісник України*. 2000. № 30. Ст. 1286.

32. Рішення Конституційного Суду України № 7-рп/99 від 6 липня 1999 року справа про сумісництво посад народного депутата України і міського голови).

33. Рішення Конституційного Суду України від 12 червня 2007 року № 2-рп/2007 (справа про утворення політичних партій в Україні). *Офіційний вісник України*. 2007. № 80. Ст. 2980.

34. Рішення Конституційного Суду України від 13 грудня 2001 року № 18-рп/2001 (справа про молодіжні організації). *Офіційний вісник України*. 2001. № 51. Ст. 2310.

35. Руководящие принципы по свободе мирных собраний. URL: <http://www.osce.org/ru/odihr/24524>.

36. Садигов А.А. Реализация политических прав и свобод человека в современной России: проблемы и пути оптимизации : автореф. дисс. на соискание ученой степени кандидата полит. наук : 23.00.02 «Политические институты, этнополитическая

конфликтология, национальные и политические процессы и технологии». Москва, 2009. С. 17–18.

37. США: конституция и права граждан / Под ред. И.А. Гаевского (отв. ред), В.А. Власихина, С.А. Червоной. Москва : Мысль, 1987. С. 32.

38. Хабриева Т.Я., Чиркин В.Е. Теория современной конституции. Москва : Норма, 2007. С. 162.

39. Черкесов К.А. Конституционное право на обращение в органы публичной власти в государствах – членах СНГ и странах Балтии: сравнительно-правовое исследование : автореф. дисс. канд. юрид. наук : 12.00.02 «Конституционное право; муниципальное право». Москва, 2010. С. 9–10.

40. Черниловский З.М. Всеобщая история государства и права. Москва : Юристъ, 1996. С. 379–380.

DOI <https://doi.org/10.36059/978-966-397-235-0-9>

Жуковська О. Ю.,

суддя

Дубенського міськрайонного суду Рівненської області,

м. Рівне

Кравчук С. М.,

orcid.org/0000-0002-3485-1343

старший викладач кафедри суспільно-гуманітарних наук

Української академії друкарства,

присяжна

Шевченківського районного суду міста Львова,

м. Львів

**ВИПРАВДУВАЛЬНИЙ ВИРОК У КОНТЕКСТІ ПРАВОВИХ
ПОЗИЦІЙ ЩОДО НЕДОПУСТИМОСТІ ДОКАЗІВ УНАСЛІДОК
НЕРОЗТАЄМНЕННЯ ДОКУМЕНТІВ, ЩО СТАЛИ ПІДСТАВОЮ
ДЛЯ ПРОВЕДЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ**

Анотація. Дослідження розкриває теоретичні аспекти правових позицій щодо недопустимості доказів унаслідок нерозтаємнення документів, що стали підставою для проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Робота сприяє розв'язанню важливого наукового завдання – з'ясувати взаємозв'язки теорії та практики у контексті права людини на приватність. Порушується практична проблематика незначної кількості виправдувальних вироків та акцентується увага на потребі наукових пошуків подолання цієї проблеми, нових теоретико-правових розробок. Таємниця приватного життя має стати не лише інтересом законодавця, а й реальним практичним утіленням у руках судової влади за умов наявності у державі відповідного досконалого «інструментарію», наданого законодавцем. Узагальнено основні проблемні аспекти розширення меж особистого життя людини та модифікацій його сучасних форм. Визнання доказів недопустимими розглядається як неконкретизована кримінально-процесуальна санкція, застосування якої пов'язане з установленням правозастосовувачем обставин, які свідчать про наявність

порушень вимог закону під час збирання та фіксації фактичних даних, які унеможливають їх використання в доказуванні в кримінальному провадженні. Аналізуються доктрини «плодів отруєного дерева» та «срібного блюда» у контексті виправдального вироку.

Вступ

Із метою відходу від радянського обвинувального ухилу в судочинстві й задля наближення українського законодавства до європейського у сфері захисту прав людини у 2012 році в новому Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК) уведено інститут слідчого судді [1]. Завданням останнього став контроль за дотриманням прав людини на стадії досудового розслідування. З огляду на це, право на таємницю приватного життя отримало підвищений захист.

Згідно з ч. 1 ст. 258 КПК ніхто не може зазнавати втручання у приватне спілкування без ухвали слідчого судді. Цим втручанням (за ч. 4 цієї ж статті) є доступ до змісту спілкування за умов, якщо його учасники мають достатні підстави вважати, що спілкування є приватним. Різновидами є: 1) аудіо-, відеоконтроль особи; 2) арешт, огляд і виїмка кореспонденції; 3) зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж; 4) зняття інформації з електронних інформаційних систем. І лише слідчий суддя відповідного апеляційного суду чи Вищого антикорупційного суду України, якщо кримінальне провадження стосується кримінального правопорушення, що підсудне цьому суду, вповноважені санкціонувати втручання у приватне спілкування (ч. 1 ст. 247 КПК). Водночас заборонено втручатись у приватне спілкування захисника, священнослужителя з підозрюваним, обвинуваченим, засудженим, виправданим (ч. 5 ст. 247 КПК). Крім того, слідчий суддя апеляційного суду зобов'язаний розглянути клопотання про надання дозволу на проведення негласної слідчої (розшукової) дії (далі – НСРД) протягом шести годин із моменту його отримання (ч. 1 ст. 248 КПК), а не впродовж періоду 24–72 годин як слідчий суддя місцевого загального суду в інших випадках здійснення контролю за дотриманням прав людини. Загалом, усе вищезазначене свідчить про наявність підвищеного рівня уваги з боку законодавця до охорони права на таємницю спілкування. До 2012 року схожих положень не існувало.

Незважаючи на новели, кількість виправдувальних вироків в Україні відтоді не збільшилась. Згідно з доповіддю однієї з авторок (О.Ю. Жуковської) на XI Всеукраїнській науково-практичній конференції «Актуальні проблеми правотворення в сучасній Україні» (Рівненський інститут Київського університету права Національної академії наук України, 20.04.2021) за результатами дослідження співвідношення виправданих загальними місцевими судами до засуджених за вироками, що набули чинності, спостерігається тенденція до зменшення кількості виправданих осіб у 2018–2019 роках майже вдвічі порівняно з попередніми роками: від 0,41% і 0,40% у 2016–2017 рр. до 0,19; і 0,24% у 2018–2019 відповідно, а загалом, упродовж 2014–2020 рр. в Україні фактично виправдано 2 086 осіб проти 561 542 засуджених, тобто лише 0,37%. Як доречно зауважує дослідник Г.І. Алейніков, навіть у репресивні 1937–1940 роки виправдувальні вирoki в загальній статистиці розглянутих справ становили 10% [2, с. 13].

Низький відсоток виправдувальних вироків, що набули чинності, створює враження про «каральний ухил» «судової машини». Як наслідок, у широкого загалу виникає відчуття неможливості досягти справедливості в суді. Тому дослідження судової практики та оцінка процесуальних документів, які стали правовою підставою для втручання у приватне спілкування через призму зв'язку з виправдувальними вироками, є надзвичайно актуальними, оскільки вони зумовлять можливість віднайти та запропонувати законодавцю зміни на підставі новітніх теоретико-правових розробок у цій царині.

1. Виправдувальний вирок та визнання доказів недопустимими (теоретичні та практико-прикладні аспекти)

Система неупередженого правосуддя є запорукою становлення громадянського суспільства та правової держави, у якій захист прав людини є основоположним критерієм її безпеки. Суддівське переконання має бути позбавлене будь-якої ірраціональності, а це і тверда впевненість у винуватості або у відсутності вини обвинуваченого. Переконливість вироку зумовлюється як суворим дотриманням засад кримінального процесу протягом усього розслідування, так і розглядом конкретної справи.

Результатом негативної оцінки судом неналежного виконання стороною обвинувачення юридичного обов'язку, встановленого для неї об'єктивним правом щодо доведення винуватості особи, є ухвалення виправдувального вироку.

Вирок – найважливіший акт правосуддя, у правильності якого не може виникати жодних суддівських сумнівів та яке (на переконання судді) є єдиноможливим у відповідній справі.

Термін «засудити» охоплює вибір міри покарань та постановлення обвинувального вироку. У «побутовому» розумінні цей термін уживається як констатація невдоволення кимось/чимось. А ось виправдання – це не засудження, а вирок суду, в якому визнається невинуватість підсудного. Отож, поняття «засудити» тут буде не тільки не логічним, а й таким, що не узгоджується з нормами КПК. Виправдувальний вирок не допускає вживання й формулювань, які містять сумнів щодо невинуватості виправданого.

Ухвалення судами виправдувальних вироків свідчить про ретельне ставлення до доказової бази та її оцінки. А обвинувальний нахил правосуддя відходить у минуле як атавізм пострадянського суспільства. Його відсутність – характерний показник демократичного суспільства.

Непоодинокими є випадки виправдувальних вироків, пов'язані з недопустимістю доказів унаслідок нерозтаємнення документів, що стали підставою для проведення НСРД.

Загалом, проблематиці допустимості доказів присвячені дослідження таких учених, як О.С. Александров, Н.С. Алексєєв, В.Д. Арсенєв, В.С. Балакшин, А.Р. Белкін, Р.С. Белкін, Ю.П. Боруленков, Т.В. Варфоломєєва, В.П. Гмирко, Г.Ф. Горський, Т.М. Добровольська, В.Я. Дорохов, П.С. Елькінд, О.О. Ейсман, В.В. Золотих, Л.М. Карнеєва, М.М. Кіпніс, Л.Д. Кокорев, М.П. Кузнецов, А.А. Кухта, В.О. Лазарева, О.М. Ларін, Л.М. Лобойко, В.З. Лукашевич, Г.М. Мінковський, І.Б. Михайловська, Я.О. Мотовиловкер, Ю.К. Орлов, П.С. Пастухов, С.О. Пашин, П.Ф. Пашкевич, Г.М. Резнік, В.М. Савицький, Н.В. Сибільова, С.М. Стахівський, Ю.І. Стецовський, О.І. Трусов, Ф.Н. Фаткуллін, С.А. Шейфер та ін.

Недопустимі докази є важливим елементом забезпечення права людини на справедливий суд. Право ж на свободу та особисту недоторканність, право на гідність особи, право на недоторканність приватного життя, свобода совісті та свобода

думки – класичні права людини, права першого покоління, тоді як права інших поколінь, на думку багатьох учених, є лише «соціальними домаганнями». Вони становлять основу інституту прав людини. Проте сучасний інститут прав людини, які належать до першого покоління, є надзвичайно динамічним. Він чутливо реагує на суспільні зміни, які мають місце. Розширились межі особистого життя та модифікувались форми. Сьогодні приватне життя та його недоторканість пов'язані із соціальними мережами, особистісним спілкуванням та листуванням через них, спілкування з чат-ботами, а завтра це вже буде приватна інформація таких спілкувань із машинами зі штучним інтелектом (далі – ШІ). Люди готові ділитися зі ШІ своїми хвилюваннями, таємницями. Пошукові системи використовуються як бази даних. Продукти людської свідомості (спілкування в чатах, коментарі в соціальних мережах, уподобання тощо) зможуть бути перенесеними в штучний носій, а інформація перед цим – зчитаною тим самим ШІ. Пов'язані з цим відносини стають реальністю й потребують появи нової правової матерії та ретельного захисту, адже значна їх частина міститиме приватні моменти. Злонамірність окремих осіб ніхто не скасовував, як і неправдиві обвинувачення щодо людини, яка невинна. Повне анулювання негативу не є властивим людській природі.

Визнання доказів недопустимими за юридичною природою є неконкретизованою кримінально-процесуальною санкцією. Її застосування пов'язане з установленням правозастосовувачем обставин, які свідчать про наявність порушень вимог закону під час збирання та фіксації фактичних даних, які унеможливають їх використання в доказуванні в кримінальному провадженні.

В англосаксонській системі права відсутня вичерпна процесуальна регламентація діяльності щодо збирання доказів на досудовому провадженні, а тому положення стосовно визнання доказів недопустимими має характер загальної санкції, яка застосовується під час порушення конкретних правил. У романо-германській правовій системі застосовується інший підхід – правила про недопустимість доказів діють у разі порушень, передбачених законом, або ж у разі суттєвого порушення процесуальних прав сторін [3].

Загалом, виходячи із сьогодення, виправдувальний вирок в Україні є не досить частим явищем. У сучасній науковій доктрині також існує низка невіршених питань. А окремим аспектам

ухвалення виправдувального вироку присвячено незначну кількість робіт порівняно з обвинувальним. Вищенаведене свідчить про актуальність дослідження окресленої проблематики виправдувального вироку як важливого акту здійснення правосуддя. Окремої наукової уваги також потребує дослідження причин, які є його підґрунтям.

Ухвалення вироку досліджувалось такими науковцями, як М.І. Бажанов, Ю.М. Грошевий, В.Р. Заблоцький, Р.Н. Ласточкіна, Е.А. Матвієнко та ін. Окремим теоретико-правовим аспектам виправдувального вироку приділяли увагу Г.І. Алейніков, О.В. Капліна, О.М., Лупинська, О.Г. Яновська та ін. Цікавими з теоретико-правової точки зору є дослідження гносеологічної природи виправдувального вироку, проведені В.С. Дяковим. Так, серед іншого, останній робить висновок про те, що причинами ухвалення виправдувальних вироків є помилка у кримінальному процесі або кримінально процесуальне правопорушення. Він наводить теоретико-правову інтерпретацію своїх поглядів та формує відповідні визначення:

1. У діяльнісному сенсі феномен юридичної помилки у кримінальному процесі може трактуватися як наслідок апостеріорного виявлення невідповідності знання, сформованого суб'єктами кримінального провадження, досліджуваному об'єктові пізнання. Виникнення цієї невідповідності спричинено неусвідомленим процесом формування помилкових *de facto* висновків через роботу з недоброякісною інформацією, дефектами правосвідомості, браком життєвого та/або професійного досвіду, спеціальних знань, а також особистісними якостями юриста. Хибне уявлення правознавця, який здійснює кримінальне провадження, може також зумовлюватися складністю самого об'єкта процесуального пізнання та недосконалістю засобів діяльності доказування.

2. На відміну від юридичної помилки кримінальне процесуальне правопорушення становить усвідомлене, винне, суспільно небезпечне діяння, вчинене суб'єктом кримінальних процесуальних правовідносин у супереччя вимогам чинного законодавства України, що завдає шкоду правам і законним інтересам учасників процесу [4, с. 219].

Таким чином, юридична помилка завжди є неусвідомленою, а кримінальне процесуальне правопорушення відрізняється саме усвідомленістю, коли суб'єкт знає, що порушує закон і завдає

шкоду правам учасників кримінального процесу, що призводить до ухвалення судом першої інстанції виправдувального вироку.

Не становить сумнівів те, що причинами ухвалення виправдувальних вироків є юридична помилка та/або кримінальне процесуальне правопорушення. Погоджуючись із висновками В.С. Дякова, спірним видається таке: дослідник зараховує до вчинених органами досудового розслідування кримінальних процесуальних правопорушень і порушення вимог допустимості доказів [1, с. 24]. Тому можна зробити висновок, що докази визнаються судом недопустимими саме через свідоме порушення кримінального процесуального закону органами досудового розслідування. Але чи завжди це так? Чи практично можливе визнання доказів недопустимими через помилку, зумовлену, наприклад, складністю предмета пізнання? Відповідь на це питання і є метою нашого дослідження.

Згідно з вимогами ч. ч. 1, 2 ст. 290 КПК, визнавши зібрані під час досудового розслідування докази достатніми для складання обвинувального акту, прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний надати доступ до матеріалів досудового розслідування, які є в його розпорядженні. Частиною 11 цієї статті визначено, що сторони кримінального провадження зобов'язані здійснювати відкриття одна одній додаткових матеріалів, отриманих до або під час судового розгляду. Водночас частина 12 встановлює, що якщо сторона кримінального провадження не здійснить відкриття матеріалів відповідно до положень цієї статті, суд не має права допустити відомості, що містяться в них, як докази.

Тривалий час існувала практика, за якою за клопотанням органу досудового розслідування гриф таємності знімався відповідними експертними комісіями лише з матеріалів, що містили результати реалізації негласних слідчих (розшукових) дій, але не з процесуальних документів, які стали правовою підставою для проведення НСРД (ухвали, постанови, клопотання). Зазвичай, це стосувалось кримінальних проваджень у корупційних справах чи справах, пов'язаних з обігом наркотичних засобів та психотропних речовин. Тому під час ознайомлення з матеріалами кримінального провадження в порядку ст. 290 КПК стороною обвинувачення стороні захисту надавались для ознайомлення лише ті матеріали, що були в наявності, тобто які містили відомості про результати реалізації

НСРД. І за результатами судового розгляду суди не застосовували доктрину «плодів отруйного дерева» та не визнавали докази недопустимими через нерозсекречення на стадії досудового розслідування та, як наслідок, невідкриття стороні захисту під час виконання ст. 290 КПК України процесуальних документів, які стали правовою підставою для проведення НСРД, оскільки самі по собі такі матеріали не є доказами у кримінальному провадженні. Крім того, експертні комісії з питань таємниць окремих апеляційних судів не розтаємнювали матеріальні носії інформації внаслідок відсутності правового механізму розсекречення матеріалів, що стали підставою для здійснення оперативно-розшукових заходів, а тому сторона обвинувачення надавала суду першої інстанції різні довідки чи листи з таких апеляційних судів і цього було достатньо, щоб підтвердити існування ухвали слідчого судді відповідного апеляційного суду про надання дозволу на проведення НСРД у конкретному кримінальному провадженні. Проте не є достатньо того, щоб суд мав можливість з'ясувати, чи існували підстави для санкціонування НСРД щодо конкретної особи та чи дотримано органом досудового розслідування під час реалізації НСРД суттєвих умов попереднього дозволу апеляційного суду для здійснення таких процесуальних дій. Тому з часом судова практика, як ми дослідили, змінилась.

2. Короткий огляд правових позицій та загальний аналіз розвитку практики щодо недопустимості доказів унаслідок нерозтаємнення документів, що стали підставою для проведення негласних слідчих (розшукових) дій

Загалом, проблематиці правозастосування ст. 290 КПК України в аспекті відкриття процесуальних документів, які стали правовою підставою для проведення НСРД, присвячено низку правових висновків, що містяться в постановах Верховного Суду України (далі – ВСУ) у справах № 5-364 кс 16 від 16.03.2017 р. [5] та № 5-237 кс (15) 17 від 12.10.2017 р. [6], у постановах Великої Палати Верховного Суду (далі – ВП ВС) від 16 січня 2019 року та 16 жовтня 2019 року в провадженнях № 13-37 кс 18 [7] та № 13-43 кс 19 [8] відповідно. Така кількість правових висновків найвищої судової інстанції свідчить про існування виключно теоретико-правової проблеми, яку судова практика розв'язувала поступово, на підставі власних кропітких досліджень та аналізу

об'єктивного права. Останнє також підтверджує складність предмета пізнання.

На прикладі судової справи № 567/169/15-к за обвинуваченням особи у вчиненні корупційного правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 368 Кримінального кодексу України (далі – КК України), можемо проілюструвати, як процес тривалого формування правового висновку виявляє себе на практиці [9].

Сторона захисту клопотала перед судом першої інстанції про визнання усіх доказів, здобутих під час проведення оперативно-розшукових заходів та НСРД, а також похідних від них недопустимими через порушення права особи на захист. Так, у зв'язку з невідкриттям стороні захисту під час ознайомлення з матеріалами кримінального провадження в порядку ст. 290 КПК України процесуальних документів, які стали правовою підставою для проведення НСРД (ухвали слідчого судді Апеляційного суду м. Києва про зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж та аудіо-, відеоконтроль особи, постанови заступника прокурора Рівненської області про проведення НСРД – контроль за вчиненням злочину у формі імітування обставин злочину з використанням заздалегідь ідентифікованих (помічених) засобів). При цьому сторона захисту посилалась на правовий висновок ВСУ в справі № 5-364 кс 16 від 16.03.2017, а саме: не відкриття матеріалів сторонами одна одній в порядку статті 290 КПК після закінчення досудового розслідування, а також додаткових матеріалів, отриманих до або під час судового розгляду, є підставою для визнання судом відомостей, що містяться в них, недопустимими як докази [5].

Суд першої інстанції під час задоволення клопотання сторони захисту про визнання доказів недопустимими поділив їх на три групи:

1. Згідно з текстом вироку [10] частина відомостей, здобутих у результаті негласних оперативно-розшукових заходів у межах оперативно-розшукової справи, містились у матеріалах кримінального провадження і була відкрита стороні захисту на виконання ст. 290 КПК України в момент завершення досудового розслідування, а частина – ні. Під час судового розгляду прокурор намагався виправити цей дефект і додати як докази фактичні дані, здобуті в межах оперативно-розшукової справи, проте суд

погодився зі стороною захисту і відмовив у задоволенні клопотання про долучення доказів на стадії судового розгляду. Зокрема, суд послався на принцип «рівності зброї» та ч. 12 ст. 290 КПК України, адже матеріали були у сторони обвинувачення від початку і, як видається, відсортувались на ті, які використовувались у процесі досудового розслідування і з якими ознайомлювали захист, і ті, з якими сторону захисту ознайомили після спливу понад трьох років судового розгляду.

А відповідно до практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) складником права на справедливий суд, гарантований статтею 6 Конвенції про захист прав та основоположних свобод, є принцип «рівності зброї», тобто рівності сторін у процесі розуміння «справедливого балансу» між сторонами, який вимагає, щоб кожній стороні надавалася розумна можливість представити справу в таких умовах, які не ставлять цю сторону в суттєво не вигідне становище щодо другої сторони. Сторона обвинувачення не може приховувати, не надавати обвинуваченому матеріали, що перебувають у неї або доступні їй, які можуть допомогти обвинуваченому звільнитися від кримінальної відповідальності чи отримати менш суворий вирок (рішення ЄСПЛ у справах *Jasper* проти Сполученого Королівства», 16.02.2000, *Dombo Beheer B.V.* проти Нідерландів, 27.10.1993 та *Ankerl* проти Швейцарії, 23.10.1996) [11].

Досудове розслідування у згаданому кримінальному провадженні тривало 5 тижнів. Відомості ж збирались упродовж 5 місяців до внесення інформації в Єдиний реєстр досудових розслідувань, а також, за твердженням сторони захисту, і після не були використані під час досудового розслідування і не відкривались стороні захисту роками. Як наслідок, ці відомості не допущені ухвалою суду як докази відповідно до реалізованої фактичної кримінальної процесуальної санкції, передбаченої ч. 12 ст. 290 КПК України [12]. Тобто відомості були в наявності у сторони обвинувачення від початку, але використати їх та відкрити стороні захисту вирішили лише в той момент, коли судовий розгляд добігав кінця, адже згідно з текстом вищезазначеної ухвали суду впродовж вісімнадцяти місяців прокурори в цьому кримінальному провадженні не надали усіх, які вважали за необхідне, доказів зі сторони обвинувачення, незважаючи на те, що суд, згідно з ч. 6 ст. 22 КПК України, зберігаючи об'єктивність та неупередженість, створив необхідні

умови для реалізації сторонами процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків.

У теоретичному контексті причиною визнання доказів недопустимими у вищенаведеному прикладі якраз і стало кримінальне процесуальне правопорушення, адже сторона обвинувачення усвідомлено діяла всупереч вимогам процесуального закону, коли приховала від сторони захисту увесь масив відомостей, що мали доказове значення і, ймовірно, могли свідчити про перебування особи під контролем держави задовго до події кримінального правопорушення.

2. Крім того, згідно з вироком [10] частина доказів, здобутих під час проведення негласних оперативно-розшукових заходів у межах оперативно-розшукової справи використовувалась стороною обвинувачення як доказ. За твердженням сторони обвинувачення, втручання у приватне спілкування (зняття інформації з каналів зв'язку, аудіо- та відеоконтроль особи) було санкціоноване відповідними ухвалами слідчих суддів Апеляційного суду м. Києва, проте під час судового розгляду експертна комісія з питань таємниць відповідного суду відмовила у розтаємненні (розтаємниченні) матеріальних носіїв через відсутність відповідної правової процедури. За результатами судового розгляду встановлено, що ухвали слідчого судді Апеляційного суду м. Києва, згідно з якими, за твердженням сторони обвинувачення, було дозволено втручання у приватне спілкування, відсутні. Також ці ухвали не відкривались стороні захисту під час виконання ст. 290 КПК України. Тому під час судового розгляду процесуальних документів щодо наявності правових підстав втручання у приватне спілкування обвинуваченого суд не досліджував. Суттєві умови попереднього дозволу суду для здійснення процесуальних дій чи взагалі наявність такого дозволу від слідчого судді не були встановлені. Як наслідок, суд констатував, що втручання у приватне спілкування відбулось у результаті оперативно-розшукової діяльності з порушенням порядку, встановленого КПК України, оскільки ні суду, ні стороні захисту не надано ухвали слідчого судді Апеляційного суду м. Києва, яка б санкціонувала подібне втручання і визначала його суттєві умови. Тому суд виконав обов'язок, покладений п. 1 ч. 2 ст. 87 КПК України, і через істотне порушення прав людини та основоположних свобод, а також відповідно до ч. 12 ст. 290 КПК

України через невідкриття матеріалів, які є правовою підставою для проведення НСРД, застосовуючи запозичене з англосаксонського доказового права правило «плодів отруйного дерева», визнав недопустимими доказами всі фактичні дані, здобуті під час втручання у приватне спілкування особи та похідні від них, які містились на відповідних носіях (диски, касети, протоколи) та у висновках експертиз.

У цьому прикладі документи, що стали процесуальною підставою для проведення НСРД, взагалі не відкривались стороні захисту в порядку ст. 290 КПК України (ні під час досудового розслідування, ні під час судового розгляду), а також їх не досліджував і суд. Для відповіді на питання про те, чи відбулося тут кримінальне процесуальне правопорушення сторони обвинувачення, чи це була помилка, зумовлена складністю об'єкта пізнання, необхідно з'ясувати, зокрема, практику експертних комісії з питань таємниць не лише одного апеляційного суду, а й інших, а також проаналізувати правові підстави процедури зняття грифу таємності, що є перспективним напрямом теоретичних пошуків. Із наведеного прикладу видається, що однозначно стверджувати про умисне порушення кримінального процесуального закону, як мінімум органом досудового розслідування, не є можливим.

3. Третю групу доказів, що стосувались НСРД, становили відомості, здобуті під час реалізації НСРД, санкціонованих заступником прокурора області: контролю за вчиненням злочину у формі імітування обстановки злочину з використанням заздалегідь ідентифікованих (помічених) засобів.

Сторона захисту посилалась на правовий висновок ВСУ в справі № 5-364 кс 16 від 16.03.2017 р., про який ішлося вище [5], і просила визнати недопустимими докази, бо їх не відкрили в порядку статті 290 КПК після закінчення досудового розслідування.

Проте суд першої інстанції у вироку мотивував [10], що у зазначеному правовому висновку аналізувалась оперативна закупка, яка відбулась до внесення відомостей про кримінальне правопорушення в ЄРДР, а відомості були розтаємнені та долучені прокурором на стадії апеляційного оскарження, тому ВСУ зробив висновок, що право обвинуваченого на захист порушено, оскільки він був змушений захищатися від так званих нових доказів без надання достатніх можливостей і часу для їх

спростування, що призвело до порушення балансу інтересів у кримінальному процесі. ВСУ зробив висновок, що невідкриття матеріалів сторонами одна одній в порядку статті 290 КПК після закінчення досудового розслідування, а також додаткових матеріалів, отриманих до або під час судового розгляду, є підставою для визнання судом відомостей, що містяться в них, недопустимими як докази. Але фактичні обставини в цьому кримінальному провадженні щодо НСРД контролю за вчиненням злочину суттєво відрізнялись від тих, що спричинили постановлення вищезазначеного правового висновку ВСУ.

Так, згідно з текстом вироку [10] обвинувачений був повідомлений про НСРД згідно з постановою прокурора про контроль за вчиненням злочину на стадії досудового розслідування і всі наявні на той час матеріали у сторони обвинувачення відкрито стороні захисту в порядку ст. 290 КПК України. Але гриф секретності знято з документів, на підставі яких проведено НСРД у формі контролю за вчиненням злочину, вже в процесі судового розгляду, після чого сторона обвинувачення відкрила ці документи стороні захисту, а суд першої інстанції надав достатньо часу стороні для підготовки позиції, яка була озвучена через місяць. За результатами дослідження доказів суд ухвалив розв'язати питання щодо їх допустимості чи недопустимості одночасно з ухваленням кінцевого рішення у кримінальному провадженні, таким чином надавши захисту ще час для їх спростування. Досудове розслідування у даному кримінальному провадженні тривало близько 5-ти тижнів. Процесуальні документи подано всього на чотирьох аркушах, що стали підставою для проведення НСРД, відкрито одразу після отримання стороні захисту, якій надано достатні можливості й час терміном майже 10 місяців для спростування відомостей, що перевищує більше ніж у 9 разів увесь строк досудового розслідування. Таким чином, ці докази не є новими для сторони захисту і не призвели до порушення балансу інтересів у кримінальному процесі. Тому підстав визнавати їх недопустимими через порушення права на захист суд не знайшов і продовжив аналізувати як процесуальні документи, що стали підставою для проведення НСРД, так і відомості, здобуті внаслідок реалізації цієї НСРД. За результатами судового розгляду 29.12.2018 р. суд першої інстанції ухвалив вирок, згідно з яким за одним епізодом особу визнано винною у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 15, ч. 2

ст. 190 КК України, та призначено покарання. Але за іншим епізодом щодо вимагання та отримання хабаря – виправдано за обвинуваченням у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368 КК України на підставі п. 3 ч. 1 ст. 373 КПК України за недоведеністю в його діях складу кримінального правопорушення [10].

Також у провадженні № 13-37 кс 18 колегія суддів Касаційного кримінального суду відступила від правових позицій ВСУ та сформулювала свій правовий висновок про те, що процесуальні документи, які стали правовою підставою для проведення негласних слідчих (розшукових) дій (ухвали, постанови, клопотання), що не були відкриті стороні захисту на момент звернення до суду з обвинувальним актом, оскільки вони не були у розпорядженні сторони обвинувачення – за наявності відповідного клопотання, можуть бути відкриті під час судового розгляду у суді першої чи апеляційної інстанції. Таке відкриття на цих стадіях кримінального провадження процесуальних документів, які стали правовою підставою для проведення негласних слідчих (розшукових) дій, не тягне за собою за вказаних обставин визнання відомостей, які містяться у них, та результатів проведення таких дій недопустимими доказами відповідно до ст. 290 КПК, у зв'язку з чим колегія суддів Касаційного кримінального суду звернулась до Великої палати Верховного суду, яка 16.01.2019 р. сформулювала і свій правовий висновок [7].

Так, у п. 57 постанови ВП ВС у справі в провадженні № 13-37 кс 18 вказано, що документи, які стали правовою підставою проведення НСРД (зокрема, не розсекречені на момент звернення до суду з обвинувальним актом), не можуть вважатися додатковими матеріалами до результатів проведених негласних слідчих (розшукових) дій, отриманими до або під час судового розгляду, оскільки є їх частиною. І в п. 63 підсумовано, що за наявності відповідного клопотання процесуальні документи, які стали підставою для проведення НСРД (ухвали, постанови, клопотання) і які не було відкрито стороні захисту в порядку, передбаченому ст. 290 КПК, оскільки їх тоді не було у розпорядженні сторони обвинувачення (процесуальні документи не було розсекречено на момент відкриття стороною обвинувачення матеріалів кримінального провадження), можуть бути відкриті іншій стороні, але суд не має допустити відомості,

що містяться в цих матеріалах кримінального провадження, як докази [7].

Такий правовий висновок означав, що абсолютно у всіх кримінальних провадженнях, у яких на завершальній стадії досудового розслідування під час ознайомлення з матеріалами в порядку ст. 290 КПК України стороні захисту не було відкрито документи, що стали процесуальною підставою для проведення НСРД, зокрема через незняття грифу таємності, суд повинен був визнавати докази недопустимими. Незалежно від наявності чи відсутності необхідних матеріалів у сторони обвинувачення, незалежно від поведінки органів досудового розслідування, незалежно від того, вчасно задовольнили чи відмовили експертні комісії в клопотанні про зняття грифу таємності з документів, усі докази, здобуті під час реалізації НСРД та похідні від них, на кшталт висновків відповідних експертиз чи показань свідків реалізації НСРД, вилучених речових доказів тощо, суд повинен був визнавати недопустимими. Місця для суддівського розсуду в кожній конкретній ситуації задля вирішення справи по суті, фактично, не лишили, адже варіант поведінки був один, як-от невідкриття процесуальних документів, які стали правовою підставою для проведення НСРД саме під час виконання ст. 290 КПК України на стадії досудового розслідування автоматично спричиняло недопустимість усіх здобутих доказів унаслідок такої НСРД.

Як же це вплинуло на долю кримінального провадження з нашого прикладу, в якому було ухвалено вирок за три тижні до появи вищезазначеної правової позиції?

12 червня 2019 року колегія суддів Волинського апеляційного суду в справі №567/169/15-кв посланням на правовий висновок ВП ВС, сформульований у постанові від 16 січня 2019 року (провадження №13-32к18) констатувала:

- в основу обвинувачення покладено низку доказів, які отримані за результатами проведення НСРД, а також похідні від цього докази, зокрема постанова заступника прокурора Рівненської області про проведення негласної (розшукової) дії – контроль за вчиненням злочину;
- як убачається з матеріалів справи, процесуальні документи, які стали підставою для проведення НСРД, не були відкриті стороні захисту в порядку ст. 290 КПК України, тобто під

час досудового розслідування, а лише на стадії судового розгляду;

– водночас під час винесення вироку суд першої інстанції допустив відомості, що містяться в матеріалах кримінального провадження та стосуються документів, які стали підставами для проведення НСРД як докази. І за наведених обставин, висновок суду про винуватість особи є передчасним, зробленим без повного, всебічного та об'єктивного аналізу наявних у кримінальному провадженні доказів, а тому не може визнаватися законним, обґрунтованим та вмотивованим [13].

Це стало підставою для скасування вироку та направлення кримінального провадження на новий розгляд у суді першої інстанції.

30.07.2019 р. колегія суддів Касаційного кримінального суду відмовила обвинуваченому у відкритті касаційного провадження за його касаційною скаргою на ухвалу Волинського апеляційного суду від 12 червня 2019 року, оскільки зазначене судове рішення не може бути перевірене в касаційному порядку, тому що в касаційній скарзі ставиться питання про перегляд ухвали апеляційного суду, якою вирок місцевого суду скасовано та призначено новий розгляд кримінального провадження у суді першої інстанції. Таке рішення апеляційного суду не перешкоджає подальшому кримінальному провадженню, а тому не підлягає перегляду в касаційному порядку [14].

Проте 16.10.2019 р. практика ВП ВС дещо змінилась, адже в провадженні №13-43 кс 19 було постановлено новий правовий висновок, яким уточнено попередній від 16.01.2019 р. [8]. Так, ВП ВС мотивувала: оскільки загальні висновки, викладені раніше судами України вищих інстанцій, не охопили повністю всіх випадків, які можуть виникати у практиці правозастосування, і проблема загалом не вирішена, то з метою встановлення чіткого критерію визначення умов допустимості результатів проведення НСРД як доказів у кримінальному провадженні та документів, які стали підставою для їх проведення, в контексті виконання вимог статті 290 КПК України, ВП ВС вважає за необхідне уточнити висновки щодо застосування норми права, зроблені раніше у постанові ВП ВС від 16 січня 2019 року в справі № 751/7557/15-к (провадження № 13-37к18). У цьому кримінальному провадженні, яке розглядалося ВП ВС, ухвали слідчих суддів на проведення НСРД не були відкриті стороні захисту ні в порядку

ст. 290 КПК України, ні під час судового розгляду в суді першої інстанції, ні навіть на момент касаційного перегляду. Однак у практиці правозастосування можливі інші випадки, коли процесуальні документи, які стали підставою для проведення НСРД, надаються стороною обвинувачення в суд і сторони у змагальному процесі висловлюють свої позиції щодо них.

Загалом, ВП ВС вважає, що за умови належної процесуальної поведінки прокурора, якщо процесуальні документи, які стали підставою для проведення НСРД (зокрема ухвала слідчого судді) були надані суду під час судового розгляду і стороні захисту в змагальному процесі була забезпечена можливість довести перед судом свої аргументи щодо допустимості відомостей, отриманих у результаті НСРД, в сукупності з оцінкою правової підстави для проведення НСРД, то суд повинен оцінити отримані докази та розв'язати питання про їх допустимість і не повинен автоматично визнавати такі докази недопустимими. Якщо відповідні документи будуть надані суду, що розглядає кримінальне провадження, то суд на основі оцінки доказів у їх сукупності, а також з урахуванням процесуальних підстав для проведення НСРД та з урахуванням позицій сторін, зокрема позиції сторони захисту, може прийняти рішення про їх допустимість. Таким чином, у кожному конкретному випадку розкриття стороні захисту процесуальних документів, які стали правовою підставою для проведення НСРД поза часовими межами, визначеними статтею 290 КПК України, необхідно встановити, що сторона захисту могла реалізувати своє право на розгляд справи у судовому засіданні з дотриманням принципу змагальності. Суд має забезпечити стороні захисту достатній час і реальну можливість ефективно здійснювати захист та наводити під час судового розгляду свої аргументи щодо допустимості доказів, отриманих у результаті НСРД [8].

Як наслідок, серед інших висновків, ВП ВС вказала, як застосовувати норму права, яка викликала правову проблему:

- процесуальні документи, які стали підставою для проведення НСРД (ухвали, постанови, клопотання) та які на стадії досудового розслідування не було відкрито стороні захисту в порядку, передбаченому статтею 290 КПК України з тієї причини, що їх не було у розпорядженні сторони обвинувачення (процесуальні документи не були розсекречені на момент відкриття стороною обвинувачення матеріалів кримінального

провадження), можуть бути відкриті іншій стороні під час розгляду справи у суді за умови своєчасного вжиття прокурором всіх необхідних заходів для їх отримання;

- якщо процесуальні документи, які стали підставою для проведення НСРД, розсекречені під час судового розгляду, і сторона захисту у змагальному процесі могла довести перед судом свої аргументи щодо допустимості доказів, отриманих у результаті НСРД, в сукупності з оцінкою правової підстави для їх проведення, то суд повинен оцінити отримані докази та вирішити питання про їх допустимість;

- випадку розкриття процесуальних документів, які стали підставою для проведення НСРД після передання кримінального провадження до суду, суд зобов'язаний забезпечити стороні захисту достатній час та реальну можливість для доведення перед судом своєї позиції щодо належності та допустимості доказів, отриманих у результаті НСРД у комплексі з процесуальною підставою для проведення НСРД з метою реалізації принципу змагальності [8].

Отже, з 16.10.2019 р. сформовано судову практику, за якої за умови належної процесуальної поведінки прокурора, невідкриття стороні захисту процесуальних документів, які стали підставою для проведення НСРД, під час виконання вимог ст. 290 КПК України на стадії досудового розслідування вже не тягне автоматичного визнання всіх доказів, здобутих у результаті НСРД та похідних від них, недопустимими. Суди повинні оцінювати процесуальну поведінку прокурора в кожному конкретному випадку. А також після відкриття матеріалів стороні захисту вже на стадії судового розгляду надавати достатній час для підготовки правової позиції, щоб забезпечити реалізацію принципу змагальності. Отож, більше не відбувається автоматичне визнання доказів недопустимими, а тому суд має вирішувати вже не теоретичне питання юридичної помилки чи кримінального процесуального правопорушення суб'єкта кримінальних процесуальних правовідносин на практиці. Розмежування означених понять та їх дослідження дуже актуальні.

Аналізуючи вищевикладене, можна зробити висновок: оскільки судова практика розвивається в напрямі надання оцінки процесуальній поведінці прокурора під час виконання ст. 290 КПК України в аспекті відкриття матеріалів, що стали

правовою підставою для здійснення негласних слідчих (розшукових) дій, то не у всіх випадках існує кримінальне процесуальне правопорушення сторони обвинувачення, а лишається ймовірність юридичної помилки, тобто варіативність поведінки. А це має велике значення, оскільки у разі констатації судом учинення стороною обвинувачення кримінального процесуального правопорушення наслідком стане застосування кримінально процесуальної санкції, передбаченої ч. 12 КПК України та визнання доказів, здобутих під час реалізації НСРД та похідних від них, недопустимими. На противагу цьому висновок суду про допущення юридичної помилки, наприклад через складність об'єкта пізнання, не призведе до безумовного визнання доказів недопустимими та ухвалення виправдувального вироку, а зобов'яже суд надати стороні захисту час для підготовки правової позиції заради забезпечення принципу змагальності сторін. І за результатами може бути ухвалено як рішення про визнання доказів недопустимими, так і покладення цих доказів у основу обвинувального висновку.

3. Доктрина «плід отруєного дерева» та доктрина «срібного блюдця» (загальнотеоретичні аспекти недопустимості доказів та практика)

Доктрина ЄСПЛ «плід отруєного дерева» (Fruit of the poisonous tree) була застосована Європейським судом із прав людини в багатьох справах, а саме: *Gäfgen* проти Німеччини, [ВП], № 22978/05, ЕСНР 2010, *Shabelnik* проти України, № 16404/03, 19.02.2009, *Teixeira de Castro* проти Португалії, 09.06.1998, *Balitskiy* проти України, № 12793/03, 03.11.2011, *Yaremenko* проти України, № 32092/02, 12.06.2008, *Nechiporuk and Yonkalo* проти України, № 42310/04, 21.04.2011 та ін. [11].

Змістовна сутність доктрини полягає у такому: коли основне джерело доказів здобуто з порушенням прав і основоположних свобод людини, то похідні від нього докази (отримані на його підставі чи за його допомогою) також заборонено використовувати для обвинувачення особи.

В Україні допустимим є доказ, отриманий у порядку, встановленому КПК (ч. 1 ст. 86 КПК). Отже, з норми випливає відповідний теоретичний критерій – порушення порядку його отримання. Ч. 1-3 ст. 87 КПК визначено недопустимість доказів, отриманих унаслідок істотного порушення прав та свобод

людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також будь-яких інших доказів, здобутих завдяки інформації, отриманій унаслідок істотного порушення прав та свобод людини [1].

Основною думкою ЄСПЛ є те, що оцінка допустимості всіх доказів базується на певній їх послідовності, виключаючи автономію окремого з них. Так, порушений порядок приводить до несправедливості загалом.

ЄСПЛ виходить із такого: якщо був несправедливим процес отримання визначального доказу, то похідні від нього та отримані у зв'язку з ним теж є несправедливими.

За умов практичного розгляду справ суд повинен бути поставлений в умови коли він «бачить» усю послідовність того, як один недопустимий доказ вплинув чи міг вплинути на недопустимість інших у цьому ж кримінальному провадженні, адже саме доведений похідний характер інформації, яка стає фактичною підставою для проведення відповідної слідчої (розшукової) дії, тих дій, які істотно порушили права людини, повинні стати у майбутньому реальною «канвою» судового рішення. Отож, суд фактично встановлює цей зв'язок: між безпосередньо «деревом» і «плодами» цього ж дерева. Похідний характер інформації – обов'язкова умова (теоретична конструкція: підстава та наслідки).

В аспекті з'ясування походження доказу надзвичайної важливості набуває питання фіксації результатів слідчих (розшукових) дій та НСРД. Згідно з п. 3 ч. 2 ст. 105 КПК стенограма, аудіо-, відеозапис процесуальної дії є додатком до протоколу, що має бути долучений. Одночасно до складу слідчої (розшукової дії) входять також дії щодо належного упакування речей і документів <...> (ч. 2 ст. 106 КПК). Аналогічно фіксація перебігу і результатів НСРД повинна відповідати загальним правилам кримінального провадження (ч. 1 ст. 252 КПК). Але заради захисту інформації, отриманої в результаті НСРД, виготовлення копій протоколів про проведення НСРД та додатків до них до прийняття рішення про їх розсекречування, не допускається (ч. 3 ст. 254 КПК) [1]. На жаль, на практиці непоодинокі випадки долучення стороною обвинувачення як доказу додатків, на яких зафіксовані, за твердженням органу досудового розслідування, результати слідчих (розшукових) дій,

але без опечатування, без підписів слідчого та/або понятих, без зазначення часу тощо, що в сукупності позбавляє суд можливості перевірити результати процесуальних дій. Або ж результати НСРД копіюють, хоч інформація засекречена.

Також мають місце спроби замаскувати процесуальну дію, для реалізації якої потрібен дозвіл слідчого судді, під процесуальну дію, для якої не вимагається судовий контроль. Розповсюджена практика органу досудового розслідування – це проведення обшуку під виглядом огляду місця події. Для того, аби порушити недоторканість житла чи іншого володіння особи, необхідно отримати дозвіл слідчого судді, якому орган досудового розслідування повинен довести потребу настільки серйозного втручання у права та основоположні свободи людини (ст. 234–235 КПК). Також обшук обов'язково фіксується за допомогою аудіо- та відеозапису і є невіддільним додатком до протоколу, відсутність якого позбавляє результати обшуку доказового значення через недопустимість (ч. 1 ст. 104, ч. 10 ст. 236 КПК). Судова практика в Україні сформувала позицію визнання доказів недопустимими у відповідь на подібні дії органу досудового розслідування. Отож, якщо суд робить висновок, що огляд місця події був обшуком особи, її житла чи іншого володіння, то застосовує доктрину «плодів отруйного дерева». Ще гірше, якщо орган досудового розслідування маскує кримінальне правопорушення, зокрема кримінальний проступок або нетяжкий злочин під тяжкий чи особливо тяжкий злочин, щоб добитись дозволу слідчого судді відповідного суду на втручання у приватне спілкування особи. Річ у тім, що у передбачених кримінальним процесуальним законодавством випадках НСРД проводяться виключно у кримінальному провадженні щодо тяжких або особливо тяжких злочинів (ч. 2 ст. 246 КПК) [1], а в інших ситуаціях орган досудового розслідування повинен обмежуватись слідчими (розшуковими) діями.

На практиці трапляються випадки, коли *de facto* підозрюваний перебуває у *de iure* статусі свідка майже весь період досудового розслідування і не може користуватись комплексом прав, якими володіє підозрюваний, чим грубо порушується право на захист. Питання відновлення справедливості процесу належить до компетенції суду в кожному конкретному випадку, бо згідно зі ст. 2 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» завданням суду є не лише здійснення

правосуддя на засадах верховенства права, а й забезпечення кожному права на справедливий суд та повагу до інших прав і свобод, гарантованих Конституцією і законами України, а також міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України [15]. Одночасно необхідно зазначити, що докази, отримані з показань такого свідка, який надалі став підозрюваним або обвинуваченим у цьому ж кримінальному провадженні, є недопустимими, як і похідні від них (з огляду на доктрину «плодів отруйного дерева»).

Також провокація кримінального правопорушення правоохоронцями та/або «агентами держави» викликає недопустимість усіх зібраних доказів. Якщо сторона захисту стверджує, що відбулась провокація, то за практикою ЄСПЛ Національний суд повинен дослідити матеріально-правовий критерій підбурення та з'ясувати, чи відбулось би порушення кримінального закону без втручання влади (справи *Teixeira de Castro* проти Португалії, 09.06.1998, *Ramanauskas* проти Литви, 05.02.2008, *Khudobin* проти Російської Федерації, №59696/00, *Bannikova* проти Російської Федерації, 04.11.2010, №18757/06, *Taraneks* проти Латвії, 02.12.2015) [11]. Тому суд аналізує: 1) чи було достатньо інформації у правоохоронців про причетність конкретної особи до вчинення кримінального правопорушення? 2) чи вступили правоохоронці та/або «агенти держави» у кримінальне правопорушення на етапі його підготовки або реалізації? 3) чи були дії правоохоронців пасивними? Негативна відповідь на будь-яке з вищезазначених питань може означати наявність провокації кримінального правопорушення, що завжди настільки порушує права та основні свободи людини, що справедливий процес відновиться лише у разі ухвалення судом виправдувального вироку.

Умови та факти які можуть впливати на «отруйність»:

- наявність провокації від працівників правоохоронних органів та/або «агентів держави», що призводить до істотних порушень прав та свобод людини;

- здобуття відомостей від *de facto* підозрюваного, що перебуває у *de iure* статусі свідка;

- здобуття доказів: у вигляді слідчих дій, що не потребують дозволу слідчого судді, але насправді є такими, які підпадають під судовий контроль, чи завдяки маніпуляціям із тяжкістю кримінального правопорушення;

- проведення слідчих (розшукових), а також негласних слідчих (розшукових) дій без дозволу суду, якщо потрібна ухвала слідчого судді, або з порушенням умов, закладених завдяки судовому контролю;

- порушення фіксації процесуальних дій;
- фрагментарність оцінки доказів та інше.

Гарантом законності щодо дотримання означеної доктрини є слідчий суддя. Він показує волю й інтереси народу, закладені у кримінальний процесуальний закон зокрема. Він же здійснює й контроль за дотриманням прав та інтересів особи в кримінальному провадженні. Проте рішення про допустимість чи недопустимість доказу приймає суд, що розглядає кримінальне провадження по суті. Здебільшого, це відбувається уже в нарадній кімнаті під час ухвалення вироку в справі. Але у випадках очевидної недопустимості доказу ймовірним є постановлення ухвали про визнання його таким ще в процесі судового розгляду, що дозволяє не досліджувати очевидно недопустимий доказ чи припинити таке дослідження.

На практиці виникає проблема оцінки ухвал слідчого судді апеляційного суду, що стали правовою підставою для здійснення НСРД на стадії досудового розслідування, саме судом першої інстанції під час судового розгляду. Серед частини юристів-практиків існує думка, що місцевий загальний суд не може оцінювати такі ухвали через ієрархію. Але подібний підхід видається помилковим, оскільки може призвести до порушення загальних принципів кримінального провадження, а саме: верховенства права, таємниці спілкування, невтручання у приватне життя, забезпечення права на захист, доступу до правосуддя, змагальності сторін та свободи в поданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості.

Коли слідчий суддя апеляційного суду вирішує клопотання органу досудового розслідування про надання дозволу на проведення НСРД, то сторона захисту відсутня. Що зрозуміло, бо цього вимагає загальний суспільний інтерес, який полягає у розкритті злочину та в подальшому притягненні винного до відповідальності. Передчасне інформування сторони захисту про ймовірні НСРД призведе до втрати актуальності подібних процесуальних дій. Але якщо припустити, що суд першої інстанції у відповідь на клопотання сторони захисту оцінити ухвалу слідчого судді апеляційного суду на предмет наявності чи

відсутності підстави для проведення НСРД не зможе цього зробити, то вірогідними є порушення прав обвинуваченого. Бо якщо сторона захисту не може висловити свою позицію із розрахунком отримати від суду будь-яку відповідь ні на стадії досудового розслідування, ні на стадії судового розгляду, то це порушує принцип «рівності зброї» і спричиняє несправедливість судового процесу загалом.

Нагадаємо, що ідеться про втручання у право на таємницю приватного спілкування, яке має підвищений захист. Крім того, слідчий суддя апеляційної інстанції вирішує клопотання сторони обвинувачення про дозвіл на таке втручання в умовах неочевидності та без представлення точки зору іншої сторони, в короткий термін – усього 6 годин. Збільшується ймовірність учинення органом досудового розслідування кримінального процесуального правопорушення, за якого слідчому судді апеляційного суду не надається вся необхідна інформація або вона презентується у викривленому вигляді, адже піддати критиці аргументи нікому. Все це у своїй сукупності може призвести до помилки, зрозуміти, яку вдасться суду під час аналізу загального ланцюжка доказів, а не його окремих фрагментів.

Для прикладу розглянемо ситуацію, за якої надається дозвіл на аудіоконтроль за адвокатом під час спілкування з особою, коли слідчий суддя апеляційного суду не знає, що другий співрозмовник – це саме підозрюваний/обвинувачений, якого захищає цей адвокат. Згідно з ч. 5 ст. 247 КПК заборонено втручатись у приватне спілкування захисника з підозрюваним, обвинуваченим, засудженим чи виправданим [1]. ЄСПЛ також у своїй практиці дотримується позиції, що, у зв'язку з тим, що стаття 8 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенція) [16] захищає конфіденційність будь-якої «кореспонденції» між особами, вона передбачає й підсилений захист обміну інформацією саме між адвокатами та клієнтами. Це підтверджується фактом, що адвокати здійснюють у демократичному суспільстві основоположну місію – захист обвинувачених і підсудних. Зрозуміло, адвокат не може належно здійснювати цю основоположну місію, якщо він не може гарантувати тим, кого захищає, що їхнє спілкування залишиться конфіденційним (*Michaud* проти Франції, № 12323/11, § 118 та *R.E.* проти Великобританії, № 62498/11, § 131, 27 жовтня 2015) [11]. Аналогічно й українське законодавство оберігає адвокатів і

клієнтів у кримінальному провадженні від втручання в приватне спілкування навіть за умови конфлікту адвокатів як із державою, так і з підозрюваними, обвинуваченими, засудженими чи виправданими. Бо значення інституту захисника в кримінальному процесі надзвичайно важливе для дотримання прав і свобод людей, підданих кримінальному переслідуванню. Щоб адвокати могли реалізувати свою функцію надання правничої допомоги, статтею 131-2 Конституції України їм гарантована незалежність [17]. І особливо вагомим значення така конституційна гарантія набуває в кримінальному провадженні, під час якого втручання у права людей найбільш серйозні. Всю державну машину обвинувачення від спокус учинення кримінальних процесуальних правопорушень заради якнайшвидшого досягнення результату доводиться стримувати лише адвокату чи адвокатам, яких може бути максимум до 5 в одного переслідуваного кримінальним процесуальним законом. Якщо слідчий суддя апеляційного суду в умовах неочевидності початкової стадії кримінального процесу помилково санкціонує втручання у приватне спілкування адвоката з клієнтом, а суд не зможе адекватно оцінити цю ситуацію через неприйнятну в цьому разі ієрархію, то однозначно будуть порушені й права людини, і професійні права адвоката, що означатиме «отруйність дерева» та всіх його «плодів» та несправедливість судового процесу.

Суд, вирішуючи кримінальне провадження по суті, не може бути позбавлений суддівського розсуду, зокрема щодо підставності ухвал слідчих суддів апеляційного суду, що стосуються цього кримінального провадження. Злагоджений тандем слідчого судді на стадії досудового розслідування та суду на стадії судового розгляду забезпечить реалізацію доктрини «плодів отруйного дерева» та мінімізує порушення прав людини, підданої кримінальному переслідуванню. Максимально можливе недопущення порушення її прав і свобод – гуманістичний бік кримінально-процесуальної форми.

Загалом, вимога дотримання прав і свобод людини у кримінальному судочинстві має специфіку – законом передбачена можливість їх обмеження. КПК України визначає цей порядок і шляхом застосування заходів забезпечення кримінального провадження. Та все ж інститут допустимості доказів – гарантія забезпечення не лише принципу законності, а

й верховенства права. Цим реалізуються положення п. 2, 3 ст. 6 Конвенції [16].

Цікавим моментом є й те, що існує так звана доктрина «срібного блюдця», про застосування якої вже «говорять» в Україні науковці. Це спосіб «легалізації» («узаконення») даних, які були здобуті суб'єктом із порушенням закону, але потім прийняті судом від суб'єкта доказування, який процесуальний закон не порушив.

Згідно з цією доктриною незаконно отримані дані (як «плоди отруєного дерева») стають поміщеними на «срібне блюдо». Вони начебто стають знову застосовними для правосуддя, отримують повну санацію, визнання. У США ця доктрина застосовується з урахуванням того, яку ж все-таки роль виконує особа, яка отримує відомості: якщо це суб'єкт доказування, то допущені ним істотні порушення закону виключають допустимість отриманого ним або з його ініціативи доказу; якщо ж особа не є суб'єктом доказування і стороною – незаконно отримана нею інформація є незалежною і тому може стати доказом, бути залученою до кримінального провадження [18, с. 364–365].

Для застосування цієї доктрини *de iure* в Україні вбачається необхідність прийняття відповідної правової норми. Але формулювання такої норми повинні бути дуже обережними, виваженими, оскільки її введення може призвести до появи різних провокацій, зловживань у зв'язку з використанням незаконних способів отримання інформації. Рівень правосвідомості та правової культури повинен бути значно вищим від наявного в Україні. Адже все ж таки докази, зібрані відповідно до цієї доктрини, все ж можуть визнаватись допустимими.

Як приклад наведемо критику положення рішення Конституційного Суду України у справі щодо офіційного тлумачення положення ч. 3 ст. 62 Конституції України від 20 жовтня 2011 року (справа №1-31/2011) (це рішення, як уважається багатьма правознавцями, було прийняте у зв'язку зі справою Гонгадзе з метою неможливості використання в ній як доказів «плівки Мельниченка») [19, с. 162–166].

Згідно зі ст. 34 Конституції України та на думку В.І. Шишкіна (суддя Конституційного Суду України), особи, які не є носіями владних повноважень, а також особи, до компетенції яких не належить здійснення оперативно-розшукової діяльності, можуть

учиняти дії щодо збирання інформації. Фактичні дані, здобуті за результатами таких дій, можуть бути сприйняті і судом, і самим слідством як допустимі докази [20].

Контекст реалізації доктрини «срібного блюдця» має право на існування за умов розробки в кримінально-процесуальному українському законодавстві інституту крайньої необхідності. За аналогією з кримінальним правом [21]. Виняткова важливість таких доказів не виключається.

Узагальнюючи, визначаємо, що судова практика як досвід індивідуальної правової діяльності суддів слугує в Україні постачальником адекватної інформації щодо потреби вдосконалення українського законодавства, побудови його прогресивних напрямів для правотворчої та правозастосовної діяльності. З огляду на вищезазначене, особливої значущості набуває в Україні й статус актів органів судової влади у системі джерел права. Суддівські «думки» часто здатні набувати ознак повторюваності, векторної спрямованості, зокрема щодо застосування вищенаведених доктрин.

Повернемось до первісно описаної нами у цьому розділі доктрини «плодів отруєного дерева» та, зважаючи на доктрину «срібного блюдця», проаналізуємо справу *Gäffgen* проти Німеччини, [ВП], №22978/05, ЕСЧР 2010 [11], у якій підозрюваний викрав 11-річного сина банкіра з метою отримання викупу, але був затриманий. Поліціянти погрожували йому тортурами з метою одержання інформації про дитину впродовж десяти хвилин, бо сподівались ще знайти її живою. Але підозрюваний зізнався у вбивстві та вказав, де перебуває труп.

Захист заявив, що всі докази є «плодами отруєного дерева» і мають бути виключені з процесу. Національний суд здійснив «зважування інтересів»: політика протидії тортурам, з одного боку, і державний та суспільний інтерес у розслідуванні вбивства – з іншого [22]. ЄСПЛ же працював над розв'язуванням питання про те, чи виправданим є застосування до особи під контролем держави тортур, якщо лишається ймовірність врятувати життя дитини. Чи мотив застосування психічного насильства для здобуття доказів має значення? Саме у цій справі ЄСПЛ зробив висновок, що ні.

Незалежно від мотивів слідства стаття 3 Конвенції не містить винятків, адже нею заборонено катування у будь-якій формі та заради будь-якої мети: нікого не може бути піддано катуванню або

нелюдському чи такому, що принижує гідність, поведженню або покаранню [16]. Імовірно, вбивство могло лишитись нерозкритим, якби не відбулось зізнання на початку. Але враховуючи, що підозрюваний у викраденні дитини уже був затриманий і поліцаї застосували катування, знаючи, що в результаті здобуті докази будуть неспроможними в суді, то кара могла й не настати. Вчинення поліціантами кримінального процесуального правопорушення викликало «отруйність дерева» і подальших «плодів» на першому ж етапі. ЄСПЛ також дослідив дотримання гарантій справедливості загалом у судовому процесі. Хоч на початку Національний суд повідомив Гефгена, що його попередні викривальні покази не використовуватимуть як доказ обвинувачення через здобуття під тиском, проте прийняв низку похідних доказів. Та оскільки під час судового розгляду Гефген знову зізнався у вбивстві й ствердив, що робить це добровільно (через докори сумління), бо хоче понести відповідальність, ЄСПЛ зробив висновок, що неусунення судом недопустимих доказів не порушило справедливості процесу. Права захисту були дотримані.

Отож, катування, нелюдське чи таке, що принижує гідність поведження або покарання, настільки сильно порушують права людини, що докази, здобуті внаслідок подібного кримінального процесуального правопорушення, завжди будуть «отруєними», як і їх «плоди». Але це не виключає засудження особи за умов усунення недопустимих доказів і якщо буде забезпечено право на захист. Проте якщо сторона обвинувачення не матиме в розпорядженні достатньої кількості інших, не «отруєних» доказів (прямих чи побічних, ймовірно отриманих від інших осіб із фактичним застосуванням доктрини «срібного блюдця»), то результатом стане ухвалення виправдувального вироку.

У наукових колах все ж триває дискусія щодо доктрини «отруєного дерева». Незважаючи на наукові дискусії, існують і практичні проблеми застосування доктрини. З одного боку, вона продовжує залишатися певною гарантією змагальності кримінального судочинства, виступати важелем впливу на незаконні процесуальні дії посадових осіб, з іншого – виправдувальний вирок може бути ухвалений і за умов, коли кримінальне правопорушення реально відбулося та за характером це був тяжкий чи особливо тяжкий злочин.

Доречно зазначити, що доктрина «отруєного дерева», як зазначила С.М. Кравчук, має й дещо біблійний зміст, оскільки

саме біблійні тексти зазначають, що отруєне дерево не може приносити «плоди добрі». Буквально: «Не може <...> дерево зле плодів добрих родити» [23].

Висновки

Отже, недопустимий доказ – це доказ, пов'язаний із неналежною процесуальною формою, а саме: 1) недотримання визначеного законом порядку кримінального провадження загалом; 2) недотримання порядку окремих процесуальних дій. Саме дотримання процесуальної форми наділяє доказ такою внутрішньою властивістю, як допустимість. Форма, зокрема процесуальна, – це умова досягнення мети допустимості доказу. Коли форму розглядати в широкому розумінні, то допустимість доказу постає як елемент процесуальної форми.

Проблемним є те, що для окремих заходів з отримання доказів не встановлено чітку процесуальну форму, не існує законодавчо визначеного порядку зняття грифу таємності з процесуальних документів слідчих суддів, якими санкціоновано НСРД. Не відбувається вчасного відкриття матеріалів стороні захисту. Суд не має можливості визначити, чи не вийшли органи досудового розслідування за межі, окреслені слідчим суддею. Усе це є потенційною загрозою порушень прав людини та суддівських помилок.

Інститут слідчого судді існує з метою забезпечення судового контролю за дотриманням прав і свобод людини на стадії досудового розслідування. Із розвитком суспільних відносин право на таємницю приватного спілкування отримало підвищений захист. Проте слабкий законодавчий механізм реалізації всього комплексу НСРД підвищує ймовірність порушення прав людини та призводить до нестабільності судової практики, за якої можливе як ухвалення виправдувального вироку у разі обґрунтування обвинувачення лише матеріалами, здобутими внаслідок здійснення НСРД, так і скасування виправдання судом вищої інстанції через іншу правову позицію щодо НСРД.

Визнання доказів недопустимими не завжди є наслідком вчинення кримінального процесуального правопорушення. Але якщо орган досудового розслідування основне джерело доказів здобуває з порушенням прав і основоположних свобод людини, то і цей доказ, і похідні від нього будуть недопустимими. Отож, на

них не може ґрунтуватись обвинувальний вирок, бо саме так суд забезпечить загальну справедливість кримінального процесу.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України № 4651-VI від 13.04.2012. База даних «Законодавство України»/ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text> (дата звернення: 24.04.2021).

2. Алейніков Г.І. Виправдувальний вирок у кримінальному процесі України. Херсон : Херсонський обласний Фонд милосердя та здоров'я, 2007. 200 с.

3. Тютюнник В.В. Інститут допустимості доказів як гарантія ухвалення законного та обґрунтованого вироку суду : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09; кер. роботи О.В. Капліна ; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2016. 20 с.

4. Дяков В.С. Гносеологічна і правова природа виправдувального вироку : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09; М-во освіти і науки України, Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2016. 258 с.

5. Постанова Верховного Суду України у справі № 5-364 кс 16 від 16.03.2017 (головуючий суддя-доповідач Школярів В.Ф.). База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень». URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/66203468> (дата звернення: 24.04.2021).

6. Постанова Верховного Суду України у справі № 5-237 кс (15) 17 від 12.10.2017 (головуючий суддя-доповідач Вус С.М.). База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень». URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/69793657> (дата звернення: 24.04.2021).

7. Постанова Великої Палати Верховного Суду в провадженні № 13-37 кс 18 від 16.01.2019 (головуючий суддя Князев В. С.). База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень». URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79298340> (дата звернення: 24.04.2021).

8. Постанова Великої Палати Верховного Суду в провадженні № 13-43 кс 19 від 16.10.2019 (головуючий суддя Князев В. С.). База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень». URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85174578> (дата звернення: 24.04.2021).

9. Кримінальний кодекс України № 2341-III від 05.04.2001. База даних «Законодавство України»/ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 24.04.2021).

10. Вирок Дубенського міськрайонного суду Рівненської області в справі № 567/169/15-к від 29.12.2018 (головуюча суддя Жуковська О.Ю.). База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень». URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78971159> (дата звернення: 24.04.2021).

11. База даних «HUDOC»/European Court of Human Rights. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%7D> (дата звернення: 24.04.2021).

12. Ухвала Дубенського міськрайонного суду Рівненської області в справі № 567/169/15-к від 30.11.2018 (головуюча суддя Жуковська О.Ю.). База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень». URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78270699> (дата звернення: 24.04.2021).

13. Ухвала Волинського апеляційного суду в справі №567/169/15-к від 12.06.2019 (головуючий суддя Гапончук В.В.). База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень». URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82555901> (дата звернення: 24.04.2021).

14. Ухвала колегії суддів Касаційного кримінального суду Верховного суду в справі №567/169/15-к від 30.07.2019 (головуючий суддя Анісімов Г.М.). База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень». URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83335671> (дата звернення: 24.04.2021).

15. Про судоустрій і статус суддів : Закон України. № 1402-VIII від 02.06.2016. База даних «Законодавство України»/ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text> (дата звернення: 04.05.2021).

16. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950, ратифіковано Законом № 475/97-ВР від 17.07.97. База даних «Законодавство України»/ВР України. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 05.05.2021).

17. Конституція України від 28.06.1996. 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: 05.05.2021).

18. Боруленков Ю.П. Юридическое познание в процессуальной, оперативно-розыскной и частной детективной деятельности. 2009. 364 с.

19. Вапнярчук В.В. Щодо концепцій недопустимості доказів. *Право і суспільство*. 2016. № 5.

20. Граждане имеют право собирать доказательства по уголовному делу – судья Конституционного Суда: Разъяснение судьи Шишкина П. Интернет-издание «Дорожный контроль». URL: <http://roadcontrol.org.ua/node/2747> (дата звернення: 05.05.2021).

21. Марченко В.Ю. Доктрина «срібного блюда» та перспективи її застосування в Україні. Право: історія, теорія, практика. м. Київ, 7–8 грудня 2018. 149 с.

22. Загородній ЄО. Визнання доказів недопустимими у зв'язку з отриманням доказів до моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР. ЛОГОС. ONLINE. International scientific e-journal. № 3 (November, 2019). URL: <https://www.ukrlogos.in.ua/10.11232-2663-4139.03.07.h..> (дата звернення: 05.05.2021).

23. Біблія. Новий завіт. Від Матвія 7. URL: <http://ukrbiblia.at.ua/MT/mt7.htm> (дата звернення: 05.05.2021).

Заварза Т. В.,

кандидат юридичних наук,
провідний юрисконсульт
ПрАТ «Харківенергозбут»,
м. Харків

ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ ЖИТТЮ ТА ЗДОРОВ'Ю ПАЦІЄНТА (ДОСВІД ЗАРУБІЖНИХ ДЕРЖАВ ТА УКРАЇНИ)

***Анотація.** Захист прав пацієнта залишається для України невирішеною проблемою. Сьогодні відсутні ефективні правові механізми, що дозволяли б особам, які постраждали під час медичного обслуговування, у короткі строки та з мінімальними втратами коштів і часу отримати співрозмірні суми компенсації. Натомість у державах із розвиненими демократичними інститутами створена законодавча база, що дозволяє захищати право на належну компенсацію у разі завдання шкоди пацієнту. Шляхом порівняння різних правових механізмів захисту прав пацієнтів на відшкодування шкоди здоров'ю Україна може обрати для себе найкращу модель. На прикладі таких держав, як Швеція, Німеччина та Велика Британія ми визначили недоліки законодавства України та проблеми, які виникають у практиці правозастосування під час вирішення медичних спорів. З'ясували, що відсутність в Україні спеціальної законодавчої бази, котра визначала б особливості складу правопорушення при недоліках медичного обслуговування, зокрема причинно-наслідкового зв'язку та тягаря доказування, призводить до того, що судовий спосіб захисту прав пацієнта є вкрай малоефективним, а позасудовий залишається поза законодавчим регулюванням.*

Вступ

Медична практика має безпосередній вплив на такі права людини, як життя і здоров'я. Погіршення здоров'я у ході медичного обслуговування або смерть пацієнта ставить питання про відшкодування завданої цим шкоди. У такому разі пацієнт та/або його родичі є особами, які перебувають у більш

невигідному становищі, ніж медичні працівники, оскільки не володіють спеціальними знаннями, тож існує потреба у тому, щоб на законодавчому рівні були розроблені механізми, що дозволили б особам, які постраждали у ході медичного обслуговування, швидко й ефективно відшкодувати шкоду. Натомість судова практика в Україні свідчить про те, що відшкодування шкоди, завданої пацієнту у ході медичного обслуговування, передбачає складний і тривалий механізм встановлення судом повного складу правопорушення у діях медичних працівників; суми компенсацій навіть у разі смерті пацієнта є незначними. Водночас є держави, у яких існують ефективні механізми відшкодування шкоди, завданої пацієнту у ході медичного обслуговування. У цьому контексті важливим є проведення порівняльних досліджень, де об'єктом буде виступати законодавство та правозастосовна практика держав із різними механізмами відшкодування шкоди, завданої пацієнту. Серед таких держав можна відзначити Швецію, чію систему охорони здоров'я визнають найбільш досконалою, Велику Британію, де судовою практикою напрацьовано механізм найбільш повного покриття шкоди, завданої пацієнту, а також Німеччину, що є державою зі сталими правовими традиціями.

1. Правове регулювання відшкодування шкоди, завданої здоров'ю пацієнта, у Швеції

У Швеції діє значна кількість нормативно-правових актів, які регулюють взаємовідносини між лікувальним закладом і пацієнтом, зокрема найважливішими з них є: Закон Швеції «Про медичні послуги» («Про охорону здоров'я») (1982: 763), Закон Швеції «Про стоматологію», Закон Швеції «Про пацієнта», Закон Швеції «Про персональні дані пацієнта», Закон Швеції «Про безпеку пацієнта» (2010: 659), Закон Швеції «Про шкоду, завдану пацієнту» (1996: 799).

Таким чином, ми бачимо, що правовий статус пацієнта у Швеції детально врегульований спеціальними нормативно-правовими актами, на відміну від України, де специфіка відповідальності лікувальних закладів за шкоду, завдану пацієнтам, залишається поза увагою законодавця. Швеція є однією з держав, котра на законодавчому рівні визнала «ризики» медичної діяльності та ввела принцип відповідальності лікувального закладу перед пацієнтом навіть за відсутності прямої вини у завданні шкоди.

Політика Швеції у сфері охорони здоров'я базується на введенні обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності для суб'єктів, які надають медичні послуги. Так, незважаючи на те, що компенсація за шкоду, завдану пацієнту, у більшості держав регулюється деліктним правом, Швеція обрала іншу модель, яка надалі була певною мірою запозичена Францією і в дещо іншій формі – Новою Зеландією. Це так зване «страхування відповідальності без вини».

Ці питання регулюються Законом Швеції «Про шкоду, завдану пацієнту», що містить положення про право пацієнта на компенсацію й обов'язок медичних працівників застрахувати свою цивільно-правову відповідальність перед пацієнтом. Згідно із § 6 вказаного Закону пацієнту виплачується компенсація за шкоду, завдану здоров'ю, якщо є вірогідність того, що шкода була завдана при первинному огляді, лікуванні тощо; або за умови, що шкоди можна було б уникнути у разі обрання іншого способу лікування, який із медичного погляду був би менш ризикований; вихід із ладу медичного обладнання, що використовується при обстеженні, догляді чи лікуванні; встановлення неправильного діагнозу; інфікування під час проведення медичного огляду, лікуванні або подібних заходах; нещасного випадку під час обстеження, догляду, лікування або транспортування пацієнта або внаслідок пожежі чи іншого пошкодження обладнання; при використанні лікарських засобів із порушенням інструкцій [1].

Отже, для виплати лікувальним закладом пацієнту компенсації повинен бути встановлений насамперед той факт, що шкоди здоров'ю можна було б уникнути. Не можуть бути підставою для компенсації відомі ризики медичного втручання, яких неможливо уникнути, або випадки, коли лікування не призводить до бажаного результату через незалежні від лікаря обставини. У разі встановлення вказаних фактів пацієнт протягом десяти років із моменту спричинення шкоди має право звернутися до страхової компанії по отримання компенсації (близько 90% суб'єктів надання медичної допомоги мають страховку у страховій компанії Lof – «Взаємне страхування»). Після подання пацієнтом заявки у страховій компанії проводиться перевірка поданих документів, за необхідності за згодою пацієнта страховою компанією витребується медична документація від суб'єкта надання медичної допомоги та проводяться консультації зі спеціалістами.

Тож у Швеції розроблений ефективний механізм відшкодування шкоди, завданої пацієнту через вихід із ладу медичного обладнання, нещасний випадок під час обстеження, догляду, лікування або транспортування пацієнта, пожежа чи інше пошкодження обладнання та лікарські помилки (встановлення неправильного діагнозу; інфікування під час проведення медичного огляду, лікування або подібних заходів, обрання менш ефективного способу лікування).

Така система компенсації шкоди, завданої пацієнту, піддається критиці з тієї позиції, що відсутність особистої відповідальності лікаря за помилки призводить до їх збільшення, однак шведський законодавець врегулював це питання таким чином: у законі Швеції «Про безпеку пацієнта» (2010: 659) вказано, що у разі виявлення некомпетентних дій спеціалістів у галузі охорони здоров'я або умисного чи необережного порушення положень законодавства при медичному обслуговуванні, які мають або можуть мати наслідки для безпеки пацієнтів, інспекція у галузі охорони здоров'я має право встановити випробувальний термін у три роки або позбавити ліцензії осіб, котрі практикують у сфері охорони здоров'я [2].

Одним із відомих у Швеції випадків, який ілюструє систему захисту прав пацієнта, є такий. Справа стосувалася хлопчика, котрий при пологах отримав травму плечового сплетіння. З'ясувалося, що жінка народжувала вдруге, протягом вагітності були ознаки крупного плоду, за результатами УЗД вага дитини була оцінена у 4 000 г (вага при народженні – 5 310 г). Під час пологів при виході плечей новонародженого виникли труднощі, внаслідок чого дитина отримала травму плечового сплетіння, і її ліва рука була нерухома. Страхова компанія відмовила батькам у виплаті компенсації, пославшись на те, що пологи були проведені у встановленому порядку і не було іншого менш ризикового способу лікування. Однак Комітет по захисту прав пацієнтів був іншої думки. Він застосував п. 1 § 6 Закону Швеції «Про шкоду здоров'ю пацієнта» № 1996:799 від 19 червня 1996 р., згідно з яким пацієнту відшкодовується шкода, з високою вірогідністю спричинена у ході медичного обслуговування, за умови, що шкоди можна було б уникнути, якби було обрано інший менш ризикований метод медичного втручання. Комітет по захисту прав пацієнтів дійшов висновку, що у випадку із травмуванням новонародженого проведення кесаревого розтину було тим

альтернативним методом медичного обслуговування, який зменшив би ризик отримання травми дитиною. Так, хоча зазвичай кесарів розтин є тією процедурою, що становить значний ризик для матері, у випадку із крупним плодом цьому методу медичного втручання має надаватися перевага перед природними пологами. У таких випадках кесарів розтин зменшує ризик завдання шкоди і матері, і дитині. Виходячи з цього, батькам була виплачена грошова компенсація за правилами страхування відповідальності лікувальних закладів у Швеції [3].

Таким чином, сьогодні систему охорони здоров'я у Швеції визнають однією із найбільш досконалих, і не в останню чергу через наявність ефективного механізму компенсації шкоди, завданої пацієнту при медичному обслуговуванні. Завдяки шведській моделі «страхування без вини» у судах Швеції відсутні позови пацієнтів, предметом яких є компенсація шкоди здоров'ю пацієнта.

2. Практика відшкодування шкоди, завданої здоров'ю пацієнта, у Великій Британії

У Великій Британії прецедентне право виробило підхід, за якого пацієнт, що доведе винуватість лікаря або медичного закладу у завданні шкоди життю чи здоров'ю, може отримати у суді значні суми компенсації. Розвиненим є інститут відшкодування судом шкоди, спричиненої не лише лікарською недбалістю при обранні тактики лікування, а і неправильною діагностикою. Суми компенсацій можуть досягати 10 млн доларів і включають у себе не лише реально понесені збитки, а й майбутні витрати пацієнта на лікування та втрату можливого доходу (заробітну плату, пенсію).

Так, у рішенні Високого суду Англії і Уельсу по справі «XYZ-and-Portsmouth hospitals NHS trust» (2011 р.) суд встановив, що батько позивача протягом декількох років страждав нирковою недостатністю. Позивач прагнув допомогти своєму батькові, для чого став донором нирки. Операція була проведена недбало, і це визнав відповідач. Внаслідок недбалості відповідача у позивача виникла незворотна недостатність лівої нирки. Фактично йому ні в якому разі не слід було робити операцію через серйозні ризики, окрім того, під час операції були допущені серйозні помилки. Життя заявника вдалося врятувати тільки після тривалої операції, у ході якої у нього виникли додаткові

ускладнення: інфаркт міокарда; тромбоз. Діагноз позивача – ниркова недостатність [4].

У цій справі позивач і відповідач домовилися про розмір компенсації, що складалася з таких позицій:

Стаття відшкодування	Розмір	Обґрунтування
Шкода за біль і страждання	168 000 фунтів стерлінгів	Пункт 16 рішення
Минулі збитки з урахуванням відсотків	287 500 фунтів стерлінгів	Пункти 15 і 17 рішення
Майбутні збитки (окрім доходів і медичних витрат)	432 500 фунтів стерлінгів	Пункт 18 рішення
Медичні витрати на лікування	167 757 фунтів стерлінгів	Пункти 41 і 259 рішення
Втрата заробітку до 65 років (позивачу на момент позову було 39 років)	4 580 869 фунтів стерлінгів	Пункт 260 (а) – (к) рішення
Втрата заробітку після 65 років	68 891 фунт стерлінгів	Пункт 260 (к) рішення
Збиток від продажу бізнесу	£ 1,199 237	Пункт 262 рішення
Загальна сума компенсації	6 740 646 фунтів стерлінгів	

Під час розгляду цієї справи суд Англії та Уельсу застосував принцип «втрачених років», який передбачає таке: коли через недбалість відповідача скорочується тривалість життя позивача, останній має право на відшкодування зарплати та пенсії, яку він міг би отримувати зазвичай.

Вказаний принцип широко використовується судами Великої Британії у спорах, пов'язаних із відшкодуванням шкоди пацієнтам, і подекуди він тлумачиться судами розширено.

Так, у 2019 р. суд Ірландії виніс рішення по справі, де позивачем виступало подружжя. Суд встановив, що дружині було невчасно виставлено діагноз рак матки, внаслідок чого вона втратила можливість мати дітей.

Визначаючи розмір відшкодування за принципом «втрачених років», суд вказав: «Мені відомо, що принцип “втрачених років” піддавався критиці з ряду причин. Не приймаючи рішення про загальні умови застосування принципу “втрачених років”, я вважаю, що цей принцип має застосовуватися тоді, коли в іншому випадку відбудеться значна несправедливість. Якщо позивач за певних обставин може отримати компенсацію за втрату заробітку через його “втрачені роки”, то справедливо, що він також має право на компенсацію за шкоду, спричинену втраченими роками, впродовж яких вони не зможуть піклуватися про їхніх дітей».

Загалом у цій справі чоловіку було присуджено компенсацію у сумі 757 508 євро, а дружині – 1 405 000 євро [5].

Відомою справою, яка також ілюструє механізм і складові частини відшкодування шкоди пацієнту у Великій Британії, є справа *Woodward v Leeds Teaching Hospitals NHS Trust*.

До суду по захист своїх прав звернулася двадцятирічна Емма Вудворд. У 2001 р., коли Еммі було 8 років, стало помітно, що вона є занадто високою для свого віку, з чим батьки і звернулися до лікарні, однак лише у 2005 р. їй було встановлено діагноз гігантизм, що був викликаний пухлиною гіпофіза, у 2006 р. Еммі було проведено операцію із видалення пухлини. Заявниця стверджувала, що через халатність відповідача при виставленні діагнозу вона виросла більше, ніж цього можна було б очікувати, якби правильний діагноз було виставлено раніше. Визначаючи суми компенсації за лікарську халатність, суд спирався на таке.

Суду був наданий висновок хірургів-ортопедів про можливе погіршення стану здоров'я, що очікуватиме позивачку в майбутньому (болі у спині й обмеження руху тощо). У цьому висновку містилися рекомендації лікарів щодо необхідного фізіотерапевтичного лікування для зменшення больових відчуттів і забезпечення мобільності Емми, вартість якого оцінили у 50 фунтів стерлінгів на тиждень. Експерти також вказали, що у віці від 35 до 50 років Емма буде потребувати три або чотири сеанси фізіотерапії щотижня, вартість якої становить 10 192 фунтів стерлінгів. Експерти зійшлися на тому, що у цьому ж віці стан здоров'я Емми може настільки погіршитися, що вона потребуватиме стаціонарного лікування один або два рази на рік вартістю від 2 000 до 3 000 фунтів стерлінгів. Суду також були подані висновки спеціалістів щодо вартості майбутнього

лікування Емми, якщо вона вирішить отримувати його у платній лікарні, витрати на спеціальне харчування, лікарські препарати, стоматологічну допомогу, одяг і взуття (із цього приводу було заслухано думку старшого викладача в університеті Лідса, котра викладала дизайн одягу), вартість послуг доглядальниці, кухонного та іншого обладнання, виготовленого на замовлення через нетиповий зріст заявниці, вартість інвалідного візка, скутера й автомобіля, послуг таксі та поїзда, можливі втрати трудового доходу після досягнення Емою 30 років. Усі ці майбутні витрати суд включив у компенсацію шкоди. За позивачкою залишили право звертатися до суду для відшкодування додаткових збитків у разі збільшення пухлини гіпофіза.

Загалом Еммі Вудворд було призначено компенсацію у розмірі 1 228 242 фунти стерлінгів, із них: моральна шкода – 123 000 фунтів стерлінгів; минулі витрати на догляд та ін. – 22 103 фунти стерлінгів; майбутні витрати на догляд, стоматологічну допомогу, допоміжну репродуктивну терапію, психологічне лікування, фізіотерапію, гормональну терапію, обладнання, подорожі, послуги, взуття, одяг, втрату заробітку – у розмірі 1 083 139 фунтів стерлінгів [6].

На прикладі Великої Британії ми можемо бачити, як працює механізм відшкодування за спричинення шкоди здоров'ю, який гарантує пацієнту максимально повну компенсацію як минулих, так і майбутніх витрат. Звертає на себе увагу той факт, що суд визначає розміри компенсації на підставі висновків спеціалістів у відповідних галузях знань.

У Великій Британії судами було виведено декілька принципів, які підлягають застосуванню у розгляді спорів про відшкодування шкоди, завданої медичними працівниками. Одним із таких принципів є «Тест Боліто»: вина лікаря відсутня, якщо він діє згідно із висновком, зробленим відповідальною медичною організацією, за умови, що суд вважає його логічним. Фактично «Тест Боліто» встановлює правила оцінки висновків судово-медичної експертизи.

Обставини справи «Bolitho v City and Hackney HA» (1996) були такими: дворічного Патрика оглянули лікарі, стан дитини то погіршувався, то покращувався, тому за ним було вирішено закріпити для цілодобового нагляду медичну сестру. Після того, як стан дитини різко погіршився, медична сестра зв'язалася із лікаркою і попросила її негайно приїхати. Лікарка сказала, що

приїде, але не зробила цього. Коли стан Патрика ще більше погіршився, медична сестра знову зателефонувала лікарці та попросила прийти. Лікарка відповіла, що була на денному чергуванні та не могла прийти і вже попросила про це іншого медичного працівника (інша лікарка довела, що її пейджер був розряджений, і вона не отримувала жодних повідомлень). Через півгодини після цієї розмови у Патрика зупинилося серце, його реанімували через десять хвилин, але мозок був серйозно пошкоджений, через деякий час він помер, і батьки пред'явили до лікарні позов про відшкодування шкоди.

Суддя встановив, що лікарка порушила свої обов'язки по догляду за Патриком. Наступним етапом стало встановлення суддею причинно-наслідкового зв'язку шляхом надання відповіді на запитання: чи можна було уникнути зупинки серця, якби лікар або інший медичний працівник виконали свої обов'язки. Усі сторони погодилися з тим, що у Патрика не зупинилося б серце, якби він був інтубований для полегшення дихання трубкою, однак лікарка стверджувала, що вона б не інтубувала Патрика, навіть якби виконала свої обов'язки та прийшла до нього. Тому суддя повинен був визначитися з тим, чи було би рішення про відмову від інтубації прийнято іншими фахівцями. Для цього суддя заслухав вісім експертів, п'ятеро з яких були викликані «стороною Патрика» та заявили, що будь-який компетентний лікар провів би інтубацію. Натомість експерти, викликані зі сторони лікарні, вказали, що проводити інтубацію було не варто. Суддя дійшов висновку, що лікар був не винен, оскільки поважні медичні експерти (три свідки-експерти) також не інтубували би Патрика [7].

За результатами перегляду вказаного рішення судами вищих інстанцій воно не було скасоване, але був сформульований так званий «тест Боліто», згідно з яким суддя не зобов'язаний дотримуватися тієї думки, що лікар повинен уникнути відповідальності за неналежне лікування або неправильний діагноз тільки тому, що наведе як доказ висновки окремих медичних експертів. Суд повинен впевнитися у тому, що представники думки, на яку він спирається, можуть продемонструвати, що вона має логічне обґрунтування. Цей тест відтепер є підґрунтям будь-якого рішення суду у випадках медичної халатності.

Через існування ефективних механізмів стягнення шкоди, завданої здоров'ю пацієнта, кількість позовів і суми компенсацій у Великій Британії збільшуються щороку. Водночас менш ніж 2% справ, які надходять до Національної служби охорони здоров'я, вирішуються у судовому порядку, усі інші врегульовуються поза судом.

Усього за 2018/2019 рік у Великій Британії до Національної служби охорони здоров'я було подано 10 678 позовів про компенсацію шкоди, завданої здоров'ю. Загальна сума виплаченої компенсації становила 4,9 млрд фунтів стерлінгів, вона була виплачена у 56% випадків [8].

3. Правове регулювання відшкодування шкоди, завданої здоров'ю пацієнта, у Німеччині

У Німеччині більшість претензій, пов'язаних із лікарською недбалістю, вирішуються у позасудовому порядку шляхом виплати компенсацій страховими компаніями на підставі висновків експертів.

Підставою для відшкодування шкоди у справах про лікарську недбалість у судовому порядку є положення Цивільного кодексу, згідно з якими пацієнту відшкодовуються вартість лікування, реабілітації, потреба у довготривалому догляді, окрім того, компенсуються втрати заробітку і моральна шкода.

Суми відшкодування матеріальних втрат пацієнта у судовому порядку є незначними, оскільки більша частина збитків, таких як лікування та догляд, покривається системою соціального забезпечення. Особи, які постраждали внаслідок медичного обслуговування, звертаються із позовами про лікарську недбалість насамперед для отримання компенсації моральної шкоди.

Наприклад, Вищим земельним судом Хамма у 2018 р. було присуджено до виплати за біль і страждання, спричинені лікарською недбалістю, компенсацію у розмірі 400 000 €. Згідно з обставинами, встановленими судом, жінці на 35 тижні вагітності було проведено КТГ, медичний працівник не зумів правильно оцінити його результати та не передав їх лікарю, через що було невчасно розпізнано недостатнє надходження кисню плоду і вагітну жінку направили додому, екстрена госпіталізація була проведена лише через 50 хвилин після КТГ. Як результат, у дитини було діагностовано серйозні пошкодження головного мозку.

Компенсація у розмірі 400 000 € була виплачена апеляційним судом після надання оцінки висновкам експертів, яких у справі було декілька. Суд вказав, що «згідно з думкою експерта 1 під час медичного обслуговування вагітної лікарями було допущено три помилки, і шкода здоров'ю дитини була би менша, якби вдалося уникнути хоча б однієї. Інші експерти, котрі коментували питання причинно-наслідкового зв'язку, заявили, що шкода вірогідно була б меншою, якби не було затримки з оцінкою КТГ».

Тим не менш, висновки експерта 1, який як неонатолог є більш кваліфікованим у питаннях оцінки причинно-наслідкового зв'язку, ніж експерти-гінекологи, котрі також давали свої висновки, дозволяють вважати, що затримка з надання медичної допомоги вагітній у 45 хвилин у будь-якому разі сприяла збільшенню шкоди для позивача. Як відправну точку для роздумів експерт 1 навів приклад відшарування плаценти. У цьому разі, якщо швидко не провести екстрений кесарів розтин протягом 10 хвилин, плоду завдається серйозна шкода або він помирає. Ступінь і тривалість гіпоксемії мають вирішальне значення для ступеня пошкодження» [9].

Таким чином, на прикладі цієї справи можна побачити, що у Німеччині існують ефективні механізми з досудового врегулювання соціального забезпечення осіб, постраждалих від лікарського недбалства, а у судовому порядку зазвичай розглядаються виключно питання відшкодування моральної шкоди.

Ми бачимо, як виважено суди Німеччини підходять до аналізу висновків експертів. У цій справі було висвітлено один із принципів, які повинні застосовуватися у вирішенні спорів про лікарську недбалість: позивач повинен довести, що груба помилка у лікуванні або неправильний процес лікування загалом могли призвести до завдання шкоди пацієнту.

У Цивільному кодексі Німеччини питання відшкодування шкоди, завданої лікарською недбалістю, врегульовані у § 630. Що стосується тягаря доведення у медичних спорах, то у Німеччині ці питання аналізувалися у судових рішеннях, створювалися судові прецеденти та принципи, на підставі яких суди вирішували спори. Відповідно до Цивільного кодексу тягар доведення зазвичай покладається на позивача. У разі лікарської недбалості це зазвичай складно, оскільки пацієнт не має спеціальних знань. Тому у рішеннях німецьких судів були розроблені певні презумпції, які пізніше були включені до

Цивільного кодексу, де у § 630h визначено порядок тягара доказування вини. Так, помилка лікаря вважається попереджуваною, якщо матеріалізувався загальний ризик лікування, що був повністю під контролем лікаря і призвів до спричинення шкоди життю або здоров'ю пацієнта. Якщо лікар не записав необхідний із медичного погляду важливий захід і його результат до файлу пацієнта, то презюмується, що він його не здійснював. Якщо лікар не мав необхідної кваліфікації для медичного втручання, то презюмується, що саме недостатня кваліфікація стала причиною завдання шкоди життю або здоров'ю. Якщо мала місце груба халатність, здатна завдати шкоди життю або здоров'ю, яка була спричинена, то вважається, що груба халатність є причиною цієї шкоди. Це правило також застосовується, якщо лікар не зміг своєчасно поставити вірний діагноз, за умови, що правильно поставлений діагноз із високою вірогідністю став би підставою для застосування медичних заходів надалі [10].

Однак, незважаючи на наявність законодавчо закріплених положень щодо тягара доказування у медичних спорах, судова практика продовжує розвивати окремі положення Цивільного кодексу. Так, одним із останніх рішень Вищого земельного суду Мюнхена від 23 січня 2020 р. на підставі § 630h (V) були розроблені принципи доказування у медичних спорах: «1. У разі помилки у діагнозі саме вона є підставою відповідальності за неналежне лікування, навіть якщо є можливість того, що існують інші причини ушкодження здоров'я пацієнта; 2. Якщо після операції пацієнту були введені препарати зі значним передозуванням, то це може бути розцінено як груба халатність, що знімає з пацієнта тягар доказування; 3. Перерозподіл тягара доведення після грубої недбалості не є санкцією за особливо серйозну помилку лікаря, а зумовлений складністю надання пацієнтом доказів. 4. Компенсація за біль і страждання у розмірі 500 000 євро є необхідною компенсацією у разі лікарської недбалості, яка призвела до паралічу молодой людини» [11].

Таке визначення особливостей підстав відповідальності за шкоду, завдану пацієнту, дозволяє врахувати ризики медичної діяльності. Ці ризики, зокрема, виражаються у тому, що на хід лікування впливають різноманітні фактори, тому зазвичай довести прямий причинно-наслідковий зв'язок зі шкодою неможливо.

Завдяки тому, що законодавець Німеччини на законодавчому рівні визначив особливості відповідальності за шкоду, завдану у ході медичної діяльності, суди на підставі вказаних норм права аналізують і дають оцінку такому доказу як висновок експерта, але і до моменту внесення відповідних змін до Цивільного кодексу рішення судів містили глибокий аналіз причинно-наслідкового зв'язку між діями медичних працівників і шкодою, завданою пацієнту. Наприклад, у рішенні від 10 травня 1983 р. це виглядало так: «Наявність чи відсутність грубої лікарської помилки залежить від того, чи явно поведінка лікаря порушує відомі та доведені медичні знання і досвід. Зазвичай це має місце, коли за ясних і відомих показань не приймаються заходи відповідно до встановлених правил у галузі медицини або інші вочевидь необхідні заходи по боротьбі з відомими ризиками... Позивач повинен був надати докази свого твердження щодо того, що відмова від проведення контрольних вимірів крові лікуючим лікарем стала причиною сліпоти новонародженої дитини, однак ці докази не можуть бути надані. Швидше за все позивачка захворіла тоді, коли контрольні виміри ще було неможливо провести, також можливо, що виміри були проведені належним чином, наскільки це дозволяв стан позивачки. Позов не підлягає задоволенню через те, що неможливо визначити наявність причинно-наслідкового зв'язку зі шкодою здоров'ю» [12]. Вказані висновки використовуються судами Німеччини у вирішенні інших подібних спорів.

Отже, Німеччина обрала таку модель захисту прав пацієнтів, яка дозволяє відшкодувати матеріальну шкоду, завдану під час медичного обслуговування, на досудовому етапі. Це забезпечується шляхом введення обов'язкового страхування та розвиненими інститутами соціального забезпечення. Пацієнти звертаються до суду для компенсації моральної шкоди, завданої внаслідок неналежного медичного обслуговування. Суди Німеччини створюють прецеденти, на підставі яких формуються презумпції вирішення медичних спорів.

4. Правове регулювання відшкодування шкоди, завданої здоров'ю пацієнт, в Україні

В Україні відсутнє спеціальне правове регулювання питання відшкодування шкоди, завданої життю та здоров'ю пацієнта, ці питання регулюються загальними нормами Цивільного кодексу

України щодо деліктної відповідальності. Дослідження судової практики засвідчує, що у разі присудження судом компенсації за шкоду, завдану пацієнту, суми компенсації майнової шкоди є мізерними, єдине, на що може розраховувати постраждала сторона – це компенсація моральної шкоди.

Смерть пацієнта надає визначеному у ст. 1200 та 1201 ЦК України колу осіб право на відшкодування майнової шкоди та витрат на поховання. Право на відшкодування шкоди мають непрацездатні особи, котрі перебували на утриманні пацієнта або мали на день його смерті право на одержання від нього утримання, а також дитина, народжена після смерті пацієнта. Шкода відшкодовується у розмірі середньомісячного заробітку (доходу) потерпілого з вирахуванням частки, яка припадала на нього самого та працездатних осіб, котрі перебували на його утриманні, але не мають права на відшкодування шкоди. До складу доходів потерпілого також включаються пенсія, суми, що належали йому за договором довічного утримання (догляду), та інші аналогічні виплати, які він одержував. Формули, за якими розраховується розмір відшкодування майнової шкоди, завданої смертю особи, є загальновідомими та нібито не викликають проблем (питання виникають лише під час судового правозастосування, про що буде сказано нижче). Невирішеним у ЦК України залишається питання про розмір відшкодування шкоди, завданої смертю працездатного пацієнта, який не працював на момент смерті. Це питання не врегульоване у законодавстві України, але судова практика склалася таким чином, що в цьому разі у визначенні розміру матеріальної шкоди слід виходити з розміру мінімальної заробітної плати, однак для забезпечення єдиного застосування норм права необхідно у ст. 1200 ЦК України передбачити можливість відшкодування шкоди у розмірі мінімальної заробітної плати, що застосовується у разі смерті особи працездатного віку, яка не працювала на момент смерті або мала дохід, менший за встановлений мінімум.

Якщо пацієнт, котрий помер, не досяг працездатного віку, а батьки померлого на момент його смерті не досягли пенсійного віку або не мали на день його смерті права на одержання від нього утримання, то вони позбавляються права на відшкодування майнової шкоди у розмірі доходу померлого пацієнта. Не є винятком із цього правила навіть випадки, коли неповнолітній пацієнт мав власні доходи, наприклад, від прав на

об'єкти інтелектуальної власності, але зацікавлені особи не позбавляються права на відшкодування моральної шкоди. На нашу думку, вказані факти мають враховуватися у визначенні розміру моральної шкоди. Так, коли батьки через неналежне лікування втрачають єдину повнолітню дитину, потрібно зважати на те, що вони втрачають майбутнього годувальника. Лише коли судом буде враховано ці факти, при визначенні розміру відшкодування шкоди рішення суду можна буде вважати законним та обґрунтованим.

Одним із заходів відшкодування майнової шкоди, завданої смертю пацієнта через неналежне лікування, є відшкодування витрат на поховання. Ст. 1201 ЦК України передбачено, що особа, яка завдала шкоди смертю потерпілого, зобов'язана відшкодувати особі, котра зробила необхідні витрати на поховання та на спорудження надгробного пам'ятника, ці витрати. Отже, будь-яка особа, що понесла витрати на поховання, має право на їх відшкодування незалежно від ступеня родинних зв'язків із пацієнтом. Порядок визначення розміру такого відшкодування викликає дискусії. В Україні склалася судова практика, за якої витрати на поховання визначають згідно з розміром установленим постановою Фонду соціального страхування від нещасних випадків «Про витрати на поховання та пов'язані з цим ритуальні послуги у разі смерті потерпілого від нещасного випадку на виробництві або професійного захворювання» № 45 від 3 жовтня 2008 р. Цей нормативний акт застосовують для визначення граничних розмірів витрат на поховання у всіх випадках, а не лише у разі смерті потерпілого від нещасного випадку на виробництві або професійного захворювання. Встановлення граничних розмірів витрат на поховання є позитивним моментом для особи, яка завдала шкоди смертю потерпілого. Вона дозволяє уникнути зловживань з боку осіб, що здійснили такі витрати, але потрібно звернути увагу на те, що вказана постанова була прийнята у 2008 р. і не переглядалася, тож вказані у ній розміри витрат не відповідають реальним. На практиці застосування судом цієї постанови нівелює компенсацію реальних витрат на поховання в Україні. Тому законодавець повинен враховувати, що у разі встановлення на законодавчому рівні будь-яких граничних розмірів відшкодування шкоди необхідно здійснювати перегляд таких нормативних актів не рідше, ніж раз на рік.

Однією із форм негативних наслідків неналежного лікування є завдання шкоди здоров'ю пацієнта. У цьому разі порядок і розміри відшкодування шкоди здоров'ю передбачені § 2 глави 82 ЦК України «Відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю». Згідно зі ст. 1195 ЦК України фізична або юридична особа, котра завдала шкоди каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я фізичній особі, зобов'язана відшкодувати потерпілому заробіток (дохід), втрачений ним внаслідок втрати чи зменшення професійної або загальної працездатності, а також відшкодувати додаткові витрати, викликані необхідністю посиленого харчування, санаторно-курортного лікування, придбання ліків, протезування, стороннього догляду тощо. У разі каліцтва або іншого ушкодження здоров'я фізичної особи, яка в момент завдання шкоди не працювала, розмір відшкодування визначається виходячи з розміру мінімальної заробітної плати. У разі завдання шкоди здоров'ю внаслідок неналежного лікування ступінь втрати чи зменшення працездатності пацієнта визначається судово-медичною експертизою згідно із Правилами судово-медичного визначення ступеня тяжкості тілесних ушкоджень, затвердженими наказом Міністерства охорони здоров'я від 17 січня 1995 р. № 6. Саме виходячи зі ступеню втрати пацієнтом працездатності розраховується розмір втраченого фізичною особою доходу, що відповідно до ст. 1197 ЦК України визначається у відсотках від середнього місячного заробітку (доходу), який потерпілий мав до каліцтва або іншого ушкодження здоров'я, з урахуванням ступеня втрати потерпілим професійної працездатності, а за її відсутності – загальної працездатності. Розрахунок відшкодування шкоди здоров'ю пацієнта здійснюється відповідно до чинного законодавства і не повинен викликати труднощі, водночас він гарантує мінімальні суми відшкодування матеріальної шкоди. Найбільш складним є процес встановлення можливих шкідливих наслідків неналежного лікування.

Ст. 1195 ЦК України на особу, яка завдала шкоди ушкодженням здоров'я фізичній особі, покладається також обов'язок відшкодувати додаткові витрати, викликані необхідністю посиленого харчування, санаторно-курортного лікування, придбання ліків, протезування, стороннього догляду тощо. Реалізація цього положення на практиці викликає

труднощі. Так, 27 березня 1992 р. було прийнято постанову Пленуму Верховного суду України № 6 «Про практику розгляду судами цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди», за якою потреба у додаткових витратах встановлюється висновком медико-соціальної експертної комісії, судово-медичною експертизою. Постановою встановлено також мінімальні розміри компенсації додаткових витрат, розмір яких не може бути меншим (на місяць) від: мінімальної заробітної плати, встановленої на день виплати, – на спеціальний медичний догляд (масаж, уколи тощо); її половини – на постійний сторонній догляд; чверті – на побутове обслуговування (прибирання, прання білизни тощо). Розмір витрат на ліки, лікування, протезування (крім протезів із дорогоцінних металів), предмети догляду за потерпілим визначається на підставі виданих лікарями рецептів, довідок або рахунків про їх вартість. За медичним висновком потерпілому, котрий став інвалідом, періодично, але не рідше одного разу на три роки, а інвалідам І групи – щорічно надається безоплатно путівка для санаторно-курортного лікування; у разі самостійного придбання путівки її вартість компенсується Фондом у розмірі, встановленому його правлінням. Потерпілому, який став інвалідом, компенсуються також витрати на проїзд до місця лікування та назад. Якщо він працює і використав щорічну відпустку до одержання путівки в санаторно-курортний заклад, йому надається додаткова відпустка для лікування (включаючи час проїзду) зі збереженням на цей період середньомісячного заробітку, який він мав до ушкодження здоров'я, або заробітку, що склався перед відпусткою, за його вибором. У разі необхідності супроводжувати потерпілого особи, яка це робить, компенсуються витрати на проїзд і житло відповідно до законодавства про службові відрядження [13].

Останні зміни у цю постанову були внесені у 2003 р., і досі цей документ залишається єдиним у врегулюванні порядку визначення порядку та розміру додаткових витрат. На практиці постанова Пленуму Верховного суду України № 6 робить фактично неможливим відшкодування додаткових витрат у обсязі, якого реально потребує пацієнт. Так, доказами потреби у додаткових витратах визнається виключно висновок медико-соціальної експертної комісії, судово-медичної експертизи. Верховний Суд України допускає можливість стягнення

додаткових витрат і на майбутній час, але встановлює обмеження щодо строків, у межах яких повинні відшкодуватися такі витрати, адже вони мають бути зазначені у висновку МСЕК або судово-медичної експертизи. Окрім того, згідно з постановою № 6 при стягненні сум витрат на протезування, придбання путівки на санаторно-курортне лікування, автомобіля суд повинен зазначити в рішенні, що присуджені суми підлягають перерахуванню відповідній організації, яка має надати ці послуги потерпілому. Труднощі викликає і доведення розміру витрат на особу, котра супроводжуватиме постраждалого пацієнта, оскільки такі витрати компенсуються відповідно до законодавства про службові відрядження. Отже, вказана постанова Верховного Суду України № 6 не виправдано звужує положення норм Цивільного кодексу України щодо відшкодування шкоди, завданої ушкодженням здоров'я. На практиці пацієнту створюються значні перепони у доведенні розміру відшкодування додаткових витрат, необхідних для відновлення здоров'я. Так, суди України вважають, що доказом необхідної тривалості санаторно-курортного лікування, який впливає на вартість лікування, є виключно висновок лікарсько-консультативної комісії. Довідка санаторію про рекомендацію повторного санаторно-курортного лікування, на думку суду, не є допустимим доказом на підтвердження зазначених обставин.

Негативні наслідки для пацієнта можуть також мати місце у формі збільшення шкоди здоров'ю за неналежного виконання медичними працівниками своїх професійних обов'язків, а також за нереалізованої можливості зменшити шкоду для здоров'я пацієнта. У цьому разі на лікувальний заклад має покладатися обов'язок відшкодувати «потенційну» шкоду за правилами, передбаченими для відшкодування шкоди, завданої здоров'ю. Під потенційною шкодою ми маємо на увазі збитки, яких зазнає пацієнт через нереалізовану медичними працівниками потенційну можливість зменшити шкоду. Цивільне законодавство не містить перешкод для відшкодування потенційної шкоди. Особі так само можуть бути відшкодовані додаткові витрати, викликані необхідністю посиленого харчування, санаторно-курортного лікування, придбання ліків, протезування, стороннього догляду тощо.

Водночас судова практика свідчить про те, що пацієнту ніколи не відшкодовується майбутня шкода. Це пов'язано, по-перше, з невизнанням науковцями та практиками такої форми шкоди, як збільшення шкоди здоров'ю за неналежного виконання медичними працівниками своїх професійних обов'язків; по-друге, з невизнанням того факту, що шкода, яка з високою ймовірністю стала результатом протиправних дій медичних працівників, є достатньою підставою для застосування до лікувальних закладів заходів цивільно-правової відповідальності; по-третє, із формалізованістю правосуддя в Україні, у т. ч. і при визначенні розмірів компенсації за шкоду, завдану ушкодженням здоров'я. При відшкодуванні шкоди у пацієнтів виникають проблеми як при доведенні розмірів вже понесених витрат, так і при відшкодуванні витрат майбутніх.

Отже, в Україні на практиці відшкодування майнової шкоди пацієнту не є дієвим способом захисту.

Поряд із відшкодуванням майнової шкоди пацієнт або інші зацікавлені особи мають право на компенсацію моральної або немайнової шкоди. Під моральною (немайновою) шкодою розуміють моральні (психічні) та фізичні страждання, яких зазнає потерпілий внаслідок протиправних дій іншої особи. Законодавче визначення моральної шкоди дається у ст. 23 Цивільного кодексу України та розкривається через форми її вираження. За неналежного лікування моральна шкода може виявлятися у фізичному болю та стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я; а також у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з протиправною поведінкою щодо неї самої, членів її сім'ї чи близьких родичів (ст. 23 ЦК України).

В Україні саме відшкодування моральної шкоди є найбільш дієвим компенсаторним заходом цивільно-правової відповідальності, що може застосовуватися до лікувального закладу. Фактично, саме право на відшкодування моральної шкоди в Україні компенсує пацієнтам або їх родичам відсутність ефективного механізму відшкодування матеріальної шкоди, завданої неналежним лікуванням. Водночас суми моральної компенсації є незначними, що ми і побачимо далі на прикладі судової практики відшкодування шкоди здоров'ю в Україні.

Правозастосовна практика України дотримується позиції щодо відшкодування моральної шкоди виключно за наявності

об'єктивних негативних наслідків (фізичних чи психічних страждань) для особи. Так, у п. 7 постанови Пленуму Верховного Суду України від 31 березня 1995 р. № 4 «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» міститься роз'яснення, що заподіяна моральна (немайнова) шкода відшкодовується тій фізичній чи юридичній особі, права якої були безпосередньо порушені протиправними діями (бездіяльністю) інших осіб. На цій підставі українські суди відмовляють у відшкодуванні шкоди батькам, права дітей яких були порушені. Так, не може відшкодовуватися моральна шкода батькам дитини, здоров'ю якої неналежним лікуванням було завдано шкоди. Хоча об'єктивно батьки переживають душевні страждання через порушення прав їх дитини, більше того, саме вони здійснюють заходи щодо їх відновлення. У разі смерті пацієнта моральна шкода може відшкодовуватися чоловікові (дружині), батькам (усиновлювачам), дітям (усиновленим), а також особам, які проживали з пацієнтом однією сім'єю.

5. Судова практика відшкодування шкоди здоров'ю в Україні

Аналіз судової практики України засвідчує, що спори, пов'язані із відшкодуванням шкоди здоров'ю, завданої за неналежного медичного обслуговування, є рідкісною категорією, адже в Україні відсутні ефективні засоби позасудового захисту прав пацієнтів (наприклад, страхування відповідальності й існування організацій, які проводять незалежну оцінку якості надання медичної допомоги). Незначна кількість таких спорів пов'язана насамперед із відсутністю спеціальної законодавчої бази, що, на відміну від України, була напрацьована законодавцями інших держав, яка б урахувала специфіку медичних послуг. Окрім того, судове правозастосування в Україні характеризується тим, що зазвичай судді не відходять від наукових догматів у застосуванні деліктної відповідальності – чотирьохелементного складу правопорушення (протиправна поведінка, шкода, причинно-наслідковий зв'язок, вина). Тому розроблення нових правил тягаря доказування, як ми бачили це на прикладі Німеччини, залишається неможливим. Суми компенсацій шкоди здоров'ю є незначними та не можуть компенсувати ані душевних страждань, ані часу, витраченого на судову тяганину.

Загалом в Україні існує негативна судова практика щодо відшкодування шкоди, завданої неналежним лікуванням, зумовлена неправильним підходом суду, у т. ч. і до тлумачення поняття «шкода». Нерідко суди у мотивувальній частині рішення вказують: «особа померла від своєї хвороби, а не від того, що у померлого несвоєчасно виявили захворювання», «незалежно від часу встановлення діагнозу особі все одно було би зроблено операцію». Показовою є одна із судових «медичних» справ, де позивачка звернулася до суду з позовом до районної лікарні про стягнення майнової та моральної шкоди. Позовні вимоги були обґрунтовані тим, що чоловік позивачки з 1980 р. перебував на диспансерному обліку у центральній районній лікарні із приводу хронічного бронхіту, щороку проходив рентгенографію. У 2005 р. пацієнт тричі звертався до цієї ж лікарні, де в листопаді йому було поставлено діагноз ГРЗ. Оскільки стан здоров'я чоловіка погіршувався, то у січні 2006 р. він звернувся до обласної лікарні, де після обстеження йому було поставлено діагноз «рак легені IV ступеня». Оскільки хвороба на цій стадії вже не піддавалася лікуванню, чоловік помер. Позивачка надала суду один з останніх рентгензнімків, зроблених у районній лікарні у грудні 2005 р., з якого було чітко видно наявність відхилень від норми, але, незважаючи на це, суд вирішив відмовити у задоволенні позовних вимог, обґрунтувавши це тим, що за умов районної лікарні тяжко діагностувати подібну форму та локалізацію онкозахворювання легень. Окрім того, суд зробив висновок, що «лікар дійсно неналежно виконував свої професійні обов'язки при читанні рентген знімку, але він не завдав особі смерті, а хвороба, від якої помер чоловік, виникла у нього сама» [14].

Отже, ми бачимо, що суди в Україні не враховують специфіку медичної діяльності у вирішенні медичних спорів, навіть визначення шкідливих наслідків як таких викликає труднощі, не говорячи вже про специфіку причинно-наслідкового зв'язку. Виходом із ситуації, коли у ході правозастосування неправильно тлумачаться шкідливі наслідки, спричинені неналежним лікуванням, може стати закріплення у спеціальному нормативному акті основних форм їх прояву, таких як: смерть; спричинення шкоди здоров'ю діями медичних працівників (ятрогенії); збільшення шкоди здоров'ю за неналежного виконання медичними працівниками своїх професійних обов'язків; нереалізована можливість зменшити шкоду для

здоров'я пацієнта через неналежне виконання медичними працівниками своїх професійних обов'язків.

Наприклад, у судах України розглядалася справа про відшкодування шкоди, завданої лікувальним закладом. Було з'ясовано, що у листопаді-грудні 1994 р. у лікарні немовлята, у т. ч. донька позивача, були інфіковані вірусом Сальмонела Тифімуриум. Внаслідок цього донька позивача визнана інвалідом дитинства з діагнозом: неврити слухових нервів, туговухість III ступеня, глухота IV ступеня та супутні хвороби. За рішенням суду лікувальний заклад сплачував доньці до досягнення 18 років на період навчання 50 000 грн: на додаткове харчування, транспортні витрати, витрати на придбання елементів живлення, вкладок і фільтрів у слухові апарати, прожитковий мінімум. У 2013 р. матір постраждалої дівчини звернулася до суду з позовом про відшкодування матеріальних витрат, у т. ч. платних медичних послуг (УЗД, аудіометричного обстеження, консультативних занять у педагога-сурдолога, МРТ і т. п.), вартості санаторно-курортного лікування. Однак суд дійшов висновку, що ці витрати не підлягають задоволенню, оскільки вони не підтверджені документально та заявлені на майбутнє, і зобов'язав лікувальний заклад щомісяця виплачувати заявниці 3 450,30 грн [15].

На прикладі вказаної справи ми можемо зробити висновок, що навіть доведення причинно-наслідкового зв'язку між діями медичних працівників і шкодою, завданою здоров'ю, не гарантує присудження адекватної компенсації завданої шкоди. Достатньо порівняти розмір відшкодування шкоди, присуджений судом України, з тим, що був визначений судом Великої Британії у справі *Woodward v Leeds Teaching Hospitals NHS Trust*.

Окрім того, нерозвиненим у правозастосуванні залишається інститут компенсації шкоди на майбутнє. У 2017 р. в Україні почав діяти Цивільний процесуальний кодекс у новій редакції, який вводить процесуальні інститути, що давно й ефективно працюють у європейських державах. Водночас правозахисники досі не використовують усіх можливостей по наданню суду доказів, що дозволяли би збільшити розмір компенсації за шкоду, завдану здоров'ю. Наприклад, допит фахівців-спеціалістів як свідків. Високий формалізм також є фактором, який не сприяє виплаті адекватної компенсації за шкоду, завдану здоров'ю. Так, у вищенаведеній судовій справі відсутність доказів того, що

інваліду дитинства з діагнозом неврити слухових нервів, туговухість III ступеня потрібні змінні слухові протези, стала підставою для відмови у присудженні майбутніх витрат.

У справі № 758/334/15-ц вже Верховний Суд вказав, що пацієнтка не довела протиправності дій чи бездіяльності лікарів, а також причинно-наслідкового зв'язку між діями працівників клініки щодо неправильного призначення лікарських препаратів і настанням алергічної реакції у позивача внаслідок їх вживання, що спричинило їй шкоду.

Так, позивачці у стоматології було проведено хірургічне втручання для встановлення зубного імпланту та було призначено прийом антибіотика, який пацієнт приймала після імплантації, оскільки він не викликав у неї побічних реакцій. Згідно з наявною в матеріалах справи інформаційною згодою відповідачем було проінформовано пацієнтку про можливі ускладнення внаслідок проведення анестезії та прийому лікарських засобів, про що свідчить її підпис. У медичній картці стоматологічного хворого відображено, що пацієнтка неодноразово зверталася до відповідача по надання їй послуг із лікування та імплантації зубів і неодноразово їй призначався антибіотик Аугментин, але відсутні дані у заповненій нею анкеті про наявність у неї алергічних реакцій на препарати групи пеніциліну, а саме антибіотик Аугментин.

Після проведеного лікування позивач перебувала на стаціонарному лікуванні в першому алергологічному відділенні з діагнозом «Медикаментозна алергія на аугментин, що проявилася генералізованою кропив'янкою (ураження шкіри 50%)».

У касаційній скарзі позивачка вказувала на те, що суд апеляційної інстанції не взяв до уваги той факт, що у 2009 р. після призначення відповідачем антибіотика Аугментин цей препарат не приймала, оскільки тоді у зв'язку з алергією на пеніцилін їй був прописаний інший антибіотик Кліндаміцин, про що позивач повідомила лікаря ТОВ «Аванто». Алергічна реакція на антибіотик, призначений лікарем відповідача, підтверджується медичними документами (випискою медичної карти), однак вказаним доказам апеляційний суд не надав належної оцінки. Рішення апеляційного суду ґрунтувалося на письмовому висновку спеціаліста, котрий фактично був спростований самим спеціалістом під час надання пояснень у судовому засіданні [16].

У цій справі привертає увагу той факт, що її розгляд тривав майже 5 років, а також те, що підставою для відмови у перегляді судового рішення став недоведений причинно-наслідковий зв'язок. На прикладі судової практики таких держав, як Велика Британія та Німеччина ми можемо припустити, що такий позов міг бути виграний пацієнтом, адже висока вірогідність того, що шкода, завдана діями медичних працівників, у цих державах уже є підставою для виплати компенсації.

Ще раз наголосимо на тому, що сьогодні українські суди не готові відходити від концепції чотирьохелементного складу правопорушення: протиправна поведінка, шкода, прямий причинно-наслідковий зв'язок, вина, хоча медичні спори характеризуються тим, що зазвичай неможливим є доведення прямого причинно-наслідкового зв'язку між діями медичних працівників і шкодою, завданою пацієнту. Окрім того, цариною доказів у таких справах є висновки спеціалістів або експертів, які не піддаються суддями критичній оцінці.

Ще однією справою, котра ілюструє складність механізму застосування відшкодування шкоди, завданої життю та здоров'ю пацієнта, є справа № 641/3547/17 від 24 квітня 2019 р.

У 2010 р. пацієнтка звернулася у приватну клініку до лікаря-гінеколога із приводу переривання небажаної вагітності. Лікар не мав спеціального дозволу – сертифіката з надання комплексної допомоги жінкам при небажаній вагітності, але погодився зробити аборт без оформлення необхідної медичної документації та медичного обстеження. Лікар знав, що приватна клініка не мала ліцензії Міністерства охорони здоров'я України на проведення медичної практики по здійсненню операцій штучного переривання вагітності (абортів), що відділення гінекології у ній перебуває на стадії відкриття.

Під час проведення операції у пацієнтки відкрилася масивна кровотеча, і вона втратила свідомість. До оглядової палати прийшла лікар-анестезіолог, яка визначила, що у пацієнтки наявні ознаки клінічної смерті, та стала проводити реанімаційні заходи, які виявилися неефективними, у зв'язку з чим було прийнято рішення провести катетеризацію підключичної вени для введення ліків, що було протипоказано у випадку значної крововтрати за відсутності даних про групу крові пацієнтки. Помилкове уведення повітрявідвідної трубки не у трахею, а у стравохід, а також невдало виконана катетеризація призвели до

додаткової крововтрати, що поглибило тяжкість стану пацієнтки та сприяло настанню смерті. Усвідомлюючи, що їхні реанімаційні заходи є неефективними, що стан пацієнтки є критичним, лікарі свідомо не викликали бригаду швидкої медичної допомоги для надання пацієнтці невідкладної медичної допомоги.

Лікарів було звільнено від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності.

У 2019 р. рішенням Верховного Суду було залишено в силі рішення апеляційного суду, яким було солідарно стягнуто з лікаря-гінеколога та приватної лікарні на користь двох малолітніх дітей померлої відшкодування майнової шкоди у розмірі 12 548,46 грн і моральної шкоди – 300 000 грн [17].

Таким чином, ми бачимо, що з моменту смерті пацієнтки і до винесення остаточного рішення щодо компенсації шкоди, завданої їй смертю, минуло 9 років.

Компенсація, присуджена судом, була зовсім незначною, усього по 12 665 доларів кожній дитині.

Окрім того, компенсація матеріальної шкоди фактично була відсутня і складалася із середньомісячної заробітної плати померлої та становила 168,31 грн, а з урахуванням росту середньомісячної заробітної плати та росту споживчих цін компенсація матеріальної шкоди за 82 місяці становила 12 548,46 грн. Відшкодування майбутньої шкоди не заявлялося.

Отже, відсутність спеціальної законодавчої бази та судової практики зі стягнення збитків за шкоду, завдану пацієнту, призвела до того, що позивачем не були використані всі можливі способи захисту своїх прав.

Сьогодні в Україні склалася ситуація, коли на законодавчому рівні відсутні правові механізми, які дозволяють захистити права пацієнта на відшкодування шкоди здоров'ю. Компенсації як матеріальної, так і моральної шкоди є незначними, суди довготривалими. Така ситуація є нетиповою для держав із розвиненими демократичними інститутами, де життя і здоров'я людини є найвищою цінністю.

Висновки

Отже, ми бачимо на прикладі таких європейських держав, як Швеція, Велика Британія та Німеччина, що інститут компенсації шкоди здоров'ю пацієнта забезпечує максимальний захист пацієнта від недбалості та помилок медичних працівників. Ми

бачимо діаметрально протилежні моделі. Так, Швеція пішла шляхом, коли страхування дозволяє відшкодувати пацієнту шкоду навіть за умови відсутності прямого причинно-наслідкового зв'язку між діями медичного працівника та шкодою, а Велика Британія обрала модель судового захисту прав пацієнта, за якої у разі доведення вини медичних працівників пацієнту присуджується максимально можливий розмір компенсації. У Німеччині існує симбіоз позасудового та судового захисту прав пацієнтів. Водночас в Україні, незважаючи на наявність норм права, що дозволяють компенсувати як минулі, так і майбутні втрати пацієнта, судовий захист є малоефективним – довготривалим і з незначними сумами відшкодування. Привертає увагу той факт, що в Україні, на відміну від інших держав, відсутні спеціальні правила, які б визначали особливості тягаря доказування у спорах про лікарську недбалість. Національні суди не визнають поняття спричинення шкоди «з високою ймовірністю». Відповідно до судової практики вважається, що тільки за умови прямого причинно-наслідкового зв'язку може бути наявним склад правопорушення у діях медичних працівників. Водночас у медичній діяльності прямий причинно-наслідковий зв'язок між діями лікаря та шкодою пацієнту є явищем вкрай рідкісним. Зокрема, у вітчизняних рішеннях суду відсутній критичний аналіз та оцінка висновків судової експертизи. Саме тому в Україні так нечасто судові рішення виносяться на користь пацієнтів. На жаль, в Україні ні на законодавчому рівні, ні при правозастосуванні не розроблені принципи, на підставі яких суди можуть вирішувати медичні спори. Це відбивається на якості правосуддя. Виходом із ситуації, що склалася, є обрання Україною моделі захисту прав пацієнтів, які постраждали під час медичного обслуговування (три з яких ми розглянули), а також її закріплення на законодавчому рівні.

Список використаних джерел:

1. Patientskadelag (1996: 799). URL: https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/patientskadelag-1996799_sfs-1996-799 (last access: 29.04.2021).
2. Patientsäkerhetslagen (2010: 659). URL: <https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk->

forfattningssamling/patientsakerhetslag-2010659_sfs-2010-659 (last access: 29.04.2021).

3. Patientskadenämndens referatsamling. URL: <https://www.patientskadenamnden.se/siteassets/pdfreferat/referat/referatsamling-1998-2009.pdf> (last access: 29.04.2021).

4. XYZ-and-Portsmouth hospitals NHS trust. Case No: HQ08X04967 14/02/2011. URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2011/243.html> (last access: 29.04.2021).

5. Ruth Morrissey and Paul Morrissey and Health Service Executive, Quest Diagnostic Incorporated and Medlab Pathology Limited. 2018. № 4309 P. URL: https://www.courts.ie/acc/alfresco/690b08d3-ab3c-470a-ae61-b3a9802c5093/2019_IEHC_268_1.pdf/pdf (last access: 29.04.2021).

6. Woodward v Leeds Teaching Hospitals NHS Trust [2012] EWHC 2167 (QB) (01 August 2012). URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2012/2167.html> (last access: 29.04.2021).

7. Bolitho v. City and Hackney Health Authority [1997] UKHL 46; [1998] AC 232; [1997] 4 All ER 771; [1997] 3 WLR 1151 (13th November, 1997). URL: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1997/46.html> (last access: 29.04.2021).

8. Резолюция NHS. Годовой отчет и финансовая отчетность 2018/2019. URL: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/824345/NHS_Resolution_Annual_Report_and_accounts_print.pdf (last access: 29.04.2021).

9. Oberlandesgericht Hamm, 3 U 63/15 19.03.2018. URL: http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2018/3_U_63_15_Urteil_20180319.html (last access: 29.04.2021).

10. German Civil Code. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html (last access: 29.04.2021).

11. OLG München, Endurteil v. 23.01.2020 – 1 U 2237/17. URL: <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2020-N-901?hl=true> (останній доступ 29.04.2021).

12. Bundesgerichtshof Urt. v. 10.05.1983, Az.: VI ZR 270/81. URL: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/3dfa5afc-2aaa-4531-b2e4-80883c0ca739> (last access: 29.04.2021).

13. Постанова Пленуму Верховного суду України № 6 «Про практику розгляду судами цивільних справ за позовами про

відшкодування шкоди» від 27 березня 1992 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0006700-92#Text>.

14. Рішення Ямпільського районного суду Сумської області від 18 липня 2013 р. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/2217806> (дата звернення: 23.11.2013).

15. Рішення Шевченківського районного суду м. Києва від 03 червня 2013 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/32939643> (останній доступ 29.04.2021).

16. Постанова Верховного суду від 04 березня 2020 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88337631> (останній доступ 29.04.2021).

17. Постанова Верховного суду від 21 березня 2019 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80713979> (останній доступ 29.04.2021).

Латковська Т. А.,

orcid.org/0000-0003-3159-5994

*доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри конституційного,
адміністративного та фінансового права
Чернівецького юридичного інституту*

*Національного університету «Одеська юридична академія»,
м. Чернівці*

ЗАХИСТ ПРАВ І ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ ПЛАТНИКІВ ПОДАТКІВ В УКРАЇНІ

Анотація. Наукове дослідження присвячено розгляду й аналізу захисту прав і законних інтересів платників податків. Зазначено, що актуальність проблеми захисту прав і законних інтересів суб'єктів правовідносин у сфері оподаткування зумовлена тим, що взаємовідносини між державою й органами місцевого самоврядування, з одного боку, і платниками податків, з іншого, спочатку складаються на засадах нерівності їх прав і законних інтересів, проте протиставляти права і законні інтереси таких суб'єктів не слід, оскільки є необхідність дотримання певного балансу прав і законних інтересів публічного і приватного характеру у сфері оподаткування, заснована на зацікавленості публічних утворень і платників податків один в одному, оскільки податки, збори та платежі є фінансовою основою діяльності держави й органів місцевого самоврядування, що безпосередньо пов'язано з інтересами самих платників податків у зв'язку з покладанням на них податкового тягаря. Конституцією України встановлено, що права та свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, яка, у свою чергу, відповідає перед людиною за свою діяльність, адже утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Вказано, що захист прав людини є пріоритетом у діяльності держави, і захист прав і законних інтересів платників податків у цьому напрямі не є винятком.

Вступ

Зміна орієнтирів суспільно-політичного розвитку, перетворення й удосконалення правової сфери незмінно породжують нові ідеї. І тут досить важливо проявити гнучкість, своєчасно помітити зміни, які відбуваються, швидко й адекватно відреагувати на них. Аналізуючи сучасний стан єдиного європейського простору, здійснення соціально-політичних змін, розбудови правової держави та громадянського суспільства, відзначимо, що пріоритетним завданням є не тільки переосмислення організації системи оподаткування в Україні, а й пошук шляхів її вдосконалення. За таких реалій вагомим значення набуває забезпечення ефективної реалізації прав платників податків на засадах рівності усіх платників перед законом, презумпції правомірності рішень платника податку, соціальної справедливості та нейтральності оподаткування. Тож висувуються особливі вимоги до всіх учасників податкових правовідносин – як зобов'язаної сторони, так і владної. Платник податків, наділений певним податковим правом, має дотримуватися правил його реалізації та не виходити за їх межі; у свою чергу, податкові органи, діючи в рамках своїх повноважень, повинні цьому сприяти. Пріоритетним напрямом держави має стати запровадження системного підходу до забезпечення прав і свобод людини, узгодженості дій органів державної влади, органів місцевого самоврядування, інститутів громадянського суспільства, суб'єктів господарювання з метою забезпечення гідного життя кожної людини в Україні, яке перебуває під охороною та правовим захистом держави.

Серед проблем Української держави, що потребують вирішення, особливе місце займають відносини щодо справляння податків, які полягають у застосуванні податкового законодавства із чіткою регламентацією дій щодо цього. Нині держава в особі органів, що формують і реалізують податкову політику в Україні, мають забезпечити функціонування відносин громадянин – держава, дотримуючись принципів публічного управління.

Податкова політика є ключовим інструментом усієї державної політики, який може негативно чи позитивно впливати на економічну стабільність країни. Низький же рівень розробки податкової політики, де правила її застосування є надто

складними, непростими, непередбачуваними, може викликати ефект занепаду фінансової системи загалом [1].

Незважаючи на стрімкий процес реформування в українському суспільстві, досить складно приживаються світові тенденції та налагодження партнерських взаємовідносин платників податків і контролюючих органів, які, виконуючи державне завдання із забезпечення виконання податкового обов'язку, часто ігнорують засадничі права і свободи людини та громадянина.

За умов загострення відносин між платниками податків і контролюючими органами не варто протиставляти приватних і публічних суб'єктів. Більш конструктивним буде узгодження їх інтересів, знаходження ефективних способів взаємодії, нових прогресивних податкових механізмів. Необхідна постійна та досконала перевірка ефективності наявних способів захисту прав із метою їх модернізації чи скасування, впровадження нових способів захисту права, якщо наявні не дозволяють повною мірою захистити права та законні інтереси фізичних і юридичних осіб – платників податків.

Зауважимо, що проблемам обов'язків платників податків присвячено багато досліджень, тоді як розгляд питань захисту прав і законних інтересів платників податків обмежується лише окремими статтями або параграфом у тій чи іншій науковій праці. Тож питання, пов'язані із захистом прав і законних інтересів платника податків, недостатньо досліджені в теоретичному плані.

1. Конституційні основи захисту прав і законних інтересів платників податків в Україні

Утвердження і забезпечення прав і свобод людини проголошені як обов'язок держави у ст. 3 Конституції України, тобто відразу після статті, яка має важливе значення для визначення основоположних засад становлення і розвитку української державності. Порівняно з Декларацією про державний суверенітет України, котра проголошувала її суверенною національною державою, ст. 1 Конституції додає до основних ознак державності такі фундаментальні характеристики, на підставі яких вона повинна будуватися як незалежна, демократична, соціальна та правова держава, тим самим збагачуючи основи конституційного ладу України та

надаючи їм системного, узгодженого характеру. Будучи розвиненою демократичною країною, українська держава взяла на себе зобов'язання щодо дотримання Міжнародного пакту про громадянські та політичні права [2]. Вищезазначене свідчить про те, що захист прав людини є пріоритетом у діяльності держави, і захист прав платників податків у цьому напрямі не є винятком.

Усі зміни, які відбуваються у податковій сфері, мають відповідати засадничому положенню – узгодженню та поєднанню інтересів платників податків і податкових органів, а отже, ґрунтуватися на співмірності приватного та публічного інтересів. Розмитість меж між приватними та публічними інтересами в оподаткуванні демонструє трансформацію суспільних або державних інтересів в інтереси приватного характеру та навпаки. У правовій державі має панувати принцип координації та гармонізації публічних і приватних інтересів [3]. Виконання зазначених умов є запорукою ефективної реалізації прав платників податків. Забезпечення правового регулювання, спрямованого на ефективне справляння податків із суб'єктів господарювання, яке враховує процеси міжнародних економічних відносин, що ускладнилися й інтенсифікувалися, є викликом для сучасної соціальної та правової держави. Потрібно пам'ятати, що основне завдання держави полягає у створенні такої системи права, де б враховувалися інтереси всіх учасників суспільних відносин.

Захист прав платників податків і їх гарантованість є запорукою розвитку економіки країни та її промислового потенціалу, сприяючи залученню внутрішніх і зовнішніх інвестицій. Ступінь довіри суспільства до держави визначається дотриманням посадовими особами державних органів норм права і його основоположних принципів, особливо, коли питання захисту виникають під час проведення податкового контролю, де співробітники фіскального органу наділені владними повноваженнями. У цьому випадку питання довіри стоїть найгостріше.

Податки, що мають на меті забезпечення публічних інтересів, сьогодні є необхідним економічним підґрунтям існування держави, формуючи доходну частину бюджету, а обов'язок сплачувати податки і збори в порядку й у розмірах, установлених законом, поширюється на всіх платників як обов'язкова вимога,

закріплена у ст. 67 Конституції України, прийнятої у червні 1996 р. [4].

Аналіз змісту правовідносин у сфері оподаткування показує, що фіскальні (податкові) органи в рамках захисту державних інтересів, володіючи щодо платників податків владними повноваженнями, забезпечують виконання ними обов'язків зі сплати обов'язкових платежів, однак застосовувати до таких суб'єктів забезпечувальні заходи слід у тих межах, у яких це необхідно державі й органам місцевого самоврядування для захисту своїх податкових прав і законних інтересів.

Незважаючи на наявність можливості у владної сторони, здійснюючи податковий контроль, впливати на поведінку та волю підпорядкованої сторони, орган влади, уповноважений із контролю і нагляду у сфері податків і зборів, не може впливати на зміну норми, встановлену законом. Податковий орган зобов'язаний дотримуватися прав платника податків і не перешкоджати, а точніше забезпечувати можливість їх реалізації, що, у свою чергу, дозволяє дотримати баланс приватного і публічного інтересу. У правовідносинах податкового контролю сторони рівні перед законом. Зауважимо, що питання про захист прав платника податків у ході податкового контролю становить інтерес як для правової науки, так і для юридичної практики.

Відносини між громадянином і державою регулюються Конституцією України, яка стала важливим політико-правовим актом, що стабілізував незалежний розвиток України як у внутрішніх, так і зовнішніх відносинах. Конституція відіграє свою особливу роль як Основний Закон держави та суспільства. Водночас після прийняття Конституції почали виявлятися її вади, котрі, зокрема, стосувалися не тільки організації державної влади, але й гармонізації відносин між державою, громадянським суспільством і людиною.

Вчені-конституціоналісти зазначали про відставання у реформуванні конституційних засад організації державної влади та забезпечення прав і свобод людини, звертаючи увагу на такі загальнометодологічні засади реформування Конституції України [5]:

по-перше, це принцип системності та комплексності у модернізації Основного Закону. На підставі змін, що відбулися у суспільно-політичному житті, оновленню підлягали фактично усі розділи Конституції та її преамбула, які знаходилися у відповідній

системі. У процесі реформування, як відзначав Ю.С. Шемшученко, може збільшитися кількість статей Конституції, але Конституція України, за винятком Португалії, є найбільшою у Європі. Хоча у світі є і більші Конституції, які нагадують кодекси (Індія – 325, Таїланд – 309, Бразилія – 250 статей). Вчений підкреслював, що Конституція України має бути лаконічною і зрозумілою для широкого загалу, національною за формою і цивілізаційною за змістом, наголошуючи, що це пов'язано із системним підходом до оновлення Основного Закону, посиленням наукового обґрунтування, адже дійсно, у державі без науки немає майбутнього;

по-друге, важливим принципом є принцип народовладдя, який передбачає побудову системи соціальних цінностей таким чином, щоб на її вершині була людина. Цей принцип зафіксований у ст. 5 Конституції України, де закріплено, що носієм суверенітету та єдиним джерелом державної влади є народ України.

Розуміючи, що народ є спільнотою, котра складається з пов'язаних спільним громадянством індивідів, що мають первинні щодо держави права, відповідно до преамбули Конституції України державоутворююча українська нація розглядається як складова частина українського народу [6, с. 34].

Вченими звертається увага на доцільність конституювати інститут громадянського суспільства. Мається на увазі посилення впливу громадянського суспільства на стан і характер функціонування публічної влади. Це й конституційне закріплення прав громадян на законодавчу ініціативу, здійснення громадського контролю за діяльністю органів державної влади та органів місцевого самоврядування. Виникає потреба у передбаченні додаткових конституційних гарантій для забезпечення прав і свобод громадян, зокрема, конституційної норми про недопущення звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод при прийнятті нових законів (ст. 22 Конституції). Однак і сьогодні спостерігаємо порушення цієї конституційної норми, коли відбувається систематичне реформування податкової законодавчої бази, коли безсистемно вносяться зміни до Податкового кодексу, ускладнюючи податкове навантаження на платників податків. Незважаючи на внесення суттєвих змін кожного року до Податкового кодексу України, діюча податкова система України не забезпечує збалансованого з реальними можливостями економіки податкового навантаження на суб'єктів

господарювання, її реформування викликає необхідність невідкладної стабілізації фінансової ситуації, стимулювання процесів економічного зростання та підвищення інвестиційної привабливості України на міжнародній арені загалом.

По-новому оцінити роль і завдання державної влади дозволяє аналіз її крізь призму людини, її прав і потреб. Всі основні цілі, які висуваються сьогодні до владних інститутів (створення, підтримання і забезпечення добробуту громадян, їх прав і свобод, задоволення соціальних потреб та інтересів, забезпечення суспільного порядку і безпеки, державне регулювання економічного, соціального, культурного і національного життя тощо) можуть бути представлені як способи забезпечення універсальної мети, якою є забезпечення прав людини. Тому, оцінюючи державне управління з позицій забезпечення прав людини, можна не лише визначити його гуманістичну спрямованість та ефективність, а й представити його як складну, впорядковану, ціннісно орієнтовану діяльність чисельних органів державної влади, яких поєднує спільна мета [5, с. 12].

Захист прав платників податків і їх гарантія є запорукою розвитку економіки української держави. Недостатньо такий захист прописати у законі, головне, щоб такий захист був ефективним. Рішення, які стосуються захисту прав платників податків, необхідно приймати у найкоротші терміни, а правова позиція має бути максимально вичерпною.

Право на захист розглядають в об'єктивному та суб'єктивному розумінні. В об'єктивному розумінні – це юридичний інститут, що включає сукупність правових норм, які регулюють відносини, пов'язані із захистом прав платника податків, і включає як матеріально-правові, так і процесуально-правові норми. У суб'єктивному розумінні право платника податків на захист є вибором можливості певної поведінки суб'єкта захисту, дозволеного чинним законодавством.

Право на захист і власне захист тісно взаємопов'язані між собою. Захист є результатом реального здійснення (реалізації) відповідного права. Поняття захисту ширше, ніж відповідне право. Результату завжди передують певні дії суб'єкта, що використовує засоби та способи захисту, а також права на їх реалізацію і застосування. Зазвичай захист виступає узагальненим поняттям і передбачає, зокрема, право на захист.

Цілями захисту прав платника податків є: попередження можливих правопорушень, припинення протиправних дій, усунення перешкод у здійсненні суб'єктивних прав, відновлення порушених прав, справедливості та законності, а також усунення загрози їх порушення або оспорювання.

Розглядаючи механізм як сукупність засобів, способів, методів, спрямованих на рішення відповідної проблеми (завдання), зазначимо, що механізм означає внутрішній устрій, сукупність станів і процесів, які складають будь-яке явище, пристрій для передачі та перетворення, що становить систему тіл (ланок), у якій рух одного або декількох тіл (ведучих) викликає рух інших тіл системи [7, с. 415]. Під механізмом правового регулювання розуміється система специфічних правових засобів (інструментів), за допомогою яких упорядковують суспільні відносини, реалізуються позитивні інтереси суб'єктів права та досягаються цілі правового регулювання [8, с. 283]. Під механізмом захисту прав платників податків розуміється система правових та організаційних засобів, закріплених законодавством, функціонування яких спрямоване на забезпечення адекватного обмеження майнових прав платника податків [9].

Наочно механізм захисту ілюструє її процедурно-процесуальний аспект, але це не означає, що до матеріально-правового він не має відношення [10].

Преамбула Конституції, а її положення мають істотне значення в соціальному, політичному, ідеологічному та юридичному аспектах, стисло визначає цілі, задля досягнення яких приймається Конституція, серед яких – забезпечення прав і свобод людини та гідних умов її життя. Саме така ціль визначає цінності, які посідають чільне місце в усій ієрархії суспільних цінностей, а тому слушно вважається загальнолюдською та загальноцивілізаційною.

З метою подальшого удосконалення діяльності щодо утвердження та забезпечення прав і свобод людини та громадянина в Україні відповідно до ст. 102 Конституції України указом Президента було затверджено Національну стратегію у сфері прав людини [11].

У Стратегії зазначено, що події Революції Гідності (листопад 2013 – лютий 2014 рр.) засвідчили незворотне прагнення Українського народу до побудови правової та демократичної

держави, у якій гарантуються та забезпечуються права і свободи людини. Тож затвердження Національної стратегії у сфері прав людини зумовлено необхідністю вдосконалення діяльності держави щодо утвердження та забезпечення прав і свобод людини, створення дієвих механізмів їх реалізації та захисту, розв'язання системних проблем у зазначеній сфері. Все це має пряме відношення до захисту прав і законних інтересів платників податків.

Стратегія зосереджена на розв'язанні основних системних проблем у сфері забезпечення, реалізації та захисту прав і свобод людини за умов нових викликів, що постали перед суспільством, але не вичерпує повністю проблематики у зазначеній сфері.

Удосконалення системи забезпечення та захисту прав і свобод людини має здійснюватися з урахуванням як вітчизняного досвіду, так і напрацьованих та апробованих міжнародною спільнотою принципів і підходів. У зв'язку з цим повинно бути взято до уваги й активно використано досвід Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, Європейського Союзу, Організації Об'єднаних Націй, Ради Європи, Організації з безпеки і співробітництва у Європі, інших міжнародних організацій, практику Європейського суду з прав людини, досвід правозахисних організацій України.

Результатом реалізації Стратегії має стати запровадження системного підходу до забезпечення прав і свобод людини, узгодженості дій органів державної влади, органів місцевого самоврядування, інститутів громадянського суспільства, суб'єктів господарювання, створення в Україні ефективного механізму реалізації та захисту прав і свобод людини, усунення недоліків системного характеру, які лежать в основі порушень, виявлених Європейським судом.

Економічні права та свободи займають важливе місце у системі конституційних прав і свобод людини та громадянина. Вони визначають можливість людини створювати матеріальні й особисті нематеріальні блага, володіти ними та здійснювати господарську діяльність. Конституція України містить порівняно незначну кількість основних економічних прав і свобод, до яких відносять: право приватної власності (ст. 41); право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом (ст. 42); право на користування об'єктами права державної та комунальної власності (ст. 41) та власністю Українського народу

(ст. 13). Утім, ці конституційні права комплексно розвинулися у чинному законодавстві України.

Отже, економічні права та свободи людини і громадянина – це нормативно визначена міра можливої поведінки або діяльності людини та громадянина в економічній сфері суспільних відносин, пов'язана із правовим режимом власності та господарської діяльності.

Первинним, базисним економічним правом, яке визначає економічні основи суспільного і державного ладу України, є право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності (с. 41), що набувається в порядку, визначеному чинним законодавством України. Об'єктами права приватної власності визначаються матеріальні (рухомі та нерухомі) й особисті нематеріальні цінності (блага). Формою здійснення прав відносин, пов'язаних із реалізацією права приватної власності, є володіння, користування і розпорядження матеріальними й особистими нематеріальними цінностями (благами) з метою задоволення соціально-економічних потреб людини та громадянина.

Водночас Основний Закон застерігає, що власність зобов'язує не завдавати шкоди правам, свободам і гідності громадян, інтересам суспільства, не погіршувати екологічну ситуацію і природні якості землі. Тобто використання права приватної власності для завдання шкоди та збитків іншим особам і їх законним правам, а також на шкоду інтересам суспільства та держави є неприпустимим.

Держава гарантує, що ніхто не може бути протиправно позбавлений власності та декларує непорушність права приватної власності. Примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване лише як виняток із мотивів суспільної необхідності, на підставі й у порядку, встановлених законом, за умови попереднього і повного відшкодування їх вартості. Примусове відчуження таких об'єктів із подальшим повним відшкодуванням їх вартості допускається лише за умов воєнного чи надзвичайного стану. Тож націоналізація та реприватизація об'єктів права приватної власності є неконституційною.

Конфіскація як форма відчуження приватної власності може застосовуватися лише за рішенням суду, як додаткова санкція в адміністративній і кримінальній юридичній відповідальності.

Наступним важливим економічним правом є право кожного на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом (ст. 42). За змістом це право дозволяє здійснювати на свій ризик діяльність, що передбачає отримання прибутку; за суб'єктами – це право належить всім громадянам України, іноземцям і особам без громадянства, за винятком депутатів, посадових і службових осіб органів державної влади й органів місцевого самоврядування, військовослужбовців, співробітників правоохоронних органів, суддів та ін.

Коли бюрократичний апарат, реалізуючи свої регулюючі функції, з метою підтримки конкурентності ринків стає більш активно втручатися в економіку за умов повного домінування однієї гілки влади у країні та відсутності гарантій законності, зокрема захисту прав приватної власності, це призводить до вкрай негативних наслідків.

Держава забезпечує захист конкуренції у підприємницькій діяльності, упереджує зловживання монопольним становищем на ринку, неправомірне обмеження конкуренції та недобросовісну конкуренцію. Зокрема, в Україні діє Антимонопольний комітет України, метою діяльності якого є забезпечення державного захисту конкуренції у підприємницькій діяльності й у сфері публічних закупівель [12]. Основним завданням Антимонопольного комітету України є участь у формуванні та реалізації конкурентної політики в частині:

1) здійснення державного контролю за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції на засадах рівності суб'єктів господарювання перед законом і пріоритету прав споживачів, запобігання, виявлення і припинення порушень законодавства про захист економічної конкуренції;

2) контролю за узгодженими діями суб'єктів господарювання та дотриманням вимог законодавства про захист економічної конкуренції під час регулювання цін (тарифів) на товари, що виробляються (реалізуються) суб'єктами природних монополій;

3) сприяння розвитку добросовісної конкуренції;

4) здійснення контролю щодо створення конкурентного середовища та захисту конкуренції у сфері публічних закупівель;

5) проведення моніторингу державної допомоги суб'єктам господарювання та здійснення контролю за допустимістю такої допомоги для конкуренції та ін.

Конституція України також покладає на державу обов'язок захищати права споживача, здійснювати контроль за якістю і безпечністю продукції та усіх видів послуг і робіт, сприяти діяльності громадських організацій споживачів. Тобто держава забезпечує соціальний характер підприємницької діяльності в Україні.

Похідним від права власності є й право громадян України користуватися об'єктами права державної та комунальної власності для задоволення своїх потреб (ч. 3 ст. 41) та власністю Українського народу (ст. 13), але це право є лише різновидом права власності та потребує свого законодавчого закріплення і належного теоретичного обґрунтування.

Реалізація в Україні адміністративної, податкової та судово-правової реформ посилює увагу як науковців, так і практиків до публічно-правових відносин, у т. ч. до питань, що пов'язані із захистом прав, свобод і законних інтересів людини та громадянина.

Функціонування Податкового кодексу України та нормативно-правових актів, які регламентують порядок застосування його матеріальних норм, показало, що його правові приписи потребують змін у процесі їх застосування.

Взаємовідносини людини та держави у сфері справляння податків сьогодні є дещо напруженими і нерідко зумовлюють виникнення конфліктних ситуацій між платниками податків, з одного боку, і державою в особі податкових органів, з іншого.

Складність вирішення таких суперечностей полягає в тому, що нині чинне законодавство не достатньою мірою унормувало процеси розв'язання конфліктних ситуацій, які виникають між платниками податків і податковими органами держави, їх посадовими та службовими особами.

Проблемність захисту прав платників податків у сфері справляння податків полягає в тому, що у цьому процесі домінуюча роль відводиться податковим органам, які зобов'язані здійснювати фіскальну функцію по наповненню бюджетів усіх рівнів.

2. Податкова система та важливість захисту прав платників податків

Трансформаційні процеси, які відбуваються в економіці України, істотно відбиваються на податковій системі держави загалом. Податкова система як сукупність податків і зборів, що справляються на території держави, а також правил встановлення, введення та справляння таких податків і зборів показує рівень розвитку економіки. Призначення податкової системи, яка є органічною складовою частиною економічної моделі розвитку країни, полягає не лише у встановленні, введенні, справлянні податків і забезпеченні доходної частини бюджету для виконання державою своїх функцій, а й у сприяттні досягненню стратегічної мети розвитку національної економіки.

Сучасний суперечливий стан економіки вимагає пошуку принципово нових підходів до її управління. Перехідні процеси зазвичай виявляються неоднозначними та досить складними. Відчутні помилки, допущені на перших етапах переходу до ринкової економіки, призвели до негативних наслідків і перекосів в економічному розвитку країни.

У сучасному світі жодна із країн не ставить під сумнів необхідність оподаткування, враховуючи виняткове значення податків, зборів, платежів як джерела формування бюджетів, інших публічних фондів коштів, дбаючи про захист прав і законних інтересів платників податків. Україна як країна з ринковою економікою намагається сформувати таку податкову систему, яка була би спроможна забезпечити фінансові потреби держави й органів місцевого самоврядування, не порушуючи права та законні інтереси платників податків.

Відомо, що основним державним інструментом регулювання суспільних відносин виступає податкова політика як один із основних напрямів фінансової діяльності держави, що здійснюється уповноваженими органами державної влади з метою мобілізації грошових коштів у формі податків, зборів, платежів до бюджетних фондів, адже і податки, і збори, і платежі є необхідною ланкою економічних відносин у суспільстві з моменту виникнення державності. Розвиток і зміна державного устрою завжди супроводжувалися перетворенням податкової системи, однак зрозуміло, що ідеальну податкову систему можна створити тільки на серйозній теоретичній основі шляхом розроблення та впровадження нових ефективних підходів у податково-правовому

регулюванні, враховуючи специфіку економічних відносин у суспільстві та створений науковий і виробничий потенціал. Можливості фінансової стабілізації, стан доходної частини бюджету зазвичай залежать від багатьох складників, серед яких і загальна ситуація в економіці, особливо у базових її галузях, і, що важливо, стан податкової системи країни.

Податкова система є багатоаспектною категорією, яка досліджується представниками як юридичної, так і економічної науки. Законодавець визначає податкову систему як сукупність загальнодержавних і місцевих податків і зборів, що справляються в установленому Податковим Кодексом порядку [13].

Існує думка, що податкова система держави – це складне та багатогранне явище, яке формується під дією об'єктивних факторів (пов'язано з об'єктивним характером існування власне самих податків як економічної категорії) та суб'єктивних факторів (пов'язано з тим, що податкова система є похідним елементом і проявом на практиці податкової політики, яка проводиться у тій чи іншій країні та формується відповідними державними структурами через податкове право і податкове законодавство) [14, с. 3]. Важливим інструментом для розвитку податкової системи є податкова політика держави, саме тому питанням реалізації державної податкової політики приділяється значна увага, особливо за умов фінансової децентралізації.

Податкову систему розглядають як засновану на певних принципах систему врегульованих нормами права суспільних відносин, що складаються у зв'язку зі встановленням і справлянням податків і зборів. До складу цієї системи належать не лише податкові платежі, у зв'язку зі сплатою яких виникають зазначені відносини, але також оподатковувані суб'єкти, тобто особи, на користь яких сплачуються податки та збори, податкові (фінансові, митні) органи, органи державних позабюджетних фондів, податківці, органи внутрішніх справ, платники податків, платники зборів, податкові агенти та деякі ін. Усі ці елементи перебувають у постійному та нерозривному взаємозв'язку [15, с. 71].

Податкову систему визначають і як взаємопов'язану сукупність всіх наявних у державі суспільних відносин, що складаються у сфері оподаткування і мають економічний, політичний, організаційний і правовий характер; як сукупність встановлених у державі істотних умов оподаткування; як сукупність податків,

зборів, мит йта інших обов'язкових платежів до бюджетів різних рівнів і державні позабюджетні фонди, які встановлені на принципах і в порядку, визначених законами. В останньому визначенні робиться акцент на об'єднанні в податкову систему країни різних обов'язкових платежів податкового характеру, конкретні види і склад яких залежать від особливостей тієї або іншої держави та її національного податкового законодавства, котре, у свою чергу, і є засобом упорядкування різних податкових платежів у єдину податкову систему.

Водночас низка вчених висловлює думку щодо можливості розширеного тлумачення змісту поняття податкової системи. Наприклад, М.П. Кучерявенко зазначає, що «у широкому сенсі податкова система є сукупністю податків, зборів і платежів, законодавчо закріплених у державі; принципів, форм і методів їх встановлення, зміни або скасування; дій, які забезпечують їх сплату, контроль і відповідальність за порушення податкового законодавства» [16, с. 55]. Л.К. Воронова підкреслює, що при визначенні податкової системи важливо розрізнявати два підходи її розуміння. Так, з одного боку, податкова система є сукупністю податків і зборів, виступаючи механізмом визначених, законодавчо закріплених важелів із акумуляції доходів держави, – у цьому випадку робиться акцент на матеріальній стороні податкової системи, що забезпечує механізм дії податків, і вона збігається із системою податків і зборів. З іншого боку, податкова система містить і «достатньо широкий спектр процесуальних відносин зі встановлення, зміни та скасування податків, зборів, платежів, забезпечення їх сплати, організації контролю і відповідальності за порушення податкового законодавства. Це немов би тіньова, але не менш важлива частина податкової системи» [17, с. 125].

Тому не слід змішувати поняття «система податків» із поняттям «податкова система». Податкова система – це сукупність встановлених у державі істотних умов оподаткування. Істотними умовами оподаткування, що характеризують податкову систему, є: принципи оподаткування; порядок встановлення та введення податків; система податків; порядок розподілу податкових надходжень між бюджетами різних рівнів; права й обов'язки учасників податкових правовідносин; форми та методи податкового контролю; відповідальність учасників податкових правовідносин; способи захисту прав та інтересів учасників

податкових правовідносин. Поняття «податкова система» характеризує податковий правопорядок загалом, а система податків – тільки елемент податкової системи [18, с. 262].

Американський економіст Р. Масгрейв сформулював основні вимоги до функціонування податкової системи:

- 1) розподіл податкового тиску повинен бути рівномірним;
- 2) мінімальний тиск на економічні рішення; будь-яке державне втручання, пов'язане з «надмірним оподаткуванням», слід зменшити;
- 3) якщо перед податковою політикою поставлено інші цілі, наприклад, стимулювання інвестицій, звести до мінімуму можливе порушення рівноваги між соціальною справедливістю й економічною ефективністю;
- 4) сприяти стабілізації економіки й економічному росту;
- 5) оподаткування має бути зрозумілим для платника податків, а управління ним – справедливим і основаним на законах;
- 6) витрати на управління податковою системою мають бути мінімальними [2, с. 100].

Якщо дотримуватися вказаних вимог, то виникає питання: а як вони діють у нашій країні? М.П. Кучерявенко також зауважує, що такий підхід настільки розширено характеризує податкову систему, що практично позбавляє це поняття властивих їй особливостей [19, с. 458–459]. Податкова система, будучи складовою частиною системи оподаткування, ґрунтується на конкретних принципах, а суспільні відносини, які регулюються нормами права, виникають при нарахуванні, утриманні та перерахуванні до бюджету податків, зборів, платежів. Саме ці основні особливості визначають специфіку цих відносин, визначають коло суб'єктів відносин і визначають межі у розмежуванні таких складних взаємопов'язаних понять, як «податкова система» та «система оподаткування». Податкова система виступає лише складовою частиною системи оподаткування.

До елементів податкової системи відносять зазвичай податкове законодавство; принципи оподаткування; систему податкових платежів; склад учасників податкових відносин, їх правовий статус; систему органів податкового адміністрування; форми та методи податкового контролю; відповідальність за

порушення податкового законодавства; засоби захисту прав та інтересів учасників податкових відносин [20, с. 217].

На жаль, сучасна податкова система України зберігає низку недоліків і, на відміну від країн Європейського Співтовариства, не є інструментом підвищення конкурентоспроможності держави.

12 січня 2015 р. Президентом України був підписаний Указ «Про Стратегію сталого розвитку «Україна-2020» [21]. Стратегія визначає цілі, напрями, пріоритети розвитку країни, а також містить 25 ключових показників, за якими буде оцінюватися перебіг виконання реформ і програм. Метою реформ було задекларовано досягнення європейських стандартів життя та гідного місця Україні у світі. У перспективному розвитку країни визначено чотири основні вектори:

1) вектор розвитку – забезпечення сталого розвитку держави, проведення структурних реформ і, як наслідок, підвищення стандартів життя. Україна має стати державою із сильною економікою та з передовими інноваціями;

2) вектор безпеки – забезпечення гарантій безпеки держави, бізнесу та громадян, захищеності інвестицій і приватної власності;

3) вектор відповідальності – це забезпечення гарантій, що кожен громадянин, незалежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного й соціального походження, майнового стану, місця проживання, мовних або інших ознак, матиме доступ до високоякісної освіти, системи охорони здоров'я та інших послуг у державному та приватному секторах;

4) вектор гордості – забезпечення взаємної поваги та толерантності у суспільстві, гордості за власну державу, її історію, культуру, науку, спорт.

У рамках названих чотирьох векторів руху «Стратегія-2020» включає у себе 62 реформи. З них пріоритетними визначено вісім реформ і дві програми. У документі уточняється, що кількість і зміст названих реформ і програм розвитку держави можуть змінюватися у процесі реалізації.

Серед реформ було наголошено і на податковій реформі, метою якої є побудова податкової системи, яка є простою, економічно справедливою, з мінімальними затратами часу на розрахунок і сплату податків, створює необхідні умови для сталого розвитку національної економіки, забезпечує достатнє наповнення

Державного бюджету України та місцевих бюджетів. Головними напрямками реформи Стратегією визначаються: перехід від наглядово-каральної функції фіскальних органів до обслуговуючої, що допомагає у нарахуванні та проведенні сплати податків, а не має на меті наповнення бюджету за рахунок фінансових санкцій і переplat; зменшення кількості податків, їх розміру та спрощення порядку розрахунку і сплати; впровадження електронних сервісів для платників податків; зменшення податкового навантаження на заробітну плату з метою її дегінізації; удосконалення законодавства України, спрямованого на посилення боротьби зі схемами ухиляння від сплати податків як юридичними, так і фізичними особами, зокрема удосконалення адміністрування податку на додану вартість, формування системи податкового контролю залежно від ступеня ризику в діяльності платників податків, забезпечення відкритості доступу до інформації про сплату податків, удосконалення законодавства з питань трансфертного ціноутворення, впровадження контролю за видатками фізичних осіб.

У розвинутих європейських країнах податкові реформи спрямовані на лібералізацію системи оподаткування з метою запобігання відтоку капіталу і кваліфікованих спеціалістів. В Україні реформаційні процеси в перебудові податкової системи за останні роки не мають сталого характеру, безсистемно врегульовуються окремі питання, а запроваджені зміни орієнтовані на нетривалі терміни часу. Незважаючи на внесення щороку суттєвих змін до Податкового кодексу України, чинна податкова система України не забезпечує збалансованого з реальними можливостями економіки податкового навантаження на суб'єктів господарювання, її реформування викликане необхідністю невідкладної стабілізації фінансової ситуації, стимулювання процесів економічного зростання та підвищення інвестиційної привабливості України на міжнародній арені загалом.

Сучасне податкове законодавство України зберігає низку суттєвих недоліків, які є системними: значну колізійність підзаконних нормативно-правових актів, які регулюють податкові відносини; нестабільність податкового законодавства, а саме численні зміни до Податкового кодексу України; наявність законів, що належать до інших галузей права, але регулюють податкові відносини. Всі ці проблеми вказують на недосконалість і неефективність чинної податкової системи, на

те, що вона не сприяє економічному зростанню країни, а захист прав платників податків заслуговує на краще.

Відомо, що податкове законодавство України є одним із найскладніших у правовій системі України. Стабільність податкового законодавства є однією з основних вимог під час вибору інвесторами країни для вкладення інвестицій, про необхідність залучення яких постійно говорять представники різних гілок влади в Україні. Законодавець повинен гарантувати стабільність податкової політики, що, у свою чергу, стимулюватиме інвестора у процесі ухвалення рішення.

Значна частота внесення змін до Податкового кодексу України не тільки істотно ускладнює роботу контролюючих органів із забезпечення виконання платниками податків податкових зобов'язань, а й негативно позначається на діяльності суб'єктів підприємництва, зокрема внаслідок обмежених можливостей щодо формування їх власної політики.

Сучасний стан податкового законодавства є дуже суперечливим і потребує вдосконалення, проте, як показує практика його правозастосування, зміни, що вносяться до законодавства з питань оподаткування, досить часто спричиняють нові проблеми, адже багато норм суперечать одна одній або ж їх просто неможливо втілити у життя.

Відповідно до Указу Президента Кабінет Міністрів України має щороку до 15 лютого затверджувати план дій щодо реалізації положень Стратегії та щоквартально інформувати про стан виконання плану дій щодо реалізації положень Стратегії. Президент наголосив на тому, що українська держава є парламентсько-президентською, а не президентсько-парламентською республікою, а це означає, що тональність економічної політики держави все таки визначає Кабінет Міністрів України.

Чи буде виконана податкова реформа (Стратегією передбачена реалізація 12 реформ на рік) – покаже час. Сьогодні перед країною стоїть надзвичайно відповідальне завдання виходу з економічної кризи. Які реформи ми спроможні провести на належному рівні, щоб виконати мету Стратегії, котра передбачає досягнення європейських стандартів життя та гідного місця України у світі? Як буде здійснюватися захист прав і законних інтересів платників податків? Покаже час.

Модернізація податкової системи України почалася ще з моменту отримання країною незалежності. Важливими чинниками були наміри збільшити доходи до бюджету, усунути певні прогалини у податковому законодавстві, зменшити податкове навантаження.

Ще до отримання незалежності нашої країни діяв Закон УРСР «Про систему оподаткування», прийнятий у 1991 р., яким визначався перелік загальнореспубліканських податків, зборів та обов'язкових платежів. У 1997 р. було прийнято нову редакцію Закону «Про систему оподаткування» з новим складом загальнодержавних податків і зборів (обов'язкових платежів), таких як: податок на додану вартість; акцизний збір; податок на прибуток підприємств; податок на доходи фізичних осіб; мито; державне мито; податок на нерухоме майно (нерухомість); плата (податок) за землю; рентні платежі; податок із власників транспортних засобів та інших самохідних машин і механізмів; податок на промисел; збір за геологорозвідувальні роботи, виконані за рахунок державного бюджету; збір за спеціальне використання природних ресурсів; збір за забруднення навколишнього природного середовища; збір до Фонду для здійснення заходів щодо ліквідації наслідків Чорнобильської катастрофи та соціального захисту населення; збір на обов'язкове соціальне страхування; збір на обов'язкове державне пенсійне страхування; збір до Державного інноваційного фонду; плата за торговий патент на деякі види підприємницької діяльності. Встановлений був і перелік місцевих податків і зборів (обов'язкових платежів): податок із реклами; комунальний податок; готельний збір; збір за припаркування автотранспорту; ринковий збір; збір за видачу ордера на квартиру; курортний збір; збір за участь у бігах на іподромі; збір за виграш на бігах на іподромі; збір з осіб, які беруть участь у грі на тоталізаторі на іподромі; збір за право використання місцевої символіки; збір за право проведення кіно- і телезйомок; збір за проведення місцевого аукціону, конкурсного розпродажу і лотерей; збір за проїзд по території прикордонних областей автотранспорту, що прямує за кордон; збір за видачу дозволу на розміщення об'єктів торгівлі та сфери послуг; збір із власників собак.

Принципово змінюється ситуація із прийняттям у 2010 р. Податкового Кодексу України [13], який складається з норм, котрі охоплюють регулювання всіх найважливіших відносин у

сфері оподаткування. Податковий Кодекс України виступає головним законодавчим актом, що регулює відносини оподаткування, податкову систему, її основи, елементи правового механізму податку. У Податковому Кодексі поєднуються матеріальні та процесуальні сторони регулювання податкової системи, всі аспекти справляння податків і зборів.

Відповідно до норм Податкового Кодексу до загальнодержавних податків належать: податок на прибуток підприємств; податок на доходи фізичних осіб; податок на додану вартість; акцизний податок; екологічний податок; рентна плата; мито.

До місцевих податків належать: податок на майно (складається з податку на нерухоме майно, відмінне від земельної ділянки; транспортного податку; плати за землю); єдиний податок. До місцевих зборів належать: збір за місця для паркування транспортних засобів; туристичний збір.

Податковий кодекс України, регулюючи відносини, що виникають у сфері справляння податків і зборів, визначає вичерпний перелік податків і зборів, які справляються в Україні, та порядок їх адміністрування, платників податків і зборів, їх права й обов'язки, компетенцію контролюючих органів, повноваження й обов'язки їх посадових осіб під час адміністрування податків і зборів, а також відповідальність за порушення податкового законодавства.

Реформування податкової системи відобразилося і на значних змінах до норм Податкового кодексу. Так, із початку прийняття Податкового кодексу Верховною Радою (2 грудня 2010 р., а вступив він у дію 1 січня 2011 р.) прийнято 155 законодавчих актів, якими були внесені зміни до Кодексу.

На підставі Указу Президента України 24 грудня 2012 р. відбулася реорганізація Державної митної служби України та Державної податкової служби України, їх об'єднання у єдиний орган – Міністерство доходів і зборів України, яке було створене як центральний орган виконавчої влади. У цей період податкова система була перетворена на фіскальну систему з подвійним оподаткуванням, що створило умови для тіньової системи оподаткування української економіки, однак Міністерство доходів і зборів України проіснувало недовго, і вже 1 березня 2014 р. було ліквідовано.

У 2014 р. наступним кроком реформування податкової системи було утворення Державної фіскальної служби замість

Міністерства доходів і зборів, котра була вже підпорядкована Міністерству фінансів, а її діяльність спрямовувалася та координувалася Кабінетом Міністрів України, однак 18 грудня 2018 р. прийнято рішення про поділ Державної фіскальної служби на Державну податкову і Державну митну служби.

Найбільша в Україні коаліція громадських організацій та експертів об'єдналися з метою вироблення консолідованої позиції експертної спільноти щодо необхідних для країни реформ і їх належного впровадження – Реанімаційного Пакету Реформ, метою якого є підтримка та просування реформ для розбудови незалежної, демократичної, правової, сильної та авторитетної Української держави із заможним суспільством і рівними можливостями кожної особи на розвиток і самореалізацію, а також сприяння консолідації українського громадянського суспільства. Серед пріоритетів діяльності Реанімаційного Пакету Реформ декілька ключових напрямків: судова й антикорупційна реформи, децентралізація, реформа публічної адміністрації та правоохоронних органів, зміна виборчого законодавства, ключові трансформації в економіці, впровадження якісних змін у сфері публічних фінансів.

На реформування впливає значним чином співпраця Кабінету Міністрів із Міжнародним валютним фондом. Однак співпраця буває різною: з одного боку, зобов'язання, які уряд бере на себе у Меморандумі МВФ, сприяють більш оперативній роботі проурядових депутатів на користь змін, з іншого – уряд інколи намагається йти шляхом найменшого супротиву: не стримує зростання нераціональних видатків держави, пропонуючи збільшувати податкове навантаження. Саме вирішення таких суперечностей й формувало рух у напрямку податкової реформи. 30 квітня 2014 р. МВФ ухвалив надання Україні нової позики Stand by обсягом 16,5 млрд дол. США. До кінця літа того ж року Україна отримувала транші, але оговорена у Меморандумі МВФ податкова реформа так і не стартувала. Прихід нового уряду після парламентських виборів 2014 р. надав можливість перезавантажити реформаторські зусилля [13].

11 березня 2015 р. Міжнародний валютний фонд ухвалив заміну програми Stand by на нову, чотирирічну програму Extended Fund Facility. Перший транш обсягом 5 млрд дол. США, за новою програмою EFF було отримано одразу після її ухвалення. Надання другого траншу обсягом 1,7 млрд дол. США

було ухвалено Радою директорів Міжнародного валютного фонду 31 липня 2015 р.

Тож у 2015 р. стався серйозний підхід до податкової реформи. І вже 16 березня 2017 р. у Верховній Раді України був зареєстрований законопроект № 6201 «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо проведення податкової реформи та підвищення інвестиційної привабливості України» [23], метою якого була стабілізація фінансової ситуації, удосконалення та спрощення податкової системи, лібералізація податкового законодавства для стимулювання процесів економічного зростання вітчизняного виробництва зокрема та підвищення інвестиційної привабливості та конкурентоспроможності України на міжнародній арені загалом. Як зазначено у пояснювальній записці, законопроектом пропонувалося внесення низки змін до Податкового кодексу, якими передбачається:

- забезпечення стабільності податкового законодавства;
- зворотна дія в часі тільки для актів податкового законодавства України, якими вносяться зміни, доповнення, що передбачають пом'якшення або скасування відповідальності за порушення податкового законодавства;
- встановлення мораторію на внесення змін до податкового законодавства до 2020 р., окрім змін, які стосуються адміністрування та/або поліпшують становище платників податків, зборів;
- впровадження в національне податкове законодавство правил для оподаткування контрольованих іноземних компаній із метою боротьби з ухиленням від оподаткування, з податковим зловживанням при застосуванні податкових конвенцій, припинення відтоку капіталу з України та розмивання податкової бази;
- контролюючою особою пропонується визначити резидентів України – юридичних або фізичних осіб, котрі безпосередньо та/або опосередковано володіють корпоративними правами контрольованої іноземної компанії у розмірі 50 і більше відсотків; або частка такої участі в контрольованій іноземній компанії перевищує 10 відсотків, якщо частка участі всіх резидентів України в цій контрольованій іноземній компанії становить 50 і більше відсотків. При визначенні частки участі резидента-фізичної особи в

контрольованій іноземній компанії враховується як безпосередня його участь, так і опосередкована участь через його подружжя та/або неповнолітніх дітей;

– встановлення додаткових гарантій для платників податків у частині помилково та/або надміру сплачених грошових зобов'язань і пені, що виражається у визнанні сум помилково та/або надміру сплачених грошових зобов'язань, не повернутих платнику податків у порядку та строки, заборгованістю бюджету, на яку нараховується пеня на рівні 120% облікової ставки НБУ, встановленої на момент виникнення пені, протягом строку її дії, включаючи день повернення грошових зобов'язань;

– подання податкової звітності до контролюючих органів в електронній формі з акцизного податку;

– скасування обмеження щодо застосування податкової консультації тільки особою, якій вона була надана, встановлення правил використання й іншими платниками податків податкових консультацій у разі відповідності умов, викладених у консультації, фактичним обставинам;

– запровадження вмотивованих податкових роз'яснень, що будуть надаватися центральним органом виконавчої влади, котрий реалізує державну фінансову політику, за зверненням платників податків і відображатимуть його офіційну позицію з питань правильності, повноти нарахування та сплати податків, зборів щодо здійснених господарських операцій або тих господарських операцій, здійснення яких планується у майбутніх звітних (податкових) періодах. Вмотивоване податкове роз'яснення, надане платнику податків, є обов'язковим для контролюючих органів під час проведення перевірок, звірок;

– удосконалення інституту оскарження рішень контролюючих органів;

– лібералізація порядку проведення контролюючими органами перевірок та оформлення результатів таких перевірок.

Проте сьогодні зрозуміло, що проблеми податкової системи все ще залишаються найвагомішими серед перешкод для ведення бізнесу. Глибокі інституційні реформи податкової та митної служби розпочаті, але спрогнозувати результати поки що вкрай важко. Навіть податкова поліція продовжує своє фактичне існування, хоча і в невизначеному статусі. Не завершені реформи митної та фіскальної служб не дозволяють скоротити обсяги зловживань – контрабанди, порушення митних правил і

великомасштабної податкової оптимізації із застосуванням офшорів, які залишаються найбільшими «дірами» в податковій системі після ліквідації більшості «податкових ям», що дозволяли масово ухилятися від ПДВ. Позитивні результати спостерігаються тільки із мінімізацією схем по ухиленню від сплати ПДВ, у 2020 р. робота ДПС була ефективною по подоланню цих схем. Щодо офшорних схем, то у 2020 р. було прийнято низку деофшоризаційних норм, якими впроваджено: оподаткування контрольованих іноземних компаній; запобігання уникненню статусу постійного представництва й оподаткування постійних представництв; правило запобігання зловживанню чинними угодами про уникнення подвійного оподаткування; удосконалення норм стосовно документації із трансфертного ціноутворення; оподаткування «конструктивних дивідендів»; удосконалення правила «тонкої капіталізації» тощо, що має привести до мінімізації цих видів схем у наступні роки.

Одним із ключових недоліків податкової системи України все ще залишається застаріла модель оподаткування прибутку підприємств, яка є дискреційною та створює значні корупційні ризики. Важливим є реформування цього податку – найкращим варіантом є заміна його інноваційним податком на виведений капітал, котрий суттєво спрощує адміністрування та стимулює інвестиції. Все ще надмірно високим залишається оподаткування праці, і це сприяє тінізації ринку праці.

На часі – продовження та подальше поглиблення податкової реформи, яка би сприяла захисту прав і законних інтересів платників податків, зробила би податкову систему простою та зрозумілою із розумними податковими ставками, що зацікавлять інвесторів як внутрішніх, так і зовнішніх, адже призначення податкової системи, яка є складовою частиною економічної моделі розвитку країни, полягає не лише у збиранні податків і забезпеченні доходної частини бюджету для виконання державою своїх функцій, а й у сприянні досягненню стратегічної мети розвитку національної економіки.

Не можна сказати, що нічого не зроблено у цьому напрямку, адже в Україні розроблено законодавчу базу, яка регламентує справляння податків, створено адміністративні органи, що контролюють виконання законодавства суб'єктами господарювання, але, на жаль, необхідно визнати, що податкова система залишається не ефективною і не досягає свого функціонального призначення. На відміну від країн

Європейського Співтовариства, податкова система України не є інструментом підвищення конкурентоспроможності держави, не сприяє зростанню економічної активності суб'єктів господарювання. Основна проблема української податкової системи полягає в надмірному навантаженні як на бізнес, так і на громадян [24].

Тож важливим чинником забезпечення економічної стабільності країни виступає здійснення ефективної податкової політики, яка насамперед повинна бути направлена на стимулювання економічного зростання та соціального розвитку, на одне зі стратегічних завдань держави – сприяння розвитку внутрішнього ринку товарів і послуг, підтримуючи та захищаючи права власного товаровиробника.

3. Судова форма захисту порушених прав платників податків

Конституційна реформа дала можливість громадянину почуватися рівним у відносинах із завжди всесильною і всеправною державою. Оскільки відносини між громадянином і державою регулюються Конституцією України, то при виданні законів та інших нормативних актів держава пов'язана конституційними нормами, насамперед – нормами про права і свободи людини. Видання акта, що порушує основні права і свободи, призводить за певних умов до виникнення спору про конституційність закону, тобто про його відповідність положенням Конституції.

Звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини та громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується ст. 8 Конституції.

На початковому етапі діяльності Конституційного Суду (1991–1994) конфлікт між державою і людиною виникав переважно із приводу порушення трудових, житлових та інших соціальних прав. Після прийняття нової Конституції України 1996 р. Конституційний Суд дедалі більше став захищати право приватної власності, право на вільну підприємницьку діяльність і права громадян у сфері оподаткування. Швидше за все, ця зміна тенденцій виникла не випадково. Це результат того, що вперше в Українській історії серед найважливіших принципів, які становлять основи конституційного ладу України, названі принципи свободи економічної діяльності та соціальної держави. На фундамент цих конституційних принципів спираються економічні та соціальні права.

У Конституції СРСР 1977 р. містилася глава 2 «Економічна система», в якій закріплювалися підвалини державної економіки. У Конституції України 1996 р. така глава відсутня. Це зовсім не означає, що для конституційного регулювання байдужі основи економічного ладу. Ні, в чинній Конституції основи економічного ладу визначені, але опосередковано – через права і свободи людини та громадянина.

Таким чином, принципово змінилося конституційне трактування підприємництва. Якщо раніше практично вся сфера економіки перебувала в руках держави, то нині підприємство й економічні відносини трактуються через призму основних економічних прав, оскільки ст. 41 і 42 Конституції, котрі закріплюють право за на вільне підприємство і право приватної власності, поміщені в розділ 2 Конституції «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина». Зараз у сфері економіки пріоритетом володіють приватний підприємець і приватний власник. На конституційному рівні закріплено, що сфера економіки – це насамперед сфера приватного інтересу та приватної ініціативи, тобто сфера регулювання традиційно є сферою приватного права.

Революційний ефект конституційних принципів не зводиться тільки до глибинних змін у сфері економічних відносин. Не менший вплив проявляють вони як соціальні відносини. Конституційні принципи, складові частини основи конституційного ладу, перебувають у системному взаємозв'язку. Не є винятком і принципи свободи економічної діяльності та соціальної держави. Держава залишає сферу економіки, не веде в колишньому обсязі підприємницької діяльності, а питома вага державної власності внаслідок приватизації неухильно знижується. Тож виникає питання – чи може тепер людина розраховувати на те, щоб держава повністю могла взяти на себе турботу про неї, забезпечити всі її потреби?

Коли держава виступала як загальний роботодавець, вона активно займалася перерозподілом виробленого суспільного продукту за допомогою перерозподілу прибутку, одержуваного державними підприємствами, однак вона не була соціальною, бо нестримна мілітаризація економіки, низька продуктивність праці приводили до того, що витрати на соціальну сферу нараховувалися за так званим залишковим принципом, тобто, наприклад, спочатку витрати на оборону і космос, а вже потім – на соціальні виплати.

Проблема становлення правової держави постійно привертала і привертає увагу багатьох дослідників. Її формування, а також демократизація сучасного суспільства припускають наявність економічної та політичної свободи як основи соціального прогресу і розвитку таких суспільних відносин, які би сприяли і забезпечували захист прав людини і громадянина, держави та муніципальних утворень, господарюючих та інших суб'єктів. Необхідно відзначити, що економічна і політична ситуація, яка швидко змінюється за сучасних умов, ставить іноді учасників правовідносин у скрутне становище, оскільки система ринку підпорядковується правилам ззовні.

Україна зробила вибір на користь ринкових реформ, демократії та правової держави, тому подальший її розвиток створив якісно нові суспільні відносини, які визначаються новим співвідношенням права, економіки та держави.

Сьогодні найважливіші функції ринку реалізуються внаслідок взаємодії всіх суб'єктів, котрі керуються своїми інтересами (публічними, приватними). І для того, щоб таке прагнення кожного не створювало безладності, не порушувало підвалин суспільства, моралі, систему цінностей, створюються правила функціонування ринку, а також регулювання суспільних відносин, дотримання яких у необхідних випадках забезпечується примусовою силою держави. Ці норми лежать в основі законодавчої та судової практики, вони засновані на чіткому дотриманні принципу законності, неприпустимості нехтування вимогами цивілізованого суспільства, а також надання певних гарантій.

Орієнтація нашої країни на формування правової держави призвела до переоцінки пріоритетів, визнання загальнолюдських цінностей, зміни правового статусу органів державної влади, місцевого самоврядування, комерційних і некомерційних організацій, правового положення громадян.

Тенденції, що склалися у суспільстві, виражаються у суперечностях між органами публічної влади та приватними суб'єктами, висуваються сьогодні на перший план. Конфліктність відносин породжує кризові явища політичного, економічного і соціального характеру. У зв'язку з цим у країні активно проходить багатопрофільна реформа, складовою частиною якої є адміністративна реформа, реформа податкової та фінансової систем.

Адміністративна реформа характеризується створенням нових органів виконавчої влади та скасуванням наявних, а також зміною їх компетенції. Додатковим стимулом до підготовки та проведення цієї реформи, що має на меті зробити публічне управління адекватним потребам демократії та ринкової економіки, стали суттєві зрушення в економічній сфері, зумовлені насамперед появою у промисловому секторі домінуючого числа суб'єктів приватного права, а також зміна системи поглядів на роль держави в управлінні.

Сучасний розвиток суспільних відносин, обтяжений рішенням проблем, пов'язаних із виходом зі світової фінансово-економічної кризи, змушує переглянути роль фінансових інститутів у нашій державі й у світі, по-новому поглянути на нормотворчу та правозастосовчу діяльність.

За цих умов особливого значення набуває наука фінансового права і законодавство, що регулює суспільні відносини у сфері акумулювання, розподілу, перерозподілу і використання фондів грошових коштів у банківській системі, а також у сфері здійснення державного фінансового контролю, який охоплює різні сторони діяльності суспільства, у т. ч. функціонування таких необхідних нині важелів, як публічні фінанси.

Говорячи про побудову ефективної економічної моделі, важливо звернути увагу на захист прав платників податків, на дотримання податкової дисципліни, які і є запорукою цієї ефективності.

Практика показує, що платники податків із більшою готовністю виконують свої податкові зобов'язання перед державою, коли чинна в такій державі система правового регулювання передбачає механізми, які забезпечують як відновлення прав платників податків у разі їх порушення, так і залучення до відповідальності держави та її посадових осіб за порушення закону. Ці механізми мають не просто існувати на папері, а бути працюючими й ефективними. Центральною ідеєю адміністративного та судового механізмів оскарження рішень контролюючих органів у сфері оподаткування є забезпечення захисту прав платників податків від неправомірних рішень, дій (бездіяльності) контролюючих органів.

Серед безлічі змін і новацій, внесених Законом України «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо вдосконалення адміністрування податків, усунення технічних та логічних неузгодженостей у податковому законодавстві» № 466

до Податкового кодексу, є такі, що стосуються податкових правопорушень податкових органів і шкоди, яку платникам завдають податкові органи своїми рішеннями, діями чи бездіяльністю.

До внесення змін вищеназаним Законом у Податковому кодексі України була прописана норма, котра певним чином давала платникам сподівання, що шкоду, завдану неправомірними діями податківців, буде відшкодовано. Так, у Податковому кодексі зазначено, що шкода, завдана платнику податків неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю посадової або службової особи контролюючого органу, відшкодовується за рахунок коштів державного бюджету, передбачених для фінансування цього органу, незалежно від вини цієї особи (п. 21.3).

На практиці звернення до цієї норми платниками податків і через суд відстоювання свого права на відшкодування шкоди робилися багато разів. Загалом у реєстрі судових рішень можна знайти рішення про відшкодування платникам шкоди, але їх небагато, тож широко популярним із погляду практики застосування такої норми не стало [25].

Крім того, деякої неоднозначності у регулюванні питання щодо відшкодування шкоди додавав той факт, що у п. 21.3 йдеться лише про шкоду, заподіяну неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю посадових (службових) осіб, а не самого контролюючого органу. Хоча, із правового погляду, права й обов'язки виникають між платниками податків і контролюючим органом, а не його посадовими особами. Тобто ухвалюють рішення та вчиняють дії (допускають бездіяльність) щодо платників саме контролюючі органи, а не їх посадові (службові) особи. Отже, платникам певним чином простіше та швидше було б отримувати відшкодування шкоди, якби в Податковому кодексі прямо йшлося про шкоду, заподіяну контролюючим органом.

Для врегулювання питання щодо відшкодування шкоди, заподіяної протиправними рішеннями, діями чи бездіяльністю контролюючих органів, ст. 114 викладено в новій редакції та з новим змістом.

Відповідно до п. 114.1 цієї статті особа, чії права та/або законні інтереси порушено, має право на відшкодування шкоди, заподіяної протиправними рішеннями, діями чи бездіяльністю контролюючих органів, їх посадових (службових) осіб.

Шкода, заподіяна протиправними рішеннями, діями чи бездіяльністю контролюючих органів, їх посадових (службових) осіб, відшкодовується державою за рахунок коштів державного бюджету незалежно від вини контролюючого органу, його посадових (службових) осіб.

Отже, по суті, новий п. 114.1 Податкового кодексу практично ідентичний п. 21.3 Податкового кодексу, який, до речі, не виключено з кодексу, тобто з моменту набуття чинності ст. 114 Податкового кодексу паралельно чинним є і п. 21.3.

Між цими пунктами різниця лише в такому:

- у п. 114.1 ідеться не просто про «платників», як у п. 21.3, а про будь-яку особу, права якої порушено;
- п. 114.1 передбачає відшкодування шкоди не лише через неправомірні дії посадових (службових) осіб, а й самого податкового органу.

П. 114.2 Податкового кодексу передбачає, що шкода, заподіяна протиправними рішеннями, діями чи бездіяльністю контролюючих органів, їх посадових (службових) осіб, які визнаються податковими правопорушеннями відповідно до Кодексу, відшкодовується в повному обсязі в порядку, передбаченому законодавством про відшкодування шкоди.

Особа, чії права порушені, за наявності обставин, передбачених п. 128.2 ст. 128 Податкового кодексу, має право заявити вимоги про відшкодування шкоди, заподіяної протиправними рішеннями, діями чи бездіяльністю контролюючих органів, їх посадових (службових) осіб, у розмірі однієї мінімальної заробітної плати, встановленої станом на дату визнання таких рішень, дій чи бездіяльності незаконними, у порядку, передбаченому законодавством. У такому разі доведенню підлягає лише протиправність рішень, дій чи бездіяльності стосовно особи.

У передбачених абзацом другим цього пункту випадках шкода понад встановлений розмір відшкодуванню не підлягає.

Отже, за загальним правилом розмір шкоди, на відшкодування якої має право претендувати особа, не обмежено зовсім, тобто шкода підлягає відшкодуванню в повному обсязі.

Таким чином, законодавці вирішили уточнити, що шкода підлягає відшкодуванню в повному обсязі в тому разі, якщо її було заподіяно діями податківців, які визнаються податковими правопорушеннями.

Визначення податкових правопорушень контролюючих органів знаходимо в новому п. 128.1 Податкового кодексу України, відповідно до якого такими правопорушеннями потрібно вважати протиправні рішення, дії або бездіяльність контролюючих органів, їх посадових (службових) осіб, вчинення яких є підставою для відшкодування шкоди особі, чії права порушено, відповідно до закону.

Податковими порушеннями, відшкодування шкоди за вчинення яких згідно з п. 114.2 ст. 114 Кодексу допускається внаслідок доведення лише факту його вчинення, є:

- прийняття незаконного рішення, а так само вчинення незаконних діянь (дій або бездіяльності) контролюючим органом та/або його посадовими (службовими) особами, що призвели до безпідставної відмови в набутті, а так само до безпідставної втрати особою статусу платника податку або платника одного з податків, набуття та/або анулювання (втрата) якого відбувається за рішенням контролюючого органу;

- невнесення або несвоєчасне внесення контролюючим органом даних до Реєстру заяв про повернення суми бюджетного відшкодування та/або порушення строків початку проведення камеральної перевірки, передбаченої п. 200.10 ст. 200 Кодексу, а у випадках, визначених п. 200.11 ст. 200 цього Кодексу, – перевірки, зазначеної у такому пункті, якщо за результатами таких протиправних діянь було порушено строки повернення сум бюджетного відшкодування;

- прийняття посадовими (службовими) особами контролюючого органу рішення про використання майна, визначеного п. 87.3 ст. 87 Податкового кодексу, як джерела погашення грошового зобов'язання або податкового боргу платника податків;

- перешкоджання посадовими (службовими) особами контролюючого органу звільненню майна особи з-під режиму тимчасового затримання;

- незаконне застосування посадовими (службовими) особами контролюючого органу арешту майна або коштів на рахунках;

- безпідставне внесення посадовими (службовими) особами контролюючого органу даних про наявність податкового боргу платника податків або несвоєчасне внесення чи невнесення даних про відсутність податкового боргу платника податків.

Отже, усі протиправні рішення, дії або бездіяльність контролюючих органів і їх посадових (службових) осіб, учинення яких є підставою для відшкодування шкоди відповідно до закону, є податковими правопорушеннями податківців.

Про відшкодування шкоди зазначено у Цивільному кодексі України. Так, за змістом ст. 1173, 1174 Цивільного кодексу шкоду, завдану фізичній або юридичній особі незаконними рішеннями, дією чи бездіяльністю органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування чи посадовою особою відповідного органу під час здійснення ними своїх повноважень, відшкодовує держава, Автономна Республіка Крим або орган місцевого самоврядування незалежно від вини цих органів чи посадової особи.

Ст. 1173 та 1174 Цивільного кодексу є спеціальними та передбачають певні особливості, характерні для розгляду справ про деліктну відповідальність органів державної влади та посадових осіб, які відмінні від загальних правил деліктної відповідальності. Так, зокрема, цими правовими нормами передбачено, що для застосування відповідальності посадових осіб та органів державної влади наявність їх вини не є обов'язковою. І ця умова збігається з умовою, передбаченою положеннями Податкового кодексу. Утім, ці норми не заперечують обов'язкової наявності інших елементів складу цивільного правопорушення, які є обов'язковими для доказування у спрах про стягнення збитків.

Наведене означає, що відповідно до норм Цивільного кодексу необхідною підставою для притягнення органу державної влади до відповідальності у вигляді стягнення шкоди є наявність трьох умов: неправомірних дій цього органу, наявності шкоди та причинного зв'язку між неправомірними діями й заподіяною шкодою. Крім того, потрібно підтвердити факт порушення права та/або інтересів особи. Довести наявність цих умов має позивач, який звернувся з позовом до суду про стягнення шкоди на підставі ст. 1173, 1174 Цивільного кодексу України.

Отже, можемо дійти висновку, що податковими правопорушеннями контролюючих органів є їхні рішення, дії або бездіяльність, які:

- є неправомірними;
- завдають шкоду особі,
- порушують права та/або інтереси особи;

– характеризуються наявністю причинного зв'язку між шкодою та неправомірними діями.

За умови доведення наявності вказаних вище обставин рішення, дії або бездіяльність контролюючих органів будуть податковими правопорушеннями, а шкода, заподіяна такими правопорушеннями, підлягатиме відшкодуванню з бюджету в повному обсязі в судовому порядку.

Висновки

За сучасних умов трансформації Конституція України повинна не тільки виражати ідеї поділу влади як фундаментального принципу демократичної організації держави, а й стати на захист основних прав людини та бути безумовним символом єдності Українського народу на шляху утвердження статусу держави як процвітаючої й успішної держави у світі. Захист прав і законних інтересів платників податків як важлива складова частина захисту прав людини має стати пріоритетом у діяльності держави.

Під захистом прав платників податків слід розуміти, з одного боку, систему юридичних і організаційних гарантій дотримання встановлених національним правом прав і законних інтересів платників, функціонування яких покликано забезпечити співмірність обмеження прав конкретного платника та інтересів всього суспільства чи елемент юридичної податкової конфліктності. З іншого – конкретні дії учасників податкових відносин, у т. ч. конфліктних, їх представників, спрямовані на забезпечення власних інтересів у процесі розгляду податкових спорів.

Аналіз податкового законодавства та практика його застосування показує, що останнім часом у сфері захисту прав платників податків відбулися значні зміни. Насамперед вони зумовлені прийняттям Податкового кодексу України, який на законодавчому рівні закріпив систему органів, що здійснюють захист прав платників податків.

За умов формування нової моделі економічного розвитку Україна поступово йде шляхом реформування як податкової системи держави загалом, так і правових механізмів конкретних податків і зборів, адже провідну роль у формуванні доходів бюджетної системи України виконують податкові платежі.

Досліджуючи судову форму захисту порушених прав платників податків, ми встановили, що на рівні кодифікованого акта – Податкового кодексу, прямо визначено, що платники можуть отримати відшкодування не лише шкоди, заподіяної

неправомірними діями посадових осіб податкових органів, а й шкоди, заподіяної неправомірними діями самих податкових органів. Відшкодування шкоди здійснюють за кошти держави та без доведення вини податківців.

Для отримання відшкодування шкоди у повному обсязі платникам потрібно довести протиправність дій податківців, факт порушення прав, наявність шкоди та причинний зв'язок між шкодою і протиправними діями податківців.

У визначених Податковим кодексом випадках платники за власним бажанням можуть отримати відшкодування шкоди не в повному обсязі, а в розмірі однієї мінімальної заробітної плати. У такому разі достатньо буде лише самого факту протиправності рішень чи дій (бездіяльності) податківців.

Список використаних джерел:

1. Марущак А.В., Олексій У.О. Науково-нормативні підходи до визначення податкової політики. *Юридичний вісник*. 2021. № 1. С. 101–108.
2. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text (дата звернення 15.04.2021).
3. Кармаліта М.В. Приватний і публічний інтерес у системі податкових правовідносин : монографія. Хмельницький : ФОП Мельник А.А., 2019. 328 с.
4. Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#top> (дата звернення 15.04.2021).
5. Шемшученко Ю.С. Конституційний процес у незалежній Україні (до 20-річчя Конституції України. Конституційний полілог. 20 років Конституції України: суспільство і влада в конституційному процесі. *Збірка тез міжнародної науково-практичної конференції*. Київ : ВАІТЕ, 2016. 400 с.
6. Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол. : В.Я. Тацій, О.В. Петришин, Ю.Г. Барабаш та ін. ; Нац. акад. прав. наук України. Харків : Право, 2011. 1128 с.
7. Словарь иностранных слов / отв. ред. В.В. Бурцева, Н.М. Семенова. Москва, 2007. 819 с.
8. Велика українська юридична енциклопедія : у 20 т. Т. 3 : Загальна теорія права. Харків : Право, 2017. 952 с.

9. Дудина Н.В. Механізм захисту прав плательщика. *Налого і налогообложение*. 2005. № 6.
10. Козлов Н.А. Средства и способы защиты прав налогоплательщика при осуществлении налогового контроля. *Вестник Воронежского государственного университета. Серия : Право*. 2015. № 3 (22). С. 175–187.
11. Національна стратегія у сфері прав людини. Указ Президента України від 24 березня 2021 р. № 119/2021.
12. Про Антимонопольний комітет України. Закон України від 26 листопада 1993 р. № 3659-XII. (дата звернення 16.04.2021).
13. Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI. Дата звернення 17.04.2021.
14. Иванов Ю.Б., Крисоватий А.І., Десятнюк О.М. Податкова система. Київ : Атіка, 2006. 920 с.
15. Кучеров И.И. Налоговое право: курс лекций. Москва : АО «Центр ЮрИнфоР», 2006. 448 с.
16. Кучерявенко Н.П. Налоговое право Украины : учебное пособие. Симферополь : ООО «Фирма «Салта» ЛТД», 2012. 476 с.
17. Воронова Л.К. Финансовое право : учебное пособие. Харьков : Легас, 2003. 360 с.
18. Пепеляев С.Г. Налоговое право : учебник. Москва : Юристь, 2003. 591 с.
19. Кучерявенко Н.П. Курс налогового права : в 2 т. Т. 1: Общая часть / под ред. Д.М. Щекина. Москва : Статут, 2009. 863 с.
20. Финансовое право : учебное пособие / отв. ред. И.В. Рукавишникова. Москва : Норма, 2007. 510 с.
21. Стратегія сталого розвитку «Україна – 2020» : Указ Президента України від 12 січня 2015 р. № 5/2015.
22. URL: <http://reformsguide.org.ua/ua/analytics/tax-reform-2/> (дата звернення: 20.04.2021).
23. Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо проведення податкової реформи та підвищення інвестиційної привабливості України. Проект Закону № 6201. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61355 (дата звернення: 20.04.2021).
24. Латковська Т.А. Проблеми реформування податкової системи України. *Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»*. Т. XXII. 2018. С. 62–71.
25. Єфімов С. Як податкові органи відповідатимуть за шкоду. URL: https://bz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/BZ012454 (дата звернення: 20.04.2021).

Левченко А. В.,
аспірантка кафедри конституційного,
адміністративного та кримінального права
Київського національного економічного університету
імені Вадима Гетьмана,
м. Київ

СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ПРАВА НА ТАЄМНИЦЮ ЛИСТУВАННЯ, ТЕЛЕФОННИХ РОЗМОВ, ТЕЛЕГРАФНОЇ ТА ІНШОЇ КОРЕСПОНДЕНЦІЇ ЯК ПРАВО ПЕРШОГО ПОКОЛІННЯ

Анотація. У статті розглянуто питання становлення, розвитку та сучасного стану одного з прав першого покоління – права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. Зазначається, що стрімкий розвиток інформаційних технологій та поява нових видів кореспонденції зумовлюють необхідність дослідження того, як сучасні умови життєдіяльності людини впливають на одне з найдавніших прав людини. Сформувавшись ще за часів існування античних держав у формі неписаного права як похідне від права на повагу і недоторканність приватного і сімейного життя, сьогодні це право дійсно реалізується в абсолютно нових умовах, зумовлених розвитком інформаційних технологій. Автором досліджено шлях становлення і розвитку права на таємницю кореспонденції. З'ясовано, що на сучасному етапі реалізації цього права виникає чимало проблем. На практиці виникають ситуації, коли задеклароване на конституційному рівні право на таємницю кореспонденції порушується з боку інших осіб або держави, тому автором запропоновано можливі шляхи вирішення зазначених проблем, які дадуть змогу створити ефективну систему забезпечення права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції.

Вступ

Загальна декларація прав людини проголошує у статті 2: «Кожна людина повинна мати всі права і всі свободи, проголошені цією Декларацією, незалежно від раси, кольору

шкіри, статі, мови, релігії, політичних або інших переконань, національного чи соціального походження, майнового, станового або іншого становища». Очевидно, що дотримання прав і свобод людини є пріоритетним завданням кожної демократичної держави. Безумовно, у сучасному цивілізованому світі людина є найвищою соціальною цінністю, а основним завданням держави стає закріплення в законах прав і свобод та забезпечення їх реалізації [1, с. 190].

Основні права і свободи людини забезпечують різні сфери її життєдіяльності: особисту, соціальну, економічну, політичну, культурну. Відповідно до цього, їх класифікують за групами, до кожної з яких відносять певний перелік таких прав і свобод. Але варто зауважити, що права і свободи людини не лише відносяться до різних сфер її життєдіяльності, вони також розрізняються за часом свого виникнення, у хронологічному порядку [2, с. 48].

Так, унаслідок особливостей історичного розвитку прав людини різні категорії прав виникали не одночасно, а з'являлися послідовно. Спочатку сформувалося перше покоління – покоління природних прав людини, потім друге покоління – покоління гарантій у певних сферах життєдіяльності, зокрема у соціальній, економічній та культурних сферах. Під час розвитку і збагачення двох перших поколінь виникло третє – покоління колективних прав, до яких відносять права національних меншин, іноземних громадян, жінок, дітей, інвалідів [3, с. 58]. У XXI ст. науковці говорять про становлення четвертого покоління прав людини, яке виникає внаслідок наукових відкриттів у галузі мікробіології, медицини, генетики [4, с. 164], а також розбудови інформаційного суспільства, що нерозривно пов'язано із забезпеченням інформаційних прав людини [5, с. 55].

Уважається, що права першого покоління – це основа інституту прав людини, до яких відносять невідчужувані особисті і політичні права [2, с. 48], серед яких і гарантоване Конституцією України право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. Сьогодні інтенсивний та динамічний розвиток інформаційних та телекомунікаційних технологій, активне впровадження їх у життєдіяльність суспільства [5, с. 55] та поява і розвиток нових видів кореспонденції зумовлюють необхідність дослідження того, як це все впливає на забезпечення і дотримання права на

таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції як права першого покоління. Тож потрібно дослідити з теоретико-правових та історико-правових позицій процес становлення і розвитку права на таємницю кореспонденції, причин, які зумовили його виникнення, історичний шлях від моменту становлення до сьогодні, а також сучасний стан забезпечення і реалізації цього права. Таким чином, на прикладі досліджуваного права можливо відстежити, як зміна поколінь людей та умов їхньої життєдіяльності впливає на розвиток прав людини першого покоління. Це зумовлює актуальність дослідження та його мету – простежити особливості розвитку та проаналізувати сучасний стан забезпечення і реалізації цього права та спрогнозувати можливі шляхи вирішення проблемних питань у цій сфері.

1. Історія виникнення та загальна характеристика прав людини першого покоління

У юридичній літературі традиційно використовують класифікацію прав людини за поколіннями, запроповану наприкінці 70-х років ХХ ст. чеським ученим Карелом Васаком. Він прагнув пов'язати три покоління прав людини з трьома гаслами Французької буржуазної революції – свободою, рівністю й братерством. Згодом акценти змістилися у бік суто хронологічного критерію класифікації – часу визнання та забезпечення відповідних категорій прав людини. За такого підходу виділення різних поколінь прав людини набуло переважно історичного значення, а кількість таких поколінь із часом збільшується [6, с. 4]. Дійсно, нові наукові відкриття стали поштовхом до зародження четвертого покоління прав людини, до переліку яких відносять права на зміну статі, трансплантацію органів, штучне запліднення, евтаназію, на доступ до Інтернету, незалежне від державного втручання життя за релігійними та моральними поглядами [2, с. 49].

Першим поколінням прав людини традиційно визнаються особисті (громадянські) та політичні права, поява яких зумовлена процесом виникнення буржуазних революцій у Європі та боротьбою за незалежність у Сполучених Штатах Америки [3, с. 58]. Першими актами конституціоналізму, що закріпили права людини, стали Петиція про права (1628 р., Англія), HabeasCorpusAct (1679 р., США) та Біль про права (1689 р.,

Англія). До законодавчих актів, у яких були закріплені права першого покоління, також належать американські декларації, серед яких – Декларація прав Вірджинії (1776 р.), Декларація незалежності Сполучених Штатів Америки (1776 р.), Конституція Сполучених Штатів Америки (1787 р.), Білль про права (1791 р.), а також французька Декларація прав людини і громадянина (1789 р.). Деякі науковці відносять до першого покоління прав людини і Велику хартію вольностей (1215 р.) та Литовські статuti (1529, 1566 та 1588 рр.). Останні, зокрема, стали юридичними пам'ятками литовського, білоруського та українського народів. У них було проголошено ідеї рівності вільних людей перед законом, особистої недоторканності, юридичного захисту прав вільної особи, особистої відповідальності перед законом. Однак середньовічне законодавство будувалося відповідно до феодално-ієрархічної, станової структури суспільства, коли юридична рівність громадян фактично була відсутня. А тому природно, що відлік першого покоління прав людини варто вести з періоду встановлення юридичної рівності всіх людей, коли зруйнувалися станові рамки середньовічного суспільства. На цей період припадає утвердження і розвиток буржуазного суспільства з його законодавчими актами. Лише тоді рівноправність людей почала втілюватися у реальну дійсність, набувши конституційного та іншого законодавчого оформлення [4, с. 162–163].

Зазначається, що відповідно до вищезазначених законодавчих актів, до прав людини першого покоління відносять право на життя, свободу та безпеку особи, право громадянина на свободу думки, совісті та релігії, право на участь у здійсненні державних справ, на рівність перед законом, право на гласний розгляд справи незалежним і неупередженим судом, право на свободу слова, друку.

Уважається, що перелічені права першого покоління є невідчужуваними від людини та виражають незалежність особистості від державної влади. Певна річ, держава зобов'язана утримуватися від втручання у такі права людини шляхом їх надмірного обмеження чи взагалі порушення. Ці права є непорушними і не можуть бути скасовані.

При цьому держава хоча і зобов'язана не втручатися у ці права, проте все ж пов'язана з ними, оскільки, відповідно до конституційних приписів, права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст діяльності держави, а утвердження і

забезпечення прав і свобод є головним обов'язком держави. За допомогою окремих механізмів права держава забезпечує кожній особі рівні можливості в користуванні суб'єктивними правами.

Зрештою, права людини першого покоління – це права, які захищають свободу людини від необґрунтованого втручання держави. Водночас свобода людини обмежується правовими рамками, які встановлює держава з метою регулювання меж реалізації прав людини та виконання функції розв'язання спорів [3, с. 58].

Разом із тим права людини першого покоління не обмежуються лише негативними правами, які передбачають обов'язок держави утримуватися від втручання у сфери життєдіяльності людини, врегульовані цими правами. Зміст і взаємозв'язок цих прав удаю відображає класифікація, запропонована німецьким юристом і державознавцем Георгом Еллінеком, який виділяв три статуси особи: *statusnegativus*, *statuspositivus*, *statusactivus*, які визначають становище людини в державі і суспільстві залежно від того, як держава забезпечує реалізацію та захист цих прав. Так, *statusnegatives* формують саме негативні права, якими передбачається недоторканність у сфері індивідуальної свободи, втручатися в яку не можуть ні приватні особи, ні органи державної влади. Негативні права вимагають від держави і приватних осіб утримуватися від дій, що перешкоджають людині реалізовувати свої права і свободи.

Statusnegatives як вимога права на свободу, своєю чергою, породжує і намагання її захисту з боку держави, що, власне, і зумовлює та виправдовує існування держави. У результаті утворюється *statuspositives*, який включає право на судовий та адміністративний захист у разі порушення *statusnegatives* із боку приватних осіб або держави. Такий статус передбачає активні (позитивні) дії з боку держави в особі її органів та їхніх посадових осіб.

Нарешті, *statusactivus* формує активного громадянина, який домагається права на участь у здійсненні державної влади шляхом участі у формуванні державних органів, у прийнятті державних рішень, у здійсненні публічно-владних повноважень та можливості впливати на владу. Цей статус проявляється через реалізацію людиною таких прав, як право обирати і бути обраним, право на участь у референдумі, право на доступ до державної служби, право на петиції [6, с. 4–5].

Безумовно, правам людини першого покоління притаманний дозаконодавчий і позазаконодавчий характер. Ці права є природними, вони не створюються державою, а лише офіційно нею визнаються, конкретизуються й захищаються [6, с. 4].

Так, право на життя, на повагу до гідності людини, на свободу й особисту недоторканність закріплені в Конституції України як найвищі соціальні цінності, що належать людині. Вони є первинними та займають центральне місце в Основному Законі України, у державі та суспільстві. Зазначені права обов'язково повинні бути закріплені нормативно, оскільки лише за наявності закріплення цих прав у відповідних правових нормах можна говорити про юридичну підставу встановлення кореспондуючого обов'язку не порушувати ці права. Інакше, якщо такі права визнаватимуть тільки як природні, без їх подальшої юридичної об'єктивації, вони будуть лише черговими декларативними правами, які внаслідок відсутності гарантій їх реалізації та охорони не зможуть бути повною мірою забезпечені силою державного примусу [3, с. 58–59].

2. Становлення і розвиток права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції як права першого покоління

Безперечно, визнання державою прав людини шляхом закріплення їх у національних конституціях та інших законодавчих актах розглядається лише як перший крок до їх утвердження і реалізації. Обсяг прав людини, закріплений у міжнародних документах про права людини, виконує роль взірця, до якого повинні прагнути всі народи й держави. Одним із таких документів є Загальна декларація прав людини 1948 р., яку вважають підсумковим документом, що об'єднав права людини різних поколінь [7, с. 234–235].

Перше покоління громадянських і політичних прав гарантується статтями 2–21 цієї Декларації, а об'єднує їх ідея свободи індивіда, одного чи разом з іншими, від зловживань державної влади. Відповідно до статті 12 зазначеного документа, ніхто не може зазнавати безпідставного втручання у його особисте і сімейне життя, безпідставного посягання на недоторканність його житла, таємницю його кореспонденції або на його честь і репутацію.

Згодом права людини першого покоління отримали належне закріплення в Міжнародному пакті про громадянські та політичні права 1966 р., згідно зі статтею 17 якого ніхто не повинен зазнавати свавільного чи незаконного втручання в його особисте і сімейне життя, свавільних чи незаконних посягань на недоторканність його житла або таємницю його кореспонденції чи незаконних посягань на його честь і репутацію.

До того ж стаття 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. гарантує, що кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції.

Тому очевидно, що серед інших основних прав людини першого покоління виділяють право на недоторканність особистого (приватного) і сімейного життя людини, похідним від якого є право на таємницю кореспонденції.

Будучи одним з основоположних та невід'ємних прав людини, це право гарантує її свободу й особисту недоторканність, а його забезпечення набуває особливого значення [8, с. 102].

Закріплене в статті 31 Конституції України право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції дійсно є одним з основоположних прав людини. Разом із тим варто зазначити, що більшу частину історії становлення цього права займає період формування його основного складника – права на таємницю кореспонденції, яке протягом тривалого часу існувало у формі неписаного права.

Звичайно, дотримання таємниці кореспонденції визнавалося обов'язковим у різних країнах світу ще з давніх часів. Наприклад, у Стародавньому Римі приватні листи було заборонено розкривати навіть за умов, що ознайомлення з ними під час судового процесу могло б принести користь правосуддю. Тобто збереження змісту поштових повідомлень у таємниці мало перевагу перед іншими інтересами античного суспільства. Не менш яскравим прикладом збереження таємниці кореспонденції є середньовічне Перу, де в період існування цивілізації інків працівників пошти зобов'язували неухильно дотримуватися правил збереження таємниці повідомлень, які через них пересилалися. Із наведених прикладів випливає, що недоторканність таємниці кореспонденції займала вагоме місце серед загальнолюдських цінностей різних народів вже з античних часів [9, с. 125].

Окрім того, зазначається, що пошта в Давньому Римі виникла і працювала як мережа приватних підприємств, які створювалися представниками підприємницького стану «вершників» (іншими словами, «еквітів» – верстви суспільства, яка в III ст. до н. е. спеціалізувалася переважно на грошових та торговельних операціях). Така пошта працювала на довірі клієнтів і повинна була цю довіру підтримувати. Із цього можна сформулювати перший фактор, який вплинув на формування таємниці кореспонденції та обов'язку щодо її збереження – комерційний. Він полягав у тому, що дотримання таємниці листування позначалося на формуванні ділової репутації еквітів у цій сфері, а отже, сприяло залученню нових клієнтів, утриманню користувачів їх послугами і, відповідно, отриманню більшого прибутку [9, с. 126].

Однак у наукових джерелах описується поява у XVII ст. такого негативного явища, як перлюстрація, – таємне розпечатування та перегляд певними органами приватних листів. Її поширення у європейських державах упродовж XVII–XIX ст. спрямувало розвиток права на таємницю кореспонденції у двох напрямках: перший – офіційний, за якого правителі тих часів відкрито проголошували (а згодом і нормативно закріплювали) непорушність таємниці листування, а другий – фактичний, за якого таємно від широкого загалу це правило порушувалося за наказом тих самих правителів, для чого були створені так звані «чорні кабінети» (органи, що займалися перлюстрацією та дешифруванням кореспонденції, і приміщення, які слугували для цих цілей, зазвичай таємні кімнати у поштових відділеннях).

Зокрема, у Франції починаючи з 1628 р. у запроваджених кардиналом Ришельє «чорних кабінетах» спеціальні чиновники читали чужі листи, беручи на замітку все, що могло становити інтерес для короля та кардинала. Проте така діяльність трималася урядом у таємниці, щоб не підірвати довіру до офіційної пошти. Зв'язок дотримання таємниці листування (принаймні нерозголошення фактів її порушення з боку держави) з питанням довіри підтверджується зверненнями («наказами») французьких дворян до уряду Франції у 1789 р. Так, французький історик та політичний діяч XIX ст. Алексіс де Токвіль відзначив: «Особливо усі накази одноставно наполягають на необхідності суворо додержуватися таємниці листування з тим, щоб листи не могли слугувати документом у

суді або засобом обвинувачення. Розкриття листів прямо називається огидним шпигунством, оскільки воно містить у собі порушення суспільної довіри». Однак у даному разі йшлося про довіру не стільки до пошти, скільки до уряду та держави загалом. Своєю чергою, ураховуючи згадувані «накази», дворянство мало й інші інтереси в тому, щоб захистити власну кореспонденцію від чужих утручань. Імовірно, вони могли полагати у тому, щоб уникнути відповідальності за скоєні злочини або запобігти обвинуваченню в державній зраді через сумнівні та невдалі висловлювання. Окрім того, логічним виглядає і прагнення дворян до визнання та підкреслення їх особливого статусу порівняно з рештою населення Франції, набуття певних привілеїв тощо.

Із викладеного яскраво простежується описана вище подвійність, яка мала своїм проявом неоднакове ставлення держави до питання таємниці листування. З одного боку, за державною вказівкою приватні листи таємно розкривалися і прочитувалися з метою отримання повної інформації про події та настрої у країні. З іншого боку, правляча верхівка держави розуміла, що така діяльність не повинна розголошуватися з огляду на загальне призначення інституту таємниці листування та її значення для населення, а тому необхідним кроком було запевнення підданих у тому, що їхні права та інтереси охороняються державою та жодним чином не порушуються. Причому причини обох підходів певною мірою збігалися: це державні інтереси з попередження зневіри населення в державі та заколотів, а також залучення на бік короля певних впливових та заможних осіб.

Подвійне відношення правителів до таємниці листування було характерним і для Російської імперії. Так, у XVIII ст. Катерина II поширила секретними указами «чорні кабінети» по всій російській пошті, наказавши таємно розкривати кореспонденцію на поштамті та особисто їй доставляти. Водночас імператриця публічно поширювала уявлення про дворянську честь і право на особисте життя та вперше за історію існування Російської імперії проголосила таємницю поштової кореспонденції. У такий спосіб імператриця прагнула, з одного боку, заохотити дворянство шляхом публічного визнання особливостей їхнього правового і соціального статусу і надання їм відповідних гарантій та привілеїв, з іншого – простежити за

тим, щоб у країні не відбувалися будь-які негативні події, серед яких – змови дворян, їхні спроби вчинити переворот та скинути правителя з престолу, та попередити їх шляхом оперативного регулювання [9, с. 127].

Викладені обставини свідчать, з одного боку, про те, що здебільшого формування таємниці листування зумовлювалося необхідністю забезпечення державних інтересів та збереження державних таємниць, захисту репутації та інтересів заможних громадян і панівних верств населення. Це слугувало ще одним та більшою мірою основним чинником, який вплинув на утвердження права на таємницю кореспонденції [9, с. 126–127]. Водночас із розглянутих прикладів можемо сформулювати інший фактор – забезпечення інтересів держави. Проголошення таємниці листування було необхідним у тому числі для:

- формування та зміцнення у свідомості населення довіри до пошти. Подібні обставини сприяли отриманню державою необхідних відомостей, якими громадяни продовжували таємно ділитися один з одним;

- заспокоєння дворян та решти населення тим, що держава захищає їхні інтереси з приводу невтручання інших осіб у їхнє особисте життя, справи, документи, визнає особливий соціальний статус дворян тощо. Це, своєю чергою, слугувало однією з умов попередження зневіри в державі та пошті, а отже, давало змогу зменшити пригніченість серед населення та не допустити тим самим повстання людей проти влади, перевороти, принаймні з цих причин [9, с. 128].

Згодом у 1826 р. в Російській імперії за ініціативи імператора Миколи I було прийнято рішення про видання «Зведення законів Російської імперії». Уважається, що основним джерелом права на приватне життя, на конфіденційну інформацію, листування та телеграфну розсилку був Том 15 цього Зведення [10, с. 243].

Цікавим фактом було поширення на західноукраїнських землях, які в другій половині XVIII ст. потрапили під владу Австрійської монархії, Кримінального кодексу Австрії, який у 1852 р. був викладений у новій редакції. Розділ 37 зазначеного нормативного акту містив положення про порушення приватної таємниці. Так, статтю 253 було передбачено відповідальність за незаконні відкриття чужого листа, телеграфного чи телефонного повідомлення, приєднання до каналу зв'язку, що служить для

передачі повідомлень, а також розголошення набутої у такий спосіб інформації [10, с. 244].

Забезпечення права на таємницю кореспонденції в Україні розпочалося ще на початку ХХ ст. Конституція Української Народної Республіки на конституційному рівні закріпила право людини на таємницю кореспонденції шляхом «установлення листової тайни» у статті 16. Окрім того, передбачалося, що «органам державної влади не вільно відкривати листи без судового наказу не інакше, як у випадках, законом означених». Із приходом до влади більшовиків ця Конституція втратила чинність. При цьому з метою централізації діяльності пошти, а також у цілях боротьби з бойкотом із боку телеграфних і поштових службовців колишнього режиму 16 квітня 1918 р. був виданий «Декрет про організацію управління поштово-телеграфною справою», який забороняв усім радянським органам влади втручатися в діяльність пошти.

Зазначається, що заборона втручання в таємницю кореспонденції діяла недовго. У жовтні 1918 р. Наркомпоштель видав Циркуляр, яким підтвердив уже безумовне право органів Всеросійської надзвичайної комісії з боротьби з контрреволюцією і саботажем (далі – ВЧК) затримувати кореспонденцію. А у грудні 1918 р. було затверджено положення «Про військову цензуру», яким вводився перегляд міжнародної та внутрішньої поштово-телеграфної кореспонденції і контроль над переговорами по міжміському телефону.

Із 1922 р. перлюстрацію кореспонденції став здійснювати Відділ політконтроля Секретно-оперативного управління Державного політичного управління (ГПУ), а також його місцеві підвідділи, відділення та пункти. Звичайно, у період із 1922 по 1937 р. перлюстрація кореспонденції на конституційному рівні не заборонялася, оскільки Конституції УРСР в редакціях 1919 та 1929 рр. не містили положень, які закріплювали право на таємницю кореспонденції. Лише Конституція УРСР в редакції 1937 р. закріпила право людини на таємницю кореспонденції [11, с. 236].

Пізніше у зв'язку з ратифікацією у 1977 р. Міжнародного пакту про громадянські та політичні права була прийнята нова Конституція УРСР. Вона стала першою й єдиною за весь радянсько-український період Конституцією, що вміщувала в окремому розділі стандартний для розвинених європейських країн комплекс громадських, політичних, економічних,

соціальних і культурних прав. Зокрема, статтями 52–54 громадянам були гарантовані недоторканність особи, житла, а також охорона законом особистого життя, таємниці листування, телефонних розмов і телеграфних повідомлень. У статті 55 цієї Конституції було наголошено, що повага до особистості, охорона прав і свобод громадян – це обов'язок усіх державних органів, громадських організацій і посадових осіб [10, с. 245].

Згодом положення чинної в Україні Конституції 1996 р. значно розширили норми щодо забезпечення права особи на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції порівняно з аналогічними положеннями Конституції УРСР 1937 та 1978 рр.

Безумовно, завдяки науковим дослідженням українських учених у період «сталого» (1996–2004 рр.) та «міжмайданного» (2004–2014 рр.) конституціоналізму законодавцями також було вдосконалено юридичний механізм реалізації гарантій таємниці кореспонденції через притягнення винних у порушенні цієї таємниці осіб до кримінальної відповідальності. Також удосконалено юридичний механізм «законного обмеження» таємниці кореспонденції в процесі кримінального провадження державними правоохоронними органами. Окрім того, не менш важливим кроком українських законотворців стало закріплення права на таємницю кореспонденції у цивільному законодавстві як одного з видів особистих немайнових прав людини [12, с. 64–65].

3. Сучасний стан та проблеми забезпечення права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції

Як уже зазначалося, права першого покоління, тобто громадянські та політичні права, були проголошені першими буржуазними революціями у Сполучених Штатах Америки та Європі і закріплені відповідними деклараціями, але у цих документах ще не йшлося про права і свободи людини в інформаційній сфері.

Відповідно до чинного законодавства, до громадянських (особистих) прав і свобод людини відносять: право на життя, право на повагу честі і гідності людини, право на свободу й особисту недоторканність, недоторканність приватного життя, житла, свободу пересування і вибору місця проживання, свободу вираження поглядів, свободу інформації, таємницю листування

тощо. Більшість із перерахованих прав має своїм основним об'єктом інформацію [13, с. 119].

Зрозуміло, що Конституція України закріплює основний зміст прав і свобод в інформаційній сфері, але їх конкретизація відображається й у низці інших нормативно-правових актів [13, с. 118].

Чинний Цивільний кодекс України містить цілий комплекс можливостей особи інформаційного характеру, які певною мірою можна називати інформаційними правами. Будучи відносно новими, переважна їх частина виокремилася з «класичних» прав (права на життя, свободу, повагу до честі та гідності, особисту недоторканність, працю, освіту тощо) під впливом тенденцій становлення інформаційного суспільства. Деякими науковцями висловлюється думка щодо неоднозначності приналежності права у інформаційній сфері до якогось конкретного покоління прав людини.

До того ж науковці у сфері цивільного права зазначають, що безпосередньо закріплені «інформаційні права першого покоління» визначають невідчужувані так звані «негативні свободи», які виражаються в недоторканності особи та можуть бути обмежені виключно на законних підставах в інтересах національної безпеки, суспільного порядку і добробуту, прав людини. До таких прав відносять і право на таємницю кореспонденції, закріплене у статті 306 Цивільного кодексу України [14, с. 106].

Конституційними нормами України гарантується, що кожен, хто знаходиться на території України або під її юрисдикцією, має конституційне право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. Проте для України і надалі залишається невирішеною проблема забезпечення цього права, особливо в сучасному інформаційному середовищі.

Варто зазначити, що дія Закону України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» не поширюється на соціальні мережі, приватні електронні інформаційні ресурси в мережі Інтернет, якщо такі інформаційні ресурси не містять інформацію, необхідність захисту якої встановлена законом, відносини та послуги, пов'язані з функціонуванням таких мереж та ресурсів. А тому кореспонденція приватних осіб, яка поширюється в такому кіберпросторі, фактично залишається поза захистом.

Суперечливість дії норм вищевказаного закону полягає й у тому, що об'єктами кібербезпеки є конституційні права і свободи людини і громадянина, в тому числі конституційне право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. Очевидно, що кожна особа, яка фізично перебуває на території України, спілкуючись в кіберпросторі через передачу або прийом її кореспонденції, у разі виникнення кіберзагроз потребує захисту з боку Української держави виходячи з наданих їй статтею 31 вітчизняної Конституції гарантій. У результаті виникає проблема реального, а не декларативного, забезпечення конституційного права особи на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, притому, що, власне, на людину з боку держави не покладається жодного обов'язку вжити всіх можливих заходів щодо забезпечення інформаційної безпеки кореспонденції, що передається [15, с. 26–27].

Безумовно, сьогодні в правовому регулюванні механізму захисту права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції дійсно вбачається багато прогалин. На практиці трапляються непоодинокі випадки відхилення від норм забезпечення права на таємницю кореспонденції, а отже, це право систематично зазнає втручань чи обмежень [8, с. 102].

Так, наприклад, аналіз норм чинних нормативно-правових актів у сфері контролю над дотриманням операторами поштового зв'язку законодавства, зокрема щодо забезпечення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, показує, що повноваження державних органів у цій сфері є суто декларативними, адже конкретний механізм їх реалізації законодавчо не визначений.

Відповідно до Закону України «Про телекомунікації», органом державного регулювання у сфері телекомунікацій є Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації, яка здійснює державний нагляд за ринком телекомунікацій шляхом проведення планових і позапланових перевірок, інших заходів, визначених законодавством, спрямованих на запобігання порушенням законодавства суб'єктами ринку телекомунікацій, виявлення й усунення таких. Інформація про проведені перевірки та їхні результати оприлюднюється. Проте ця інформація не містить конкретних відомостей щодо порушень саме у сфері забезпечення права на

таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. Таким чином, ситуація у сфері контролю над дотриманням прав людини у сфері телекомунікацій виглядає дещо кращою, ніж у сфері кореспонденції в кіберпросторі, проте відсутність офіційної інформації про наявні правопорушення ще не вказує на відсутність таких порушень [16, с. 66].

Окремою проблемою постає надання інформації щодо кореспонденції особи на вимогу правоохоронних органів чи суду. Одним із обов'язків оператора телекомунікацій має бути вжиття відповідно до законодавства заходів із забезпечення таємниці телефонних розмов чи іншої інформації, що передається телекомунікаційними мережами, конфіденційності інформації про споживача та послуги, які він отримав чи замовляв. Але навіть закріплення операторами такого положення в договорах не забезпечує від можливості неправомірного втручання в право користувачів на таємницю телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції.

У національній судовій практиці відомі випадки, коли оператор мобільного зв'язку зобов'язаний надати інформацію, яка порушує таємницю кореспонденції особи, наприклад записи та роздруківки телефонних розмов між абонентами, на виконання припису суду. Суд, своєю чергою, постановляє ухвалу про забезпечення доказів шляхом витребування інформації в оператора мобільного зв'язку відповідно до норм Цивільного процесуального кодексу України.

При цьому, надаючи інформацію на запит суду, оператор може порушити норми Конституції України, а відмовляючись від надання цієї інформації, – положення іншого законодавства. Оскільки Конституція України має вищу юридичну силу, то здається логічним у такому разі передусім дотримуватися норм саме Конституції. Але на практиці все зазвичай відбувається навпаки.

До того ж існує проблема відсутності дієвого судового контролю над здійсненням втручання в право особи на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. Адже сьгодні функція слідчого судді зводиться лише до розгляду клопотання про надання дозволу на втручання в це право та прийнятті рішення про його задоволення чи відмову у задоволенні. Однак втручання правоохоронних органів у права окремих осіб повинно перебувати під ефективним контролем, який, звичайно, має забезпечуватися судовою системою, у всякому разі як останньою інстанцією [17, с. 122–123].

Варто також зауважити, що для деяких суб'єктів право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції зазнає певних трансформацій, які пов'язані з їхнім статусом. Якщо для одних, як, наприклад, для осіб, засуджених до позбавлення волі, прямо встановлено обмеження цього права, то інші, як-то представники влади, користуються вищим імунітетом від незаконного чи свавільного втручання в таємницю їхньої кореспонденції [8, с. 102].

Окрім того, науковці визначають й інші причини та передумови появи проблем у сфері гарантування недоторканності права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. Серед них – відсутність легальних визначень понять «листування», «телефонні розмови», «телеграфна кореспонденція», які у сукупності утворюють загальне поняття «кореспонденція»; відсутність дієвого прокурорського нагляду і судового контролю над накладенням арешту на кореспонденцію та зняттям інформації з транспортних телекомунікаційних та електронних інформаційних систем; відсутність у національному законодавстві норм правового регулювання електронної кореспонденції в мережі Інтернет [16, с. 66–67]; недосконалість інституту юридичної відповідальності держави в особі її правоохоронних органів за необґрунтоване та незаконне втручання в право на таємницю кореспонденції, а також часті зміни в системі органів, уповноважених на здійснення правомірною втручання у це право, та недоліки нормативно-правових актів, що визначають їхні повноваження, їх невідповідність Конституції України та нормам міжнародного права. Подібного роду прогалини в законодавстві та на практиці не можуть не позначитися на умовах життя людей. У такому разі ніхто не може бути застрахованим від порушень таємниці кореспонденції [18, с. 92–93].

Висновки

Таким чином, гарантоване Конституцією України право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, яке науковці відносять до прав першого покоління прав людини, пройшло тривалий шлях становлення та розвитку. Сформувавшись ще в період античності у формі неписаного права як похідне від права на повагу і недоторканність приватного і сімейного життя, сьогодні це

право реалізується в абсолютно нових умовах. Розвиток методів обміну і поширення інформації, зумовлений безпрецедентними темпами науково-технічного прогресу в галузі телекомунікаційних технологій, призвів до виникнення практично необмежених можливостей інформаційного впливу на всі сфери життя сучасної людини [14, с. 104]. При цьому ефективний механізм захисту зазначеного права фактично відсутній. На практиці часто виникають ситуації, коли задеклароване на конституційному рівні право на таємницю кореспонденції порушується як із боку інших приватних осіб, так і з боку держави [16, с. 65].

Такі проблеми є серйозною перепоною на шляху України як дійсно правової держави, в якій не лише проголошений, а й реалізується принцип пріоритету прав людини, а тому вони потребують невідкладного вирішення [16, с. 69]. Зокрема, пропонується внести зміни до чинного національного законодавства у сфері таємниці кореспонденції, у тому числі шляхом прийняття та реалізації спеціального закону про гарантії прав людини на таємницю кореспонденції, який обов'язково враховуватиме міжнародні стандарти у сфері таємниці кореспонденції. У такому законі рекомендується закріпити визначення понять «листування», «телефонні розмови», «телеграфна кореспонденція», які у сукупності утворюють загальне поняття «кореспонденція». До того ж потрібно виробити конкретні умови забезпечення таємниці кореспонденції під час експлуатації систем зв'язку загального користування. Сьогодні гостро відчувається потреба у створенні дієвих механізмів судового контролю забезпечення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. Також необхідно створити умови для набуття кожною особою засобів захисту інформації, яка становить таємницю її кореспонденції, для використання в каналах зв'язку загального користування та забезпечити контроль із боку уповноважених державних органів за якістю таких засобів. Зрештою, у сучасних умовах розвитку інформаційних технологій, що спричиняють, з одного боку, появу й удосконалення засобів електронної кореспонденції, з іншого – створюють ширші можливості для спостереження за кореспонденцією особи, особливого захисту потребує право на таємницю електронної кореспонденції, захист якого можливо забезпечити шляхом урегулювання цього питання на законодавчому рівні в

найкоротші строки, оскільки Закон України «Про електронні комунікації» від 16 грудня 2020 р. все ще не набрав чинності.

Зазначені заходи в сукупності мають дати позитивний результат у вигляді створення ефективної системи забезпечення одного з основоположних прав людини першого покоління прав людини – права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції.

Список використаних джерел:

1. Левченко А.В. Забезпечення права на таємницю кореспонденції в умовах надзвичайного стану: закордонний досвід для України. *KELM (Knowledge, Education, Law, Management)*. 2020. № 4(32). С. 189–194.

2. Данільцева В.Г. Покоління прав людини. *Юридична наука: сучасний стан та перспективи розвитку* : матеріали міжвузівської науково-практичної конференції, м. Київ, Міністерство внутрішніх справ України, Національна академія внутрішніх справ, 30 листопада 2017 р. Київ, 2017. С. 48–49.

3. Шибаніц Д.М. Сучасна проблематика теорії «поколінь прав людини» в умовах європейської міждержавної інтеграції. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2015. Вип. 31. Т. 1. С. 57–61.

4. Ковшик А.О. Покоління прав людини: поняття та загальна характеристика. URL: <http://dspace.pnpu.edu.ua/bitstream/123456789/3694/1/Kovschik.pdf>____(дата звернення: 12.04.2021).

5. Калюжний К.Р. Сутність інформаційних прав людини в науці інформаційного права. *Юридичний вісник*. 2012. № 4(25). С. 55–58.

6. Дашковська О.Р. Покоління прав людини як соціальна форма опосередкування свободи. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція»*. 2016. № 22. С. 4–7.

7. Слюсар К. Закріплення поколінь прав людини в міжнародних документах. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 12. С. 234–238.

8. Міхневич Л.В. Конституційне право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції окремих категорій осіб. *Часопис Київського університету права*. 2020. № 4. С. 102–106.

9. Токар Н.В. Історія розвитку права на таємницю кореспонденції та причини його виникнення. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція»*. 2015. № 18. Т. 1. С. 125–129.

10. Кондратенко Н.М. Особливості розвитку правовідносин у сфері захисту персональних даних: історико-джерелознавчий аспект. *Форум права*. 2013. № 2. С. 241–247.

11. Черевко М.О. Конституційне право людини на таємницю листування та телефонних розмов в Україні: ретроспективний аналіз. *Матеріали VIII наук. читань, присвяч. пам'яті акад. В.В. Копейчикова*, 22 листопада 2018 р. Київ, 2018. С. 236–238.

12. Черевко М.О. Доктринальні дослідження конституційного права людини на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції та його забезпечення в Україні. *Конституційно-правові академічні студії*. 2019. Вип. 1. С. 63–69.

13. Діордіца І. Класифікація інформаційних прав і свобод людини і громадянина. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 7. С. 116–122.

14. Тихомиров О.О. Інформаційні права людини як цивільно-правова категорія. *Юридичний вісник*. 2015. № 1(34). С. 104–109.

15. Даценко М.С. Конституційно-правові засади інформаційної безпеки у парадигмі «війни нового покоління». URL: http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/12940/Nove%20pokolinnya.pdf?sequence=1&isAllowed=y_____ (дата звернення: 16.04.2021).

16. Говорун В.В. Організаційно-правові гарантії непорушності (недоторканності) права громадян на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. *Правові новели*. 2018. № 6. С. 65–69.

17. Левченко А.В. До проблеми захисту конституційного права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. *Основні права людини: розуміння та виклики* : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 10 грудня 2019 р. Київ, 2019. С. 120–123.

18. Левченко А.В. Гарантії забезпечення конституційного права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. *Держава і право*. 2019. Вип. 86. С. 86–95.

Марущак А. В.,

orcid.org/0000-0002-4611-4906

кандидат юридичних наук, доцент,

*доцент кафедри конституційного, адміністративного та
фінансового права*

Чернівецького юридичного інституту

Національного університету «Одеська юридична академія»,

м. Чернівці

ПРАВА ЛЮДИНИ В ЕПОХУ ДІДЖИТАЛІЗАЦІЇ

Анотація. Наукове дослідження присвячене аналізу впливу діджиталізації на реалізацію прав людини і громадянина. Охарактеризовані наслідки, спричинені використанням інформаційно-комунікаційних технологій у сфері здійснення прав людини. Проаналізовано покоління прав людини, включаючи новітнє четверте покоління. Обґрунтовано зростаючу роль інноваційних технологій і їх вплив на новації у міжнародному та вітчизняному законодавствах. Відзначено, що жоден із вітчизняних політичних, соціальних чи правових інститутів не наздогнав наслідків переходу розвитку країни до епохи діджиталізації. Досліджено процес цифровізації прав людини та громадянина. Запропоновано розглядати цифрові права як форму здійснення основних прав людини, де з позиції діалектики основні права людини та цифрові права співвідносяться між собою як зміст і форма.

Проаналізовано основні та найбільш актуальні електронні способи здійснення деяких прав громадян. Вказано, що однією з основних проблем низького рівня участі громадян у електронній демократії й електронному урядуванні є соціально-демографічні характеристики. Запропоноване вирішення цієї проблеми за допомогою впровадження цифрової (електронної) інклюзії.

Вступ

Епоха діджиталізації становить певні часові рамки в історії, коли використання цифрових технологій стало поширеним і загальноживаним у всьому світі. Її початком можна вважати

період, коли суспільство опанувало Інтернет, коли були введені персональні комп'ютери та інші технології, щоб забезпечити користувачам можливість легкої та швидкої передачі інформації.

Використання інформаційних даних стало досить розповсюдженою водночас майже непомітною частиною нашого повсякденного життя. Кожна наша взаємодія з технологіями, починаючи від використання банківської картки в магазині, на онлайн-ресурсах і закінчуючи вподобанням допису на Facebook, долучає людей до майже необмеженого сховища інформації, створеного ними та про них.

Наше сьогодні – це розквіт інформаційної епохи. Історичний період ХХІ ст. характеризується швидким переходом від традиційної промисловості, оскільки промислова революція призвела до індустріалізації та становлення економіки, заснованої на інформаційних технологіях, але водночас жоден із політичних, соціальних чи правових інститутів не наздогнав наслідків цього переходу, відбувається переосмислення засобів і методів захисту прав людини, адже правозахисний рух повинен наздогнати цифрову реальність.

Епоха діджиталізації відрізняється певною залежністю від інформаційно-комунікаційних технологій. Так, нині соціальна, політична й економічна діяльність у більшості держав так чи інакше пов'язана з використанням цифрових технологій, про що свідчить багато випадків сучасних нововведень у різних сферах. До прикладу, електронний банкінг, який вже давно зайняв одну з лідируючих позицій у сфері банківських послуг по всьому світу і протягом останніх років характеризується стрімким розвитком, зокрема і в Україні [1].

Інформаційна епоха, комп'ютерна епоха – це все частини концепції, котра охоплює повсюдний характер обчислювальної техніки та плідне використання технологій майже у всіх аспектах людської діяльності таким чином, що цифрова взаємодія стає визначальною характеристикою людської діяльності

Разом із новими можливостями досягнутий рівень цифрових технологій одночасно чинить і певні перешкоди у реалізації принципу верховенства права.

1. Права людини нового покоління

Поширеність інформаційних і комунікаційних технологій у сучасному світі робить практично неможливим ведення

повсякденного життя без цих технологій. Люди використовують Інтернет, щоб задовольнити найрізноманітніші людські потреби, такі як робота, покупки, безпека, спілкування, розваги та інші особисті цілі. Інтернет-простір часто забезпечує задоволення різних інтересів населення, і тим не менш усі його дії, дані пошукових запитів, обмін інформацією записується у цифрову вічність. Серед найбільш обговорюваних ризиків внаслідок реалізації прав людини можна виділити порушення у сфері безпеки, конфіденційності та репутації.

З одного боку, діджиталізація пропонує інноваційні вирішення для деяких проблем верховенства права, як, наприклад: підвищення рівня відповідальності уряду шляхом розширення доступу до інформації; сприяння встановленню прозорості, оскільки громадяни можуть збирати та розповсюджувати докази порушень прав людини; розширення спектру можливостей доступу до ефективних засобів правового захисту. З іншого боку, діджиталізація провокує і негативні наслідки: недостатній рівень гарантій конфіденційності; ризик підвищення кількості кіберзлочинів; нездатність законодавства повною мірою захистити громадян від неправомірних маніпуляцій у сфері цифрових технологій.

Негативні наслідки вказують на нагальну потребу у забезпеченні верховенства права у відносинах із використанням цифрових технологій. Це своєрідний виклик для законодавця, який спонукає до оновлення нормативно-правової бази, що регулює ці суспільні відносини.

Інтернет став незамінним інструментом для реалізації низки прав людини. Цифрові технології неминуче чинять свій вплив і на права людини як у позитивному, такі і негативному аспектах. Вони трансформували засоби, за допомогою яких права людини здійснюються, зробили процес реалізації багатьох прав людини більш доступним, швидким, але водночас і стимулювали ріст випадків порушень останніх.

Враховуючи стрімкий розвиток науково-технічного прогресу, його беззаперечний вплив на реалізацію прав і свобод людини та громадянина, у науково-правовій доктрині дедалі частіше з'являються пропозиції «доповнити» теорію поколінь прав людини новим, четвертим поколінням.

Загальновизнано, що та система поколінь прав людини, яку ми знаємо сьогодні, складається із трьох. Автором цієї концепції

став французький і чеський юрист Карел Вашак, запропонувавши саме таку класифікацію прав людини у 1979 р.

Відповідне покоління прав відображає рівень історичного розвитку кожної окремої держави та світової спільноти загалом.

Права першого покоління були закріплені у національних і міжнародному законодавствах у VII–VIII ст. Це переважно громадянські та політичні права. Їх умовно можна розділити на дві підкатегорії. Перша стосується норм особистої та цивільної безпеки, тобто заборони рабства, вчинення актів катувань чи негуманного поводження з людьми. Друга підкатегорія стосується свободи віросповідання, права на політичну участь тощо.

Права людини другого покоління – це соціальні, економічні та культурні права. Вони засновані на ідеях рівності та гарантованого доступу до основних соціальних та економічних благ, послуг і можливостей. Ці права стали особливо актуальними, коли люди та держави почали визнавати, що права – це не просто спосіб захисту від домінування держави. Прикладами прав другого покоління є право на охорону здоров'я, на працю, на відпочинок тощо.

Права людини третього покоління переважно охоплюються ідеєю самовизначення. Здебільшого за змістом це права самостійно визначати своє майбутнє, і така категорія належить до колективних прав. Це такі права, як: право на мир, на безпечне довкілля. Як зазначав сам автор теорії трьох поколінь прав людини Карел Вашак: «Третє покоління прав людини стосується спільнот і суспільства. Ця категорія прав базується на почутті солідарності, яке є важливим для реалізації найважливіших проблем міжнародної спільноти, таких як мир і навколишнє середовище» [2].

Думка щодо четвертого покоління прав людини з'явилася завдяки швидкому світовому технологічному розвитку та тим змінам, що відбуваються у способах і формах реалізації прав людини та громадянина. Існують також небезпідставні припущення, що ріст науково-технічного прогресу не лише допомагає реалізовувати права, а і водночас ставить їх під загрозу посягання та порушення.

Цифрова трансформація забезпечує нові способи здійснення прав і свобод об'єднань громадян, спільнот, але також і нові загрози для обмеження їхніх прав. В епоху цифровізації законодавство потрібно адаптувати для захисту основних прав

людини та громадянина. Цифрові права, тісно пов'язані зі свободою вираження поглядів і конфіденційністю, – це ті, які дозволяють людям отримувати доступ, використовувати, створювати та публікувати інформацію за допомогою інформаційно-комунікаційних систем. Отже, реалізації цих прав і їх захисту велика увага повинна приділятися у спеціальних нормативно-правових актах, котрі регулюють право на інформацію загалом.

Термін «цифрові права» ще не має свого законодавчого закріплення та єдиного розуміння серед науковців, але останнім часом у науковому просторі дедалі частіше з'являються пропозиції щодо визначення його змісту.

Деякі науковці визначають цифрові права як універсальні права людини, адаптовані до умов інформаційного суспільства, зокрема право на недоторканність приватного життя, право на обмін інформацією, право на вільне вираження думки в мережі, право доступу до електронної мережі [3].

Інші пропонують розглядати поняття «цифрові права» 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 і права на приватність онлайн [4]. Цифрові права іноді розглядаються у науковій доктрині як об'єкти цивільних прав [5].

Що ж належить до цифрових прав? Аналізуючи наукову літературу, можна дійти висновку, що до цифрових прав відносять: право на свободу й особисту безпеку в онлайн-просторі; приватність; свободу вираження поглядів в онлайн-просторі; право на мирні зібрання, асоціації та використання електронних інструментів демократії; право на цифрове самовизначення, або право відключатися від онлайн-у тощо.

Як видно із вищевказаного, змістове наповнення цифрових прав не має значних відмінностей від категорії «основні права людини», крім однієї – усі вони здійснюються у мережі Інтернет, або за допомогою її використання. Видається цілком логічним розуміння цифрових прав як форми здійснення основних прав людини. З позицій діалектики основні права людини та цифрові права співвідносяться між собою як зміст і форма.

Наслідки цифрової трансформації основних свобод громадянського простору особливо актуальні в контексті охорони здоров'я та надзвичайних ситуацій, включаючи

пандемію. Тоді як фізичний простір для інститутів громадянського суспільства істотно зменшився у всьому світі, цифрова трансформація відкриває нові можливості в Інтернеті. Це об'єднує громадянський простір на глобальному рівні, підтримує масову мобілізацію соціальних рухів в автономному режимі та створює більш динамічні й інклюзивні громадянські простори, що відзначаються більшою активністю та залученістю.

Цифровізація демократії участі суттєво вплинула процес і способи реалізації прав людини та громадянина. Наслідком впровадження нових можливостей за допомогою інформаційно-комунікаційних систем стала еволюція прав людини та поява нового, четвертого покоління прав.

Цифрові технології трансформують спосіб здійснення, захист і порушення основних прав, таких як свобода вираження поглядів і доступ до інформації, а також ведуть до визнання нових прав. Тому законодавство повинно адаптуватися до нової ери розвитку цифрових прав, дозволяючи та регулюючи доступ до Інтернет-інформації безпечно та прозоро. Говорячи про цифрові права, насамперед потрібно згадувати про право на Інтернет, впроваджене міжнародними актами, але варто взяти до уваги, що імплементація цього права у національне законодавство не завжди видається можливою. Країни третього сектору не готові до цього, тому стверджувати щодо його обов'язковості на нинішньому етапі розвитку більшості країн досить парадоксально, але констатувати трансформацію засобів і способів реалізації вже наявних прав можна.

Крім розглянутих у дослідженні цифрових прав, до четвертого покоління вчені ще включають права на геном людини, генетичні маніпуляції, життєдіяльність, людські ембріони, евтаназію та евгеніку. Діяльність, пов'язана з перерахованими явищами, може породити складні юридичні питання з етичного, морального та релігійного поглядів. Рада Європейського Союзу із цього приводу рекомендує державам-членам прийняття основоположних принципів, які охоплюватимуть взаємозв'язок між генною інженерією та правами людини, щоб на право на життя та гідність не можна було посягати, використовуючи генетичні характеристики людей.

Згідно з дослідженням четверте покоління прав людини не є ненауковою та безпідставною ідеєю, і деякі професори та дослідники права, особливо протягом останніх років,

наголошують на необхідності виокремлення нового покоління прав людини. Основною причиною формування цього занепокоєння серед дослідників права є необхідність збереження людської гідності у сучасну епоху. Вчені доходять висновку, що до вищезазначених прав належать права людини, які виникли внаслідок розвитку медицини, біології, техніки та змін у загальній моралі [6].

У рамках четвертого покоління прав людини можна виокремити принаймні дві такі групи: так звані соматичні права та права, пов'язані з розвитком цифрових технологій, у т. ч. Інтернету. Етимологічно поняття «соматичний» («соматичні») походить від грецького слова «soma» – «тіло». Тобто йдеться про групу прав людини, які пов'язані з її можливістю самостійно розпоряджатися своїм тілом [7].

Таким чином, четверте покоління прав людини можна розглядати як правовий комплекс. Рамки четвертого покоління прав людини ще не визначені чітко ні з погляду правових принципів, ні з погляду чіткого окреслення кола таких прав.

Аналіз і дослідження цієї проблематики дозволить своєчасно підготуватися та сформувати необхідні умови задля комфортного існування та діяльності інститутів громадянського суспільства, враховуючи динамічний розвиток сучасності, адже вивчення різних можливостей того, як може виглядати майбутнє та шляхів його розвитку допомагає передбачити відповідні наслідки та сформувати необхідну політику вже сьогодні.

Стрімкий науково-технічний прогрес і виникнення нових інформаційних технологій, глобальні перетворення у соціальній та економічній сферах життя суспільства і держави ставлять нові завдання не лише перед суспільством і державою, а і перед юридичною наукою. Вони спрямовані на створення нових правових механізмів і правових конструкцій, які могли би за умов світової «цифрової революції» забезпечити адекватне правове регулювання правовідносин із використанням цифрових технологій. Можна констатувати, що завдяки новим цифровим технологіям має бути сформоване зовсім нове середовище правового регулювання.

Так чи інакше, можна стверджувати, що людство перебуває на порозі нової революції у галузі прав людини.

2. Нормативне становлення цифровізації суспільства на міжнародному та вітчизняному рівнях

Щодо важливості існування та розвитку інформаційного суспільства на міжнародному рівні заговорили ще у 2003 р. на Всесвітньому саміті з питань інформаційного суспільства в Женеві, результатом проведення якого стало прийняття Декларації принципів, у якій учасники відобразили своє спільне бачення інформаційного суспільства. Проведення саміту було розподілене на два етапи: у 2003 р. у Женеві та у 2005 р. у Тунісі. У 2003 р. кількість учасників становила 11 000, котрі представляли 175 країн, а у 2005 р. – більше 19 000, що представляли 174 країни.

Світовий саміт із питань інформаційного суспільства був першим масштабним окремим кроком у міжнародному обговоренні інформаційно-комунікаційних технологій (ІКТ). Він акумулював багато різноманітних ресурсів міжнародних організацій, державних органів країн, організацій громадянського суспільства та бізнес-сфери. Його результатом стала підготовка чотирьох основоположних документів, які відображають спільне прагнення до формування інформаційного суспільства. Це забезпечило основу для дебатів міжнародного рівня щодо фінансування інфраструктури й управління Інтернетом, але існує думка, що саміт отримав лише обмежену увагу громадськості та не зміг подолати розрив у між світом інформаційних технологій і міжнародним розвитком [8].

На першому етапі проведення саміту було прийнято План дій для реалізації спільного бачення та керівних принципів, визначених у Декларації принципів, із метою сприяння досягненню міжнародно-узгоджених цілей розвитку шляхом підтримки використання ІКТ та допомоги країнам у подоланні цифрового розриву.

Декларація принципів під назвою «Побудова інформаційного суспільства: глобальний виклик у новому тисячолітті» відобразила загальне бажання та прагнення урядів побудувати інформаційне суспільство, орієнтоване на людей, яке буде інклюзивним і спонукатиме розвиток. Інформаційне суспільство, де кожен міг би створювати, отримувати доступ, використовувати й обмінюватися інформацією та знаннями, дозволяючи людям і спільнотам реалізовувати весь свій потенціал. Метою таких принципів є покращення якості життя,

виходячи із цілей і принципів Статуту Організації Об'єднаних Націй, повної поваги та дотримання Загальної декларації прав людини.

Підґрунтям виникнення інформаційного простору, необхідності його визнання на міжнародному рівні та правового визначення стала ст. 19 основоположного документа про права людини – Загальної декларації прав людини 1948 р., яка встановлює: «Кожна людина має право на свободу переконань і на вільне їх виявлення; це право включає свободу безперешкодно дотримуватися своїх переконань і свободу шукати, одержувати і поширювати інформацію та ідеї будь-якими засобами та незалежно від державних кордонів» [9].

Крім того, було проголошено, що міжнародне управління Інтернетом має бути багатостороннім, прозорим і демократичним. Було визнано декілька ключових засад:

- політична влада щодо питань державної політики, пов'язаної з Інтернетом, повинна бути суверенним правом держав;

- приватний сектор повинен продовжувати відігравати важливу роль у розвитку Інтернету;

- громадянське суспільство повинно продовжувати відігравати важливу роль, особливо на рівні громад;

- міжурядові організації повинні сприяти координації питань державної політики, пов'язаної з Інтернетом [10].

На саміті було акцентовано увагу на тому, що ІКТ надають величезні можливості для усіх членів суспільства і повинні враховувати перспективи гендерної рівності.

Учасники саміту відзначили також особливі потреби маргіналізованих і вразливих груп суспільства, людей похилого віку. Було визнано, що побудова інклюзивного інформаційного суспільства вимагає нових форм солідарності, партнерства та співпраці між урядами та іншими зацікавленими сторонами, тобто приватним сектором, громадянським суспільством і міжнародними організаціями. Розуміючи, що мета подолання цифрового розриву вимагатиме твердої прихильності всіх зацікавлених сторін, уряди закликали до цифрової солідарності, оскільки усі зацікавлені сторони повинні працювати разом для покращення зв'язку. Універсальний, повсюдний, справедливий доступ до інфраструктури та послуг ІКТ повинен бути основною метою. Політика повинна сприяти атмосфері стабільності,

передбачуваності та добросовісної конкуренції, щоб залучити більше приватних інвестицій для розвитку інфраструктури ІКТ. Спільне використання та зміцнення глобальних знань може бути посилено шляхом усунення бар'єрів для інформації та полегшення отримання інформації у відкритому доступі, а також шляхом підвищення обізнаності про можливості, пропоновані різними моделями програмного забезпечення, включаючи власне, відкрите та вільне програмне забезпечення.

Декларація «Побудова інформаційного суспільства: глобальний виклик у новому тисячолітті» затвердила 11 ключових принципів:

- 1) роль органів державної влади та всіх зацікавлених сторін у просуванні ІКТ для розвитку;
- 2) необхідна основа для інклюзивного інформаційного суспільства – це інформаційно-комунікаційна інфраструктура;
- 3) доступ до інформації та знань;
- 4) підвищення компетентності;
- 5) формування безпеки при використанні ІКТ;
- 6) сприятливе середовище;
- 7) застосування ІКТ надає переваги в усіх аспектах життя;
- 8) культурна різноманітність та ідентичність, мовна різноманітність і локальний зміст;
- 9) засоби масової інформації;
- 10) етичні передумови інформаційного суспільства;
- 11) міжнародне та регіональне співробітництво [10].

Пізніше, у 2005 р. відбувся другий етап проведення саміту у Тунісі, де було підтверджено прихильне ставлення до Декларації принципів. Результатом проведення другого етапу стала розробка двох нових документів: «Туніських зобов'язань» (Tunis Commitment) і «Туніської програми» (Tunis Agenda). Обидва документи підкреслюють три основні напрями діяльності, що охоплюють:

- визначення фінансових механізмів, які будуть використані для подолання «цифрового розриву»;
- сприяння дискусіям щодо управління Інтернетом;
- імплементацію документів Всесвітнього саміту з питань інформаційного суспільства.

«Туніська програма» також містить визначення терміна «управління Інтернетом»: розробка та застосування державними органами, приватним сектором і громадянським суспільством у

відповідних їм сферах спільних принципів, норм, правил, процедур прийняття рішень і програм, котрі сприяють використанню Інтернету та його розвитку [11].

Варто зазначити, що така дефініція визначає межі впливу й обов'язки кожної групи зацікавлених сторін, підкреслює важливість співпраці у пошуку рішень щодо зростання впливу та розвитку Інтернету. Це своєрідна модель багатосторонньої участі.

Таким чином, період із 2003 по 2005 рр. можна вважати початком міжнародного визнання важливості та необхідності широкого впровадження Інтернету. Зокрема, його суттєвого впливу на процес державного управління кожної країни окремо, міжнародного значення загалом і на реалізацію прав і свобод індивідів, що віддзеркалюється і на здійсненні прав інститутами громадянського суспільства.

Наступним рішучим кроком у становленні інформаційного суспільства у світі стало прийняття Резолюції Ради ООН з прав людини «Заохочення, захист і здійснення прав людини в Інтернеті» (A / HRC / RES / 20/8 16 червня 2012 р.), де було встановлено: «Ті самі права, які людина має в офлайн середовищі, повинні також захищатися і онлайн, зокрема право на свободу вираження поглядів, яке здійснюється незалежно від державних кордонів і через будь-які обрані засоби масової інформації відповідно до ст. 19 Загальної декларації прав людини і Міжнародного пакту про громадянські та політичні права» [12].

Резолюцією визначено декілька ключових аспектів:

- глобальна природа Інтернету як рушійної сили прискорення прогресу до розвитку у різних формах;
- необхідність усіх держав сприяти доступу до Інтернету та здійснювати міжнародне співробітництво, спрямоване на розвиток засобів масової інформації та засобів зв'язку у всіх країнах;
- урахування норм Резолюції у здійсненні окремих процедур у рамках наявних мандатів.

Ряд країн, а саме – Китай, Росія і Саудівська Аравія, хотіли внести поправки в резолюцію, але вони були відхилені в ході голосування. Представники згаданих країн були не згодні з деякими положеннями резолюції. Так, Китай і Росія висловилися проти можливості одержувати та передавати інформацію будь-якими засобами і незалежно від державних кордонів, однак їхні

поправки не були прийняті як такі, що відволікають увагу від піднятої проблеми свободи слова в Інтернеті. Варто сказати, що блокування певних доменів періодично практикується в деяких країнах, таких як Китай або Іран. Тепер вона стане де-юре незаконною, але актуальним залишається два питання: підпорядкування національних законодавств міжнародному та проголошення єдиних загальних правил де-юре і застосування зовсім інших де-факто.

За допомогою цієї Резолюції ООН закликає країни переглянути свої процедури, практику та законодавчі акти, які стосуються перлюстрації листування, а також заходи, що застосовуються з метою перехоплення і збору особистої інформації, включаючи практику масового стеження, з метою захисту права на недоторканність приватного життя. Тобто право громадян на недоторканність приватного життя має охоронятися в онлайні за тими самими принципами, які діють і в оффлайн.

За останні два десятиліття досягнення в галузі ІКТ змінили способи доступу людей до інформації, яку впроваджують державні органи. Наприклад, значно підвищилася кількість онлайн-платформ, котрі дозволяють користувачам подавати запити на інформацію відповідно до законодавства про право на інформацію. Це є одним із багатьох прикладів таких змін.

Право на інформацію у національному законодавстві закріплене Основним Законом України та Законом України «Про інформацію». Конституція України у ч. 2 ст. 34 встановлює: кожен має право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб – на свій вибір [13]. Ст. 3 Закону України «Про інформацію» встановлює основні напрями державної інформаційної політики, серед яких є і створення умов для формування в Україні інформаційного суспільства. Іншими напрямами є:

- забезпечення доступу кожного до інформації;
- забезпечення рівних можливостей щодо створення, збирання, одержання, зберігання, використання, поширення, охорони, захисту інформації;
- забезпечення відкритості та прозорості діяльності суб'єктів владних повноважень;
- створення інформаційних систем і мереж інформації, розвиток електронного урядування;

- постійне оновлення, збагачення та зберігання національних інформаційних ресурсів;
- забезпечення інформаційної безпеки України;
- сприяння міжнародній співпраці в інформаційній сфері та входженню України до світового інформаційного простору [14].

Тобто про цифровізацію суспільства на державному рівні заговорили ще у 1992 р.

Важливим кроком до створення інформаційного суспільства стало прийняття Постанови Верховної Ради України «Про Рекомендації парламентських слухань з питань розвитку інформаційного суспільства в Україні у 2005 р.», де було встановлено, що стан розбудови інформаційного суспільства в Україні є недостатнім порівняно зі світовими тенденціями. Основними причинами такої ситуації відповідно до Закону станом на 2005 р. в Україні були:

- 1) відсутність національної стратегії розвитку інформаційного суспільства в Україні та план дій щодо її реалізації;
- 2) недостатній розвиток інформаційної нормативно-правової бази;
- 3) повільне створення національної інформаційної інфраструктури для надання органами державної влади й органами місцевого самоврядування юридичним і фізичним особам інформаційних послуг із використанням Інтернету;
- 4) відсутність координації зусиль державного і приватного секторів для ефективного використання наявних ресурсів;
- 5) низький рівень інформаційної представленості України в Інтернет-просторі;
- 6) недостатня присутність в Інтернеті україномовних інформаційних ресурсів;
- 7) нерівномірність забезпечення можливості доступу населення до комп'ютерних і телекомунікаційних засобів, поглиблення «інформаційної нерівності» між окремими регіонами, галузями економіки та різними верствами населення [15].

Відповідно, для усунення причин вкрай низького рівня розвитку інформаційного суспільства в Україні тоді були запропоновані такі основні напрями подолання проблеми: прискорене впровадження інформаційно-комунікаційних технологій в усі сфери суспільного життя, у діяльність органів державної влади й органів місцевого самоврядування; державна

підтримка економічного зростання нових «електронних» секторів економіки (торгівлі, надання комунальних і банківських послуг тощо), вирішення нормативно-правових питань щодо електронної взаємодії; захист інформаційних прав громадян, насамперед щодо доступності інформації, захисту інформації про особу, підтримку демократичних інститутів, удосконалення правового урегулювання питань інтелектуальної власності та мінімізації ризику інформаційної нерівності тощо.

У 2007 р. законодавчо закріплені основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 рр., що стало результатом інтеграції України до глобальних міжнародних систем та інфраструктури внаслідок прийняття міжнародних актів, досліджуваних вище.

Законом України «Про Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 рр.» встановлено, що розвиток інформаційного суспільства в Україні та впровадження новітніх ІКТ в усі сфери суспільного життя і в діяльність органів державної влади й органів місцевого самоврядування визначається одним із пріоритетних напрямів державної політики Основними стратегічними цілями розвитку інформаційного суспільства в Україні були визначені:

- захист інформаційних прав громадян, насамперед щодо доступності інформації, захисту інформації про особу, підтримки демократичних інститутів і мінімізації ризику «інформаційної нерівності»;

- прискорення розробки та впровадження новітніх конкурентоспроможних ІКТ в усі сфери суспільного життя, зокрема в економіку України й у діяльність органів державної влади й органів місцевого самоврядування;

- державна підтримка нових «електронних» секторів економіки (торгівлі, надання фінансових і банківських послуг тощо);

- створення загальнодержавних інформаційних систем, насамперед у сферах охорони здоров'я, освіти, науки, культури, охорони довкілля;

- використання ІКТ для вдосконалення державного управління, відносин між державою і громадянами, становлення електронних форм взаємодії між органами державної влади й органами місцевого самоврядування і фізичними та юридичними особами;

– досягнення ефективної участі всіх регіонів у процесах становлення інформаційного суспільства шляхом децентралізації та підтримки регіональних і місцевих ініціатив [16].

Повертаючись до нормативно-правових актів, котрі регулюють порядок доступу до інформації, варто сказати, що іншими вітчизняними законодавчими актами, що регламентують доступ до інформації та її використання, є Закон України «Про звернення громадян» і Закон України «Про доступ до публічної інформації», які також містять норми, що передбачають реалізацію права на інформацію за допомогою інформаційно-комунікаційних технологій. Зокрема, ст. 5 Закону України «Про звернення громадян» визначає, що письмове звернення надсилається поштою або передається громадянином до відповідного органу, установи особисто чи через уповноважену ним особу, також може бути надіслане з використанням мережі Інтернет, засобів електронного зв'язку (електронне звернення).

У зазначений закон у 2015 р. були внесені зміни, після чого він визначив можливість подання електронних петицій в Україні у ст. 23-1: громадяни можуть звернутися до Президента України, Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, органу місцевого самоврядування з електронними петиціями через офіційний веб-сайт органу, якому вона адресована, або веб-сайт громадського об'єднання, яке здійснює збір підписів на підтримку електронної петиції [17].

Законом передбачена процедура подання електронних петицій, вимоги, порядок їх прийняття, розгляду тощо. Петиції, адресовані Президенту України, розглядаються відповідно до Указу Президента України № 523/2015 «Про Порядок розгляду електронної петиції, адресованої Президентові України».

Положення ст. 5 Закону України «Про доступ до публічної інформації» також вказують на електронні механізми здійснення права на інформацію. Зокрема, серед шляхів забезпечення доступу до інформації, які визначаються вказаною статтею, законодавець виділяє систематичне й оперативне оприлюднення інформації на офіційних веб-сайтах у мережі Інтернет і на єдиному державному веб-порталі відкритих даних [18].

Як і Закон України «Про звернення громадян», у 2015 р. Закон України «Про доступ до публічної інформації» також зазнав певних змін у контексті поширення тенденції до цифровізації

суспільства, а саме – доповнений ст. 10-1: «Публічна інформація у формі відкритих даних». Відповідно законодавець встановив, що публічна інформація у формі відкритих даних – це публічна інформація у форматі, який дозволяє її автоматизоване оброблення електронними засобами, вільний і безоплатний доступ до неї, а також її подальше використання [18].

Передумовою прийняття таких змін стало прийняття у 2014 р. Постанови Верховної Ради України «Про проведення парламентських слухань на тему: “Законодавче забезпечення розвитку інформаційного суспільства в Україні”», результатом яких стало схвалення Рекомендацій парламентських слухань на тему: «Законодавче забезпечення розвитку інформаційного суспільства в Україні». Це було своєрідним поштовхом для внесення змін до вже чинних і прийняття деяких нових нормативно-правових актів, що регламентують порядок реалізації права на інформацію, у контексті розвитку інформаційного суспільства та цифровізації. У Рекомендаціях вказувалось, що у контексті євроінтеграції України актуалізується проблема вивчення досвіду становлення інформаційного суспільства у країнах-членах Європейського Союзу, а також імплементації норм правових актів ЄС в інформаційне законодавство України. Наголошувалося на тому, що у переліку пріоритетів стратегічного розвитку України особливе місце повинні займати захист прав, свобод і безпеки громадян в інформаційній сфері, відмова від ідей тотального інформаційного контролю та розвиток інноваційних галузей економіки, зокрема вітчизняної індустрії інформаційних технологій, надання послуг і виробництво програмної продукції [19].

Цифровізація торкнулася усіх без винятку сфер суспільного життя, тому відповідні нормативно-правові акти приймаються на різних рівнях і регулюють різні за своїм змістом суспільні відносини. Наприклад, Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про схвалення Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 рр.» від 17 січня 2018 р. № 67-р. Цей акт надає визначення цифровізації як насичення фізичного світу електронно-цифровими пристроями, засобами, системами та налагодження електронно-комунікаційного обміну між ними, що фактично уможливорює інтегральну взаємодію віртуального та фізичного, тобто створює кіберфізичний простір. Вона передбачає здійснення заходів щодо впровадження відповідних стимулів для цифровізації економіки, суспільної та

соціальної сфер, усвідомлення наявних викликів та інструментів розвитку цифрових інфраструктур, набуття громадянами цифрових компетенцій, а також визначає критичні сфери та проекти цифровізації, стимулювання внутрішнього ринку виробництва, використання та споживання цифрових технологій. Зазначається, що основна мета цифровізації полягає у досягненні цифрової трансформації наявних і створенні нових галузей економіки, а також трансформації сфер життєдіяльності у нові, більш ефективні та сучасні. Такий приріст є можливим лише тоді, коли ідеї, дії, ініціативи та програми, які стосуються цифровізації, будуть інтегровані, зокрема, в національні, регіональні, галузеві стратегії та програми розвитку [20].

Варто приділити увагу Розпорядженню Кабінету Міністрів України «Про схвалення Стратегії розвитку інформаційного суспільства в Україні» від 15 травня 2013 р. № 386-р. Вона визначила мету, базові принципи, стратегічні цілі розвитку інформаційного суспільства в Україні, завдання, спрямовані на їх досягнення, а також основні напрями, етапи та механізм реалізації її з урахуванням сучасних тоді тенденцій та особливостей розвитку України в перспективі до 2020 р. [21].

Прийняття та реалізація Стратегії – це виконання міжнародних зобов'язань України за результатами роботи Всесвітніх самітів, розглянутих вище, з питань інформаційного суспільства. Це стало своєрідним кроком до отримання Україною можливості стати рівноправним членом глобального інформаційного суспільства.

Значний вклад Стратегії зумовлюється тим, що в ній вперше на загальнодержавному рівні відбулося закріплення термінів, які мають особливе значення для правового регулювання відносин, пов'язаних із реалізацією прав людини у епоху діджиталізації. Йдеться про електронну демократію, електронну економіку, електронну комерцію тощо.

3. Наслідки діджиталізації у сфері реалізації прав людини

Як зазначалося вище, глобалізація та наслідки інформаційних технологій породжують появу нових та еволюцію вже наявних прав людини, переводячи їх у «цифрову площину». Таким чином, дедалі частіше науковці говорять про існування «цифрових прав», які кидають виклик традиційному розумінню прав

людини та цим самим трансформують його у правовому, політичному й історичному колі.

Нині науковці та практики досліджують національні та міжнародні демократичні дилеми, спричинені економічними й екологічними кризами, медіа-культурою, збором даних, наглядом і безпекою, що невпинно виникають і тим самим змінюють процес реалізації прав людини

Належно побудована державна політика й ефективне впровадження нових правових засобів, що відповідають сучасності, можуть пом'якшити виклики, які виникають унаслідок створення нових технологій і глобалізації.

Права людини завдяки появі можливостей технологічного, електронного їх застосування у сучасному глобалізованому світі можуть значно покращити якість багатьох важливих для держави процесів.

Національні нормативно-правові акти, про які згадувалося вище, встановили нові способи здійснення деяких прав людини. Насамперед ідеться про реалізацію демократії, тобто влади народу, котра найяскравіше проявляється у таких основоположних правах людини, як право обирати та бути обраним, направляти індивідуальні та колективні звернення до органів державної влади та місцевого самоврядування, брати участь в управлінні державними справами.

Одним із найважливіших викликів глобалізації, визначеним як у наукових колах, так і у політичній сфері, є демократичний дефіцит – недостатній рівень демократії в політичних інституціях і процедурах порівняно з його теоретичним ідеалом. Здебільшого проблему дефіциту демократії відносять до міжнародного права, особливо до діяльності Європейського Союзу, але він насправді є в кожній країні. Основне питання в тому, яке сприйняття демократії в конкретній державі. Чинники, що викликають дефіцит демократії, можна розділити на дві групи: зовнішні та внутрішні. До першої можна віднести міжнародний тероризм, а до другої – політичну байдужість і апатію, недовіру до державної влади, бюрократію, кризу моральних цінностей, використання досягнень науково-технічного прогресу на шкоду людині

Найціннішим демократичним інструментом є впровадження такої моделі відносин держава – суспільство, що ставить громадян у центр як найважливіших суб'єктів демократії участі.

Це сприяє протистоянню демократичному дефіциту і, отже, веде до належного рівня управління державою загалом.

Сьогодні одним із способів залучення більшої кількості громадян до демократичних процесів є електронна демократія. Варто сказати, що використання електронних ресурсів для різних аспектів демократії не лише стає допоміжним ресурсом, а і набуває ознак певної необхідності. Неодноразово у наукових колах підкреслювалися взаємодія та взаємовплив електронного урядування й електронної демократії, зокрема вплив електронного уряду на демократичний процес. Електронна демократія також концептуально пов'язана з електронним урядом, але водночас потрібно розуміти, що це не тотожні поняття, і слід відрізнити ці категорії одну від одної [22].

Сучасні тенденції свідчать, що традиційні зв'язки між громадянами та представниками політичних сил слабшають. Водночас відносини між обраними представниками, громадянами, громадянським суспільством і політичною владою розвиваються, тож значно поширюються електронні інструменти, включаючи Інтернет, веб-сайти, соціальні мережі. Вони можуть допомогти мобілізувати виборців, збільшити участь громадян у різних способах покращення надання державних послуг, сприяння інноваціям та економічному зростанню, зрештою навіть зміцнити демократію.

Сьогодні найяскравішим прикладом успішного існування електронної демократії є Естонія. Країна почала свій шлях до «цифрового суспільства» ще понад 20 років тому, у 1997 р. була започаткована система електронного урядування, за допомогою якої здійснювалося надання державних послуг через мережу Інтернет. Із часом можливості користування Інтернетом значно розширилися, а, відповідно, збільшився і спектр надання державних послуг за допомогою інформаційних комп'ютерних технологій. Естонія на законодавчому рівні запровадила можливість існування електронних податків, електронну охорону здоров'я й електронне голосування. У 2007 р. Естонія стала першою у світовій практиці країною, що забезпечила своїм громадянам можливість реалізувати їхнє виборче право шляхом голосування через Інтернет на парламентських виборах. У 2017 р. журнал Wired назвав країну «найдосконалішим цифровим суспільством у світі». Поряд з Естонією електронне

голосування стрімко розвивається й у Великій Британії, Швейцарії та Франції.

Незважаючи на досить довгу історію виникнення різноманітних концепцій та ідей електронної демократії, у сучасному науковому просторі не існує загальноприйнятої узгодженої позиції щодо визначення цього терміна. Серед численних концепцій можна виділити визначення, що мають ознаки як нормативного характеру, так і наукового. І кожне з них так чи інакше акцентує увагу на певній особливості електронної демократії.

Загалом електронна демократія (е-демократія) – це використання інформаційних і комунікаційних технологій для посилення, а в деяких випадках і для заміни представницької демократії.

Науковці, об'єктом досліджень яких стала електронна демократія, мають різні думки щодо цього явища, але більшість із них поділяють єдине переконання, що у сучасних ліберально-демократичних державах дефіцит часу, ухилення громади від участі у важливих загальнодержавних процесах і відсутність можливостей для обговорення політики можуть бути подолані за допомогою нових форм Інтернет-комунікацій.

Н.В. Грицяк і С.Г. Соловйов, автори навчального посібника «Електронна демократія», розглядають цей термін у широкому та вузькому значеннях. У першому випадку науковці розуміють електронну демократію як застосування ІКТ для забезпечення (електронного супроводу) прав громадян. Широке розуміння електронної демократії передбачає залучення громади за допомогою сучасних інформаційних технологій до вирішення різноманітних суспільно-політичних завдань [23]. Вузьке розуміння охоплює більше технологічну сторону, за допомогою якої громадяни можуть подати різні заяви, звернення, запити до органів влади задля отримання певної довідки чи інформації. Такі дії здійснюються громадянами у межах реалізації їхніх прав, зокрема, права на направлення індивідуальних або колективних звернень, визначеного ст. 40 Конституції України: усі мають право направляти індивідуальні чи колективні письмові звернення або особисто звертатися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів, що зобов'язані розглянути звернення та дати обґрунтовану відповідь у встановлений законом строк [13]. Тобто фактично це заміна письмової форми здійснення певних

дій на електронну. Як приклад електронної демократії у широкому розумінні автори наводять інтерактивну участь жителів у засіданні місцевої ради, коли засідання місцевої ради транслюється в Інтернеті в режимі он-лайн, і під час цього кожний, хто виявляє відповідне бажання, може висловити своє ставлення до рішень ради, виступів депутатів і вплинути на позицію органу влади.

Зарубіжні науковці В. Дрожжинов та А. Штрик е-демократію розглядають як використання ІКТ та інформаційної інфраструктури для розвитку й посилення демократичних інститутів і розширення участі громадян у суспільній і політичній діяльності [24].

Схоже визначення пропонує О.А. Баранов: електронна демократія – це демократія, для якої значно підвищується ефективність демократичних інститутів, демократичних процесів і поширення демократичних цінностей за умови застосування різноманітних інструментів, що базуються на максимальному використанні інформаційних комп'ютерних технологій [25].

На думку В.К. Лур'є: «Е-демократія – це інструмент підвищення якості управлінських рішень, що стосуються як кожного окремого учасника політичного процесу, так і суспільства загалом» [26].

Вітчизняне законодавство визначає електронну демократію як форму суспільних відносин, за якої громадяни й організації залучаються до державотворення та державного управління, а також до місцевого самоврядування шляхом широкого застосування ІКТ у демократичних процесах. Це дає змогу: посилити участь, ініціативність і залучення громадян на загальнодержавному, регіональному та місцевому рівні до публічного життя; поліпшити прозорість процесу прийняття рішень, а також підзвітність демократичних інститутів; поліпшити зворотну реакцію суб'єктів владних повноважень на звернення громадян; сприяти публічним дискусіям і привертати увагу громадян до процесу прийняття рішень [27]. Таке визначення було встановлене розпорядженням КМУ «Про схвалення Концепції розвитку електронної демократії в Україні та плану заходів щодо її реалізації» у 2017 р. і значно розширило попереднє нормативне визначення 2013 р., яке містилося в іншому розпорядженні КМУ «Про схвалення Стратегії розвитку інформаційного суспільства в Україні».

З наведеного вище визначення видно, що визначення електронної демократії, запропоноване законодавцем, спрямоване більше на розширення можливостей для налагодження «змістовного діалогу» між громадянами й органами державної влади, тобто залучення громадськості до використання електронних ресурсів задля реалізації своїх конституційних прав, встановлених ст. 40 Конституції України. У контексті електронної демократії така реалізація можлива через електронні петиції й електронні консультації, але найяскравішим проявом демократії є саме її пряма форма – вибори. Щодо проведення електронних виборів в Україні поки не має жодних законодавчих передумов. Хоча цифрові технології стають дедалі важливішими у всіх сферах життя, вони ще не відіграють значної ролі у політичних процесах України. Україна ще повинна пройти досить тривалий шлях для забезпечення можливостей проведення електронного голосування, але варто зазначити, що певні кроки назустріч такій меті вже здійснюються. Наприклад, Указом Президента «Про Національну стратегію у сфері прав людини» від 24 березня 2021 р. № 119/2021 одним із основних завдань для забезпечення свободи мирних зібрань та об'єднань, права на участь в управлінні державними справами є створення умов для запровадження електронної демократії.

Спроби реалізувати електронне голосування на практиці все ж таки були. У парламенті починаючи з 2011 р. були зареєстровані декілька законопроектів, метою яких було вдосконалення системи голосування з урахуванням світового досвіду застосування новітніх електронних і комунікаційних технологій: законопроект № 8656 «Про концепцію запровадження системи електронного голосування», № 10129 «Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення виборчих прав громадян України шляхом запровадження на виборах голосування поштою та інтернет-голосування», проте усі вони були відкликани або зняті з розгляду.

Однією з основних цілей електронної демократії є посилені інтеграція громадян у політичну сферу держави. Підключення до Інтернету дає змогу більшій кількості людей брати участь у багатьох дискусіях, які раніше були недоступні для громадськості. Цифровізація демократії участі спрямована на підвищення прозорості та легітимності політичних систем шляхом демократичного залучення. Зміст електронної

демократії полягає у сприянні просуванню демократії за допомогою цифрових засобів, забезпеченні прозорості політичних процесів. Це своєрідний засіб сприяння ефективній взаємодії політики, уряду та процесу прийняття рішень.

До засобів прямої демократії відносять подання громадянами звернень до органів державної влади, а однією із його форм є петиція. Така форма взаємодії суспільства із владою стала особливо популярною, і подача електронних петицій приносить користь обом сторонам. Для суспільства це можливість продемонструвати рівень своєї задоволеності владою, проінформувати останню щодо наявних проблем, вплинути на процес прийняття управлінських рішень. Для влади електронні петиції можуть виступати як засіб комунікації із суспільством, своєрідний інструмент зворотного зв'язку із громадськістю.

Починаючи з 2000 р. низка парламентів та урядів іноземних держав почали запроваджувати електронні системи подання петицій (електронні петиції). Порівняно з більшістю інших способів електронної участі громадян електронні петиції вийшли за межі експериментальної стадії та характеризуються високим рівнем інституціоналізації та процесуальної «зрілості». Отже, сфера дослідження електронних петицій є особливо перспективною для кращого розуміння відносин між державними установами й е-участю громадян.

Як зазначалося у попередньому підрозділі, поняття «електронна петиція», порядок її подання, строки розгляду та інші, важливі для процесу реалізації права на неї, є законодавчо встановленими, а саме Законом України «Про звернення громадян», Указом Президента України Про Порядок розгляду електронної петиції, адресованої Президентові України, Постановою Кабінету Міністрів України Про затвердження Порядку розгляду електронної петиції, адресованої Кабінету Міністрів України. Порядок розгляду електронної петиції, адресованої органу місцевого самоврядування, визначається відповідною місцевою радою.

Відповідно до Закону України «Про звернення громадян» електронна петиція є особливою формою колективного звернення громадян до Президента України, Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, органу місцевого самоврядування, яка подається та розглядається в порядку, передбаченому законом [17].

Електронну петицію можна розглядати як форму політичної участі громадян, що здійснюється за допомогою інформаційно-комунікаційних систем, метою якої є привертання уваги органів державної влади до питань, котрі становлять суспільний інтерес.

Електронні петиції – це доступний і прозорий інструмент, що дозволяє громадськості ініціювати проблемні питання, відкриває можливості залучити широке коло громадян до вирішення проблеми та передбачає оперативний розгляд питання [28].

Варто сказати, що у правовій доктрині нині існує невелика кількість досліджень, присвячених науково-теоретичному аналізу електронних петицій в Україні. Більшість вчених, розглядаючи це питання, зосереджують увагу на дослідженні процесу, що включає порядок подання петицій, їх підтримку та прийняття.

Порядок подання та розгляду електронних петицій – це процес, який можна розділити на декілька стадій.

Перша – це подання е-петиції, її реєстрація. Вона здійснюється ініціатором (автором), шляхом розміщення на веб-сайті відповідного органу або громадського об'єднання, що здійснює збір підписів.

Друга стадія – прийняття петиції відповідним органом. Вона включає процес перевірки е-петиції встановленим вимогам. У разі невідповідності електронної петиції оприлюднення такої петиції не здійснюється, про що повідомляється автору (ініціатору) не пізніше строку, встановленого для оприлюднення.

Третя стадія – оприлюднення електронної петиції на офіційному веб-сайті відповідного органу. Дата оприлюднення є датою початку збору підписів на її підтримку.

Четверта стадія – збір підписів. За загальним правилом, електронна петиція повинна набрати 25 000 підписів громадян протягом не більше трьох місяців із дня оприлюднення петиції.

П'ята стадія – розгляд е-петиції відповідним органом. Він відбувається не пізніш як через три робочі дні після набрання необхідної кількості підписів на підтримку петиції, а в разі отримання електронної петиції від громадського об'єднання – не пізніш як через два робочі дні після отримання такої петиції. Розгляд електронної петиції здійснюється невідкладно, але не пізніше десяти робочих днів із дня оприлюднення інформації про початок її розгляду [17].

Шоста стадія – публічне оголошення про підтримку або непідтримку електронної петиції. Це здійснюється на офіційному веб-сайті відповідного органу державної влади.

У науково-правовій доктрині зустрічаються думки щодо доцільності існування ще однієї стадії – надсилання петиції адресату. Цей етап зустрічається лише у випадках, коли збір підписів на підтримку петиції здійснюється через сайт громадського об'єднання. Якщо відповідна петиція набрала необхідну кількість підписів, то не пізніше наступного дня після завершення строку збирання підписів вона має бути надіслана громадським об'єднанням на офіційний веб-сайт органу влади, якому адресована [29].

Важливим і дискусійним залишається питання анонімності в електронних петиціях. Анонімні петиції не приймаються до розгляду, оскільки в електронній петиції має бути викладено суть звернення, зазначено прізвище, ім'я, по батькові автора (ініціатора) електронної петиції, адресу електронної пошти. Крім того, список осіб, котрі проголосували, також залишається відкритим – на веб-сайті відповідного органу або громадського об'єднання, що здійснює збір підписів, обов'язково зазначається дата початку збору підписів та інформація щодо загальної кількості та переліку осіб, які підписали петицію [30].

Така ситуація ілюструє деяку неоднозначність питання анонімності у демократії за участі громадян. Аналіз Закону України «Про звернення громадян» дає підстави зробити висновок щодо прозорості голосування на підтримку електронної петиції, тоді як Виборчий Кодекс України встановлює, що наші політичні уподобання захищаються таємним голосуванням. Таким чином, у випадку електронних петицій спосіб голосування не дозволяє громадянам вільно висловлювати свою думку, адже вони можуть боятися нападів із боку тих, хто не підтримує ту чи іншу петицію. Тобто підписи за петицію залишаються під прицілом громадськості.

Сьогоднішні емпіричні дослідження показують, що електронна петиція добре сприймається загалом і навіть може залучити молодь, однак і досі гостро стоїть проблема у подоланні розбіжності у політичній участі (включаючи «цифровий розрив») на основі соціально-демографічних характеристик. Ця проблема може бути вирішена за допомогою впровадження цифрової інклюзії (електронної інклюзії) – втіленого у практиці на законодавчому рівні підходу, який би відповідав потребам

окремих людей і громад загалом. Тобто такого підходу, який би охоплював не тільки доступ до Інтернету, але також і наявність апаратного забезпечення, програмного забезпечення, навчання навичок цифрової грамотності, необхідних для ефективного використання інформаційних і комунікаційних технологій.

Ще однією проблемою електронних петицій є те, що публікується практично кожний запит, через що виникають несерйозні чи жартівливі петиції. Слід розглянути можливість впровадження суворіших критеріїв прийнятності відповідно до міжнародних практик і перевіряти перед публікацією запиту, чи відповідає він суспільному інтересу [29].

Висновки

Відкритим залишається питання правового регулювання переходу у цифровий формат і використання цифрового формату у правовідносинах між усіма суб'єктами. Поняття «цифрові права» або «цифрові правовідносини» поки не відображені у законодавстві. Варто погодитися з тим, що прийняті новели законодавства є першим важливим кроком до необхідних перетворень. Так, вони не можуть повною мірою забезпечити необхідний рівень правового регулювання наявних правовідносин, але служать своєрідним фундаментом для формування правовідносин і основою для майбутніх перетворень у цифровій сфері.

Особлива увага повинна бути приділена аналізу й оцінці європейського законодавства, спрямованого на гармонізацію національного законодавства щодо впровадження телекомунікаційних можливостей, і їхнього впливу на захист прав людини. Ще у 2006 р. Європейський Союз запровадив Директиву ЄС про збереження даних. Ця Директива вимагає зберігання даних комунікацій кожного європейського громадянина до двох років із метою розслідування, виявлення та переслідування тяжких злочинів. Директива спричинила значне занепокоєння серед законодавців, органів захисту даних і приватного сектору.

Нині основними та найбільш результативними наслідками діджиталізації у сфері прав і свобод людини та громадянина стали електронне урядування й електронна демократія. Електронне урядування включає взаємозв'язок двох важливих аспектів. Так, з одного боку, це зусилля для досягнення соціальної інтеграції, а з іншого – це поняття електронного уряду

як сучасної сторони ІКТ. Електронне урядування може усунути соціальне відчуження та сприяти соціальній участі. Основним завданням для ефективного функціонування електронного урядування є синтез цих двох аспектів.

Участь громадськості вважається засобом демократизації політичних процесів. У міру зростання технічного прогресу дедалі більше довіри надається ІКТ як інструментам демократизації політичних процесів шляхом посилення та сприяння участі громадян у них. Яскравим прикладом тут виступає електронна демократія, однак варто підкреслити, що технології, як і будь-які інші інструменти демократії не є неупередженими, тому остання повинна включати міркування щодо соціального імпорту, оскільки, як і у випадку з електронним урядуванням, відсоток залучення громадян є низьким порівняно з кількістю населення загалом. Поява цифрового розриву є доказом того, що, якщо не будуть застосовуватися необхідні засоби для зменшення такого розриву, це може призвести до ще більшого негативного впливу на вже наявну соціальну ізоляцію. Соціальна інтеграція повинна існувати не лише як стратегія протидії соціальній ізоляції загалом, але також і як протидія цифровому розриву, який заважає громадянам брати участь у політичних процесах, тому важливим чинником успішного функціонування електронної демократії є соціальна інтеграція. Вона не лише виконує основоположну роль як передумова участі громадськості за допомогою ІКТ, а й виступає своєрідним вирішенням проблеми боротьби із соціальною ізоляцією за допомогою відповідних регуляторних механізмів.

Електронні петиції як одна із форм електронної демократії є досить популярними у всьому світі загалом і в Україні зокрема. Сьогоднішні емпіричні дослідження показують, що електронні петиції схвально сприймаються населенням і часто використовуються, але є низка певних особливостей, що заважають електронним петиціям бути однією із провідних форм висловлення думки громадськості. По-перше, результат громадських ініціатив не завжди залежить від думки тих людей, хто проголосував за неї. Чим більш важливою і актуальною є представлена у петиції проблема, тим складніше домогтися її рішення за допомогою порталів петицій, особливо це стосується питань вседержавного значення. Більшого значення набуває та якісніший результат демонструє використання електронних

петицій на місцевому рівні. Можна зробити висновок, що онлайн-платформи для петицій поки що лише частково виконують функцію інструменту електронної участі громадян. Їх роль розкривається у залученні уваги громадськості до проблеми та поширенні інформації, а конкретне рішення актуальної суспільної проблеми повністю залежить від державної політики, а отже, від рішення органів державної влади.

Крім того, виникає певна проблема анонімності електронних петицій, оскільки політична участь громадян у мережі Інтернет викликає важливу дискусію щодо балансу між необхідністю прозорості, з одного боку, та правом на анонімність, з іншого.

Список використаних джерел:

1. Латковська Т.А., Марущак А.В., Олексій У.О. Правові та теоретичні проблеми визначення інтернет-банкінгу в Україні. *Фінансово-кредитна діяльність: проблеми теорії і практики*. Львів. 2021. № 1 (36). С. 27–34.
2. Karel Vasak. Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights. *UNESCO Courier* 30:11, Paris : United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, November 1977.
3. Ситдикова Р.И., Ситдигов Р.Б. Цифровые права как новый вид имущественных прав. *Гражданское право. Вопросы имущественной политики*. 2018. № 9. С. 75–80.
4. Володовська В., Дворовий М. Права людини онлайн: Порядок денний для України. Київ : ГО «Лабораторія цифрової безпеки», 2019. 56 с
5. Овчинников А.И., Фатхи В.И. Цифровые права как объекты гражданских прав. *Философия права*. 2019. № 3 (90). С. 104–112.
6. Барабаш О.О. Четверте покоління прав людини: загальнотеоретична характеристика. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Серія : Юридичні науки. 2016. № 837. С. 213–217.
7. Попович Т., Шаварин А. Сутнісне наповнення четвертого покоління прав людини. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 12. С. 266–271.
8. Souter, D. Whose Summit? Whose Information Society? Developing Countries and Civil Society at the World Summit on the Information Society. Melville, South Africa : Association for Progressive Communications, 2007.

9. Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р. *Офіційний вісник України*. 2008. № 93. Т. 3103.

10. Декларація принципів «Побудова інформаційного суспільства – глобальне завдання у новому тисячолітті» від 12 грудня 2003 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c57#Text (дата звернення: 11.05.2021).

11. Туніська програма для інформаційного суспільства від 18 листопада 2005 р. URL: http://informationsociety.wordpress.com/basics/wsis_outcomes/tp/ (дата звернення: 11.05.2021).

12. Резолюція Совета ООН по правам человека A/HRC/RES/20/8 «Поощрение, защита и осуществление прав человека в Интернете» от 16 червня 2012 р. URL: <https://undocs.org/ru/A/HRC/RES/20/8> (дата звернення: 11.05.2021).

13. Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-D0%B2%D1%80#n4690> (дата звернення: 28.04.2021).

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

15. Про Рекомендації парламентських слухань з питань розвитку інформаційного суспільства в Україні : Постанова Верховної Ради України від 01 грудня 2005 р. № 3175-ІV. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 15. Ст. 131.

16. Про Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 рр. : Закон України від 09 січня 2007 р. № 537-V. *Відомості Верховної Ради України*. 2007. № 12. Ст. 102.

17. Про звернення громадян : Закон України від 02 жовтня 1996 р. № 393/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 47. Ст. 256.

18. Про доступ до публічної інформації : Закон України від 13 січня 2011 р. № 2939-VІ. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 32. Ст. 314.

19. Про Рекомендації парламентських слухань на тему: «Законодавче забезпечення розвитку інформаційного суспільства в Україні» : Постанова Верховної Ради України від 03 липня 2014 р. № 1565-VІІ. *Відомості Верховної Ради*. 2014. № 33. Ст. 1163.

20. Про схвалення Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 роки та затвердження плану заходів щодо її реалізації : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 17 січня 2018 р. № 67-р. URL:

<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/67-2018-%D1%80#Text> (дата звернення: 28.04.2021).

21. Про схвалення Стратегії розвитку інформаційного суспільства в Україні : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 15 травня 2013 р. № 386-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/386-2013-%D1%80#Text> (дата звернення: 01.05.2021).

22. Гнатівська А.І., Марущак А.В. Концептуальні засади електронної демократії та електронного урядування в Україні. *Evropský politický a právní diskurz*. 2021. V. 8. № 2. С. 63–68.

23. Грицяк Н.В., Соловійов С.Г. Електронна демократія : навчальний посібник. 2015. Київ : НАДУ. 66 с.

24. Дрожжинов В.И., Штрик А.А. Электронная демократия и поддерживающие ее технологии. *Технологии информационного общества. Интернет и современное общество* : тр. VI Всеросс. объединенной конференции (3–6 ноября 2003, г. Санкт-Петербург). С. 101–110.

25. Баранов О.А. Правові проблеми «електронної демократії». *Інформація і право*. 2017. № 1. С. 28–38.

26. Лур'є В.К. Концепція електронної демократії. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*. Серія : Політологія. 2017. № 2. С. 210–216.

27. Про схвалення Концепції розвитку електронної демократії в Україні та плану заходів щодо її реалізації, 2017 (Кабінет Міністрів України). *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/797-2017-%D1%80#Text> (18.02.2021р.)

28. Собків Я.М. Електронна петиція як одне з інформаційних прав людини і громадянина. *Право і суспільство*. 2015. № 6. С. 61–66.

29. Пасічнюк В.Б., Гонтарук О.С. Електронні петиції в Україні: сучасний стан та правове забезпечення. *Молодий вчений*. 2019. № 12.1 (76.1). С. 51–54.

30. Колесников О. Е-петиції у системі місцевої демократії: досвід обласних центрів України. Аналітичні матеріали. URL: http://samoorg.com.ua/wp-content/uploads/2017/02/Petitsiyi_gotov-1.pdf (дата звернення: 04.03.2021).

Овчаренко О. М.,
доктор юридичних наук, доцент,
адвокат,
член Науково-консультативної ради при Верховному Суді,
доцент кафедри адвокатури
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
м. Харків

ГАРАНТІЇ ПРОЦЕДУРНОЇ СПРАВЕДЛИВОСТІ В ДИСЦИПЛІНАРНИХ ПРОЦЕДУРАХ ЩОДО СУДДІВ ТА АДВОКАТІВ

Анотація. *Актуальність дослідження проблем професійної відповідальності суддів і адвокатів є беззаперечною. Ефективний механізм юридичної відповідальності правника виступає необхідною умовою забезпечення довіри суспільства до судової гілки влади й легітимації правової системи держави у цілому.*

Відповідальність правника має безпосередні інтегративні зв'язки з відповідальністю соціальною (інтерсуб'єктивний зв'язок правника й суспільства, який найяскравіше проявляється у правилах корпоративної етики), моральною (суспільний осуд правопорушника) та відповідальністю юридичною (застосування заходів державного примусу, обмеження прав правопорушника як наслідок накладення санкцій та нормативна регламентація цієї процедури).

Відповідальність правника як невід'ємний елемент його правового статусу має усі характерні ознаки відповідальності юридичної, що проявляється у таких аспектах: (а) матеріально-правовому (неправомірні дії судді або адвоката та їх наслідки для правопорушника, визначені законодавством про судоустрій та адвокатуру); (б) процедурному (застосування заходів державного примусу через нормативно зумовлені процедури); (в) змістовному (накладення на правника-правопорушника обтяжень матеріально-правового, організаційного чи особистого характеру). Особливості підстав і процедур притягнення до відповідальності правників різних правничих фахів зумовлені

специфічним правовим положенням відповідної професії у правовій системі держави.

Правовий статус і відповідальність адвоката і судді споріднює, насамперед, фундаментальний принцип незалежності цих правничих професій, який органічно випливає з тих процесуальних функцій, які на них покладені державою.

Вступ

Актуальність дослідження проблем професійної відповідальності суддів і адвокатів є беззаперечною. Ефективний механізм юридичної відповідальності правника виступає необхідною умовою забезпечення довіри суспільства до судової гілки влади й легітимації правової системи держави в цілому.

У Висновку КРЕС № (2013) 16 «Про відносини між суддями та адвокатами» відзначено, що «держави, які керуються принципом верховенства закону, повинні організувати свої судові системи таким чином, щоб верховенство закону та повага до основоположних прав та свобод гарантувалися відповідно до Європейської конвенції з прав людини, а також прецедентного права Європейського суду з прав людини. І судді, і адвокати відіграють найважливіші ролі у досягненні цієї мети у найкращий можливий спосіб» (п. 3). Першочергове завдання адвоката – забезпечувати процесуальні гарантії справедливого правосуддя. Суддя, своєю чергою, є уособленням і носієм цієї справедливості.

Відповідальність правника має безпосередні інтегративні зв'язки з *відповідальністю соціальною* (інтерсуб'єктивний зв'язок правника й суспільства, який найяскравіше проявляється у правилах корпоративної етики), *моральною* (суспільний осуд правопорушника) та *відповідальністю юридичною* (застосування заходів державного примусу, обмеження прав правопорушника як наслідок накладення санкцій та нормативна регламентація цієї процедури).

Відповідальність правника як невід'ємний елемент його правового статусу має усі характерні ознаки відповідальності юридичної, що проявляється у таких аспектах: (а) матеріально-правовому (неправомірні дії судді або адвоката та їх наслідки для правопорушника, визначені законодавством про судоустрій та адвокатуру); (б) процедурному (застосування заходів державного примусу через нормативно зумовлені процедури);

(в) змістовному (накладення на правника-правопорушника обтяжень матеріально-правового, організаційного чи особистого характеру). Особливості підстав і процедур притягнення до відповідальності правників різних правничих фахів зумовлені специфічним правовим положенням відповідної професії у правовій системі держави.

Очевидною є зумовленість юридичної відповідальності судді й адвоката нормами Конституції України, які мають вихідне, фундаментальне значення для визначення правового статусу кожної із цих професій.

Відповідно до ст. 126 Основного Закону, незалежність і недоторканність судді гарантуються Конституцією і законами України. Вплив на суддю у будь-який спосіб забороняється.

Статтею 131⁻² Конституції України визначено, що для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура. Незалежність адвокатури гарантується.

Правовий статус і відповідальність адвоката і судді споріднює не лише фундаментальний принцип незалежності цих правничих професій, який органічно впливає із тих процесуальних функцій, які на них покладені державою. Ці функції є унікальними і виключними, адже жодна інша гілка державної влади, окрім судової, не вправі здійснювати правосуддя, а жодна інша правнича спільнота, окрім адвокатури, не наділена монопольним становищем у сфері захисту та представництва прав і свобод людини й громадина. Окрім того, і судді, і адвокати несуть особисту відповідальність за виконання своїх професійних обов'язків перед суспільством. Утіленням, носієм, і гарантом цієї відповідальності виступає професійна спільнота у вигляді органів самоврядування. Порушення корпоративних правил та вимог для судді й адвоката тягне постановлення перед кваліфікаційно-дисциплінарними органами, які складаються переважно або виключно з представників відповідної корпорації. І судді, і адвокати наділені процесуальними імунітетами під час відправлення правосуддя й надання професійної правничої допомоги. Обсяг і зміст процесуальних імунітетів суддів і адвокатів різняться, але обидві правничі професії звільнені від відповідальності за зміст правових позицій, які вони висловлюють у процесі відправлення судочинства, незалежно від волі сторонніх осіб, зовнішніх чинників або особи клієнта. Пріоритетним і визначальним у

діяльності судді й адвоката є відновлення порушеного права, забезпечення ефективного його поновлення і захисту на основі принципів верховенства права і справедливості.

1. Міжнародні стандарти дисциплінарних процедур щодо суддів і адвокатів

Основні вимоги міжнародно-правових актів, на яких базується вітчизняний інститут юридичної відповідальності судді, зводяться до таких положень. Провадження щодо притягнення суддів до відповідальності має здійснюватися незалежним органом, склад якого складається переважно із суддів [10, с. 13], або судом [49]. Кількісний склад служителів Феміди у відповідних структурах не встановлюється, однак у більшості документів підкреслюється, що їх кількісне представництво має бути достатнім [9] або складати арифметичну більшість [7]. При цьому підкреслюється, що у разі, коли правом відсторонення від посади або накладення певного стягнення на суддю наділений орган іншої гілки влади, вказані повноваження повинні здійснюватися за рекомендацією або за погодженням вищевказаного органу суддівського співтовариства, в якому забезпечено широке представництво суддів [32].

Важливими також є *інституціональні гарантії незалежності органів*, які наділені дисциплінарними повноваженнями стосовно суддів. Так, представники суддівства, перебуваючи на посаді в органах, що приймають рішення про притягнення до дисциплінарної відповідальності, не можуть виконувати інших функцій, що мають стосунок до суддів або суддівської спільноти, як-от: адміністрування, бюджетування або добір суддів. Не може бути жодного контролю з боку виконавчої влади над органами, які вирішують справи про притягнення до дисциплінарної відповідальності, та жодного політичного впливу на процес притягнення до дисциплінарної відповідальності. Необхідно уникати будь-якого контролю з боку виконавчої влади над радами суддів або органами, уповноваженими притягати до дисциплінарної відповідальності. Органи, які розглядають справи про притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності, не можуть ініціювати такі справи або мати серед своїх членів осіб, які можуть їх ініціювати [12].

Як європейські, так і універсальні стандарти незалежності суддів передбачають, що рішення про накладення на суддю

санкцій, звільнення судді або відсторонення його від посади, мають ухвалюватися з дотриманням принципів незалежності, безсторонності, а також інших гарантій належного судового розгляду, включаючи право судді на представництво захисником під час проведення відповідних процедур. Дисциплінарне провадження може бути ініційоване, якщо суддя не виконав свої обов'язки ефективно та належним чином [49], учинив дії, які ганьблять репутацію судових органів [12]. Початкові етапи цих проваджень мають здійснюватися *конфіденційно*, якщо суддя не звернеться з проханням про інше. Рішення виконавчого органу, комітету або органу, що накладає санкції на суддів, може підлягати оскарженню у вищій судовій інстанції [7; 22; 49; 4]. Окремо підкреслюється необхідність дотримання принципу *незалежності суддів* під час притягнення останніх до відповідальності [9]. Невід'ємним принципом процедури притягнення судді до відповідальності є його *прозорість*. Розгляд дисциплінарних справ стосовно суддів має бути відкритим, окрім випадків, якщо суддя, щодо якого розглядається справа, попросив про закрите слухання. У такому разі суд повинен вирішити, чи такий запит є обґрунтованим. Рішення про притягнення судді до дисциплінарної відповідальності повинні бути вмотивованими. Остаточні рішення про накладення дисциплінарних стягнень повинні бути опубліковані [12].

Важливим складником міжнародних стандартів підзвітності суддів закону є застосування санкцій щодо них: (а) встановлених законом про статус суддів; (б) на основі принципу пропорційності [7; 49; 22].

Стандарти юридичної відповідальності адвоката містяться у низці універсальних (Основні положення про роль адвокатів, прийняті VIII Конгресом ООН про попередження злочинів (1990 р.); Стандарти незалежності юридичної професії Міжнародної асоціації правників (1990 р.)) і регіональних актів, ухвалених авторитетними міжнародними організаціями (Конвенція про захист прав та основоположних свобод людини (1950 р.) та практику Європейського суду з прав людини; Загальний кодекс правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства (1988 р.); Хартія основоположних принципів європейської юридичної професії (2006 р.); рекомендації та резолюції Комітету Міністрів Ради Європи, зокрема «Про

юридичну допомогу та консультації» (1978 р.), «Про свободу здійснення професійних адвокатських обов'язків» (2000 р.) [19].

Основні положення про роль адвокатів (1990 р.) містять такі положення, які стосуються відповідальності адвоката:

(а) професійні асоціації адвокатів відіграють важливу роль у підтриманні професійних стандартів та етичних норм, захищають своїх членів від переслідувань та необґрунтованих обмежень і посягань, забезпечують юридичну допомогу для всіх, хто має у ній потребу, та кооперуються з урядом та іншими інститутами для досягнення цілей правосуддя і суспільного інтересу (преамбула);

(б) адвокат повинен мати кримінальний і цивільний імунітет від переслідувань за заяви, що стосуються справи, зроблені у письмовій або усній формі за сумлінного виконання свого обов'язку й здійснення професійних обов'язків у суді, трибуналі або іншому юридичному або адміністративному органі (п. 20) [21].

Стандарти незалежності юридичної професії Міжнародної асоціації правників (1990 р.) містять такі важливі положення дисциплінарної відповідальності адвоката:

(а) із метою забезпечення можливостей Асоціації юристів і адвокатів щодо захисту їхньої професійної незалежності вони повинні бути негайно проінформовані про причину й юридичну підставу арешту або затримання будь-якого юриста і місце, де він утримується. Асоціація юристів і адвокатів повинна мати доступ до заарештованого чи затриманого юриста (п. 20);

(б) асоціації юристів і адвокатів повинні затверджувати і проваджувати в життя свій професійний кодекс (п. 21);

(в) у цьому кодексі повинні міститися правила порушення і розгляду дисциплінарної справи, які відповідають загальноприйнятим правилам (п. 22);

(г) відповідна асоціація юристів і адвокатів несе відповідальність за здійснення дисциплінарного провадження щодо адвоката (п. 23);

(г) первісне дисциплінарне провадження має проводитися в дисциплінарному комітеті відповідної Асоціації юристів і адвокатів. Адвокат повинен мати право на оскарження рішення дисциплінарного комітету в належний і незалежний орган, уповноважений вирішувати такі питання (п. 24) [44].

Хартія основоположних принципів європейської юридичної професії (2006 р.) проголошує принцип *честі та гідності*

адвокатської професії, доброчесності та бездоганної репутації окремого адвоката. «Для того щоб завоювати довіру клієнтів, третіх сторін, судів та держави, адвокат має бути гідним довіри... Ганебна поведінка може призвести до накладення санкцій на адвоката, включаючи, в найбільш серйозних випадках, виключення з професії» [46].

Рекомендація № R (2000) 21 Комітету Міністрів «Про свободу професійної діяльності адвокатів» (2000 р.) установлює важливий принцип, відповідно до якого дисциплінарне провадження має здійснюватися з повним додержанням принципів і норм, викладених у Конвенції з прав людини, включаючи право адвоката брати участь у провадженні щодо нього і клопотати про перегляд прийнятого рішення у судовій інстанції; під час визначення санкцій за дисциплінарні порушення адвокатів слід дотримуватися принципу пропорційності (принцип VI) [36].

Під час вивчення міжнародних стандартів юридичної відповідальності суддів і адвокатів варто також згадати низку важливих правових позицій Європейського суду з прав людини, які базуються на тлумаченні ч. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

1. *Органи, що здійснюють накладення стягнень, мають ознаки «судів» у розумінні ч. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.* До таких органів за чинним законодавством належать: (а) суди – під час застосування кримінального покарання й низки адміністративних стягнень щодо суддів і адвокатів; (б) органи дисциплінарної влади (кваліфікаційно-дисциплінарні комісії адвокатури, Вища рада правосуддя – під час застосування дисциплінарних стягнень); (в) слідчі судді – під час вирішення низки питань на досудових стадіях кримінального провадження або застосування запобіжних заходів відповідно до КПК України.

Згідно з європейськими стандартами, орган, який розглядає питання про дисциплінарну відповідальність судді, має бути незалежним від виконавчої та законодавчої влади і щонайменше наполовину складатися із суддів, обраних їхніми колегами так, щоб це гарантувало якнайширше представництво суддівства (п. п. 1.3, 5.1, 7.2 Європейської хартії про статут для суддів 1998 р.) [7]. Останнім часом цей стандарт стає ще жорсткішим: такий орган має складатися або виключно із суддів, або із суттєвої

більшості суддів, обраних судьями (п. 13 Магні Карти суддів (основоположні принципи), схваленої Консультативною радою європейських суддів у 2010 р.) [19].

Європейський суд із прав людини в рішенні по справі «О. Волков проти України» (від 9 січня 2013 р.) визнав, що «під час розгляду питання про звільнення суддів Вища рада юстиції, парламентський комітет і пленарні засідання Верховної Ради України спільно виконували судові функції» (п. 90) [5]. У цій справі екс-суддя Верховного Суду України успішно оскаржив до Страсбурзького суду своє звільнення. Відповідно до національного законодавства, склад і повноваження кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури мають багато спільного з функціонуванням Вищої ради правосуддя, яка вирішує питання про притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності. Самі ж стандарти такої відповідальності, викладені у міжнародно-правових актах, є схожими. Отже, у даному разі стосовно адвокатів можна застосувати аналогію права. У справі «О. Волков проти України» Європейський суд з прав людини наголосив на важливості застосування усєї сукупності стандартів належної правової процедури під час притягнення судді до дисциплінарної відповідальності (§§ 87–95) [5].

Керуючись наведеними вище правовими позиціями Європейського суду з прав людини, можна дійти висновку, що діяльність кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури із застосування дисциплінарних стягнень щодо суддів і адвокатів має відповідати загальним стандартам справедливого судового розгляду, викладеним у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Зокрема, у разі притягнення до різних видів юридичної відповідальності судді і адвокати мають користуватися такими гарантіями, як:

(1) установлення факту порушення ним обов'язку, передбаченого законом;

(2) закріплення прозорої процедури розгляду справи із забезпеченням прав судді й адвоката: (а) на повне інформування стосовно скарг, поданих проти нього; (б) на ознайомлення з усіма доказами, зібраними по його справі; (в) бути вислуханим (усно й письмово) органами, що здійснюють відповідне провадження на всіх його стадіях; (г) особисто постати перед цими органами під час провадження по його справі; (ґ) на представництво своїх інтересів; (д) на правовий захист від неправомірного впливу

органів, які здійснюють провадження у справі, та їхніх посадових осіб на процес відправлення правосуддя;

(3) передбачення законом можливих санкцій, які сформульовані чітко й однозначно;

(4) застосування санкції, що відбувається з урахуванням принципу пропорційності покарання вчиненому порушенню та його індивідуалізації;

(5) право судді і адвоката оскаржити прийняте рішення у судовому порядку.

2. *Підстави відповідальності й санкції, що застосовуються за їх порушення, мають бути чітко й однозначно встановлені законом і не можуть мати зворотної дії.* Процедура притягнення судді і адвоката до юридичної відповідальності обов'язково має бути закріплена законом. Відповідно до ч. 2 ст. 19 КУ, органи державної влади й органи місцевого самоврядування, їхні посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією й законами України. Пункт 22 ч. 1 ст. 92 Основного Закону країни визначає, що засади цивільно-правової відповідальності; діяння, які є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями, та відповідальність за них належить визначати виключно законами України. Конституційний Суд України під час тлумачення цієї норми вказав: «Притягнення до юридичної відповідальності має здійснюватися у певному порядку, на підставі процесуальних норм, що регламентують провадження у справі про порушення юридичними особами норм законодавства... При цьому законодавець може диференціювати строки притягнення до відповідальності, процедуру застосування заходів впливу до порушників законодавства залежно від особливостей суспільних відносин, що регламентуються зазначеним законодавством» (Рішення КС від 30 травня 2001 р. № 7-рп/2001) [40]. Згідно з правовою позицією Конституційного Суду України, «стаття 29 Конституції вимагає, що примусові заходи, які обмежують право на свободу та особисту недоторканність особи, застосовувалися на підставах і в порядку, встановлених законом» (Рішення КС від 26 червня 2003 р. № 12-рп/2003) [39]. Ці правові позиції підтверджують принцип законності інституту юридичної відповідальності. Отже, усі акти, які встановлюють відповідальність адвоката, повинні відповідати цьому постулату.

Інша конституційна норма, а саме ст. 58 КУ, приписує правило, згідно з яким закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи. Ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх учинення не визнавалися законом як правопорушення. Як роз'яснив КС України, «це означає, що закони поширюють свою дію тільки на ті відносини, які виникли після набуття законами чи іншими нормативно-правовими актами чинності. Закріплення названого принципу на конституційному рівні є гарантією стабільності суспільних відносин, у тому числі відносин між державою і громадянами, породжуючи у громадян упевненість у тому, що їхнє існуюче становище не буде погіршене прийняттям більш пізнього закону чи іншого нормативно-правового акта» (Рішення КС України у справі щодо несумісності депутатського мандата від 13 травня 1997 р. № 1-зп [38]). Цим самим рішенням Конституційний Суд України утворює принцип правової визначеності, розвинений і у практиці Європейського суду з прав людини.

Так, у Рішенні по справі «Солдатенко проти України» від 23 жовтня 2008 р. Європейський суд з прав людини вказав: «Коли йдеться про позбавлення свободи, надзвичайно важливою умовою є забезпечення загального принципу юридичної визначеності. Установлюючи, що будь-яке позбавлення свободи має здійснюватися «відповідно до процедури, встановленої законом», п. 1 ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод не просто відсилає до національного закону; як і словосполучення «згідно із законом» і «встановлені законом» у п. 2 статей 8–11, він також стосується «якості закону», вимагаючи від закону відповідності принципу верховенства права – ця ідея пронизує всі статті конвенції. При цьому «якість закону» означає, що у разі коли національний закон передбачає можливість позбавлення свободи, такий закон має бути достатньо доступним, чітко сформульованим і передбачуваним у своєму застосуванні – для того, аби виключити будь-який ризик свавілля» [37].

У Рішенні Конституційного Суду України № 3-р(І)/2019 від 5 червня 2019 р. викладені складники цього принципу: (а) «юридична визначеність дає можливість учасникам суспільних відносин завбачати наслідки своїх дій і бути впевненими у своїх легітимних очікуваннях (legitimate expectations), зокрема у тому, що набуте ними на підставі чинного законодавства право буде

реалізоване; (б) юридичною визначеністю зумовлюється втілення легітимних очікувань, тобто досягнення бажаного результату шляхом учинення правомірних дій з огляду на заздалегідь передбачені ймовірні наслідки; (в) утілення легітимних очікувань унеможлиблюється, зокрема, у разі, коли особа не може досягнути прогнозованого результату внаслідок зміни юридичного регулювання у такі строки, що не є розумними та обґрунтованими» [41].

Стосовно юридичної відповідальності юридична визначеність означає: (а) вимогу чіткого визначення на рівні закону підстави відповідальності; (б) заборону поширення юридичної відповідальності на дії або бездіяльність, які мали місце у минулому, тобто так звану «відповідальність заднім числом»; (в) заборону ретроспективного посилення санкцій відповідальності; (г) вимогу чіткої законодавчої регламентації процедури накладення санкцій на суб'єкта в разі вчинення ним неправомірних дій.

Отже, будь-яка процедура юридичної відповідальності судді й адвоката має відповідати засадам незалежності, неупередженості, прозорості, справедливості, розумності строків розгляду, презумпції невинуватості та іншим гарантіям належного судочинства й визначатися безпосередньо законом. Під час оцінювання будь-якої застосовуваної до судді й адвоката процедури треба давати їй оцінку на відповідність вимогам належного суду та принципу правової визначеності. Відсутність однієї або декількох із наведених вимог у юридичній процедурі, що має застосовуватися до представника правничої професії, ставить під сумнів законність і легітимність останньої і може послужити підставою для оскарження її результатів до суду.

2. Інститут дисциплінарної відповідальності судді

У теорії права виділяють *поняття й ознаки дисциплінарної відповідальності*. Вона трактується як обов'язок працівника понести покарання, передбачене нормами законодавства про працю, за протиправне невиконання чи неналежне виконання своїх трудових обов'язків. За загальним правилом вона настає за порушення правил трудової, службової, військової й навчальної дисципліни. Розрізняють два види дисциплінарної відповідальності: загальну і спеціальну. Перша настає на підставі норм Кодексу законів про працю України і правил внутрішнього

трудового розпорядку й поширюється на всіх осіб, якщо інше не визначено законодавством; другу передбачено для окремих категорій працівників (суддів, прокурорів, державних службовців, адвокатів, військовослужбовців та ін.) спеціальним законодавством, статутами й положеннями про дисципліну [45, с. 343, 344]. Як правило, особливості спеціальної дисциплінарної відповідальності визначаються галузевим законодавством, однак вони мають бути обов'язково встановлені на рівні закону (Рішення КСУ у справі про Дисциплінарний статут прокуратури від 22 червня 2002 р.) [42]. Основною підставою для виокремлення підвидів спеціальної дисциплінарної відповідальності є суб'єктний склад [47, с. 7].

Дисциплінарну відповідальність судді можна розглядати принаймні у двох аспектах. По-перше, вона є елементом правового статусу судді [48, с. 13], оскільки її особливості (визначення підстав, кола суб'єктів, які можуть ініціювати питання про дисциплінарну відповідальність суддів, органів, правомочних вирішувати такі питання) зумовлені саме його становищем як носія судової влади. По-друге, цей вид відповідальності можна розглядати як різновид професійної відповідальності юриста. Кожен юрист має сумлінно, чітко й неухильно виконувати покладені на нього законодавством трудові чи службові обов'язки, додержуватися всіх правил, що регламентують його професійну діяльність. Невиконання або неналежне виконання ним її вимог є дисциплінарним правопорушенням, що тягне за собою накладення дисциплінарних санкцій [50, с. 114–115].

Окрім вищезазначених, серед науковців і практиків існують такі правові позиції, пов'язані з правовою природою дисциплінарної відповідальності судді: (а) це адміністративна відповідальність у сфері управління; (б) це спеціальний вид відповідальності у сфері трудових відносин; (в) це особливий вид відповідальності, притаманний виключно суддям; (г) це елемент підзвітності судді громадянському суспільству. Більшість із наведених тез має право на існування, найбільш суперечливою видається перша з них. По-перше, правові відносини у сфері управління відрізняються за своєю правовою природою від правових відносин у сфері правосуддя і, по-друге, адміністративна відповідальність – це зовсім інший вид юридичної відповідальності, який має своєрідне призначення й специфічне

нормативне регулювання. Із винятковістю субінституту дисциплінарної відповідальності судді також важко погодитися, оскільки подібні правовідносини притаманні всім без винятку носіям владних повноважень; відрізняється лише специфіка відповідних підстав і процедур відповідальності.

Дисциплінарна відповідальність суддів, уважає С.В. Подкопаєва, полягає в зазнанні порушником суддівської дисципліни несприятливих позбавлень морального, матеріального й організаційного характеру й є одним із засобів забезпечення відповідності діяльності і поведінки суддів професійним стандартам (суддівській дисципліні) [24, с. 154].

На дисциплінарну відповідальність суддів поширюються, поперше, усі характерні ознаки юридичної відповідальності, подруге, особливості саме відповідальності дисциплінарної, встановлені нормами трудового права. Специфічні ознаки субінституту дисциплінарної відповідальності судді визначені законодавством про судоустрій (переважно в законах України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII і «Про Вищу раду юстиції» від 21 грудня 2016 р. № 1798-VII):

- специфіка цього виду відповідальності судді зумовлена особливостями формулювання її підстав, визначенням санкцій, а також процедурними аспектами її реалізації;

- суддя з огляду на принцип його незалежності не знаходиться у відносинах підпорядкування з органами, наділеними законом дисциплінарними повноваженнями (Вища рада правосуддя);

- роль роботодавця для судді виконує держава, яка делегує дисциплінарні повноваження спеціальним органам судової влади. З урахуванням особливостей правового статусу судді, історичних традицій і вимог міжнародних стандартів органом, який вирішує питання про накладення дисциплінарних стягнень на суддів, є Вища рада юстиції – орган суддівського самоврядування, більшість в якому становлять судді. А тому делегування їй державою дисциплінарних повноважень стосовно суддів є цілком логічним;

- процедура дисциплінарного провадження стосовно судді теж підпорядкована дії принципу незалежності суддів, хоча і має багато спільного із загальними засадами такого провадження за трудовим законодавством. Ця процедура зазвичай проходить такі стадії: а) здійснення перевірки даних про наявність підстав

для притягнення до дисциплінарної відповідальності за зверненням, що містить відомості про порушення суддею вимог щодо статусу, посадових обов'язків чи присяги; б) відкриття дисциплінарної справи, її розгляд і прийняття рішення органом, що здійснює дисциплінарне провадження; в) виконання цього рішення; можливі також стадії оскарження й перегляду останнього [18, с. 218–236; 29, с. 536; 45, с. 343, 344].

У вітчизняній судовій практиці теж можна знайти спроби надати оцінку інституту дисциплінарної відповідальності судді. Так, Велика Палата Верховного Суду у Постанові від 07.11.2019 по справі № 9901/243/19 зауважила: «...ВРП не може використовувати скасування судового рішення як підставу для дисциплінарної відповідальності, пеналізації чи для ухвалення рішення з негативними наслідками для особи, оскільки відповідно до абзацу другого частини першої статті 49 Закону № 1402-VIII «Про судоустрій і статус суддів» суддю не може бути притягнуто до відповідальності за ухвалене ним судове рішення за винятком учинення злочину або дисциплінарного проступку.

...Велика Палата Верховного Суду розуміє, що судді не повинні бути поза юридичною відповідальністю. Проте відповідальність у вигляді відмови внести подання про призначення на посаду за діяльність, пов'язану зі здійсненням правосуддя, повинна наставати виключно за умисне (у формі [прямого чи непрямого] умислу чи грубої необережності) винесення незаконних судових рішень. Судді не повинні відповідати за тлумачення на свій розсуд правової норми, що відрізняється від тлумачення цієї норми його колегами, якщо у його рішенні відкрито, в рамках відповідного судочинства, наведена аргументація на його користь, з якою згодом не погодився суд вищого рівня. Основним засобом правового захисту від помилок у судових рішеннях слугує оскарження цих рішень у порядку апеляційного провадження. Скасування не може слугувати єдиною підставою визнання судового рішення незаконним, оскільки скасування не обов'язково означає, що суддя діяв некомпетентно або непрофесійно.

Отже, тільки скасування судового рішення у поєднанні з аналізом причин та підстав його скасування, власна оцінка і віднесення судових рішень до незаконних чи таких, що ухвалені з порушенням вимог закону, чи надання їм визначень, подібних до наведених у Рішенні, у розумінні законодавчого положення щодо

рішення про відмову у внесенні Президентом України подання про призначення судді на посаду не може визнаватися підставою чи мотивами, що містяться в ньому, з яких ВРП прийшла до відповідних висновків».

Такі висновки Верховного Суду повною мірою відображають міжнародний стандарт відповідальності судді, який базується на фундаментальному принципі його незалежності. Ексголова Вищої кваліфікаційної комісії суддів України І.Л. Самсін справедливо підкреслив, що дисциплінарна відповідальність не може бути засобом впливу на суддю та не може розглядатися як елемент контролю над судовою владою або застосовуватися з метою обмеження незалежності судової влади [43, с. 3].

Отже, можемо відзначити, що *дисциплінарна відповідальність судді є різновидом професійної юридичної відповідальності, характерні особливості якої зумовлюються його статусом як носія судової влади, зокрема його незалежністю у процесі відправлення правосуддя*. Порядок і підстави притягнення судді до цього виду відповідальності визначені законодавством про судоустрій. Узагальнення змісту законодавства країн ЄС і СНД свідчить, що підставами притягнення судді до дисциплінарної відповідальності або звільнення його з посади слід розглядати:

- порушення обов'язків судді, передбачених законом, або недобросовісне їх виконання (Франція, Литва, Бельгія, ФРН, Ісландія, Італія, Японія, Польща, Словенія, Туреччина);
- недодержання правил суддівської етики, у тому числі поведінки, що загрожує довірі до судової системи (Литва, США, Білорусь, Казахстан, Кіпр, Естонія, Італія, Молдова, Румунія);
- недотримання процесуального законодавства, у тому числі затримки під час розгляду справ (Естонія, Словенія, Туреччина);
- здійснення суддею дій, які порочать звання судді або завдають шкоду інтересам правосуддя (Франція, Литва, Вірменія, Польща, Японія, Норвегія, Румунія, Туреччина);
- недодержання обмежень, передбачених для посади судді (Литва, Молдова);
- учинення адміністративного правопорушення (Литва);
- порушення трудової дисципліни (Вірменія, Білорусь, Казахстан);
- недотримання законності або вимог чинного законодавства під час відправлення правосуддя (Вірменія, Білорусь, Казахстан, Польща);

- наявність недоліків у судовій роботі через недбалість (Вірменія);
- нездатність виконувати свої обов'язки (Мальта);
- невиконання адміністративних обов'язків (Молдова, Туреччина) [13, с. 548; 19, с. 75–109; 20, с. 210].

У доповіді Інституту порівняльного публічного і міжнародного права М. Планка «Незалежність судової влади у перехідний період» (2012 р.) відзначається, що в багатьох європейських країнах підстави для дисциплінарної відповідальності суддів визначаються в досить загальних рисах (наприклад, повне або неодноразове ігнорування службових обов'язків, у результаті чого можна зробити висновок про явну непридатність судді для займаної ним посади (Швеція) [1, с. 88]. Варто зауважити, що Європейський суд з прав людини допускає, що в деяких сферах іноді важко сформулювати закони досить точно, а тому певний ступінь гнучкості є навіть бажаним для того, щоб національні суди застосовували закон у світлі своєї оцінки необхідних заходів з урахуванням конкретних обставин кожної справи [5]. Однак для дотримання принципу правової визначеності при цьому мають існувати чіткі критерії практичного застосування вказаних положень закону.

Отже, *дисциплінарний проступок судді можна визначити як дію або бездіяльність судді, яка полягає у порушенні ним установлених Конституцією України, процесуальним та судоустрійним законодавством прав, обов'язків і компетенцій, об'єктивні ознаки якої визначені законом як підстава для дисциплінарної відповідальності судді.*

Аналіз законодавства про судоустрій, яке регламентує підставу дисциплінарної відповідальності судді, дозволяє виділити *три підвиди цього різновиду відповідальності, які зумовлюють диференціацію її підстав і наслідків.*

1. По-перше, законодавець виділяє дисциплінарну відповідальність, пов'язану з певним ураженням правового статусу судді, що полягає у накладенні на нього дисциплінарного стягнення. При цьому суддя продовжує виконувати свої обов'язки, зазнаючи лише певних обмежень організаційного, матеріального або службового характеру. Отже, такий підвид дисциплінарної відповідальності можна назвати *ординарною*. Такі проступки, передбачені підпунктами 1 (а–д), 2, 3, 4, 5, 6, 8, 13

частини 1 ст. 106 й ч. 2 ст. 106 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», а саме:

- умисна або внаслідок недбалості незаконна відмова в доступі до правосуддя (у тому числі незаконна відмова в розгляді по суті позовної заяви, апеляційної, касаційної скарги тощо) або інше істотне порушення норм процесуального права під час здійснення правосуддя, що унеможливило реалізацію учасниками судового процесу наданих їм процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків або призвело до порушення правил щодо юрисдикції або складу суду;

- умисне або внаслідок недбалості незазначення у судовому рішенні мотивів прийняття чи відхилення аргументів сторін щодо суті спору;

- умисне або внаслідок недбалості порушення засад гласності й відкритості судового процесу;

- умисне або внаслідок недбалості порушення засад рівності всіх учасників судового процесу перед законом і судом, змагальності сторін і свободи в наданні ними суду своїх доказів і в доведенні перед останнім їх переконливості;

- умисне або внаслідок недбалості незабезпечення обвинуваченому права на захист, перешкоджання реалізації прав інших учасників судового процесу;

- порушення правил щодо відводу (самовідводу) судді;

- безпідставне затягування або невжиття суддею заходів щодо розгляду заяви, скарги чи справи протягом встановленого законом строку, зволікання з виготовленням вмотивованого судового рішення, несвоєчасне надання копії судового рішення для її внесення до Єдиного державного реєстру судових рішень;

- допущення суддею поведінки, що порочить звання судді або авторитет правосуддя, зокрема в питаннях моралі, чесності, невідкупності, відповідності способу життя судді його статусу, дотримання інших норм суддівської етики та стандартів поведінки, які забезпечують суспільну довіру до суду, прояв неповаги до інших суддів, адвокатів, експертів, свідків чи інших учасників судового процесу;

- умисне або внаслідок грубої недбалості допущення суддею, який брав участь в ухваленні судового рішення, порушення прав людини і основоположних свобод або інше грубе порушення закону, що призвело до істотних негативних наслідків;

- розголошення суддею охоронюваної законом таємниці, у тому числі таємниці нарадчої кімнати, або інформації, що стала йому відома під час розгляду справи в закритому судовому засіданні;

- неповідомлення суддею Вищої ради правосуддя та Генерального прокурора про випадок утручання в діяльність судді щодо здійснення правосуддя, у тому числі про звернення до нього учасників судового процесу чи інших осіб, включаючи осіб, уповноважених на виконання функцій держави, із приводу конкретних справ, що перебувають у провадженні судді, якщо таке звернення здійснено в інший, аніж передбачено процесуальним законодавством спосіб, упродовж п'яти днів після того, як йому стало відомо про такий випадок;

- утручання у процес здійснення судочинства іншими суддями;

- ненадання інформації або надання завідомо недостовірної інформації на законну вимогу члена Вищої кваліфікаційної комісії суддів України та/або члена Вищої ради правосуддя, у тому числі недодержання встановлених законом строків надання інформації;

- умисне порушення суддею норм права чи неналежне ставлення до службових обов'язків, які призвели до скасування або зміни судового рішення.

Порушення правил внутрішнього трудового розпорядку суддею тлумачиться органами дисциплінарної влади як порушення суддівської етики. За трудовим законодавством підставами для розірвання трудового договору з ініціативи власника або уповноваженого ним органу, що свідчать про порушення працівником правил внутрішнього трудового розпорядку, є: систематичне невиконання працівником без поважних причин обов'язків, покладених на нього трудовим договором або правилами внутрішнього трудового розпорядку, якщо до працівника раніше застосовувалися заходи дисциплінарного чи громадського стягнення, а також прогул (у тому числі відсутність на роботі понад трьох години протягом робочого дня) без поважних причин (пункти 3 і 4 ч. 1 ст. 40 Кодексу законів про працю України). Аналогічні порушення вчиняються й суддями. Викладене свідчить про нагальну потребу додати до підстав дисциплінарної відповідальності, передбачених ч. 1 ст. 106 Закону України № 1402-VIII «Про

судоустрій і статус суддів», такої підстави, як грубе порушення суддею правил внутрішнього трудового розпорядку суду. Водночас систематичне порушення суддею цих правил суду має бути підставою для звільнення судді з посади.

Отже, однократне істотне порушення чинного законодавства, Кодексу суддівської етики, обов'язків судді або правил внутрішнього трудового розпорядку, відсутність негативних наслідків неправомірного діяння судді або їх неістотний характер, відсутність прямого умислі судді на вчинення неправомірного діяння є характерними ознаками ординарного дисциплінарного проступку, внаслідок вчинення якого суддя не може бути звільнений з посади. Залишення рішення судді в силі під час його перегляду вищестоящими інстанціями, як і однократність неправомірного діяння, мають бути кваліфіковані органом дисциплінарної влади як суттєві ознаки ординарного дисциплінарного проступку.

2. По-друге, у деяких випадках органи дисциплінарної влади уповноважені ухвалювати рішення про звільнення судді із займаної посади. У такому разі йдеться про вчинення суддею дій, які за своїм характером несумісні з подальшим перебуванням його на посаді й виконанням владних повноважень. Звільнення судді має наслідком утрату ним свого правового статусу. Відповідно, можна вести мову про підвид *дисциплінарної відповідальності, яка несумісна з високим званням судді й виключає подальше його перебування на посаді.*

Відповідно до ч. 1 ст. 115 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» № 1402-VIII, суддя звільняється з посади у зв'язку з учиненням істотного дисциплінарного проступку, грубим чи систематичним нехтуванням обов'язками, яке є несумісним зі статусом судді або в разі виявлення його невідповідність займаній посаді. Згідно з ч. 1 ст. 118 Закону № 1402-VIII, порушення обов'язку підтвердити законність джерела походження майна є підставою для звільнення судді з посади. Факти, що свідчать про це, як і порушення ним обов'язку підтвердити законність джерела походження майна, мають бути встановлені ВРП (її відповідними органами) під час дисциплінарного провадження щодо судді (ч. 3 ст. 56 Закону України «Про Вищу раду правосуддя»). Порушення суддею обов'язку підтвердити законність джерела походження майна може бути встановлене: (1) у межах дисциплінарного

провадження – Вищою радою правосуддя (її органами); (2) у межах кваліфікаційного оцінювання – Вищою кваліфікаційною комісією суддів України; (3) судом під час розгляду відповідної справи (ч. 2 ст. 118 Закону № 1402-VIII). Рішення про звільнення судді з посади ухвалює Вища рада правосуддя в порядку, визначеному Законом України «Про Вищу раду правосуддя» (ч. 2 ст. 112 Закону № 1402-VIII).

Вищеназвані підстави звільнення судді замінили таке його формулювання, як «порушення присяги». Такий крок спрямований на забезпечення принципу правової визначеності у формулюванні підстави відповідальності судді, а також під впливом рекомендацій Венеціанської комісії. Оцінку категорії «порушення присяги» надав Європейський суд з прав людини у своєму рішенні по справі «О. Волков проти України» (від 9 січня 2013 р.) [5]. Зокрема, Судом було відзначено, що в Україні бракує будь-яких принципів і практики, що давали б змогу точно й послідовно інтерпретувати поняття «порушення присяги судді» як підставу для звільнення його з посади (п. 180), і належних процесуальних гарантій для попередження довільного тлумачення застосування відповідних норм матеріального права під час звільнення судді за цією підставою. Євросуд дійшов висновку, що «це призвело до неможливості передбачити наслідки застосування відповідних положень національного права. На цій підставі можна також припустити, що практично будь-який проступок судді, вчинений у будь-який час протягом його кар'єри, може бути інтерпретований за бажанням дисциплінарного органу як достатня фактична підстава для дисциплінарного звинувачення в «порушенні присяги» і призвести до відсторонення судді від посади» (п. 185). Він також указав, що національному законодавству належить бути достатньо передбачуваним у своїх формулюваннях, щоб надати людям адекватні вказівки на обставини й умови, за яких влада має право вдатися до заходів, що стосуються їх права відповідно до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (п. 170). Відсутність чітких підстав для звільнення судді з посади мало для заявника негативні наслідки (з погляду як його приватного життя, так і професійної репутації) і становить порушення ст. 8 указаної Конвенції, яка регламентує право на приватність [5].

Істотним дисциплінарним проступком або грубим нехтуванням обов'язками судді, що є несумісним зі статусом судді або виявляє його невідповідність займаній посаді, може бути визнаний, зокрема, будь-який з таких фактів:

(1) суддя допустив поведінку, що порочить його звання або підриває авторитет правосуддя, у тому числі в питаннях моралі, чесності, непідкупності, відповідності способу життя судді його статусу, дотримання інших етичних норм та стандартів поведінки, які забезпечують суспільну довіру до суду;

(2) суддя вчинив дисциплінарний проступок, маючи непогашене дисциплінарне стягнення (крім попередження чи догани), або має два непогашених таких стягнення;

(3) встановлено факт недоброчесної поведінки судді, у тому числі здійснення ним або членами його сім'ї витрат, що перевищують його доходи та доходи членів його сім'ї, законність джерел яких підтверджена; встановлення невідповідності рівня життя судді задекларованим ним та членами його сім'ї майну і доходам; використання статусу судді з метою незаконного отримання ним або третіми особами матеріальних благ або іншої вигоди;

(4) суддю визнано судом винним у вчиненні корупційного правопорушення або правопорушення, пов'язаного з корупцією;

(5) суддя не виконав вимоги рішення органу, що здійснює дисциплінарне провадження щодо судді, або за результатами кваліфікаційного оцінювання, призначеного як наслідок дисциплінарної відповідальності, не підтвердив свою здатність здійснювати правосуддя у відповідному суді;

(6) суддя у встановлені строки умисно не подав декларацію доброчесності чи декларацію родинних зв'язків або умисно задекларував недостовірні (у тому числі неповні) твердження у декларації доброчесності;

(7) суддя допустив інше грубе порушення закону, що підриває суспільну довіру до суду (ч. 9 ст. 109 Закону України № 1402-VIII «Про судоустрій і статус суддів»).

Розмежування між ординарним дисциплінарним проступком судді та проступком, який повинен мати наслідком звільнення його з посади, слід провадити за такими критеріями, як: (а) форма вини судді; (б) зміст і ознаки вчиненого діяння; (в) кількісні характеристики дисциплінарного проступку і (г) наслідки вчиненого.

За формою вини дисциплінарний проступок судді може характеризуватися умислом або необережністю. І формулювання чинного законодавства, і міжнародні стандарти дають змогу зробити висновок, що істотною ознакою ординарного проступку є необережність у формі недбалості або непрямого умислу (пп. 1 ч. 1 ст. 106; пп. 4 ч. 1 ст. 106 Закону № 1402-VIII; п. 69 Рекомендації CM/Rec (2010) 12 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам «Щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки») [49]. Судова ж і дисциплінарна практика засвідчує, що звільнення суддів, як правило, має місце в результаті вчинення умисних діянь: «...Ухвалюючи судові рішення, суддя має чітко усвідомлювати протиправність своїх дій (або бездіяльності), передбачати їхні негативні наслідки й можливість їх настання» [28]. Примітно, що в одному зі своїх рішень Велика Палата Верховного Суду визнала правомірність встановлення вини судді одночасно у вчиненні двох видів правопорушень: кримінального й дисциплінарного. У Постанові від 04.10.2018 по справі № п/9901/334/18 Велика Палата Верховного Суду звернула увагу, що «згідно з практикою Європейського суду з прав людини, не є порушенням ст. 6 Конвенції притягнення до дисциплінарної відповідальності на основі відомостей про факти, що встановлені у кримінальному провадженні, якщо такі відомості аналізувалися під кутом зору правил службової етики, навіть якщо особа була у кримінальному провадженні виправданою (див. Рішення Європейської комісії з прав людини від 6 жовтня 1982 р. у справі «X. v. Austria» про неприйнятність заяви № 9295/81) чи таке провадження було закрите (див. рішення Європейської комісії з прав людини від 7 жовтня 1987 р. у справі «C. v. The United Kingdom» про неприйнятність заяви № 11882/85). Більше того, гарантована п. 2 ст. 6 Конвенції презумпція невинуватості застосовується до процедури, яка за своєю суттю є кримінальною й у межах якої суд робить висновок про вину особи саме у кримінально-правовому сенсі (Рішення Європейського суду з прав людини від 11 лютого 2003 р. у справі «Ringvold v. Norway», заява № 34964/97). Отже, зазначена гарантія не може бути поширена на дисциплінарні й інші провадження, які згідно з п. 1 ст. 6 Конвенції охоплюються поняттям спору щодо прав та обов'язків цивільного характеру».

За змістовними ознаками вчиненого діяння проступки, несумісні з подальшим перебуванням на посаді судді, слід відрізняти від ординарних дисциплінарних проступків передусім за якісними характеристиками. Тлумачення положень частин 8 і 9 ст. 109 Закону № 1402-VIII дає змогу констатувати, що до об'єктивних ознак указанного різновиду проступків можна віднести: (а) порушення суддею норм процесуального закону, (б) неправильне застосування норм закону матеріального, (в) нехтування правилами суддівської етики й загально визнаними нормами моралі, (г) порушення приписів антикорупційного законодавства, (ґ) вчинення суддею корупційного правопорушення або правопорушення, пов'язаного з корупцією, (д) недотримання ним імперативних вимог органу дисциплінарної влади. Велика Палата Верховного Суду оцінює істотність дисциплінарного проступку судді під кутом зору авторитету судової влади. У Постанові від 23.08.2018 по справі № п/800/164/17 Верховний Суд зауважив, що «питання довіри до судової системи стає ще більш важливим з огляду на зростання глобалізації спорів і широке поширення судових рішень. У державі, яка керується принципом верховенства права, громадськість має право сподіватися на утвердження загальних принципів, що є сумісними з поняттям справедливого суду та гарантують фундаментальні права. Порушення, так само як і дотримання правил суддівської етики, можуть впливати на рівень довіри як у бік збільшення (підвищення) так і у бік зменшення (зниження).

Обов'язки суддів містять як урегульовані правовими нормами вимоги щодо необхідної поведінки судді (юридичні обов'язки), так і вимоги, що мають характер моральних та зумовлюються вимогами професійного обов'язку судді. Невиконання або неналежна реалізація суддею обов'язків може призвести до істотних змін у його правовому становищі, навіть до втрати статусу носія судової влади. .. Велика Палата Верховного Суду погоджується з висновками суду першої інстанції, що обов'язок судді здійснювати свої повноваження до ухвалення рішення про його звільнення є його професійним обов'язком, а тому досить тривала відсутність судді на роботі без поважних причин правомірно розцінене Вищою радою правосуддя як грубе нехтування своїми обов'язками, що є несумісним з її статусом».

Порушення правил суддівської етики доволі часто тлумачиться як діяння, проступки, несумісні з подальшим перебуванням на посаді судді. Європейський суд з прав людини неодноразово висловлював позицію, відповідно до якої «головне, що необхідно для забезпечення авторитету правосуддя – це довіра, яку суди в демократичному суспільстві повинні надавати обвинуваченим під час розгляду кримінальних справ, а також усієї широкій громадськості» (Рішення Євросуду у справі «Фей проти Австрії» від 24 лютого 1993 р.). Підкреслюючи особливу роль судової системи в суспільстві, яка, будучи гарантом справедливості й основоположною цінністю в державі, де панує закон, має користуватися довірою суспільства для успішного виконання своїх функцій, Євросуд наголошує, що може виникнути потреба захистити цю довіру від руйнівних посягань з урахуванням тієї обставини, що судді, які стали об'єктами критики, пов'язані обов'язком стриманості, який вимагає від них утримуватися від відповіді на критику (Рішення Євросуду у справі «Прагер і Обершлік проти Австрії» від 26 квітня 1995 р.) [6, с. 236, 374]. Як відзначила Велика Палата Верховного Суду в Постанові від 4 жовтня 2018 р., *«високі стандарти поведінки полягають у тому, що суддя як на роботі, так і в повсякденному житті повинен демонструвати бездоганну поведінку, спрямовану на зміцнення у свідомості суспільства поваги і довіри до судової влади»*. У вказаній справі Верховний Суд підтвердив законність звільнення судді за керування транспортним засобом у нетверезому стані, а також невиконання ним вимог поліцейських про зупинку, що отримало негативний розголос у суспільстві.

В іншій Постанові від 15.03.2018 по справі № 73001382 Верховний Суд підкреслив, що «встановлення в діях судді ознак порушення правил суддівської етики, передбачених Кодексом суддівської етики, не є достатнім фактором для притягнення його до дисциплінарної відповідальності. Необхідною умовою є те, щоб у діях (бездіяльності) судді було встановлено порушення вимог тих чи інших законів, а норми цього Кодексу у такому разі є допоміжним інструментом для обґрунтування підстав притягнення судді до дисциплінарної відповідальності...

Велика Палата Верховного Суду звертає увагу, що як за приписами Закону України «Про судоустрій і статус суддів» № 2453-VI (у редакції 2015 р.), так і Закону України «Про судоустрій і статус суддів» № 1402-VIII (у редакції 2016 р.)

обов'язковим наслідком допущення суддею неетичної поведінки, за яку його можна притягнути до дисциплінарної відповідальності, є те, що така поведінка має підривати авторитет правосуддя».

Уважаємо, що найбільшу складність для прикладного застосування підстави дисциплінарної відповідальності судді становить необхідність розмежування вище перелічених суддівських порушень у їх змістовному вимірі, оскільки кожне з них може бути підставою як для звільнення судді з посади, так і для застосування більш м'якого дисциплінарного стягнення. Ці порушення також можуть стати підставою для скасування рішення судді під час їх оскарження. Зауважимо, що правової дефініції конструкції «суттєві порушення норм процесуального права» законодавство України не містить, оскільки воно передбачено самим процесуальним законом. Приміром, відповідно до кримінально-процесуального законодавства, суттєвими порушеннями кримінального процесуального закону вважаються порушення його вимог, які перешкодили чи могли перешкодити суду ухвалити законне й обґрунтоване судові рішення. Такі порушення в обов'язковому порядку тягнуть за собою скасування рішення суду і передбачені ст. 412 КПК України.

Варто відзначити, що жодним нормативним актом не визначено, як відмежувати так звану «суттєвість» порушення процесуального закону, яке тягне лише скасування рішення суду, від підстави, за якої суддя притягується до відповідальності. Значить, оцінювання змісту процесуальних порушень, допущених суддями, повністю покладається на розсуд органу дисциплінарної влади.

У контексті розмежування порушень суддів, за яких їх слід звільняти з посади, і таких, за які мають накладатись інші дисциплінарні стягнення (менш тяжкі), можна навести правову позицію Верховного Суду України щодо державних службовців. У Постанові від 21 січня 2014 р. по справі № 21-479a13 Судова палата в адміністративних справах указала, що звільнення за порушення Присяги може мати місце лише, коли *державний службовець учинив проступок проти інтересів служби, що суперечить покладеним на нього обов'язкам, підриває довіру до нього як до носія влади, що призводить до приниження державного органу й унеможливорює подальше виконання ним*

своїх обов'язків. Припинення державної служби за порушення Присяги може застосовуватися тільки у *крайніх випадках*, коли дисциплінарний проступок містить ознаки саме такого порушення і заходи дисциплінарного стягнення, на переконання особи, уповноваженої вирішувати питання про відповідальність посадовця, є недостатніми чи попереднє їх ужиття не дало бажаного результату. Із нашої точки зору, таке тлумачення підстав звільнення можна цілком застосовувати й до суддів, коли орган дисциплінарної влади сумнівається у виборі виду дисциплінарного стягнення щодо судді.

За кількісними характеристиками дисциплінарні проступки можуть бути однократними, повторюваними й систематичними. Як відзначає О.Є. Луценко, «у разі наступного вчинення дисциплінарного проступку йдеться про повторюваність, а коли порушення вчинюється тричі й більше разів – про систематичність» [17, с. 15]. При цьому спільною ознакою повторюваного й систематичного діяння є вчинення нових проступків особою, яка має непогашені стягнення на момент їх учинення.

Тлумачення положень пп. 2 ч. 9 ст. 109 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» № 1402-VIII свідчить, що звільнення судді з посади можливе за наявності двох непогашених дисциплінарних стягнень або вчинення нового проступку за наявності стягнення непогашеного, крім попередження чи догани. Отже, повторністю для суддів слід уважати вчинення двох і більше проступків. При цьому треба мати на увазі, що одне дисциплінарне стягнення може бути застосовано до судді, який учинив більше одного проступку, а тому сумарна кількість застосованих дисциплінарних стягнень не обов'язково дорівнює кількості неправомірних діянь. Оцінювання дисциплінарного проступку судді покладається на розсуд органів дисциплінарної влади, які мають щодо цього досить широку дискрецію.

Дисциплінарний проступок, передбачений п. 14 ч. 1 ст. 106 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» № 1402-VIII, полягає у *непроходженні курсу підвищення кваліфікації в Національній школі суддів України відповідно до направлення, визначеного органом, що здійснює дисциплінарне провадження щодо суддів, або непроходження подальшого кваліфікаційного оцінювання для підтвердження здатності судді здійснювати правосуддя у відповідному суді, або непідтвердження здатності*

судді здійснювати правосуддя у відповідному суді за результатами цього кваліфікаційного оцінювання і має наслідком звільнення судді з посади. Аналіз диспозиції цієї норми свідчить про те, що вона не містить самостійного проступку, а передбачає негативні наслідки вчинення суддею іншого протиправного діяння. Підпункт 14 ч. 1 ст. 106 Закону № 1402-VIII є так званим «подвійним» покаранням судді, який учинив правопорушення й не виконав умови реалізації застосованої до нього правової санкції.

Аналіз законодавства про судоустрій свідчить, що суттєвими ознаками діяння, несумісного з подальшим перебуванням на посаді судді, слід також уважати *порушення суддею вимог щодо несумісності* (ст. 114 Закону № 1402-VIII). По суті, цей проступок належить до дисциплінарних, однак законодавець диференціює цю підставу для звільнення судді, передбачаючи для неї окрему процедуру (Гл. 3 Розділу II Закону України «Про Вищу раду правосуддя»). Підтвердженням нашої позиції є норма п. 11.6 Регламенту Вищої ради правосуддя, згідно з яким підготовка справи до розгляду здійснюється в порядку, передбаченому для розгляду дисциплінарних справ³.

Отже, можна резюмувати, що суттєвими ознаками діяння, несумісного з подальшим перебуванням на посаді судді, є:

(а) спрямований наперед умисел судді на вчинення дисциплінарного проступку;

(б) грубе порушення ним норм процесуального права, неправильне застосування норм права матеріального або інші неправомірні діяння судді, які явно свідчать його про несумлінність, недоброчесність, упередженість під час здійснення ним правосуддя, зокрема: ухвалення суддею рішення всупереч практиці вищих судових органів, приписів Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, прецедентів Європейського суду з прав людини, ухвалення процесуального рішення, не передбаченого процесуальним законодавством, грубе порушення правил підсудності й підвідомчості, підміна суддею компетенції іншого органу державної влади, вчинення суддею неправомірних процесуальних дій унаслідок отримання неправомірної вигоди тощо;

³ Регламент Вищої ради правосуддя : Рішення Вищої ради правосуддя від 24 січня 2017 р. № 52/0/15-17 (зі змінами і доп. станом на 01.05.2021). URL: <https://hcj.gov.ua/page/normatyvni-akty>.

(в) систематичність неправомірних дій судді, що означає вчинення дисциплінарного проступку суддею, який має більше одного непогашеного стягнення на момент учинення цього проступку, або вчинення суддею декількох дисциплінарних проступків одночасно;

(г) негативні наслідки, що знаходяться у прямому причинному зв'язку з діями судді: якщо внаслідок рішення настали суттєві порушення прав і законних інтересів особи, декількох осіб, групи осіб або держави; якщо ці наслідки неможливо усунути; якщо неправомірне діяння судді мало значний суспільний резонанс або підриває суспільну довіру до суду;

(р) недотримання суддею вимог несумісності, істотне порушення приписів суддівської етики або антикорупційного законодавства;

(д) визнання судді винним у вчиненні адміністративного правопорушення.

3. По-третє, порушення суддею вимог антикорупційного законодавства полягає у вчиненні ним корупційного правопорушення або правопорушення, пов'язаного з корупцією, й може мати наслідком: (а) притягнення судді до ординарної дисциплінарної відповідальності; (б) звільнення судді за посади за порушення ним присяги; (в) одночасне накладення на суддю адміністративного стягнення в порядку, передбаченому Кодексом України про адміністративні правопорушення, та дисциплінарного стягнення в рамках дисциплінарного провадження.

Закон України «Про судоустрій і статус суддів» не наводить дефініцій термінів «корупційне правопорушення» і «правопорушення, пов'язане з корупцією», але системний аналіз його положень дає змогу зробити висновок, що такими дисциплінарними правопорушеннями треба вважати проступки, передбачені пп. 7, 9–12 й 14–19 частини 1 ст. 106 цього Закону, а саме:

– неповідомлення або несвоєчасне повідомлення Ради суддів України про реальний чи потенційний конфлікт інтересів судді (крім випадків, коли конфлікт інтересів урегулюється у визначеному процесуальним законом порядку);

– неподання або несвоєчасне подання для оприлюднення декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави

або місцевого самоврядування, в порядку, встановленому законодавством у сфері запобігання корупції;

- зазначення в декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, завідомо неправдивих відомостей або умисне незазначення відомостей, передбачених законодавством;

- використання статусу судді з метою незаконного отримання ним або третіми особами матеріальних благ або іншої вигоди, якщо таке правопорушення не містить складу злочину або кримінального проступку;

- допущення суддею недоброчесної поведінки, у тому числі здійснення суддею або членами його сім'ї витрат, що перевищують доходи такого судді й доходи членів його сім'ї, а також установа невідповідності рівня життя судді задекларованим доходам;

- визнання судді винним у вчиненні корупційного правопорушення або правопорушення, пов'язаного з корупцією, у випадках, установлених законом;

- неподання або несвоєчасне подання суддею декларації родинних зв'язків у порядку, визначеному законом;

- подання в декларації своїх родинних зв'язків завідомо недостовірних (у тому числі неповних) відомостей;

- неподання або несвоєчасне подання декларації доброчесності у визначеному законом порядку;

- декларування завідомо недостовірних (у тому числі неповних) тверджень у декларації доброчесності.

Правова кваліфікація цих діянь пов'язана з низкою складнощів. По-перше, формулювання складів цієї групи проступків у законодавстві про судоустрій має бланкетний (відсилочний) характер, оскільки суттєві ознаки їх об'єктивного боку сформульовані в антикорупційному законодавстві. По-друге, відсутність чіткого переліку корупційних проступків і проступків, пов'язаних із корупцією, у Законі України «Про судоустрій і статус суддів» № 1402-VIII спричиняє ситуацію, коли орган дисциплінарної влади фактично не зобов'язаний виконувати приписи ст. 59 Закону України «Про запобігання корупції» № 1700-VII, за яким відомості про осіб, яких притягнуто до кримінальної, адміністративної, дисциплінарної або цивільно-правової відповідальності за вчинення корупційних або пов'язаних із корупцією правопорушень, а також про

юридичних осіб, до яких застосовано заходи кримінально-правового характеру у зв'язку з учиненням корупційного правопорушення, вносяться до Єдиного державного реєстру осіб, які вчинили корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення, що формується та ведеться Національним агентством з питань запобігання корупції. Органи дисциплінарної влади зобов'язані виконувати згаданий припис Закону № 1700-VI лише в разі визнання судді винним у вчиненні корупційного правопорушення або правопорушення, пов'язаного з корупцією, у випадках, установлених законом (п. 15 ч. 1 ст. 106 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»). Третім проблемним моментом є те, що під час реалізації своїх повноважень органи дисциплінарної влади, накладаючи стягнення на суддів за вчинення останніми проступків корупційних або пов'язаних із корупцією, перші фактично будуть вимушені підміняти повноваження правоохоронних органів. У разі виявлення ознак корупційного або пов'язаного з корупцією правопорушення Національне агентство з питань запобігання корупції затверджує обґрунтований висновок, який надсилає спеціально уповноваженим суб'єктам у сфері протидії корупції (ч. 3 ст. 12 Закону України «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII). Спеціально уповноважені суб'єкти у сфері протидії корупції – це органи прокуратури, органи внутрішніх справ України, Національне антикорупційне бюро України, Національне агентство з питань запобігання корупції (ст. 1 Закону № 1700-VII). Органи дисциплінарної влади не належать до спеціально уповноважених суб'єктів у сфері протидії корупції. Тому доведення фактів вчинення суддею правопорушення корупційного або пов'язаного з корупцією у дисциплінарному провадженні можливе лише шляхом надсилання органами Вищої ради правосуддя відповідних запитів до компетентних правоохоронних органів та ухвалення рішення на підставі отриманих на запити відповідей, пояснень судді та інших матеріалів, які органи дисциплінарної влади вправі випробовувати на виконання своїх повноважень.

Завершуючи аналіз субінституту дисциплінарної відповідальності судді, звернімо увагу на такі аспекти:

– ретроспективний аналіз вітчизняного законодавства, що регламентує зміст дисциплінарних проступків і дисциплінарної практики, засвідчує, що перші змінюються переважно під гаслом

реформування законодавства, у тому числі через зміну процесуального законодавства, а розвиток другої зумовлений насамперед зміною правозастосовної практики;

– на певних етапах розвитку судової системи можна чітко виокремити найбільш типові порушення суддів, що мають місце через сукупність суспільно-політичних обставин, як-от: (а) рейдерські захоплення підприємств усередині 2000-х років, що мали місце через ухвалення судових рішень із грубим порушенням правил підсудності; (б) порушення законодавчо встановлених строків судового розгляду у 2010–2014 рр.; (в) переслідування учасників мирних мітингів громадян у 2013–2015 рр. та ін.;

– як доводить аналіз практики Вищої ради правосуддя різних років, не менше значення, ніж формулювання складу дисциплінарного проступку судді, має процес його тлумачення. Приміром, порушення приписів корпоративної етики, як правило, отримує найбільш широке тлумачення, а відсутність певної підстави для відповідальності судді органи дисциплінарної влади вміло компенсують тлумаченням підстав, визначених законом;

– уся динаміка розвитку законодавства, яке регламентує відповідні питання, свідчить, що на всіх етапах розвитку незалежної судової системи України серед підстав відповідальності судді у наявності є хоча б одна, яка дає змогу довільно інтерпретувати суддівські правопорушення не на користь судді (від порушення присяги до допущення «поведінки, що порочить звання судді або підриває авторитет правосуддя»);

– виокремлення конкретних складів дисциплінарних проступків судді – виключна прерогатива законодавця. Їх перелік не може бути вичерпним, оскільки з часом змінюється нормативна база й правозастосовна практика. Суттєві ж ознаки ординарних дисциплінарних проступків і діянь, несумісних із високим званням судді, мають залишатися незмінними, утворюючи базову модель підстави дисциплінарної відповідальності судді.

3. Інститут дисциплінарної відповідальності адвоката

У науковій літературі юридична відповідальність адвоката визначається як «специфічні правовідносини, що виникають між адвокатом, який учинив професійне правопорушення, та

юрисдикційним органом, уповноваженим належним чином реагувати на таке правопорушення, змістом котрих є реалізація у визначеній процесуальній формі санкцій, що виражаються в обов'язку адвоката зазнати певних несприятливих для себе наслідків за порушення норм, які регламентують його професійну діяльність» [2, с. 12]. Особливості професійної відповідальності адвоката зумовлені як його правовим статусом незалежного захисника прав людини і громадянина, так і роллю інституту адвокатури в громадянському суспільстві, яка «включає у себе роль довіреної особи та представника клієнта, професіонала, якого поважають треті сторони, та незамінного учасника справедливого судового процесу. Об'єднуючи всі ці необхідні елементи, адвокат, який служить інтересам та захищає права свого клієнта, також виконує функції адвоката в суспільстві, які виражаються в попередженні та запобіганні конфліктам, у забезпеченні вирішення конфліктів відповідно до визнаних принципів цивільного, адміністративного та кримінального права та з урахуванням прав та інтересів осіб, у подальшому розвитку закону, а також у захисті свободи, справедливості та верховенства права» (пар. 6 Коментарів до Хартії основних принципів європейської юридичної професії ССВЕ) [46].

Процедура притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності унормована як на законодавчому рівні (Розділ VI Закону України «Про судоустрій і статус суддів», статті 33–42), так і низкою рішень органів адвокатського самоврядування, зокрема це:

– Правила адвокатської етики, затверджені Звітно-виборним з'їздом адвокатів України 9 червня 2017 р., зі змінами, затвердженими З'їздом адвокатів України 15 лютого 2019 р. [27];

– Положення про Вищу кваліфікаційно-дисциплінарну комісію адвокатури (далі – ВКДКА України), затверджене Рішенням звітно-виборного з'їзду адвокатів України від 9 червня 2017 р. [25];

– Регламент Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури, затверджений Рішенням Ради адвокатів України від 4–5 липня 2014 р. № 78 (із под. змінами і доп.) [33];

– Регламент кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури регіону, затверджений Рішенням Ради адвокатів України від 17 грудня 2013 р. № 268 (зі змінами і доп.) [35];

– Положення про порядок прийняття та розгляду скарг щодо неналежної поведінки адвоката, яка може мати наслідком його дисциплінарну відповідальність, затверджене Рішенням РАУ від 30 серпня 2014 р. № 120 (зі змінами та доп.) [26].

Широка регламентація інституту дисциплінарної відповідальності адвоката актами органів адвокатського самоврядування засвідчує незалежний і самоврядний статус адвокатської професії, підкреслює її самодостатність. Ви рішення питань дисциплінарної відповідальності адвокатів належить до повноважень кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури (КДКА), які є незалежними органами адвокатського самоврядування, котрі складаються виключно з досвідчених представників адвокатської спільноти, які мають стаж роботи не менше п'яти років. КДКА підзвітні вищому регіональному представницькому органу адвокатського самоврядування – конференції адвокатів регіону.

Підставою для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності є вчинення ним *дисциплінарного проступку*, до ознак якого п. 2 ст. 34 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» відносить: (1) порушення вимог несумісності; (2) порушення присяги адвоката України; (3) порушення правил адвокатської етики; (4) розголошення адвокатської таємниці або вчинення дій, що призвели до її розголошення; (5) невиконання або неналежне виконання своїх професійних обов'язків; (6) невиконання рішень органів адвокатського самоврядування; (7) порушення інших обов'язків адвоката, передбачених законом.

Варто відзначити, що тлумачення деяких підстав відповідальності адвоката, приміром порушення ним присяги або правил адвокатської етики, може бути занадто широким. Це негативно відображається на процесуальній незалежності адвоката, адже органи правопорядку часто ініціюють дисциплінарне провадження щодо принципів адвокатів, які добросовісно захищають інтереси клієнтів. Також типовою є ініціація клієнтом дисциплінарної відповідальності щодо адвоката у разі незадоволення результатами розгляду справи. Традиційно вважається, що «достатніх підстав для закріплення в законі положення про неможливість відповідальності адвокатів, а тим більше матеріальної, за вчинення правопорушення нема і бути не може. На сторони за договором про надання правової

допомоги поширюються загальні положення зобов'язального та договірнього права, у тому числі й про цивільно-правову відповідальність» [16].

Відповідно до правової позиції Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду, у справах про відшкодування шкоди, завданої діями адвоката під час представництва інтересів підзахисного по кримінальній справі, моральна шкода задоволенню не підлягає. Самого факту визнання судом факту неналежного виконання з боку адвоката своїх обов'язків за угодою-дорученням про надання правової допомоги достатньо для справедливої сатисфакції (постанова КЦС ВС від 14 березня 2019 р. у справі № 569/11995/15-ц).

Традиційним для інституту адвокатури є гарантія *адвокатського індемнітету*, який означає виключення відповідальності адвоката за висловлення правової позиції у справі. Так, у силу п. 3 34 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» не є підставою для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності винесення судом або іншим органом рішення не на користь його клієнта, скасування або зміна судового рішення або рішення іншого органу, винесеного у справі, в якій адвокат здійснював захист, представництво або надавав інші види правової допомоги, якщо при цьому не було вчинено дисциплінарного проступку. Також, відповідно до пп. 11 і пп. 15 п. 1 ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», забороняється втручання у правову позицію адвоката, не можуть бути підставою для притягнення адвоката до відповідальності його висловлювання у справі, у тому числі ті, що відображають позицію клієнта, заяви у засобах масової інформації, якщо при цьому не порушуються професійні обов'язки адвоката. Зазначені приписи законодавства становлять цілісний комплекс матеріально-правових гарантій від незаконного притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності. Як свідчить судова практика, доволі поширеною є ситуація, коли адвокат отримав гонорар, уклав договір, почав працювати, але клієнт залишився незадоволений його роботою через прийняте судом рішенням не на його користь. У такому разі адвокат відповідальності не несе. Практика кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури свідчить, що матеріальні питання не є предметом дослідження у дисциплінарному провадженні – такі випадки розглядаються

виключно у судовому порядку шляхом подання цивільного позову про неналежне виконання (або невиконання) адвокатом своїх договірних зобов'язань.

Дисциплінарне провадження складається з таких стадій: (1) проведення перевірки відомостей про дисциплінарний проступок адвоката; (2) порушення дисциплінарної справи; (3) розгляд дисциплінарної справи; (4) прийняття рішення у дисциплінарній справі (п. 1 ст. 37 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»).

За вчинення дисциплінарного проступку до адвоката може бути застосовано одне з таких дисциплінарних стягнень: (1) попередження; (2) зупинення права на заняття адвокатською діяльністю на строк від одного місяця до одного року; (3) для адвокатів України – позбавлення права на заняття адвокатською діяльністю з подальшим виключенням з Єдиного реєстру адвокатів України, а для адвокатів іноземних держав – виключення з Єдиного реєстру адвокатів України.

Адвокат може бути притягнутий до дисциплінарної відповідальності протягом року зі дня вчинення дисциплінарного проступку (ч. 1, 2 ст. 35 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»).

Накладення на адвоката дисциплінарного стягнення у вигляді зупинення права на заняття адвокатською діяльністю може застосовуватися виключно у разі: (1) повторного протягом року вчинення дисциплінарного проступку; (2) порушення адвокатом вимог щодо несумісності; (3) систематичного або грубого одноразового порушення правил адвокатської етики (п. 1 ст. 31 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»).

Накладення на адвоката дисциплінарного стягнення у вигляді позбавлення права на заняття адвокатською діяльністю може застосовуватися виключно у разі:

(1) порушення присяги адвоката України; (2) розголошення адвокатом відомостей, що становлять адвокатську таємницю, використання їх у своїх інтересах або в інтересах третіх осіб; (3) заподіяння протиправними діями адвоката, пов'язаними зі здійсненням ним адвокатської діяльності, значної шкоди клієнту, якщо така шкода встановлена судовим рішенням, що набрало законної сили; (4) систематичного або грубого одноразового порушення правил адвокатської етики, що підриває авторитет

адвокатури України (п. 2 ст. 32 «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»).

Зазначені норми законодавства відображають сутність принципу пропорційності, який є вихідним для дисциплінарної практики всіх правничих професій. Як відзначає Ю.О. Зінченко, «цей принцип полягає у пропорційно обґрунтованому співвідношенні між метою обмеження певного права людини і засобами, що використовуються державою для такого обмеження. Його призначення насамперед виявляється у стримуванні втручання держави у права людини та збалансуванні публічних і приватних інтересів, унаслідок чого обмеження прав людини державними органами заради відповідного публічного інтересу повинно бути виправдано, а міра цих обмежень має бути необхідною та обґрунтованою» [11].

Кваліфікаційно-дисциплінарні комісії адвокатури широко застосовують у своїй практиці принцип пропорційності, відповідно до якого під час вибору дисциплінарного стягнення слід ураховувати обставини вчинення проступку, його негативні наслідки, поведінку адвоката, поведінку клієнта, значимість порушення для всіх задіяних осіб та інші обставини. Водночас законодавчо визначені критерії для вибору виду дисциплінарного стягнення виступають гарантією справедливого і пропорційного його застосування. Відповідно до усталеної судової практики оцінювання вибору дисциплінарного стягнення органом, який відповідно до закону уповноважений його застосовувати, є дискреційною компетенцією цього органу. Так, у Постанові КАС ВС від 28 лютого 2019 р. у справі № 522/3665/17 було зазначено, що «правомочність відповідної кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури на власний розсуд за наслідками оцінки обставин та фактів прийняти рішення за своєю правовою природою є дискреційним повноваженням, під яким розуміється можливість суб'єкта владних повноважень самостійно (на власний розсуд) вибрати один із кількох юридично допустимих варіантів управлінського рішення. Своєю чергою, суд, перевіряючи рішення, дію чи бездіяльність суб'єкта владних повноважень на відповідність закріпленям частиною 3 статті 2 КАС України критеріям, не втручається у дискрецію (вільний розсуд) владних повноважень поза межами перевірки за названими критеріями».

Аналіз змісту статей 38–42 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» і статті 79 Правил адвокатської етики дає змогу виокремити такі гарантії належної процедури розгляду дисциплінарних справ стосовно адвокатів:

– Дисциплінарну справу стосовно адвоката не може бути порушено за заявою (скаргою), що не містить відомостей про наявність ознак дисциплінарного проступку адвоката, а також за анонімною заявою (скаргою).

– Не допускається зловживання правом на звернення до кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури, у тому числі ініціювання питання про дисциплінарну відповідальність адвоката без достатніх підстав, і використання зазначеного права як засобу тиску на адвоката у зв'язку зі здійсненням ним адвокатської діяльності.

– Адвокат вважається невинуватим у вчиненні дисциплінарного проступку і не може бути підданий дисциплінарному стягненню, доки його вину не буде доведено в законному порядку і встановлено рішенням кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури або Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури про притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності.

– Адвокат має право постати перед кваліфікаційно-дисциплінарною комісією адвокатури, яка здійснює дисциплінарне провадження щодо нього, й подати всі належні пояснення по суті справи.

– Розгляд справи про дисциплінарну відповідальність адвоката є відкритим, окрім випадків, якщо відкритий розгляд справи може призвести до розголошення адвокатської таємниці.

– Адвокат не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні дисциплінарного проступку. Обов'язок доказування вини адвоката в учиненні дисциплінарного проступку покладається на особу, яка ініціює питання дисциплінарної відповідальності відносно адвоката. Звинувачення адвоката не може ґрунтуватися на припущеннях. Усі сумніви щодо доведеності вини адвоката тлумачаться на його користь.

– Рішення дисциплінарної палати приймається більшістю голосів від її загального складу, крім рішення про припинення права на заняття адвокатською діяльністю, яке приймається двома третинами голосів від її загального складу.

– Рішення у дисциплінарній справі має бути вмотивованим. Під час вибору виду дисциплінарного стягнення враховуються обставини вчинення проступку, його наслідки, особа адвоката та інші обставини.

– Адвокат чи особа, яка ініціювала питання про дисциплінарну відповідальність адвоката, має право оскаржити рішення у дисциплінарній справі протягом тридцяти днів зі дня його прийняття до Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури або до суду.

У складних взаємовідносинах адвокат-клієнт вихідною є засада безумовної відповідальності адвоката перед клієнтом. Ця теза зумовлюється низкою положень чинного законодавства.

По-перше, відповідно до Правил адвокатської етики, діють такі принципи, як пріоритет інтересів клієнта (ст. 8), компетентність і добросовісність (ст. 11), чесність та добропорядна репутація (ст. 12-1) [27]. Виходячи із цих приписів, адвокат повинен бути чесним перед клієнтом, правдиво доповідати йому про перспективи руху справи, про перешкоди, які пов'язані з участю адвоката у процесі, про доречну правову позицію по справі. Адже, відповідно до ст. 8 Правил, у межах дотримання принципу законності адвокат зобов'язаний у своїй професійній діяльності виходити з переваги інтересів клієнта. Інші інтереси, зокрема інтереси третіх осіб, інших колег, власні меркантильні інтереси тощо, не можуть бути домінантними для адвоката.

По-друге, формою позитивної юридичної відповідальності адвоката є суворе дотримання ним своїх професійних обов'язків. Такі обов'язки встановлені як Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», так і профільним процесуальним законодавством. Як свідчить аналіз практики діяльності кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури, основними серед скарг, що подаються на діяльність адвокатів, є скарги на невиконання адвокатом своїх професійних обов'язків, на отримання гонорару без надання правових послуг або надання їх не в повному обсязі чи на неналежну якість останніх тощо. Такі випадки іноді межують із неприкритим шахрайством, яке може бути кваліфіковане як кримінальний злочин.

По-третє, переважна більшість питань щодо відповідальності адвоката перед клієнтом вирішується через застосування Правил адвокатської етики, за порушення яких (Розділ XI. Відповідальність за порушення правил адвокатської етики) до

адвоката можуть бути застосовані заходи дисциплінарної відповідальності в порядку, передбаченому чинним законодавством про адвокатуру та адвокатську діяльність, а також рішеннями З'їзду, актами Ради адвокатів України, Національної асоціації адвокатів України (Розділ XI Правил адвокатської етики). В аспекті застосування заходів дисциплінарного впливу щодо адвокатів за порушення ними Правил адвокатської етики можна відзначити, що вивчення дисциплінарної практики кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури засвідчує, що відповідальність адвоката за порушення деонтологічних приписів, як правило, має місце за умови єдності підстави такої відповідальності: у діях адвоката має бути встановлено як порушення Правил адвокатської етики, так і порушення норм законодавства про адвокатуру або процесуального закону. Порушення приписів адвокатської етики без одночасного недотримання чинного законодавства, як правило, не є настільки суттєвим і не наносить такої шкоди інституту адвокатури, щоб становити виключну підставу для дисциплінарної відповідальності. Аналогічні вимоги встановлює і принцип пропорційності покарання за вчинене правопорушення, розвинений у практиці Європейського Суду з прав людини.

Висновки

Дуалістичний характер юридичної відповідальності судді ґрунтується на фундаментальних постулатах про відповідальність державної влади перед народом і суду як її невід'ємного елемента перед суспільством. Держава надає судді широкі владні повноваження, наділяє підвищеним рівнем правового захисту для належного виконання ним суспільно важливої функції з відправлення правосуддя, утвердження найкращих соціальних цінностей, захисту особистості й забезпечення принципу верховенства права у правовідносинах. Тому суддя є відповідальним перед суспільством за результати своєї професійної діяльності.

Норми суддівської етики, розроблені й затверджені органами суддівської спільноти, – важливий орієнтир для професійної й позаслужбової поведінки судді, а їх дотримання – його невід'ємний обов'язок, що впливає з його конституційно-правового статусу. Етичні приписи, засновані на загальнолюдських моральних імперативах, є дійовим

внутрішньокорпоративним механізмом забезпечення підзвітності суддів громадянському суспільству.

Дисциплінарна відповідальність судді є найбільш дієвим різновидом його відповідальності. Незалежність судді зумовлює правило, відповідно до якого органи дисциплінарної влади не вправі змінювати чи скасовувати судові рішення, ініціювати його оскарження, підміняти судові інстанції.

Правовий статус і відповідальність адвоката і судді споріднює передусім фундаментальний принцип незалежності цих правничих професій, який органічно впливає з тих процесуальних функцій, які на них покладені державою. Конституційно-правовий статус судової гілки влади і адвокатури зумовлює заборону незаконного зовнішнього втручання в процес відправлення правосуддя суддею й здійснення захисту і представництва інтересів людини і громадянина адвокатом, а також існування індемнітету судді й адвоката як винятку їхньої юридичної відповідальності за правову позицію, висловлену під час відправлення правосуддя.

Відповідальність адвоката перед клієнтом – невід’ємна ознака інституту адвокатури. Вона може мати три основні форми:

(а) позитивна відповідальність адвоката як суворе дотримання ним своїх обов’язків перед клієнтом – як тих, що передбачені угодою про надання правової допомоги, так і тих, що випливають із законодавства про адвокатуру і процесуальних кодексів;

(б) ретроспективна відповідальність адвоката за порушення цивільно-правових зобов’язань у межах угоди про надання правової допомоги – умови і порядок застосування відповідних стягнень регламентуються цивільним законодавством, не входять до предмета дисциплінарного провадження і базуються на індивідуальній угоді про надання правової допомоги, укладеної між адвокатом і клієнтом, – у разі неналежного виконання адвокатом своїх професійних обов’язків;

(в) дисциплінарна відповідальність адвоката – як зазнання ним несприятливих заходів дисциплінарного впливу у разі порушення чинного законодавства про адвокатуру і Правил адвокатської етики. Має місце виключно в межах дисциплінарного провадження в порядку, визначеному Законом України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність» і актами органів адвокатського самоврядування.

Список використаних джерел:

1. Judicial Independence in Transition / editor A. Seibert-Fohr ; L.D. Muller, D. Zimmermann, E.K. Schmidt, S. Klatte. Springer, 2012. 1038 p.
2. Бірюкова А.М. Правовий статус адвоката і адвокатури: вітчизняна модель у контексті процесів глобалізації : автореф. дис. ... д.ю.н. : 12.00.10 ; Київський національний університет ім. Т.Г. Шевченка. Київ, 2019. 40 с.
3. Висновок № (2013) 16 Консультативної Ради європейських суддів для Комітету Міністрів РЄ «Про відносини між судьями та адвокатами» URL: <https://court.gov.ua/userfiles/KRES%20Vusnovok.pdf>.
4. Висновок № 1 (2001) Консультативної Ради європейських суддів для Комітету Міністрів РЄ «Про стандарти незалежності судових органів та незмінюваність суддів». *Міжнародні стандарти незалежності суддів* : збірник документів / уклад. А.Г. Алексеев. Київ : Поліграф-Експрес, 2008. С. 107–125.
5. Волков проти України : рішення Європейського суду з прав людини від 9 січ. 2013 р. *Інформаційний портал ХПГ*. URL: <http://khpg.org/index.php?id=1359450183>.
6. Де Сальвіа М. Прецеденты Европейского суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод : судебная практика с 1960 по 2002 гг. Санкт-Петербург : Юрид. центр Пресс, 2004. С. 236, 374.
7. Европейская хартия о законе «О статусе судей» от 10.07.1998. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_236.
8. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72965706>.
9. Загальна (універсальна) хартія судді: ухвал. 17 листопада 199 р. Центральною Радою Міжнародної асоціації суддів в Тайпеї (Тайвань). *Міжнародні стандарти незалежності суддів* / уклад. А.Г. Алексеев. Київ : Поліграф-Експрес, 2008. С. 35–38.
10. Защита правосудия: Дисциплинарное производство в отношении судей в Российской Федерации. Доклад миссии Международной комиссии юристов. Москва : МКЮ, 2012. С. 13.
11. Зінченко Ю.О. Історія становлення принципу пропорційності. *Держава і право*. 2009. Вип. 46. С. 83–88.

12. Київські рекомендації ОБСЄ щодо незалежності судочинства у Східній Європі, на Південному Кавказі та у Середній Азії 2010 р. : ухвалені Бюро демократичних інститутів та прав людини 23–25 червня 2012 р. URL: <http://www.osce.org/uk/odihr/86319?download=true>.

13. Клеандров М.И. Судебные системы государств – участников СНГ: законодательное обеспечение : монография. Москва : Юристъ, 2002. С. 548.

14. Кодекс суддівської етики : затв. на XI черговому з'їзді суддів України 22.02.2013. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0001415-13#Text>.

15. Конституція України від 28 червня 1998 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

16. Кравченко М.В. Щодо відповідальності адвоката за порушення зобов'язань за договором про надання правової допомоги. *Юридичний вісник. Повітряне і космічне право*. 2014. № 3. С. 130–134.

17. Луценко О.Є. Дисциплінарний проступок як підстава припинення трудових правовідносин із державними службовцями : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2015. С. 15.

18. Мельничук Н.О. Договірне регулювання трудових відносин в нових економічних умовах : монографія. Київ : Хай-Тек Прес, 2012. С. 218–236.

19. Міжнародні стандарти у сфері етики та поведінки суддів. *Юридичний журнал*. 2010. № 10. С. 75–109.

20. Модернизация статуса судьи: современные международные подходы : монография. Москва : Норма; ИНФРА-М, 2011. С. 210.

21. Основні положення про роль адвокатів : прийняті VIII Конгресом ООН із запобігання злочинам у серпні 1990 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_835.

22. Основні принципи незалежності судових органів, схвалені резолюціями ГА ООН від 29.11.1985 № 40/32 та від 13.12.1985 № 40/146. *Международные акты о правах человека* : сб. документов. Москва, 2000. С. 168–170.

23. Офіційний вебсайт Верховного Суду України. URL: <http://www.scourt.gov.ua/>.

24. Подкопаев С.В. Дисциплінарна відповідальність суддів: сутність, механізм реалізації : монографія. Харків : ІНЖЕК, 2003. С. 154.

25. Положення про Вищу кваліфікаційно-дисциплінарну комісію адвокатури, затверджене Рішенням звітно-виборного з'їзду адвокатів України 9 червня 2017 р. URL: <https://vkdka.org/wp-content/uploads/2017/11/PolojennyaProVKDKA2017.pdf>.

26. Положення про порядок прийняття та розгляду скарг щодо неналежної поведінки адвоката, яка може мати наслідком його дисциплінарну відповідальність : Рішення РАУ від 30 серпня 2014 р. №120 (зі змінами та доп.). URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/pologennya/2019-02-14-polozhennya-6_5cee816a86403.pdf.

27. Правила адвокатської етики, затверджені Звітно-виборним з'їздом адвокатів України 2017 р. 9 червня 2017 р., зі змінами, затвердженими З'їздом адвокатів України 15 лютого 2019 р. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/pravila/2017-06-09-pravila-2017_596f00dda53cd.pdf.

28. Практика розгляду ВАС України як судом першої інстанції справ щодо оскарження актів Верховної Ради України, Президента України, ВРЮ про звільнення суддів у зв'язку з порушенням присяги судді : узагальнення судової практики ВАС України. URL: <http://cct.inf.ua/2012/01.07.2011.htm>.

29. Прилипко С.М., Ярошенко О.М. Трудове право України : підручник. Харків : ФІНН, 2009. С. 536.

30. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI. *Офіційний вебпортал Верховної Ради України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>.

31. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII. *Офіційний вебпортал Верховної Ради України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text>.

32. Проект Всеобщей декларации о независимости правосудия (Декларация Сингви), ст. 26(b)). Защита правосудия: Дисциплинарное производство в отношении судей в Российской Федерации. Доклад миссии Международной комиссии юристов. Москва : МКЮ, 2012. С. 13.

33. Регламент Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури, затверджений Рішенням Ради адвокатів України від 4–5 липня 2014 р. № 78 (із под. змінами і доп.) URL: <https://vkdka.org/wp-content/uploads/2017/09/2019-04-12-reglament-VKDKA.pdf>.

34. Регламент Вищої ради правосуддя : Рішення Вищої ради правосуддя від 24 січня 2017 р. № 52/0/15-17 (зі змінами і доп. станом на 01.05.2021). URL: <https://hcj.gov.ua/page/normatyvni-akty>.

35. Регламент кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури регіону : Рішення Ради адвокатів України від 17 грудня 2013 р. № 268 (зі змінами і доп.). URL: https://vkdka.org/wp-content/uploads/2017/04/2018-10-12-reglament_KDKA-regionu.pdf.

36. Рекомендація № R (2000) 21 Комітету Міністрів державам-членам про свободу професійної діяльності адвокатів : ухвалено Комітетом Міністрів Ради Європи на 727-му засіданні заступників міністрів 25 жовтня 2000 р. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/R_2000_21_2000_10_25.pdf.

37. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Солдатенко проти України» (заява № 2440/07) від 23 жовтня 2008 р. *Офіційний вебпортал Верховної Ради України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_504.

38. Рішення Конституційного Суду України від 13 травня 1997 р. № 1-зп про офіційне тлумачення статей 58, 78, 79, 81 Конституції України та статей 243-21, 243-22, 243-25 ЦПК України (у справі щодо несумісності депутатського мандата). *Офіційний вебпортал Верховної Ради України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-97>.

39. Рішення Конституційного Суду України від 26 червня 2003 р. № 12-рп/2003 (справа про гарантії депутатської недоторканності). *Офіційний вебпортал Верховної Ради України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-03>.

40. Рішення Конституційного Суду України у справі про відповідальність юридичних осіб від 30 травня 2001 р. № 7-рп/2001. *Офіційний вебпортал Верховної Ради України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-01>.

41. Рішення Першого Сенату Конституційного Суду України № 3-р(І)/2019 від 5 червня 2019 р. у справі за конституційною скаргою товариства з обмеженою відповідальністю «МЕТРО КЕШ

ЕНД КЕРІ Україна» щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців двадцять четвертого, двадцять п'ятого, двадцять шостого розділу I Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо уточнення деяких положень та усунення суперечностей, що виникли при прийнятті Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо покращення інвестиційного клімату в Україні»» від 23 березня 2017 р. № 1989-VIII. *Офіційний вебпортал Верховної Ради України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va03p710-19>.

42. Романюк Я. Відеозвернення від 11 січня 2014 р. *Пресслужба ВС України*. URL: <http://www.scourt>.

43. Самсін І.Л. Незалежність судової влади та інститут дисциплінарної відповідальності суддів в Україні. *Вісник Верховного Суду України*. 2007. № 9. С. 2–7.

44. Стандарти незалежності юридичної професії міжнародної асоціації юристів, прийняті на конференції МАЮ у вересні 1990 р. в місті Нью-Йорку. URL: <http://bibliograph.com.ua/kodex-9/24.htm>.

45. Трудове право : підручник / В.В. Жернаков та ін. ; за ред. В.В. Жернакова. Харків : Право, 2012. 496 с.

46. Хартія основоположних принципів європейської юридичної професії : прийнята Радою адвокатських асоціацій та правничих товариств Європи (The Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE) 25 листопада 2006 р. URL: http://qala.org.ua/wp-content/uploads/2017/03/Hartiya_brenduvannya.pdf.

47. Черкасов О.В. Єдність і диференціація відповідальності у трудовому праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05. Харків, 2015. 20 с.

48. Шевченко А.В. Дисциплінарна відповідальність суддів України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10. Київ, 2013. С. 13.

49. Щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки : Рекомендація Комітету міністрів РЄ від 17.11.2010 № R (94)12. URL: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_a38.

50. Юридична деонтологія : підручник / В.Д. Ткаченко та ін. ; за ред. В.Д. Ткаченка. Харків : Одиссей, 2006. С. 114–115.

Ракінова І. В.,

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального процесу, детективної та
оперативно-розшукової діяльності
Національного університету «Одеська юридична академія»,
м. Одеса*

ЩОДО «ОБРАЗУ ПОТЕРПІЛОГО» У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ: ПРАВО НА КОМУНІКАЦІЮ

Анотація. У роботі досліджується сучасний «образ потерпілого» в кримінальному процесуальному праві; вказується на комунікативне бачення цінностей у межах конкретної правової реальності та взаємовідношення потерпілого в кримінальному процесі (як носія цінностей) із цією правовою реальністю, а також на комунікативну рівність як на ключову цінність «образу потерпілого», що має бути забезпечена нормотворцем.

Значну увагу приділено теоретичним засадам розвитку проблематики кримінально-процесуальної комунікації потерпілого. Визначаються поняття права потерпілого на процесуальну комунікацію, правозахисної комунікації потерпілого, окремих категорій кримінально-процесуальної активності потерпілого у кримінальному провадженні. Так, кримінальна процесуальна активність потерпілого у кримінальному провадженні визначається як нормативно забезпечена діяльність (бездіяльність) потерпілого, що формує його комунікативну позицію в кримінальному провадженні та залежить від того, наскільки система галузевих комунікативних гарантій співвідноситься з наявними комунікативними бар'єрами, а також детермінує набуття потерпілим відповідного процесуального статусу.

Зазначено, що право потерпілого на процесуальну комунікацію в кримінальному провадженні реалізується ним шляхом прояву кримінально-процесуальної активності в процесі, а кримінально-процесуальна активність виступає каталізатором початку, зміни або припинення кримінальних процесуальних правовідносин.

Кримінально-процесуальна діяльність потерпілого, його представника, законного представника в кримінальному провадженні є правозахисною діяльністю, що покликана захищати права та законні інтереси потерпілого в кримінальному провадженні, а комунікація потерпілого, його представника, законного представника – правозахисна комунікація в кримінальному процесі. Підкреслюється, що правозахисна комунікація потерпілого в кримінальному провадженні має бути забезпечена обов'язково.

Досліджується проблематика лексико-граматичного та спеціально-юридичного тлумачення окремих кримінально-процесуальних норм, зокрема тих, що регулюють право потерпілого на процесуальну комунікацію у кримінальному провадженні. Зазначається, що провідним принципом правозастосовного тлумачення є принцип діалогічної комунікації.

Вступ

У загальному розумінні комунікація у праві – це ускладнений проблемними інтерпретаціями значень правових/неправомірних дій процес правової взаємодії суб'єктів, спрямований на досягнення комунікативної рівноваги і консенсусу, насамперед, у структурі правового регулювання, підпорядкованого збалансуванню усіх інших елементів та рівнів суспільного буття. Правова комунікація забезпечує розв'язання спірних взаємин на основі максимального забезпечення прав і свобод усіх суб'єктів [1, с. 32–39].

Комунікація – це те, що поєднує закони й інші джерела права з внутрішнім світом суб'єктів, з їх ціннісними уявленнями, визначає їх взаємодію і взаєморозуміння. Право існує як комунікативна неподільна цілісність. Саме тому слово «право» використовується і щодо законів, і щодо суб'єктивних прав, і щодо ідеї справедливості. Лише аналітична діяльність свідомості диференціює на складники тексти, закони, норми, цінності, відносини тощо. При цьому зміст права із цілісності переноситься на частини (елементи), які абсолютизуються та протиставляються іншим елементам цілісності. Якщо виходити з того, що право – це комунікація, то суперечка, що таке право – норма закону, відношення чи певна формальна цілісність – утрачає зміст. Комунікація поєднує і перше, і друге, і третє, даючи

можливість зрозуміти право як цілісну багатоедність, в основі якої – ідея розвитку цілого через розвиток його елементів [2].

Актуальність наукового пошуку щодо комунікативної платформи кримінального судочинства (зокрема, на прикладі кримінально-процесуальної комунікації потерпілого у кримінальному провадженні) вбачається, зокрема, у тому, що тільки так імовірно всебічно й цілісно дослідити правову активність учасників кримінального процесу (зокрема, потерпілого) у розрізі сучасних кримінально-процесуальних реалій, дослідити та розтлумачити прогалини/колізії кримінально-процесуального регулювання щодо ефективності функціонування окремих галузевих інститутів, іншими словами, можливості учасників кримінального процесу (зокрема, потерпілого) щодо реалізації їхнього законного права на процесуальну комунікацію у кримінальному провадженні з метою захисту своїх прав та законних інтересів.

Досліджуючи комунікацію у кримінальному процесуальному праві, вважаємо, її частково слід розглядати як «генетично іманентну кримінальному судочинству смислову сторону кримінально-процесуальної діяльності, яка з найдавніших і найпростіших форм кримінального процесу розвинулася у сучасну технологічно наповнену смислову форму правової взаємодії суб'єктів кримінального процесу» [3, с. 4]. Загалом комунікація у кримінальному процесуальному праві полягає у наданні (обміні) інформації, спільної участі в проведенні процесуальних дій та взаємосприйнятті учасниками кримінально-процесуальної діяльності один одного, що відбувається в передбачених законом процесуальних формах і свідчить про формально-рольовий характер такої комунікації. Але не тільки. Не лише учасників кримінально-процесуальної діяльності слід віднести до суб'єктів кримінально-процесуальної комунікації. До останніх, вважаємо, слід долучити також науковців, процесуалістів-практиків, без яких повноцінна цілеспрямована комунікація в кримінальному процесі не уявляється можливою.

Тому припускаємо, що комунікація в кримінальному процесі може розглядатися в широкому та вузькому розумінні. Так, комунікацією в кримінальному процесі у широкому розумінні (кримінально-процесуальною комунікацією) є, на нашу думку, елемент кримінально-процесуальної дійсності – комунікація

найвищого порядку сфери кримінального судочинства, що характерна для кримінально-процесуального комунікативного простору сфер як правотворення так і правозастосування, у тому числі правозастосовного (судового, доктринального) тлумачення до, під час та після застосування кримінально-процесуальної норми.

Комунікацією в кримінальному процесі у вузькому розумінні є «обмін процесуально значимою інформацією учасниками кримінально-процесуальної діяльності між собою та судом у зв'язку з вирішенням кримінального провадження» [3, с. 14]. Комунікація в кримінальному процесі у вузькому розумінні виникає в кримінально-процесуальних відносинах між учасниками кримінального процесу на всіх стадіях кримінального провадження, в особливих порядках кримінального провадження.

Уважаємо, що суттєве динамічне поширення функцій та змістовних основ комунікації, у тому числі й галузевої (кримінально-процесуальної), у сучасних реаліях потребує подальших досліджень даної проблематики. Зокрема, й визначення поняття права потерпілого на процесуальну комунікацію у кримінальному провадженні, поняття правозахисної комунікації потерпілого.

1. Щодо визначення понять «право потерпілого на процесуальну комунікацію», «правозахисна комунікація потерпілого», «кримінальна процесуальна активність потерпілого» в кримінальному провадженні

Чого потребує жертва кримінального правопорушення, якій останнім було завдано шкоди? Звісно, у першу чергу вона потребує захисту. Захисту своїх прав та законних інтересів, що були порушені внаслідок учинення кримінального правопорушення, відновлення порушеного права.

Розглядаючи захист як багатозначну категорію, слід погодитися з думкою про те, що у широкому розумінні захист є діяльністю, спрямованою на поновлення порушених прав та свобод, законних інтересів будь-якого суб'єкта процесу [4, с. 200].

Очевидно, що кримінально-процесуальна комунікація потерпілого, його представника, законного представника в кримінальному провадженні має яскраво виражений правозахисний характер; кримінально-процесуальна діяльність потерпілого, його представника, законного представника в

кримінальному провадженні є правозахисною діяльністю, що покликана захищати права та законні інтереси потерпілого в кримінальному провадженні, а комунікація потерпілого, його представника, законного представника – правозахисна комунікація в кримінальному процесі.

Уважаємо, що забезпечення права потерпілого на процесуальну комунікацію під час кримінального провадження являє собою актуальну проблематику дослідження, перш за все, з огляду на необхідність:

- дотримання права потерпілого на рівноправну участь у кримінально-процесуальній комунікації, що визначається його процесуальним статусом у кримінальному провадженні;
- захисту потерпілого від вторинної віктимізації;
- забезпечення дієвості механізму правового захисту прав та законних інтересів потерпілого в кримінальному провадженні як одного з основних завдань кримінального судочинства;
- посилення захисту прав потерпілого шляхом надання йому кваліфікованої правової допомоги, у тому числі безоплатної, на всіх стадіях кримінального провадження – як основа механізму забезпечення прав і законних інтересів потерпілого в змагальному кримінальному процесі;
- забезпечення відшкодування (компенсації) шкоди, завданої потерпілому кримінальним правопорушенням;
- забезпечення безпеки потерпілого під час кримінального провадження;
- забезпечення ефективного оскарження потерпілим рішень, дій, бездіяльності слідчого, прокурора, слідчого судді, суду;
- забезпечення ефективного підтримання державного обвинувачення в суді у разі відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення;
- забезпечення прав і законних інтересів потерпілого в кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення;
- забезпечення прав і законних інтересів потерпілого під час укладення угод у кримінальному провадженні;
- забезпечення прав і законних інтересів неповнолітнього потерпілого у кримінальному провадженні;
- забезпечення прав і законних інтересів під час визнання особи потерпілою у кримінальному провадженні;

- забезпечення прав і законних інтересів правонаступника потерпілого;
- забезпечення прав і законних інтересів потерпілого в досудовому, судовому провадженні та провадженні з перегляду судових рішень;
- забезпечення прав і законних інтересів потерпілого в кримінальному провадженні крізь призму орієнтації нормотворчої діяльності на пошук комунікативної рівноваги в процесі.

Отже, *право потерпілого на процесуальну комунікацію* в кримінальному провадженні слід визначити як забезпечену та чітко регламентовану процесуальними нормами можливість потерпілого, його представника, законного представника на отримання інформації про кримінальне провадження, обмін інформацією про стан кримінального провадження та вплив на кримінальне провадження на всіх стадіях кримінального процесу з метою захисту своїх прав та законних інтересів. Доходимо висновку, що правозахисна комунікація потерпілого в кримінальному провадженні має бути забезпечена обов'язково. А еволюційні етапи кримінально-процесуальної комунікації потерпілого в кримінальному провадженні характеризуються виявленням та реалізацією «засобів подолання неузгодженості між тими вимірами справедливості, що генеруються на рівні повсякденного побутового людського спілкування, і тими орієнтирами належності, котрі втілюються у позиціонованому владним суб'єктом законі» [5, с. 12] – кримінально-процесуальному законі та націлені на забезпечення рівноправної участі потерпілого у правовому дискурсі, у кримінальному процесі відповідно до засад кримінального провадження, визначених законодавцем.

Особливої актуальності набувають проблеми своєчасного забезпечення, захисту та ефективного поновлення прав, свобод і законних інтересів потерпілого у кримінальному судочинстві, створення та вдосконалення системи комунікативних гарантій, завдяки чому чинне кримінальне процесуальне законодавство має гарантувати активність потерпілого під час досудового розслідування та судового провадження. Законність реалізації кримінально-процесуальної активності потерпілого передбачає такий спосіб його дій у кримінальному провадженні щодо захисту своїх прав та законних інтересів, що узгоджується з

вимогами галузевого (кримінально-процесуального) законодавства. Відповідно, кримінально-процесуальна активність усвідомлюється як кримінально-процесуальна діяльність (бездіяльність) потерпілого, що проявляється як спосіб ставлення жертви кримінального правопорушення до відстоювання своїх законних прав та інтересів і здійснюється відповідно до процесуального механізму реалізації, закладеного в галузевому законодавстві (зрозуміло, що не позбавленого численних прогалин та колізій).

Погоджуємося з думкою про те, що бачення механізму забезпечення прав та законних інтересів особи, безумовно, має авторські варіації залежно від галузі дослідження та особистого погляду науковця, проте у цілому ґрунтується на базовій конструкції, яка лежить в основі відповідних теоретичних розробок. Зазначений базис у найбільш загальному вигляді зводиться до такого: забезпечення реалізації прав та законних інтересів відбувається, по-перше, за рахунок нормативного встановлення відповідних процедур та, по-друге, за рахунок виконання державними органами тих обов'язків, які кореспондують відповідним правам інших учасників процесу та спрямовані на їх реалізацію [6].

Таким чином, право потерпілого на процесуальну комунікацію в кримінальному провадженні реалізується ним шляхом прояву кримінально-процесуальної активності в процесі, а кримінально-процесуальна активність, своєю чергою, виступає каталізатором початку, зміни або припинення кримінальних процесуальних правовідносин. Так, наприклад:

– заява потерпілого про вчинене кримінальне правопорушення, якою ініціюється початок кримінального провадження, веде до внесення відповідних відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань та початку досудового розслідування (ч. 1 ст. 214 КПК);

– невнесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань за заявою потерпілого про вчинене кримінальне правопорушення веде до можливості потерпілого реалізувати своє право на оскарження бездіяльності слідчого, прокурора під час досудового провадження (ч. 1 ст. 303 КПК);

– відмова потерпілого, його представника від обвинувачення у провадженнях у формі приватного обвинувачення (крім кримінального провадження щодо

кримінального правопорушення, пов'язаного з домашнім насильством) веде до прийняття рішення прокурором (судом) про закриття кримінального провадження (п. 7 ч. 1 ст. 284 КПК, ч. 7 ст. 284 КПК);

– повторне неприбуття в судове засідання потерпілого без поважних причин або без повідомлення про причини неприбуття, якщо прокурор відмовився від підтримання обвинувачення в суді, веде до закриття провадження за відповідним обвинуваченням (п. 2 ч. 2 ст. 284 КПК, ч. 6 ст. 340 КПК);

– оскарження потерпілим недотримання розумних строків досудового розслідування веде до обов'язку прокурора вищого рівня розглянути скаргу протягом трьох днів після її подання і в разі наявності підстав для її задоволення надати відповідному прокурору обов'язкові для виконання вказівки щодо строків учинення певних процесуальних дій або прийняття процесуальних рішень (ч. 2 ст. 308 КПК);

– підтримання потерпілим обвинувачення, якщо прокурор відмовився від обвинувачення в суді, веде до обов'язку головуючого надати потерпілому час, необхідний для підготовки до судового розгляду (ч. 3 ст. 340 КПК);

– підтримання потерпілим обвинувачення в первинно заявленому обсязі в разі зміни прокурором обвинувачення в бік пом'якшення веде до підтримання потерпілим зміненого, тобто приватного обвинувачення (суд має «поінформувати потерпілого щодо особливостей кримінального провадження у формі приватного обвинувачення, у тому числі зумовлених його позицією правових наслідків для провадження» [7, с. 571]) (ч. 3 ст. 338 КПК);

– заявлення потерпілим цивільного позову в кримінальному провадженні веде до обов'язку суду розглянути цивільний позов у кримінальному провадженні за правилами, встановленими КПК (ч. 5 ст. 128 КПК).

Зауважимо, що в окремих випадках кримінально-процесуальна активність потерпілого в кримінальному провадженні може виступати каталізатором початку, зміни або припинення не тільки кримінальних процесуальних правовідносин, а й цивільних процесуальних правовідносин. Так, наприклад, незаявлення потерпілим цивільного позову в кримінальному провадженні веде до можливості реалізації права

потерпілого пред'явити такий позов у порядку цивільного судочинства (ч. 7 ст. 128 КПК);

– неприбуття цивільного позивача, його представника чи законного представника в судове засідання веде до залишення судом цивільного позову без розгляду, крім випадків, установлених ст. 326 КПК (ч. 1 ст. 326 КПК);

– укладення угоди про примирення веде до обмеження права потерпілого на оскарження вироку згідно з положеннями статей 394 і 424 КПК та позбавлення права потерпілого вимагати в подальшому притягнення особи до кримінальної відповідальності за відповідне кримінальне правопорушення і змінювати розмір вимог про відшкодування шкоди (ч. 1 ст. 473 КПК);

– оскарження потерпілим, його представником обвинувального вироку, ухваленого судом першої інстанції, веде до погіршення правового становища обвинуваченого (у разі скасування вироку у зв'язку з необхідністю застосувати закон про більш тяжке кримінальне правопорушення чи суворіше покарання, скасувати неправильне звільнення обвинуваченого від відбування покарання, збільшити суми, які підлягають стягненню, або в інших випадках, коли це погіршує становище обвинуваченого) (ч. 1 ст. 421 КПК);

– заява потерпілим щодо роз'яснення судового рішення веде до обов'язку суду, який його ухвалив, окремою ухвалою роз'яснити своє рішення (ст. 380 КПК);

– клопотання потерпілого щодо проведення його допиту із забезпеченням безпеки веде до постановлення вмотивованої ухвали суду про проведення допиту потерпілого з використанням технічних засобів з іншого приміщення, у тому числі за межами приміщення суду, або в інший спосіб, що унеможливорює його ідентифікацію та забезпечує сторонам кримінального провадження можливість ставити запитання і слухати відповіді на них (суд приймає відповідне рішення, попередньо з'ясувавши наявність заперечень сторін кримінального провадження проти проведення допиту потерпілого в таких умовах) (ч. 9 ст. 352 КПК) та ін.

Таким чином, можемо визначити *кримінальну процесуальну активність* потерпілого у кримінальному провадженні як *нормативно забезпечену діяльність* (бездіяльність) потерпілого,

що формує його комунікативну позицію⁴ в кримінальному провадженні та залежить від того, наскільки система галузевих комунікативних гарантій⁵ співвідноситься з наявними комунікативними бар'єрами⁶, а також детермінує набуття потерпілим відповідного процесуального статусу, отримання інформації про кримінальне провадження, обмін інформацією про стан кримінального провадження, вплив на кримінальне провадження.

⁴ На нашу думку, комунікативна позиція потерпілого в кримінальному провадженні є усвідомлено сформованим правозахисним відношенням потерпілого до можливостей реалізації своїх прав щодо захисту законних інтересів.

⁵ Комунікативні гарантії прав потерпілого в кримінальному провадженні можна визначити як систему законодавчо визначених та закріплених засобів, покликаних забезпечити реалізацію прав та законних інтересів потерпілого в кримінальному провадженні на основі комунікативної рівності. Комунікативні гарантії прав потерпілого у кримінальному провадженні повинні базуватися на засобах, що реально забезпечують їх реалізацію. Система взаємозумовлених та взаємодоповнюючих комунікативних гарантій прав та законних інтересів потерпілого у кримінальному провадженні, вважаємо, має, зокрема, означати: обов'язок слідчого, прокурора проінформувати потерпілого щодо прав, передбачених КПК, зокрема ст. 56 КПК, та роз'яснити відповідні права; можливість реалізувати право потерпілого на представництво та брати участь у провадженні через свого представника, участь якого в окремих передбачених КПК випадках має бути обов'язковою; обов'язок слідчого, прокурора забезпечити право потерпілого на кваліфіковану правову допомогу з боку вибраного ним або призначеного представника; створення державного компенсаційного фонду для відшкодування потерпілим шкоди, завданої кримінальним правопорушенням; забезпечення змагальності та необхідних умов для реалізації комунікативної позиції потерпілого під час кримінального провадження.

⁶ Комунікативні бар'єри в процесі розуміються як проблеми, зумовлені відсутністю ефективного процесуального механізму забезпечення реалізації потерпілим своїх законних прав та інтересів, а також проблеми психологічного характеру, властиві потерпілому від кримінального правопорушення, що разом стоять на заваді його кримінально-процесуальній активності на тому чи іншому етапі кримінального провадження або й до його початку. Комунікативні бар'єри та комунікативні гарантії перебувають у постійному тісному взаємозв'язку – взаємозалежності один від одного.

Щодо етапів кримінальної процесуальної активності потерпілого під час кримінального провадження, то її, вважаємо, можна дослідити, виділивши три основних етапи.

Перший етап асоціюється з початком кримінальної процесуальної діяльності та зародженням кримінальних процесуальних правовідносин і виникає до початку досудового розслідування. Наприклад, на цьому етапі кримінально-процесуальна активність потерпілого проявляється шляхом подачі заяви про вчинене кримінальне правопорушення; або ж даний етап може характеризуватися пасивністю, небажанням жертви злочину з тих чи інших причин діяти з метою набуття процесуального статусу потерпілого. На цьому етапі актуальною є проблематика дискусії на тему: «Чи слід у такому разі визнавати особу потерпілою в кримінальному провадженні?», адже законодавець чітко вказує на визнання особи потерпілою лише за її письмовою згодою.

Другий етап виникає після набуття особою статусу потерпілого в кримінальному провадженні і характеризує кримінальну процесуальну активність потерпілого під час досудового розслідування, судового провадження в суді першої інстанції та судового провадження з перегляду судових рішень. На цьому етапі прояв кримінально-процесуальної активності найбільше визначається наявним процесуальним механізмом реалізації прав та законних інтересів потерпілого відповідно до чинного законодавства.

Третій етап пов'язуємо з винесенням судового рішення на етапі його виконання або неналежного виконання. Традиційно в науці кримінального процесуального права вважається, що завдання кримінального процесу є виконаними вже з моменту набрання судовим рішенням законної сили.

Разом із тим, наприклад, згідно зі ст. 476 КПК України, у разі невиконання угоди про примирення або про визнання винуватості потерпілий протягом установлених законом строків давності притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення відповідного кримінального правопорушення має право звернутися до суду, який затвердив угоду, з клопотанням про скасування вироку.

Згідно зі ст. 56 КПК України, права потерпілого покликані забезпечити його активну участь на всіх етапах кримінального

провадження і, відповідно, на всіх етапах кримінально-процесуальної активності потерпілого.

Окрім того, слід указати на такі комунікативні передумови виникнення і реалізації кримінально-процесуальної активності потерпілого в кримінальному провадженні: такі, що залежать від волі потерпілого, та такі, що не залежать від волі потерпілого. Наприклад, комунікативною передумовою початку провадження у формі приватного обвинувачення, що залежить від волі потерпілого, є подання або неподання особою заяви про вчинення щодо неї кримінального правопорушення (активна або пасивна кримінально-процесуальна активність). А комунікативною передумовою здійснення кримінального провадження на підставі угоди про примирення між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим, що не залежить від волі потерпілого, є неможливість укладення такої угоди у провадженнях щодо деяких тяжких і особливо тяжких злочинів, оскільки ч. 3 ст. 469 КПК чітко вказує, що угода про примирення може бути укладена виключно у провадженні щодо кримінальних проступків, нетяжких злочинів та у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення.

2. Комунікативна рівність як ключова цінність «образу потерпілого» в кримінальному провадженні

Саме процесуальна комунікація виступає категорією, що в межах кожної окремої правової ситуації – кримінального провадження – засвідчує та інтегрує поняття правових цінностей у галузевій (кримінально-процесуальній) нормі. І саме крізь призму реалізації суверенного права громадянина – права на процесуальну комунікацію потерпілого як суб'єкта в праві – можливим є глибше розуміння категорії «кримінальна процесуальна активність» та простеження рівня комунікативного балансу «цінність – антицінність» у кримінально-процесуальному праві, де жертва кримінального правопорушення і правопорушник, по суті, протистоять один одному, а точніше потерпілий виступає проти правопорушення, яким йому було завдано шкоди. Причому як щодо підозрюваного чи обвинуваченого, так і щодо потерпілого, процесуальний статус яких має кристалізувати ціннісні правові уявлення про справедливість, порядок, рівність, верховенство права, має бути

забезпечена рівноправна участь у комунікативному правовому дискурсі.

Аксіологізація процесів комунікації в кримінальному провадженні, зокрема кримінальної процесуальної комунікації потерпілого, покликана творити комунікативне бачення цінностей у межах конкретної правової реальності та взаємовідношення потерпілого в кримінальному процесі (як носія цінностей) із цією правовою реальністю або ж, іншими словами, творити «образ потерпілого» в кримінальному процесуальному праві, а ціннісні установки – невід’ємний складник такого образу.

Досліджуючи цінності як смислоутворюючу основу буття людини, що спрямовує і мотивує її життя, діяльність, конкретні вчинки, слід зазначити, що «правові цінності мають, насамперед, антропологічний зміст, наповнюються тими смислами, які в них закладає людина» [8, с. 99].

Для антропологічного праворозуміння (грец. ανθρωπος – людина, λογος – наука) право – це «система формально-обов’язкових загальних правил поведінки людей, які встановлені чи санкціоновані державою, виражають волю домінуючої частини соціально неоднорідного суспільства, спрямовані на регулювання соціальних відносин відповідно до цієї волі і загальносоціальних потреб та забезпечуються державою» [9].

Говорячи про нормативний вимір існування правових цінностей з урахуванням «людського виміру», підкреслимо, що «нормативність може існувати у вигляді безпосередньо норми і тоді вона сприймається як міжперсональний комунікативний акт, що містить у собі припис, передбачає активну чи пасивну поведінку свого адресата та має чітко виражений імперативний чи диспозитивний характер» [10, с. 118].

Очевидно, що комунікативність природно закладена у самій кримінально-процесуальній нормі, а власне кримінальне процесуальне право як регулятор відносин у суспільстві має ціннісний характер.

Нескладно помітити, що розуміння нормативності в ситуативному контексті, по суті, знімає антиномію між нормою та цінністю, оскільки вони починають діяти в одній площині, в одному ракурсі: норма виступає як засіб стратегічної комунікації, а цінність – як інструмент комунікативної дії [10, с. 122].

Вивчення кримінального процесуального права як засобу комунікації є кроком до сучасного раціонального нормотворення правовідносин, а кримінальна процесуальна норма виступає кінцевим етапом становлення цінності у суспільній свідомості. В основі кожної кримінальної процесуальної норми лежить закладена норма творцем певна цінність, що має гарантуватися та захищатися. В основі кримінальних процесуальних норм, що визначають право потерпілого на процесуальну комунікацію, закладено також основоположні цінності, що наповнюють його процесуальний статус глибинним змістом. І чи не основна з таких цінностей, на нашу думку, – комунікативна рівність.

Слід погодитися з тим, що ефективність комунікації у праві, у тому числі кримінальному процесуальному праві, визначається «рівнем реалізації нормативних принципів комунікації – справедливості, рівних прав і адекватного обов'язку у створенні симетричних взаємин та формальної толерантності, що передбачають гарантії забезпечення основних прав людини й громадянина» [5, с. 17].

На нашу думку, комунікативна рівність як нормативна галузева (кримінально-процесуальна) цінність проявляється та може бути досліджена, зокрема, крізь призму еволюції «образу потерпілого» в кримінальному процесуальному праві, будучи одним із його ціннісних складників.

Творення такого образу – поліпроблемне питання, розвідка якого в контексті правового людинорозуміння призводить до розуміння необхідності:

- синтезувати ціннісний досвід в аспекті правозахисної комунікації потерпілого в кримінальному провадженні;
- існування комунікативного балансу «праводекларування – правозабезпечення»;
- існування комунікативного балансу «публічне – приватне»;
- дослідження основ комунікативної кримінально-процесуальної активності потерпілого в кримінальному провадженні;
- дослідження права потерпілого на процесуальну комунікацію в кримінальному провадженні як фундаментального права, забезпечення якого означає захист прав та законних інтересів потерпілого в процесі;

– наскрізного мобільного тлумачення галузевих (кримінально-процесуальних) норм, що закріплюють процесуальний статус потерпілого в кримінальному провадженні.

Підсумовуючи вищевикладене, слід констатувати, що саме дослідження сучасного «образу потерпілого» в кримінальному процесуальному праві наводить на думку щодо необхідності вказати на комунікативну рівність як на конститутивну цінність, що має бути забезпечена нормотворцем.

Так, одним із завдань кримінального провадження є «охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження» (ст. 2 КПК). Із метою охорони прав, свобод та законних інтересів потерпілого в кримінальному провадженні комунікативна рівність має означати забезпечену кримінальним процесуальним законом можливість потерпілого, його представника комунікувати в процесі на рівних правах зі стороною захисту. Лише в такому разі вона буде усвідомлена у соціумі як цінність, а комунікативний баланс «право-декларування – правозабезпечення» дасть змогу потерпілому ефективно реалізувати свої права, передбачені КПК України, та захистити свої інтереси. Разом із тим це сприятиме також піднесенню на новий ціннісний рівень самої кримінально-процесуальної норми.

Важливо, щоб «образ потерпілого» в кримінальному провадженні укорінився в нашому суспільстві не як образ «подвійної» жертви – жертви кримінального правопорушення та жертви різного роду прогалин/колізій, юридико-технічних помилок кримінального процесуального закону, а навпаки, щоб цей образ природно асоціювався виключно із ціннісними установками справедливості, рівності, правосуддя та правопорядку. Саме це ми й маємо на увазі, коли говоримо про еволюцію «образу потерпілого» в кримінальному процесуальному праві, до якої закономірно має призвести еволюція самого кримінального процесуального закону. Із цією метою й слід розвивати досліджувану проблематику.

Зрозуміло, що «образ потерпілого» в кримінальному процесуальному праві не повинен йти в розріз з інтересами права як окремого феномену, як окремої цінності. А цінність галузевого (кримінально-процесуального) права слід визначати, в певному розумінні, відштовхуючись від кримінально-

процесуальної активності учасників кримінального провадження, у тому числі кримінально-процесуальної активності потерпілого, а саме ступінь забезпечення вираження кримінально-процесуальної активності учасників кримінального провадження є мірилом цінності позитивного права, адже саме позитивне право як важливий елемент суспільства в умовах цивілізації є нормативно-ціннісним регулятором.

Рівність поряд зі свободою розглядається в історії філософської думки та юриспруденції як найважливіший компонент прав індивіда, ознака правової соціальної держави. Комунікативну рівність, уважаємо, слід досліджувати як окрему цінність кримінального процесуального права, а потерпілого в кримінальному провадженні – як активного носія та реалізатора такої цінності, адже кримінально-процесуальна активність потерпілого – це вольова поведінка потерпілого, який, перебуваючи в рамках аксіосфери права, робить свідомо свій вибір. Таким чином, можливо простежити шлях від ідеального сприйняття цінності до реалізації цінності, що стає благом.

Слід орієнтуватися в даному разі на ціннісне правове регулювання. Нормативне регулювання можна зрозуміти як регулювання «ззовні» шляхом установа загальнообов'язкових шляхів та засобів досягнення правового порядку, а ціннісне регулювання – це регулювання міжсуб'єктне, «зсередини», що відображає саму суть антропологізації правового розвитку. Тобто це внутрішній інтелектуальний свідомий аспект сприйняття права.

Тому підтримуємо ціннісну концепцію М.М. Алексеєва [11, с. 70–71], відповідно до якої визнання цінності – переважно юридичний акт, суть якого полягає у перенесенні правових явищ до моральної сфери; право тоді є ефективним та реальним, коли воно несе в собі визнані цінності, тобто цінності, які діють не на рівні зовнішнього нав'язування, а стають внутрішнім моральним імперативом кожної окремої людини.

Отже, *комунікативна рівність* у контексті проблематики визначення поняття права потерпілого на процесуальну комунікацію – нормативна галузева (кримінально-процесуальна) цінність, характерна для позитивного права, що у кримінальному провадженні наповнює ціннісним змістом поняття «право потерпілого на процесуальну комунікацію».

Без визнання комунікативної рівності як цінності не вбачається можливою еволюція «образу потерпілого» в кримінальному процесуальному праві як цілісного образу, сформованого нормотворцем та правозастосовувачем і утвердженого соціумом. А як підкреслював Ю.М. Оборотов, ціннісно-нормативна система права завжди розрахована на її визнання народом, тобто легітимацію, що забезпечує її дієвість та ефективність [12, с. 57].

Тут додамо, що комунікативна парадигма в кримінально-процесуальному праві дає змогу справедливо вказати на переваги застосування динамічного підходу до тлумачення кримінально-процесуальної норми (не заперечуючи забезпечення стабільності правового регулювання в результаті застосування статичного підходу). «Адже на відміну від закону, текст якого є застиглим, здатним відставати від суспільного життя, право є явищем динамічним. Приведення права у відповідність зі зміненими суспільними умовами і потребами людей можливе двома шляхами – прийняттям нового закону, що з огляду на особливості законодавчого процесу та інші чинники далеко не завжди можна зробити вчасно, та шляхом тлумачення, пристосовуючи незмінний текст закону чи окремих його положень до нових умов та відносин, що змінилися» [13, с. 112–121]. Це й досягається за допомогою динамічного підходу до тлумачення кримінально-процесуальних норм, який, уважаємо, може бути провідним у сучасних реаліях.

Саме тому, на наше переконання, стрижневим принципом правозастосовного тлумачення кримінально-процесуальної норми є принцип *діалогічної комунікації*, де діалог слід розуміти як динамічний і конструктивний спосіб мислення, пізнання, роз'яснення та тлумачення, що веде від аналізу прогалин, колізій, юридико-технічних помилок галузевої (кримінально-процесуальної) правової норми до ефективного правотворення та правозастосування і розвивається по спіралі.

3. Щодо правозастосовного тлумачення окремих кримінально-процесуальних норм, що регулюють право потерпілого на процесуальну комунікацію у кримінальному провадженні

Особливого значення вміння використовувати способи тлумачення норм права набувають під час реформаційних

процесів, які відбуваються в державі, прийняття нових законодавчих актів, паралельного існування нового та «застарілого» законодавства, яке не приведене у відповідність до сучасних потреб правозастосовної практики [14].

У юридичній літературі виділяється ціла низка способів тлумачення норм права (семантичний, логічний, функціональний, систематичний, історичний та телеологічний, юридикоджерелознавчий, еволютивний, термінологічний, аналітичний, синтетичний, етичний, соціологічний), проте припускаємо за доцільне виділити та приділити увагу основним, що мають ключове значення, – лексико-граматичному та спеціально-юридичному способам тлумачення галузевих (кримінально-процесуальних) норм, що регулюють право потерпілого на процесуальну комунікацію у кримінальному провадженні.

Лексико-граматичне тлумачення норм права – це спосіб з'ясування смислових параметрів норми права за допомогою встановлення лексичного і граматичного значення мовних одиниць та їх внутрішньотекстових зв'язків, який умовно можна поділити на етапи: лексико-морфологічний (установлюється значення лексичних одиниць норми права – окремих слів, термінів, виявляється їх понятійне значення) та синтаксичний (здійснюється вивчення словосполучень і речень, що формують текст норми права у цілому) [15, с. 19].

Спеціально-юридичний спосіб тлумачення за С.С. Алексєєвим – це «дослідження техніко-юридичних засобів і способів викладу волі законодавця, засноване на спеціальних знаннях юридичної науки і перш за все юридичної техніки» [16, с. 179].

Досліджуючи питання правозастосовного тлумачення окремих кримінально-процесуальних норм, що регулюють право потерпілого на процесуальну комунікацію у кримінальному провадженні, підкреслимо, що значення та необхідність такого тлумачення продиктовані, зокрема наявністю:

– Прогалин у галузевому (кримінально-процесуальному) законодавстві.

Виникати прогалини можуть із різних причин. Так, прорахунки законодавця під час ухвалення нормативно-правових актів ведуть до початкових (первісних) прогалин у кримінально-процесуальному законі. Еволюційні зміни у самих суспільних відносинах, які неможливо було передбачити під час

ухвалення нормативно-правового акта, стають причиною подальших (наступних) прогалин у кримінально-процесуальному законі. А свідоме замовчування законодавця, що розраховує (або й зовсім не розраховує) прийняти відповідні норми найближчим часом, має наслідком навмисні прогалини.

Щодо початкових прогалин (які можуть і мають бути враховані законодавцем якнайшвидше після ухвалення нормативно-правового акта), то, наприклад, до таких слід віднести непередбачення законодавцем у кримінально-процесуальному законі випадків обов'язкової участі представника потерпілого у кримінальному провадженні. Відсутність галузевої норми, якою, виходячи із засад кримінального провадження, мають бути врегульовані відповідні кримінально-процесуальні відносини, у даному разі є прогалиною кримінально-процесуального закону, що може бути усунена виключно шляхом правотворчості. На нашу думку, слід констатувати відсутність у даному разі не окремої норми чи її частини, а відсутність певної сукупності галузевих (кримінально-процесуальних) норм (подекуди частин відповідних норм), тобто йдеться про повну непереборну прогалину кримінально-процесуального закону.

Водночас слід зазначити, що окремі з початкових (первісних) прогалин є переборними та можуть бути вирішені шляхом правозастосування, однак, уважаємо, у зв'язку із цим постає питання єдності судової практики. Так, у силу прогалини (а також очевидної колізії) кримінально-процесуальної норми донедавна неоднозначно вирішувалося питання щодо оскарження потерпілим недотримання розумних строків під час досудового розслідування: ст. 308 КПК вказувала, що скарга подається прокурору вищого рівня, а ч. 1 ст. 303 КПК вказувала на нездійснення процесуальних дій, які слідчий, прокурор зобов'язані вчинити у визначені КПК строки, що є підставою оскарження такої бездіяльності слідчому судді. Щодо судової практики, то у своїх рішеннях слідчі судді переважно вказували, що «прокурор вищого рівня, який зобов'язаний розглядати скарги на недотримання розумних строків слідчим, прокурором під час досудового розслідування, не є процесуальним суб'єктом, бездіяльність якого підлягає оскарженню в порядку, передбаченому ст. 303 КПК України» [17]. Проте в іншому разі в аналогічній ухвалі слідчий суддя дійшов висновку, що «відповідно до статті 114 КПК України,

для забезпечення виконання сторонами кримінального провадження вимог розумного строку слідчий суддя має право встановлювати процесуальні строки у межах граничного строку, передбаченого КПК України, з урахуванням обставин, установлених під час відповідного кримінального провадження» [18]. Це й є прикладом подолання часткової переборної прогалини шляхом правозастосовного тлумачення кримінально-процесуальної норми.

Із внесенням змін до ст. 303 КПК Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо забезпечення дотримання прав учасників кримінального провадження та інших осіб правоохоронними органами під час здійснення досудового розслідування» від 16.11.17 [19] відповідно до п. 9-1 ч. 1 ст. 303 КПК, рішення прокурора про відмову в задоволенні скарги на недотримання розумних строків слідчим, прокурором під час досудового розслідування підлягає оскарженню, зокрема потерпілим, його представником, законним представником. Водночас якщо прокурор не відмовив у задоволенні скарги на недотримання розумних строків слідчим, прокурором під час досудового розслідування, проте його вказівки щодо строків вчинення певних процесуальних дій або прийняття процесуальних рішень не вплинули з тих чи інших підстав на ефективність (тривалість) досудового розслідування, яким є за таких умов механізм реалізації права на оскарження недотримання розумних строків під час досудового розслідування? Тобто знову часткова прогалина (подальша). Адже за таких умов підстава для звернення до слідчого судді відповідно до п. 9-1 ч. 1 ст. 303 КПК відсутня.

Щодо подальших прогалин, то, наприклад, Постанова Пленуму ВССУ від 11. 12. 2015 щодо необхідності надання судом можливості сторонам кримінального провадження уточнення укладеної угоди тлумачить таку необхідність, що не передбачена чинним КПК України.

Щодо навмисних прогалин, то влучним прикладом тут може бути ч. 3 ст. 127 КПК: шкода, завдана потерпілому внаслідок кримінального правопорушення, компенсується йому за рахунок державного бюджету України у випадках та в порядку, передбачених законом. Причому підкреслимо, що «випадки» та «порядок», на які вказує законодавець, навмисно ним не визначені, а відповідний закон до цього часу не прийнято. Адже

«якщо держава бере на себе зобов'язання з відшкодування, а реально здійснити його не зможе, то це може створити ситуацію суспільного невдоволення, коли сотні тисяч потерпілих не одержать відшкодування від держави навіть після прийняття судами відповідних рішень на їхню користь» [20].

- Колізій (кримінально-процесуальному) в галузевому законодавстві.

Необхідність тлумачення виникає у разі розбіжності або суперечності між нормами права, які регулюють одне й те ж питання, що викликає їх колізійність. Наприклад, тлумачення норм, передбачених ч. 2 ст. 24 КПК та ст. 394 КПК, здійснене ВС України (Постанова ВС України від 03.03.2016 [21]), вказує виключно на конкуренцію відповідних норм, а не на їх колізійність. Погоджуємося, що саме принципи кримінального процесу «...є гарантією додержання прав і законних інтересів особи під час провадження у кримінальній справі; є юридичною базою для тлумачення конкретних кримінально-процесуальних норм, а також для вирішення всіх суперечностей, які виникають у ході кримінально-процесуальної діяльності» [22, с. 29]. А от досліджуючи положення ч. 4 ст. 26 КПК (відмова потерпілого, а у випадках, передбачених КПК, його представника, від обвинувачення є безумовною підставою для закриття кримінального провадження у формі приватного обвинувачення) та п. 7 ч. 1 ст. 284 КПК (кримінальне провадження закривається, якщо потерпілий, а у випадках, передбачених КПК, його представник відмовився від обвинувачення у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення, крім кримінального провадження щодо злочину, пов'язаного з домашнім насильством), доходимо висновку, що тут очевидна колізія в законі, закладена внесенням змін до п. 7 ч. 1 ст. 284 КПК Законом України «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» від 06.12.2017 [23]. Доходимо аналогічних висновків, аналізуючи положення ст. ст. 55, 58 та ч. 6 ст. 340 КПК (щодо наслідків неприбуття потерпілого/представника потерпілого в судове засідання).

- Оцінних понять у галузевому (кримінально-процесуальному) законодавстві.

Слід зауважити, що поряд із формально визначеними поняттями законодавцем застосовуються доволі часто й оціночні поняття – «закріплені в нормі кримінально-процесуального права поняття, зміст яких не містить чітко визначеної, завершеної системи ознак, що зумовлює здійснення його конкретизації в кожному окремому індивідуально визначеному випадку за розсудом правозастосовувача» [24], а отже, потребує правозастосовного тлумачення.

Розглядаючи лексичні особливості оцінних понять у кримінальному процесі, у юридичній літературі справедливо відзначається, що переважну більшість із них сформульовано через словосполучення або багатослівні лексичні конструкції.

Із метою забезпечення єдності підходів до застосування кримінально-процесуальних норм з оцінними поняттями законодавець може нормативно закріпити окремі їхні ознаки або навести певний перелік явищ (предметів), які входять до обсягу цього поняття, надавши цим самим орієнтир для правозастосування [24]. Переліки в нормативно-правовому акті за обсягом повноти прийнято поділяти на два види: вичерпні (повні), які не припускають розширювального тлумачення, та невичерпні (приблизні, неповні), які передбачають можливість доповнення явищ, об'єктів, ознак, що наведені в переліку [25, с. 68].

Наприклад, до оцінних понять слід віднести вказівку законодавця на «існування небезпеки для життя і здоров'я свідка чи потерпілого, їх тяжкої хвороби, наявності інших обставин, що можуть унеможливити їх допит у суді або вплинути на повноту чи достовірність показань» як на підставу для допиту свідка, потерпілого під час досудового розслідування у судовому засіданні слідчим суддею (ч. 1 ст. 225 КПК). Також у п. 3 ч. 6 ст. 194 КПК законодавець указує, що в інтересах потерпілого від злочину, пов'язаного з домашнім насильством, суд може застосувати до особи, яка підозрюється у вчиненні такого кримінального правопорушення, обмежувальний захід, що полягає у забороні «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». Метою застосування запобіжного заходу є забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього процесуальних обов'язків, а також запобігання спробі «незаконно впливати на потерпілого» (п. 3 ч. 1 ст. 177 КПК). Щодо проведення

дистанційного досудового розслідування та судового провадження, то законодавець указує на наявність «інших підстав, визначених слідчим, прокурором, слідчим суддею *достатніми*» (п. 5 ч. 1 ст. 232 КПК), неможливість «безпосередньої участі певних осіб у досудовому провадженні за станом здоров'я або з *інших поважних причин*» (п. 1 ч. 1 ст. 232 КПК), необхідність «у *найкоротший строк* організувати виконання зазначеного дорученого» (ч. 6 ст. 232 КПК), «опитування особи, яка через знаходження у віддаленому від місця проведення досудового розслідування місці, хворобу, зайнятість або з *інших причин* не може без *зайвих труднощів* вчасно прибути до слідчого, прокурора» (ч. 11 ст. 232 КПК), неможливість «безпосередньої участі учасника кримінального провадження у судовому провадженні за станом здоров'я або з *інших поважних причин*» (п. 1 ч. 1 ст. 336 КПК), наявність «інших підстав, визначених судом *достатніми*» (п. 5 ч. 1 ст. 336 КПК). Ч. 6 ст. 340 КПК указує на наслідки повторного неприбуття у судові засідання потерпілого «без *поважних причин*». Згідно з ч. 6 ст. 474 КПК, суд з'ясовує добровільність укладення угоди сторонами та перевіряє, чи не є вона «наслідком застосування насильства, примусу, погрозу або наслідком обіцянок чи дії *будь-яких інших обставин*».

Слід указати, що таке оціночне поняття, як очевидність та достатність підстав вважати, що заява про залучення до провадження як потерпілого подана особою, якій не завдано моральної, фізичної, майнової шкоди, визначається в кожному конкретному кримінальному провадженні на основі внутрішнього переконання слідчого, прокурора, які виносять умотивовану постанову про відмову у визнанні потерпілим.

З'ясовувати зміст кожного конкретного оцінного поняття слід залежно від контексту галузевої норми, в якій воно вжите:

– Проблематики, пов'язаної з юридико-технічними помилками в галузевому (кримінально-процесуальному) законодавстві.

Наприклад, указівка законодавця у ч. 1 ст. 55 КПК на те, що «потерпілим у кримінальному провадженні може бути фізична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано моральної, фізичної *або* майнової шкоди...» дещо логічно не узгоджується з іншими положеннями кримінально-процесуального закону, оскільки може йтися як про моральну, так і про майнову шкоду, завдану одним і тим же кримінальним правопорушенням одному й тому ж потерпілому, а цивільний позов подається про відшкодування моральної та майнової шкоди, якщо така була

завдана. Тому доречніше в даному разі вказати у ч. 1 ст. 55 КПК «*та/або*».

У ч. 6 ст. 206 КПК законодавець указує: «Якщо під час будь-якого судового засідання особа заявляє про застосування до неї насильства ... слідчий суддя зобов'язаний зафіксувати таку заяву...». Очевидним є те, що в даному разі законодавець є непослідовним, оскільки визначення поняття слідчого судді є у ст. 3 Закону, й є зрозумілим, що він здійснює свої повноваження виключно під час стадії досудового розслідування. Разом із тим указівка на «будь-яке судове засідання» означає, що таким засіданням може бути і судове засідання під час судового розгляду або апеляційного перегляду судового рішення. Тому, відповідно, й обов'язок фіксування заяви, що надійшла у судовому засіданні, слід закріпити не лише за слідчим суддею, а й за суддею, тим більше що у ст. 206 КПК йдеться про загальні обов'язки судді щодо захисту прав людини.

- Проблематики ступеня правової регламентованості композиційної побудови кримінально-процесуальної норми.

Варто підтримати думку А.А. Ушакова про необхідність дослідження правового тексту як форми літератури, як літературного твору, що припускає використання під час організації і структурування юридичного тексту поняття «композиція» [26, с. 70]. Загалом поділяючи думку щодо поділу системи норм кримінально-процесуального права на типові та нетипові [27, с. 220], зазначимо, що у теорії права розрізняють такі нетипові норми права: загально-закріпні норми, або норми-начала, установчі норми, або норми-принципи, прогностичні норми, або норми-цілі, декларативні норми, або норми-оголошення, дефінітивні норми, або норми-дефініції (визначення), а також оперативні норми, або норми-інструменти, колізійні норми, або норми-арбітри [28, с. 282].

Оскільки структура кримінально-процесуальної норми не завжди очевидна, приведемо приклад, що свідчить про вагомість тісного взаємозв'язку правозастосовного тлумачення окремих кримінально-процесуальних норм, що регулюють право потерпілого на процесуальну комунікацію, та ступеня правової регламентованості композиційної побудови кримінально-процесуальної норми. Так, аналізуючи положення ст. 472 КПК щодо змісту угоди про визнання винуватості у кримінальному провадженні (що може бути ініційована й укладена між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим), доходимо

висновку, що їй притаманна деяка фрагментарність, на яку вплинуло внесення змін до ст. 469 КПК відповідно до Закону України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо вдосконалення механізмів забезпечення завдань кримінального провадження» від 16.03.2017 [29], так, що нині у разі надання потерпілим чи потерпілими письмової згоди на укладення угоди остання може бути укладена і в провадженнях, у яких приймає участь потерпілий чи потерпілі; однак вносячи зміни до ст. 469 КПК, законодавець не передбачив, що положення ст. 472 КПК, які визначають зміст угоди про визнання винуватості, не вказують на важливі й необхідні питання, що потребують вирішення під час укладення угоди, наприклад розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, строк її відшкодування. Виходить, що правозастосувач має сам приймати рішення щодо інтерпретації та імплементації положень ст. 471 КПК, де йдеться про зміст угоди про примирення, до ст. 472 КПК, де йдеться про зміст угоди про визнання винуватості. Отже, композиція галузевої норми, що регулює кримінально-процесуальні відносини, її внутрішня побудова у даному разі характеризується нетиповою структурою. А саме йдеться про нетипову спеціалізовану галузеву норму, представлену не повністю визначеною диспозицією як центральним елементом; тобто внесення змін до ч. 4 ст. 469 КПК призвело до подальшої прогалини в кримінально-процесуальному законі, на що й указує не повністю визначена диспозиція ст. 472 КПК.

З урахуванням санкції кримінально-процесуальної норми, що міститься у ч. 7 ст. 474 КПК, а також того, що повторне звернення з угодою в одному кримінальному провадженні не допускається (ч. 8 ст. 474 КПК), а також ч. 4 ст. 394 КПК, не повністю визначена диспозиція (правові наслідки якої недооцінив законодавець) у даному разі може призвести, на нашу думку, до:

- ухвалення вироку на підставі угоди про визнання винуватості з порушенням прав і законних інтересів потерпілого (потерпілих) у кримінальному провадженні та проблеми оскарження потерпілим, його представником цього вироку – у разі неякісного правозастосовного (судового) тлумачення;

- відмови у затвердженні угоди про визнання винуватості та неможливості повторного звернення з угодою у цьому кримінальному провадженні – у разі якісного правозастосовного (судового) тлумачення.

Тому, вважаємо, слід указати на необхідність внесення відповідних змін до положень кримінально-процесуального закону з метою подолання вищевказаної фрагментарності й невизначеності. В іншому разі права та законні інтереси потерпілого можуть бути грубо порушені;

- наявності проблематики, пов'язаної зі зверненням до лінгвістичних структурних елементів кримінально-процесуальної норми.

Уважаємо, що загальних поглядів (що часто зустрічаються в юридичній літературі) про необхідність писати закони зрозуміло, чітко, стисло й грамотно недостатньо, обов'язковим є використання спеціальних правил та принципів тлумачення тексту, без чого якість тлумачення та чистота мови кримінально-процесуального закону зокрема страждатимуть. У цьому й є цінність лексико-граматичного тлумачення кримінально-процесуальної норми.

Адже, наприклад, окремі словосполучення як синтаксичні конструкції з двох чи більше слів на основі підрядного граматичного зв'язку – це не що інше, як «будівельний матеріал» мови кримінально-процесуального закону. «Як правило, саме словосполученнями оформляються найменування глав, розділів і статей законодавчих актів. Тому важливо дотримуватися правил утворення словосполучень для ефективності тлумачення та реалізації того чи іншого припису норм кримінально-процесуального права» [30, с. 159]. Прикладом може бути глава 9 КПК України «Відшкодування (компенсація) шкоди у кримінальному провадженні, цивільний позов». Зауважимо:

- прості синтаксично вільні словосполучення «відшкодування шкоди» та «відшкодувати шкоду» законодавець використовує відповідно у п. 17 ч. 3 ст. 42 КПК та у ч. 1 ст. 127 КПК;

- складне синтаксично вільне словосполучення «відшкодування (компенсація) шкоди» законодавець використовує у ст. ст. 127, 130 КПК;

- складне синтаксично вільне словосполучення «відшкодування завданої кримінальним правопорушенням шкоди» законодавець використовує у п. 10 ч. 1 ст. 56 КПК (тобто словосполучення «відшкодування шкоди» поширюється окремим словосполученням);

- складне синтаксично невідільне словосполучення «перелік дій, не пов'язаних із відшкодуванням шкоди» законодавець використовує у ч. 1 ст. 471 КПК.

Слід звернути увагу на те, що аналіз положень КПК, що досліджуються у розрізі понять «відшкодування»/«компенсація» шкоди та тлумачення спеціального юридичного терміна-словосполучення «відшкодування шкоди», утвореного за допомогою двох лексичних одиниць – дієслова й іменника, вказує на тавтологію – змістовне дублювання (повторення) тих самих або однокореневих слів, що є порушенням чистоти мови кримінально-процесуального закону. У даному разі це є аргументом на користь використання терміна-словосполучення «компенсація шкоди» у кримінальному провадженні.

Отже, на нашу думку, визначити поняття *правозастосовного тлумачення галузевої (кримінально-процесуальної) правової норми* можливо як особливий самостійний вид офіційного та неофіційного тлумачення, актуальна потреба в якому існує до початку, під час та після застосування кримінально-процесуальної норми та покликаний у динаміці забезпечувати її інтерпретаційну еволюцію задля ефективної правореалізації.

Висновки

Право потерпілого на процесуальну комунікацію в кримінальному провадженні слід визначити як забезпечену та чітко регламентовану процесуальними нормами можливість потерпілого, його представника, законного представника на отримання інформації про кримінальне провадження, обмін інформацією про стан кримінального провадження та вплив на кримінальне провадження на всіх стадіях кримінального процесу з метою захисту своїх прав та законних інтересів.

Комунікативна рівність у контексті проблематики визначення поняття права потерпілого на процесуальну комунікацію – нормативна галузева (кримінально-процесуальна) цінність, характерна для позитивного права, що у кримінальному провадженні наповнює ціннісним змістом поняття «право потерпілого на процесуальну комунікацію». Із метою охорони прав, свобод та законних інтересів потерпілого в кримінальному провадженні комунікативна рівність має означати забезпечену кримінальним процесуальним законом можливість потерпілого, його представника комунікувати в процесі на рівних правах зі стороною захисту. Лише в такому разі вона буде усвідомлена у соціумі як цінність, а комунікативний баланс «праводекларування – правозабезпечення» дасть змогу потерпілому ефективно

реалізувати свої права, передбачені КПК України, та захистити свої інтереси.

Без визнання комунікативної рівності як цінності не вбачається можливою еволюція «образу потерпілого» в кримінальному процесуальному праві як цілісного образу, сформованого нормотворцем та правозастосовувачем і утвердженого соціумом.

Досліджуючи питання правозастосовного тлумачення окремих кримінально-процесуальних норм, що регулюють право потерпілого на процесуальну комунікацію у кримінальному провадженні, доходимо висновку, що визначити поняття правозастосовного тлумачення галузевої (кримінально-процесуальної) правової норми можливо як особливий самостійний вид офіційного та неофіційного тлумачення, актуальна потреба в якому існує до початку, під час та після застосування кримінально-процесуальної норми, та покликаний у динаміці забезпечувати її інтерпретаційну еволюцію задля ефективної правореалізації.

Список використаних джерел:

1. Токарська А.С. Комунікативна природа права і правової комунікації. *Філософські та методологічні проблеми права*. 2011. № 1. С. 32–39. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Fmpp_2011_1_5.
2. Поляков А.В. Комунікативний підхід у загальній теорії права. *Проблеми філософії права*. 2006–2007. Т. 4–5. URL: <http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/13444/06-Polyakov.pdf?sequence=1>.
3. Мудрак І.В. Комунікативний процес у судових дебатах у кримінальному судочинстві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 – кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність. Одеса, 2011. 20 с.
4. Гловюк І.В. Кримінально-процесуальні функції: теорія, методологія та практика реалізації на основі положень Кримінального процесуального кодексу України 2012 р. : монографія. Одеса : Юрид. літ., 2015. 712 с.
5. Токарська А.С. Правова комунікація в контексті пост класичного право розуміння : автореф. дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.12 – філософія права. Київ, 2008. С. 12–18.
6. Тітко І.А. Нормативне забезпечення та практика реалізації приватного інтересу в кримінальному процесі України : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.09 – кримінальний процес та

криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність. Харків. 2016. 460 с. URL: <http://ua.z-pdf.ru/7yuridicheskoe/676507-20-na-pravah-rukopisu-titko-ivan-andriyovich-udk-34313-normativne-zabezpechennya-praktika-realizacii-privatnogo-interesu-k.php>.

7. Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України / за ред. С.В. Ківалова та С.І. Кравченко. Одеса : Фенікс, 2020. 924 с.

8. Гришук О.В. Людська гідність у праві: філософські проблеми : монографія. Київ : Атіка, 2007. 432 с.

9. Рабінович П.М. Основи загальної теорії права і держави. Львів : Край. 2007. 224 с. URL: https://sites.google.com/site/faemopz/yurydychna-osvita/teoriya_D_i_P/2.

10. Горобець К.В. Аксіосфера права та її компоненти : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.12 – філософія права. Одеса, 2012. 324 с.

11. Алексеев М.М. Основы философии права. Санкт-Петербург : Лань, 1999. 256 с.

12. Оборотов Ю.М. Общетеоретическая юриспруденция. Учебный курс : учебник / под ред. Ю.Н. Оборотова. Одесса : Феникс, 2011. 436 с.

13. Гончаров В.В. Динамічне тлумачення юридичних норм. Львів : Сполом, 2013. 249 с.

14. Капліна О.В. Роль тлумачення норм кримінального процесуального права в забезпеченні законності правозастосовної діяльності. URL: <http://dspace.nulau.edu.ua/handle/123456789/9659>.

15. Капліна О.В. Правозастосовне тлумачення судом норм кримінально-процесуального права : автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Харків, 2009. С. 19.

16. Алексеев С.С. Проблемы теории права : курс лекций : в 2-х т. Свердловск, 1973. Т. 2. С. 179.

17. Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 13.07.2015. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/>.

18. Ухвала слідчого судді Жовтневого районного суду м. Харкова від 14.03.2014. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/>.

19. Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо забезпечення дотримання прав учасників кримінального провадження та інших осіб правоохоронними органами під час здійснення досудового розслідування : Закон України від 16.11.17. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2213-19#Text>.

20. Висновок Головного науково-експертного управління Верховної Ради України на проєкт закону України «Про відшкодування за рахунок держави матеріальної шкоди фізичним особам, які потерпіли від злочину» від 27.10.2010. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=7303&skl=7.

21. Постанова ВС України від 03.03.2016. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/V5160249.html.

22. Маляренко В.Т. Конституційні засади кримінального судочинства. Київ, 1999. С. 29.

23. 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 : Закон України від 06.12.2017. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2227-19#Text>.

24. Тітко І.А. Оцінні поняття у кримінально-процесуальному праві України : монографія. Харків : Право, 2010. 216 с. URL: http://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/MONOGRAFIJ_2011/Titko_2010.pdf.

25. Пиголкин А.С. Подготовка проектов нормативных актов (Организация и методика). Москва : Юрид. лит., 1968. 168 с.

26. Ушаков А.А. Очерки советской законодательной стилистики. Пермь, 1967. 185 с.

27. Гемай С.О. Питання окремих видів нетипових норм кримінально-процесуального права. *Право і суспільство*. 2011. С. 219–222.

28. Скакун О.Ф. Теорія держави і права : підручник. Харків, 2006. С. 282–285.

29. Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо удосконалення механізмів забезпечення завдань кримінального провадження : Закон України від 16.03.2017. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1950-19#Text>.

30. Капліна О.В. Правозастосовне тлумачення норм кримінально-процесуального права : монографія. Харків : Право, 2008. С. 159.

DOI <https://doi.org/10.36059/978-966-397-235-0-16>

Riaboshapchenko A. O.,
Candidate of Legal Sciences,
Associate Professor at the Department of International
and European Law
National University «Odesa Law Academy»,
Odesa

Zhebrovska K. A.,
Candidate of Legal Sciences,
Associate Professor at the Department of International
and European Law
National University «Odesa Law Academy»,
Odesa

THE CONCEPT OF INTERNATIONAL AND EUROPEAN LEGAL STANDARDS OF HUMAN RIGHTS

Summary. *International standards of human rights and freedoms can be considered as universally recognized provisions of international acts of binding and recommendatory nature, as well as principles of international law, which enshrine the fundamental rights of the individual, which are crucial for protecting people from illegal and unjustified actions by the state, other persons, violate or restrict these rights, as well as serve as a guide for all states in regulating and ensuring the rights of their citizens. The foundations of international human rights standards continue to evolve simultaneously with the process of forming new legal systems that declare in their constitutions the ideas of the rule of law and respect for human rights.*

International human rights standards are universally recognized international legal norms that enshrine the status of the individual at the universal level and establish a list of fundamental rights and freedoms, the obligation of states to respect these rights and freedoms, and the limits of possible or permissible restrictions. International standards of human rights and freedoms are enshrined in international agreements, conventions and covenants, based on world experience and embodying current needs and trends in social issues.

International human rights standards are based on generally accepted principles such as: respect for the sovereignty of the state;

inadmissibility of interference in the internal affairs of the state; self-government of peoples and nations; equality of all people and non-discrimination; equality of rights and opportunities for men and women; respect for human rights, even in the event of armed conflict and responsibility for criminal human rights violations. The significance of these principles lies in the fact that they are the basis for the development of human rights and their enshrinement in national law, as well as a criterion for the legitimacy of the state in the field of human rights.

International human rights standards have developed gradually. Initially, only political rights were enshrined, then economic and social rights. They were specified in the national legislation of the states. However, each state must not only bring its legislation in line with its international obligations, but also take certain actions and create real conditions for guaranteeing and exercising rights.

International human rights standards are based on the rules of natural law, which include the ideals of freedom, justice and equality before the law. These norms are enshrined in the legal system of each state.

Introduction

Among the intangible values realized by most people in open democracies, human rights and freedoms remain paramount. These views are based on the liberal democratic tradition of socio-political thought, which has been developing for more than three centuries. Human dignity is the source of his rights and freedoms. Human rights are based on one undoubted value – human dignity. The problem of human rights protection is the most pressing in international law. Human rights are universal moral rights of a fundamental nature, which belong to every person in his relations with the state. Human rights are a cross-cutting theme of UN programs and strategies in areas such as peace and security, development, humanitarian assistance and economic and social issues. One of the most important achievements of the UN is the creation of a comprehensive body of human rights law – a universal code that is protected at the international level, to which any state can join and to which all people seek to implement. The United Nations has identified a wide range of internationally recognized rights and established mechanisms to promote and protect those rights and to assist States in fulfilling their commitments.

The foundations of international human rights standards continue to evolve simultaneously with the process of forming new legal

systems that declare in their constitutions the ideas of the rule of law and respect for human rights. Doctrinal approaches to the interaction of international and national law, to the legitimacy of universal international legal standards and their role in the protection of individuals at the national level in the context of practical issues and challenges that exist at the international and national levels should now be considered. The human rights sector is constantly evolving through the development of new international and national legal instruments.

The aim of this scientific research is to study international and European human rights standards in the context of the fact that human rights issues are most important in international law, as well as the role of the UN in shaping international human rights standards.

1. International legal standards of human rights: general principles and mechanism of compliance

International standards of human rights and freedoms can be considered as universally recognized provisions of international acts of binding and recommendatory nature, as well as principles of international law, which enshrine the fundamental rights of the individual, which are crucial for protecting people from illegal and unjustified actions by the state, other persons, violate or restrict these rights, as well as serve as a guide for all states in regulating and ensuring the rights of their citizens.

According to P.M. Rabinovych [22], the classification of international human rights standards is carried out according to various criteria: depending on their ontic status, such standards are divided into nominal (terminological, textual), which include only the names of human rights and freedoms applied in international instruments and actual (substantive), which include recorded in these sources content and volume indicators of such rights and freedoms; by deontic status – mandatory, the implementation of which is formally necessary for the respective states and can be ensured even by the application of international political and legal sanctions, and recommendatory, which, although not formally binding, but also secured by international political sanctions (morally -political); by space (territory) actions – world (general civilization, global) and regional (in particular, continental); by the circle of addressees – general (applies to all people) and specialized (addressed to members of only certain social communities, groups – for example, children,

women, refugees); according to the subject of their establishment: standards of the UN, UNESCO, the Council of Europe, the European Union, etc. It should be noted that the above list of international human rights standards is not exhaustive.

The inclusion of international human rights standards in national legal systems in legal research is denoted by various terms: "transformation", "implementation", "harmonization", "incorporation", "adaptation", "implementation". As for the term "implementation", it was developed in international law and has become widespread in numerous resolutions of the UN General Assembly, in many international conventions and treaties. In most cases, the implementation of international law is a sphere of sovereign states that use their internal organizational and legal mechanism for this purpose. At the international level, the criteria to be met by the rule-making process in setting human rights standards are defined. An example of this is the UN General Assembly Resolution № 41/120 of December 4, 1966 "Establishment of international standards in the field of human rights" [1]. International human rights standards are understood as enshrined in international acts and documents, textually unified, functionally universal principles and norms that fix the minimum necessary and desirable content and scope of human rights, due to the achieved level of social development and establish positive obligations of states to ensure them, protection and defense, providing for their violation of sanctions of political, legal or political nature.

International standards of human rights and freedoms are enshrined in international agreements, conventions and covenants, based on world experience and embodying current needs and trends in social issues. The United Nations (UN), established in 1945, played a key role in the development of international human rights standards. It was the UN Charter that became the first multilateral international treaty in the history of international relations, which laid the foundations for the process of forming universal values of mankind and marked the beginning of a new stage in the field of protection of human rights and freedoms. In particular, paragraph "c" of Art. Article 55 of the Charter obliges states to develop international cooperation in order to promote "universal respect for and observance of human rights and fundamental freedoms for all, regardless of race, sex, language or religion." Thus, this fundamental international treaty enshrined the principle of respect and observance of human rights in the modern world community [18].

The main international conventions containing international standards of human rights and freedoms are: the Universal Declaration of Human Rights (1948), the Covenant on Civil and Political Rights (1966 and 1966), and the Covenant on Civil and Political Rights (1966). The Charter of Economic Rights and Duties of States (1974), the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950), and the European Social Charter (1961). The Catalog of Human Rights proclaimed in the Universal Declaration of Human Rights (1948), based on European values, was proclaimed universal. It expresses the values without which the normal development of society is impossible, based on the principles of freedom, the rule of law and human rights. The idea of the universality of human rights, formulated in the Universal Declaration of Human Rights (1948) and other international legal acts, was accepted as an axiom.

The provision on the universality of international legal standards was confirmed in the Vienna Declaration and Program of Action adopted at the World Conference on Human Rights (1993). The most important in the protection and observance of international standards of human rights and freedoms is the presence and effectiveness of international mechanisms for their provision. In those cases when the state mechanism is not able to ensure the realization of human rights and freedoms, international law provides for the possibility of confusion between international mechanisms and human rights.

One of the most important comprehensive international acts for the protection of human and civil rights is the Universal Declaration of Human Rights adopted by the UN General Assembly on December 10, 1948. The declaration defined a wide range of civil, political, socio-economic and cultural rights. The text of the document reflects the natural nature of human rights, and it is proclaimed that all peoples and all states should promote the respect and protection of human rights and freedoms through national and international progressive measures. The implementation of the rights enshrined in the Universal Declaration of Human Rights and other international instruments has become a very difficult process, given the different levels of social, economic and cultural development. The two fundamental documents included in the International Bill were the International Covenants adopted by the UN General Assembly on December 16, 1966: On Political and Civil Rights and On Economic, Social and Cultural Rights. The fact that the draft Declaration and

Covenants were drafted by the same Human Rights Commission, set up in early 1946, was a happy coincidence, as it ensured continuity and logical consistency in the content of the Declaration and Covenants and thus defined their functional relationship: purpose The Declaration consisted in the very definition of human rights, while the purpose of the Covenants was to translate international human rights norms into specific positive legal obligations of states [3].

For the first time, an individual has become a subject of international law. Under the provisions of which, all persons residing in a State party to the Covenants or having jurisdiction over that State shall be entitled to exercise the rights provided for in the Covenants without distinction as to race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national social origin, property, caste or other status. All member states are obliged to bring their national legislation into line with the provisions of these legal instruments. In addition, under the Optional Protocol to the Covenant on Civil and Political Rights, a citizen of any State party to the Covenant that has signed the Protocol may apply directly to the UN Human Rights Committee for protection of his rights [13].

The legal basis for the work of the UN Human Rights Committee includes the procedural rules related to its functioning and the substantive rules that it applies in the exercise of the powers vested in this international body. The analysis of the competence of the UN Human Rights Committee allows us to single out the following functions: the control function, which is to monitor the implementation of member states of their obligations under the International Covenant on Civil and Political Rights (1966); the interpretive function exercised when the Committee clarifies the content of the provisions of the Covenant and the specifics of its implementation; implementation function, which is manifested in the promotion and institutional support of the implementation of obligations under the Covenant by States parties; judicial function, which is to consider interstate disputes and individual reports of violations. The powers of the Committee include: consideration of reports of States parties to the Covenant; consideration of interstate disputes; consideration of individual reports of violations. Following the consideration of the reports of the States parties to the International Covenant on Civil and Political Rights (1966), the Committee does not take decisions binding on States, but in the practice of the Committee there are so-called general comments,

concluding remarks and considerations. As all decisions of the UN Human Rights Committee are of a recommendatory nature, the decisions of the Committee by legal nature should be considered acts of "soft law" along with acts of international organizations, the importance of which is due to the high degree of implementation of the recommendations of this body. In its consideration of interstate disputes, the Committee may provide good offices to States parties or mediate through the establishment of a Conciliation Commission. The practice of the Committee is actively used by the International Court of Justice and the Inter-American Court of Human Rights [18].

The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, adopted by the UN General Assembly on 16 December 1966, defined more specifically human rights such as the right to work, to strike, to health care, to education, to participate in cultural life, and also the rights of convicts. The realization of these rights is associated with the expansion of the paternalistic functions of the state, and depends on the level of political, economic and social development of the latter. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights establishes only the standards to which the state must strive. The Committee on Economic, Social and Cultural Rights monitors the observance by States parties of their obligations under the Covenant and the level of exercise of their respective rights and responsibilities. The mandate of the Committee is set out in Chapter IV of the Covenant and ECOSOC resolutions and includes consideration of periodic reports by States on the measures they have taken and on progress towards achieving the rights recognized in the Covenant.

The development of universal and regional human rights standards takes place in complex and contradictory conditions, in which the states that form and implement such standards differ not only in their socio-economic systems, but also in civilizational features that sometimes complicate the implementation of universal standards in all spheres of life. International standards of human rights and freedoms are established by the international community within international organizations for their provision and protection both at the international level and at the international level. The formation and normative consolidation of international standards of human rights and freedoms took place gradually at the UN level, and then at the regional level – within the regional international organizations [14].

The UN Charter of 1945 emphasizes that the organization promotes the full respect and observance of human rights and

fundamental freedoms for all, in the UN Charter imposes on states the obligation not only to respect but also to protect. The leading role of the United Nations in maintaining international peace and security, as well as in ensuring global cooperation and the development of international law, makes it of paramount importance in the field of international legal regulation of the fight against terrorism.

UN statutory bodies play an important role in ensuring respect for human rights. According to Article 7 of the UN Charter, it defines the list of the main UN bodies: the General Assembly, the Security Council, the Economic and Social Council, the Trusteeship Council, the International Court of Justice and the Secretariat; and paragraph 2, Article 7 of the Charter contains provisions for the establishment, if necessary, of subsidiary bodies within the UN. According to Art. 13 of the Charter, the UN General Assembly should promote international cooperation in the social, cultural, economic, health, and human rights and fundamental freedoms.

To implement these tasks, the UN General Assembly may adopt recommendations addressed to member countries of the Organization. Thus, in 1948, the UN General Assembly adopted the Universal Declaration of Human Rights. Among other major UN bodies, the Economic and Social Council (ECOSOC), which coordinates the UN's economic and social activities under the leadership of the General Assembly, has a special role to play in protecting human rights. human rights and fundamental freedoms for all. "This body has the right to prepare draft conventions for the General Assembly on matters within its competence, to set up commissions to carry out its functions and to carry out various activities in the field of human rights protection [25].

The leading role of the United Nations in maintaining international peace and security, as well as in ensuring global cooperation and the development of international law, makes it of paramount importance in the field of international legal regulation of the fight against terrorism. At the same time, among the six main UN bodies, the most important in terms of maintaining international peace and security and ensuring proper regulation of international relations is the Security Council, which in accordance with paragraph 1 of Art. 24 of the Charter, has the primary responsibility for maintaining international peace and security and acts on behalf of all UN members in the performance of their duties. The 15-member Security Council

focuses on specific tasks related to the maintenance of international peace and security.

In addition to the above-mentioned UN general bodies, special attention should be paid to the UN Human Rights Council as a profile body in the system of the international mechanism for the protection of human and civil rights and freedoms. This body was established in 2005 during the Summit of Heads of State and Government in New York and replaced the existing UN Commission and Human Rights Committee. The next step in the development of this body was the UN General Assembly resolution 60/251, which contains provisions on the mandate, work, composition and procedure for the election of members of the Council.

According to the resolution, the main purpose of the Council is to protect human rights and fundamental freedoms on a fair and equal basis, as well as the effective coordination and integration of human rights activities within the UN system. One of the characteristic features of international law is the existence of an extensive system of means for the peaceful settlement of international disputes, which includes both conciliatory and judicial means. Part 1 of Art. 33 of the UN Charter stipulates that the parties to the dispute must first seek to resolve the dispute through negotiation, examination, mediation, conciliation, arbitration, litigation, recourse to regional authorities and agreements. The main judicial body of the entire international community, of course, is the International Court of Justice [30].

According to Art. 96 of the UN Charter, Art. 65 of the Charter of the International Court of Justice, the UN General Assembly or the UN Security Council may request advisory opinions on any legal matter. Other UN bodies and specialized agencies, which may be authorized by the General Assembly at any time, may also request the Court's advisory opinions on legal issues arising within the scope of their activities.

The UN Charter stipulates that each of the main UN bodies may establish different specialized agencies or units to perform its duties. The options of any subsidiary body of the United Nations are limited. They perform the work strictly defined by their constituent act, respectively, the legal status and importance of UN subsidiary bodies are different. Some of them are practically intergovernmental organizations, and others are autonomous intergovernmental bodies. There are many UN organizations and agencies that operate and carry out a variety of work on specific issues, such as: the International

Labor Organization, the International Atomic Energy Agency (IAEA), the Food and Agriculture Organization of the United Nations, UNESCO, the United Nations Educational and Scientific Organization. and Culture), UNIDO (United Nations Industrial Development Organization), the World Bank and the World Health Organization (WHO). It is through these agencies that the UN does most of its humanitarian work.

Monitoring of human rights within the UN is exercised by all its major bodies, including: UN Security Council; UN General Assembly; UN Economic and Social Council. The General Assembly is the main body of the United Nations. According to it. 1 (6) of Art. 13 of the UN Charter, it organizes research and makes recommendations aimed at "promoting the enjoyment of human rights and fundamental freedoms for all, regardless of race, sex, language or religion." According to the UN Charter, along with the General Assembly, the responsibility for carrying out the organization's human rights functions rests with the Economic and Social Council (ECOSOC), which operates under the authority of the UN General Assembly.

ECOSOC is the central body for guidance and coordination in the field of human rights, authorized to: in accordance with paragraph 2 of Art. 62 of the UN Charter, "to provide recommendations to promote respect for and observance of human rights and fundamental freedoms for all"; "prepare for submission to the General Assembly draft conventions" (paragraph 3 of Article 62 of the UN Charter); "convene international conferences" (paragraph 4 of Article 62 of the UN Charter).

To perform the functions assigned to the Economic and Social Council, it establishes special commissions (Article 68 of the UN Charter). In accordance with this article, a Commission on Human Rights, a Commission on the Status of Women and a Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities have been established, focusing exclusively on human rights issues. The UN-established system of human rights protection is based on the work of permanent institutions, the foundations of which are enshrined in various international human rights conventions [11]. This is the Office of the High Commissioner for Human Rights, which includes the Human Rights Council, which replaced the Human Rights Commission in 2006. These changes were made to ensure the continuity and continuity of these bodies, as well as to limit their

politicization. The protection of human rights in the UN system is divided into two main parts.

The statutory bodies include: Human Rights Council (until 2006 – Commission on Human Rights); special procedures of the Human Rights Council; the procedure for reviewing complaints to the Human Rights Council; Universal Periodic Review a mechanism for reviewing human rights information in all UN member states, which is part of the structure of the Human Rights Council and provides an opportunity for each country to inform about the measures taken to improve the human rights situation and to fulfill its obligations in this area. The Human Rights Council is an independent body separate from the Office of the High Commissioner for Human Rights, in accordance with the mandates issued by the General Assembly [18].

However, OHCHR provides for meetings and subsequent meetings of the Human Rights Council. The Council consists of 47 UN member states. This UN statutory human rights body has the authority to end human rights abuses, eliminate inequality and discrimination, protect the most vulnerable, and prosecute offenders. "Special procedures" is the general name of the mechanisms provided by the Commission on Human Rights and adopted by the Human Rights Council to address specific situations in the country or thematic issues in all parts of the world. Special procedures are either an individual (special representative or independent expert) or a working group. The mandates of the special procedures are given to outstanding, independent experts who work on a voluntary basis and are appointed by the Council. The mandate of special procedures involves studying, monitoring, advising and informing the public about the human rights situation in individual countries or territories (country mandates) or about mass human rights violations around the world (thematic mandates) [25].

All special procedures report to the Human Rights Council on the results of their activities and recommendations. Sometimes they are the only mechanism that notifies the international community of existing human rights problems, as they can deal with situations in any part of the world, regardless of whether a state has ratified a human rights instrument. As of August 1, 2017, there are 44 thematic mandates and 12 country mandates. The human rights treaty bodies are organized in accordance with separate treaties, which distinguishes them from the UN statutory human rights bodies, which are established on the basis of the UN Charter (for example, the

Human Rights Council, the General Assembly, the Security Council). When a state ratifies one of these treaties, it enters into a legal obligation to incorporate the provisions of the human rights treaty into its national law [10].

The UN human rights treaty bodies are committees made up of independent human rights experts. It is their responsibility to monitor and control how the "States Parties" (in the States that have ratified the Treaty) implement its provisions. Nine of these committees monitor the implementation of UN human rights treaties by States parties, and the tenth, the Subcommittee on Prevention of Torture, established under the Optional Protocol to the Convention against Torture, inspects places of detention in States parties to the Optional Protocol [11].

The Human Rights Committee monitors compliance with the International Covenant on Civil and Political Rights. The Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) monitors compliance with the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. The Committee on the Rights of the Child (CRC) monitors compliance with the Convention on the Rights of the Child and the Additional Protocols (on children in military conflict, trafficking in children and child pornography, and the establishment of a grievance mechanism). The Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW) monitors compliance with the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination against Women. The Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD) monitors compliance with the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. The Committee against Torture (CAT) monitors compliance with the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment and the Optional Protocol on Persons Imprisoned. The Committee for the Protection of the Rights of Migrant Workers (CMW) monitors compliance with the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families. The Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) monitors compliance with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The Committee on Enforced Disappearances (CED) monitors compliance with the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance.

An important element in the mechanism of monitoring compliance with international human rights standards within the UN belongs to

specialized agencies, bodies, programs created on the basis of intergovernmental agreements. The scope of their control activities is limited, and is aimed mainly at respecting human rights in the economic, social spheres, in the field of culture, education, health care. Among such institutions are, first of all, the International Labor Organization (ILO) and UNESCO. The International Labor Organization (ILO) was established in 1919 and became its first specialized agency since the United Nations. According to the ILO Charter, its purpose is to promote universal and lasting peace on the basis of social justice by improving working conditions [24].

A feature of the ILO is the tripartite representation, in which, along with governments, trade unions and business organizations of member countries participate. The ILO's monitoring system includes two mechanisms: a regular monitoring system, which consists of examining periodic reports on measures taken to implement the provisions of conventions ratified by the state; special procedures.

UNESCO is a specialized UN body for education, science and culture and seeks to establish peace through international cooperation in these areas. The procedure for monitoring the observance of human rights within UNESCO differs significantly from all other procedures provided for by other specialized bodies. Courts have been established at the universal level (UN International Court of Justice, International Tribunal for the Law of the Sea) and at the regional level (European Court of Human Rights, European Court of Justice, etc.). International judicial institutions of universal and regional level play a key role in the mechanism of human rights protection. The main universal-level judicial body established within the United Nations is the United Nations International Court of Justice, which is responsible for the administration of international justice. Its composition and competence are defined by the UN Charter and the Statute of the International Court of Justice [1].

2. European human rights protection system

Today, the most effective system of human rights protection is the European system of human rights protection, which is the result of long historical development. The modern European system of human rights protection is the only system of principles, norms and mechanisms operating in the European legal space that ensure the protection of human rights. Cooperation in the field of human rights in Europe is carried out in the framework of: Council of Europe; the

European Union; Organization for Security and Co-operation in Europe (hereinafter – the OSCE). The protection of human rights within the Council of Europe is carried out through the development of conventions, resolutions and recommendations for monitoring the observance of treaty provisions by member states through a system of statutory and non-statutory bodies, including conventions [5].

The European system of human rights protection includes, first of all, the effect and guarantees of the norms of various European conventions on human rights, as well as the direct activity of the Council of Europe, its supervisory bodies, especially the ECtHR, which ensure compliance with European human rights conventions. In Western Europe, such standards have been in place for decades. The European system of human rights protection is based on uniform standards.

The European system of human rights protection includes: European convention norms in the field of human rights; effective application of the norms of European conventions by the member states of the Council of Europe; activities of European structures (Council of Europe and its supervisory bodies) related to ensuring the norms of European conventions, implementation of these norms by the national legal systems of the member states of the Council of Europe, as well as setting precedents in the field of human rights (mainly the European Court of Justice) [6].

The first regional human rights instrument is the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, adopted in 1950, the preamble of which states that “governments of European countries which share common views and have a common heritage of political traditions and ideals, respect for freedom and rule of law, have taken the first steps towards ensuring certain rights enshrined in the Universal Declaration of Human Rights”.

The European Convention protects, first and foremost, civil and political rights, including: the right to life (Article 2); prohibition of torture (art. 3); prohibition of slavery and forced labor (Article 4); the right to liberty and security (art. 5); the right to a fair trial (Article 6); inadmissibility of punishment without a legal basis (Article 7); the right to respect for private and family life (Article 8); freedom of thought, conscience and religion (Article 9); freedom of expression (Article 10); freedom of assembly and association (art. 11); the right to marry (Article 12); the right to an effective remedy (Article 13);

prohibition of discrimination (Article 14). Thus, the European Convention enshrined the whole set of universal values [7].

Fundamental European values are presented in the form of a triad "the rule of law, democracy, human rights. The core of European values are liberal fundamental human rights and freedoms, democratic principles of government, as well as the rule of law and the welfare state. As a combination of liberal and democratic ideas, European values are referred to as "liberal-democratic". The latter became the principles of functioning of state and political institutions of modern European countries and the European Union. European values are not only a general abstract concept, but also have a concrete practical expression in the form of legal norms enshrined in a number of basic documents of the Council of Europe and the European Union (Convention for the Protection of Fundamental Freedoms, etc.), Treaty on the Functioning of the European Union, etc.) [8].

The fundamental basis of European values are the rights and freedoms of each individual and the equality of all before the law. These legal values have been transformed in the legal systems of European countries. States wishing to become members of the Council of Europe must, first of all, ratify this fundamental human rights law [15]. The European system of human rights protection is the most effective in this area, as the goals it has set for itself are not only universally recognized, but also constantly evolving and complementary.

The European Convention on Human Rights is a dynamic phenomenon. To this end, additional Protocols have been developed and are being developed through the interpretation of its provisions by the European Court of Human Rights. Under case law, the Court decides how the provisions of the European Convention may be interpreted for a given period of time. Article 6 of the EU Treaty clearly states: "The EU is founded on the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law; these principles are shared by all Member States" [16].

The basic values of the EU are reflected in the Charter of Fundamental Rights of the European Union. In the Charter, the rights and freedoms of EU citizens emerged as the values of all EU member states, on which the activities of the EU institutions are based, as stated in the preamble of the document: "The peoples of Europe on the basis of common values... The European Union promotes the preservation and development of these common values while respecting the diversity of cultures and traditions of the peoples of Europe, as well as the national identity of Member States

and the organization of their public authorities at national, regional and local levels [20].

In total, the Charter of Fundamental Rights of the European Union consists of 54 articles, which are divided into seven sections. The first six articles are fundamental values, and the last, seventh chapter, regulates and explains the application of the document [21]. Thus, the basic values defined and recognized by the European community and enshrined in the document include:

- dignity (Chapter 1, Articles 1-5): rights and guarantees that ensure the dignified existence of the human person in society: the right to life, the right to personal inviolability, prohibition of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment, punishment, freedom from slavery and servitude;

- freedoms (Chapter 2, Articles 6-19): fundamental civil and political freedoms enshrined in the European Convention on Human Rights: the right to liberty and security of person, respect for private and family life, protection of personal information, freedom of thought, conscience and religion, freedom of expression and freedom of information, freedom of assembly and association, and certain social rights: the right to education, freedom of professional activity and the right to work, freedom of enterprise, property rights;

- equality (Chapter 3, Articles 20-26): equality of rights, non-discrimination, cultural, religious and linguistic diversity, equal rights between men and women, protection of the rights of the child and the elderly; solidarity (section 4, pp. 27-38): this section contains certain labor rights and reflects some provisions of the European Social Charter, which has already become part of EU law: the right of workers to receive information, the right to negotiate and collective action, the right to services on employment, protection in case of illegal dismissal, fair and equal working conditions, Art. 109 social security and social assistance, health care, environmental protection and consumer rights;

- citizenship (Chapter 5, Articles 39-46): active and passive suffrage in elections to the European Parliament and municipal elections, the right to good administration, the right of access to documents, the right to appeal to the EU Ombudsman, freedom of movement and residence, diplomatic and consular protection;

- justice (Chapter 6, Articles 47-50): enshrines not so much rights as guarantees of individual rights, mainly in criminal proceedings: the right to effective legal protection and access to an

impartial tribunal, the presumption of innocence and the right to protection, the rule of law and compliance of the punishment with the committed crime. In general, the documents of the Council of Europe and the European Union, which are dedicated to ensuring the rights and freedoms of the individual and, in particular, the "Charter of Fundamental Rights of the European Union", are based on the constitutional traditions of European countries and their international obligations", which was adopted by the UN General Assembly on December 10, 1948.

3. Peculiarities of restriction of international human rights and freedoms

One of the urgent issues today is the guarantee and protection of human and civil rights both in one country and around the world. This is facilitated by both national and international law. It should be noted that in order to ensure respect for human and civil rights and freedoms, the state and the international community must limit the rights of one group of persons so as not to violate the rights of another group. Thus we can talk about the lawful restriction of rights and freedoms. Restrictions are allowed for most rights and freedoms.

However, the authorities should not restrict human rights solely on their own volition. Such restrictions must comply with the requirements of international law. In the doctrine there is no single understanding of the concept of "restriction of human rights and freedoms", there are different views on this issue, as well as on the classification of restrictions, their procedural and material components. At the level of international legal acts, there is also the use of different terminology [26].

In the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the term "restriction" is used, in the International Covenant on Civil and Political Rights – "waiver of obligations", in the American Convention on Human Rights – "suspension of guarantees", in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms – "restrictions" and "derogation from their obligations". The right to derogate is the ability of a state to derogate from certain of its international human rights obligations during emergencies and to suspend national legislation. The derogation cannot be applied to the whole range of guaranteed rights and freedoms, as a rule, the right

to life, the prohibition of torture, the prohibition of slavery, and no punishment without law are reserved [28].

In accordance with Part 2 of Art. 29 of the Universal Declaration of Human Rights "in the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are prescribed by law solely for the proper recognition and respect of the rights and freedoms of others and for the just requirements of morality, public order and general welfare in a democratic society."

International Covenant on Civil and Political Rights Art. 4: "In a state of emergency in a state in which the life of the nation is endangered and officially declared, the States Parties to the present Covenant may take measures to derogate from their obligations under the present Covenant only to the extent that it is dictated by the severity of the situation, provided that such measures are not incompatible with their other obligations under international law and do not result in discrimination solely on the grounds of race, color, sex, language, religion or social origin... Any State, a Party to the present Covenant and exercising the right of withdrawal shall immediately inform the other States Parties to the present Covenant, through the Secretary-General of the United Nations, of the provisions from which it has withdrawn and the reasons for such a decision. . The date on which it terminates such withdrawal must also be notified through the same intermediary." [27]

Additional grounds for restricting specific rights are also established (for example, in Articles 9, 12, 18, etc.). At the same time, we consider it necessary to emphasize that the provisions of international normative legal acts established by the above-mentioned norms on non-conflict with other obligations under international law indicate the impossibility of their implementation, as other international legal acts, in particular the Universal Declaration of Human Rights of December 10, 1948 and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of December 16, 1996, did not establish the admissibility of restrictions on human and civil rights and freedoms in the event of a state of emergency or martial law. Thus, the formal grounds for restricting human and civil rights and freedoms are the results of the legitimacy of law-making and law enforcement activities of the state in the field of adoption of regulations on their form, content, procedure, level of stability and effectiveness of legal regulation [17].

The main requirements relating to the formal grounds for restriction of human and civil rights and freedoms are: an indefinite range of entities to which certain restrictions apply; clarity, stability, predictability, accessibility and compliance with other obligations under international law, the procedure for adoption, as well as international regulations. European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms Art. 15: "In time of war or other public danger threatening the life of the nation, any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention only to the extent required by the urgency of the situation and subject to that such measures do not conflict with its other obligations under international law ... Any High Contracting Party, exercising this right to withdraw from its obligations, shall keep the Secretary General of the Council of Europe fully informed of the measures and reasons taken by their use. It shall also notify the Secretary General of the Council of Europe of the time when such measures have ceased to apply and the provisions of the Convention are fully applied again." [19]

The significance of the European Convention of 1950 is that it specified and expanded the restrictions, classifying them into general and special. The general restrictions (Article 15) largely repeat the criteria set out in the Universal Declaration. Special rights and freedoms such as the right to inviolability of the person, home and correspondence, the right to freedom of peaceful assembly and association, the right to freely use one's property, the right to freedom of choice of residence, the right of foreigners to reside and inadmissibility expulsions are an innovation of the European Convention and were subsequently used in the International Covenant on Civil and Political Rights.

The development of the provisions of the European Convention on the Lawful Restriction of Human Rights and Freedoms has been carried out in the framework of the case law of the European Court of Human Rights. The Court develops an autonomous interpretation of the categories governing derogations by Member States. Thus, in *Handyside v United Kingdom*, the Court found it justified to restrict freedom of expression, stating that States had a wide margin of discretion in these matters. The applicant, Richard Handyside, owner of Stage 1, had acquired the rights to the Little Red Textbook, which contained a section on sex. Handyside distributed several hundred copies of the book along with a press release to national and local newspapers, educational and medical journals. He also advertised the

book. It has been the subject of extensive press comments, both favorable and unfavorable. On April 8, a magistrate's court handed down two verdicts against Handside for possession of obscene books and for publishing them. He stopped distributing the book and accordingly advised bookstores, but by that time about 17,000 copies were already in circulation. On July 1, 1971, he was convicted of a felony and fined £ 25.

The ECtHR, using the doctrine of discretion, recognized that the interference with the freedom of expression of Handside's views was simultaneously established by law, had a legitimate aim and was necessary in a democratic society, thus there was no violation of Article 10 of the ECHR. In the case of *Muller and Others v. Switzerland* stated the need for a dynamic interpretation of the category of public morality and the restrictions imposed to protect it. Josef Felix Müller and nine other artists painted paintings depicting fellatio, sodomy, and sex between humans and animals at the former Great Seminary in Friborg. A complaint against the artists was filed on the grounds that the paintings were obscene and a fine was imposed as a result of the criminal proceedings [31].

The ECtHR considered defining the word "obscene", recognized the concept of ever-changing sexual morality, and found no violation of the Convention by the Swiss authorities, finding the fine justified. International legal acts allow for the possibility of restricting rights in relation to certain categories of persons, taking into account their special status, the specifics of professional activity, and so on. Thus, the possibility of restricting the rights and freedoms of law enforcement officers is provided for in a number of international documents. In particular, paragraph 2 of Article 22 of the International Covenant on Civil and Political Rights provides that this article shall not preclude the imposition of legal restrictions on the exercise of the right of everyone to freedom of association with others, including the right to form and join trade unions for members in the armed forces and police [32].

A similar provision is contained in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (paragraph 2 of Article 11), adding to the military and police also persons who are members of public administration. The International Covenant on Civil and Political Rights contains a separate provision that is directly related to restrictions on the rights of convicts. Part 3 of Art. 10 stipulates that the penitentiary system should provide for

such treatment, the key purpose of which should be correction and social rehabilitation [23].

This principle stipulates that persons deprived of their liberty may not be subjected to any treatment or restriction other than the result of the restriction of their liberty, and that persons deprived of their liberty enjoy all the rights set forth in the Covenant subjects only those restrictions that are inevitable in a closed environment. Convicts, like free citizens, enjoy the protection of the European Convention and all the rights provided by it. However, although the standards of convention law must be applied without distinction as to the status of the individual, the Court's case-law is ambiguous as to the specificity of their application in convicted cases. A special place in the development of the case law of the European Court of Human Rights is occupied by the doctrine of the so-called inevitable restrictions on the rights of the person to whom prisoners are subjected. It presupposes that there are certain restrictions that follow from the legal status of a person.

Conclusions

In the modern world, the protection and observance of fundamental human and civil rights and freedoms have ceased to be the competence of a particular country, but have become a matter for the entire international community, as it has long been a more important task for many countries. Due to the increased concern and attention of the international community to these issues at various times, authoritative international organizations have adopted a number of declarations, conventions, charters. International human rights law is considered to be an international standard, as it is developed on the basis of customary norms formed by the recognition by States of the legal force of rules of conduct promulgated by the UN General Assembly in the form of declarations or recommendations. The founding members of the United Nations have committed themselves to international cooperation to promote universal respect for and observance of human rights and fundamental freedoms. International human rights standards are universally recognized international legal norms that enshrine the status of the individual at the universal level and establish a list of fundamental rights and freedoms, the obligation of states to respect these rights and freedoms, and the limits of possible or permissible restrictions.

Today, the most effective system of human rights protection is the European system of human rights protection, which is the result of long historical development. The modern European system of human rights protection is the only system of principles, norms and mechanisms operating in the European legal space that ensure the protection of human rights. Cooperation in the field of human rights in Europe is carried out in the framework of: Council of Europe; the European Union; Organization for Security and Co-operation in Europe (hereinafter – the OSCE). The protection of human rights within the Council of Europe is carried out through the development of conventions, resolutions and recommendations for monitoring the observance of treaty provisions by member states through a system of statutory and non-statutory bodies, including conventions.

One of the urgent issues today is the guarantee and protection of human and civil rights both in one country and around the world. This is facilitated by both national and international law. It should be noted that in order to ensure respect for human and civil rights and freedoms, the state and the international community must limit the rights of one group of persons so as not to violate the rights of another group. Thus we can talk about the lawful restriction of rights and freedoms. Restrictions are allowed for most rights and freedoms.

References:

1. Бурлак О.В. Міжнародні стандарти щодо захисту і заохочення прав людини : монографія. Івано-Франківськ : Симфонія форте, 2012. 212 с.
2. Гом'єн Д. Кроткий путівник Європейською конвенцією з прав людини. Київ : Фенікс, 2006. 192 с.
3. Гусейнов Л.Г. Международные обязательства государств в сфере прав человека : монография. Баку, 1998. 188 с.
4. Денисова А.М. Правові обмеження: поняття, види, функції. *Часопис Київського університету права*. 2011. № 2. С. 51–55.
5. Джевіцкі К. Європейська система захисту прав людини : навчальний посібник. Одеса, 2005. 98 с.
6. Дудаш Т.І. Практика Європейського суду з прав людини : навчальний посібник. Київ : Правова єдність, 2014. 488 с.
7. Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування / наук. ред. О.Л. Жуковська. Київ : ВІПОЛ, 2004. 960 с.

8. Європейське право: право ЄС : підручник / за заг. ред. В.І. Муравйова. Київ : Ін Юре, 2015.
9. Захист прав людини. Рішення Європейського суду з прав людини : збірник судової практики. Київ : Юрінком Інтер, 2014. 761 с.
10. Кавун В.Ф. Механізми міжнародного контролю у сфері прав людини : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11. Київ, 2008. 214 с.
11. Карташкин В.А. ООН и международная защита прав человека в XXI в. : монография. Москва : Норма : Инфра-М, 2015. 176 с.
12. Карташкин В.А. Универсализация прав человека и традиционные ценности человечества. *Современное право*. 2012. № 8. С. 3–9.
13. Лукашева Е.А. Универсальные стандарты прав человека и цивилизационные традиционные нормы. *Право Украины*. 2011. № 5/6. С. 39–55.
14. Луковская Д.И. Понятие прав человека: многообразие подходов. Проблемы универсальности прав человека. *История государства и права*. 2007. № 12. С. 33–35.
15. Майбутнє Європейського суду з прав людини / гол. ред. П.М. Рабінович. Львів : Сполом, 2013. 56 с.
16. Манукян В.И. Европейский суд по правам человека: право, прецеденты, комментарии : научно-практическое пособие. Киев : Истина, 2007. 368 с.
17. Мельник К.Ю. Обмеження прав особистості як наслідок володіння спеціальним правовим статусом. *Право і Безпека*. 2005. Т. 4. № 3. С. 123–127.
18. Мицик В.В. Права людини у міжнародному праві: міжнародно-правові механізми захисту : підручник. Київ : Проміні, 2010. 722 с.
19. Назаров В.В. Вплив рішень Європейського суду з прав людини на вдосконалення стандартів обмеження прав людини. *Європейські перспективи*. 2011. № 1. URL: http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Evp/2011_1_1/Nazarow.Pdf.
20. Пастухова Л.В. Європейський механізм забезпечення прав людини. Сімферополь : Таврія, 2009. 224 с.
21. Практика Європейського суду з прав людини: загальнотеоретичні дослідження / гол. ред. П.М. Рабінович. Львів, 2009. 150 с.

22. Рабінович П.М. Міжнародні стандарти прав людини: властивості, загальні поняття, класифікація. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2016. № 1. С. 19–24.

23. Рабінович П.М. Здійснення прав людини: проблеми обмежування (загальнотеоретичні аспекти) : монографія. Львів : Астрон, 2001. 108 с.

24. Рада ООН з прав людини. *Постійне представництво України при відділенні ООН та інших міжнародних організаціях у Женеві*. URL: http://geneva.mfa.gov.ua/ua/ukraine-io/human-rights_.

25. Руднева О.М. Теоретичні проблеми класифікації міжнародних стандартів прав і свобод людини. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2010. № 9. С. 32–42.

26. Стрекалов А.Є. Міжнародно-правові стандарти щодо обмеження основних прав і свобод людини і громадянина. *Актуальні проблеми права: теорія і практика*. 2012. № 25. С. 507–513.

27. Фігель Ю.О. Класифікація обмежень прав людини. *Вісник Львівського торговельно-економічного університету. Юридичні науки*. 2016. Вип. 3. С. 79–87.

28. Фігель Ю.О. Теоретичні аспекти обмеження прав людини. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Юридичні науки*. 2016. № 837. С. 357–361.

29. Хартия Европейского Союза об основных правах: комментарий / под ред. С.Ю. Кашкина. Москва : Юриспруденция, 2001. 208 с.

30. Честнов И.Л. Универсальны ли права человека. *Известия высших учебных заведений. Правоведение*. 1999. № 1. С. 73–82.

31. Шевчук С. Концепція позитивних обов'язків держави у практиці Європейського суду з прав людини. *Право України*. 2010. № 2. С. 55–59.

32. Шевчук С. Судовий захист прав людини: практика Європейського суду з прав людини. Київ : Реферат, 2006. 829 с.

DOI <https://doi.org/10.36059/978-966-397-235-0-17>

Самотуга А. В.,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри загальноправових дисциплін
юридичного факультету

Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ,
м. Дніпро

ПРАВА ПОЛІЦЕЙСЬКИХ В УКРАЇНІ ТА США: МІЖ СУДОВИМ ПЕРЕСЛІДУВАННЯМ І ЗАХИСТОМ

Анотація. Удосконалення правоохоронної діяльності у світлі конституційних положень щодо євроатлантичної інтеграції України визначає актуальність цієї публікації. Проаналізовано сучасний стан вітчизняних наукових досліджень у цій галузі та висвітлено особливості судового переслідування поліцейських і захисту їхніх прав в аналізованих країнах.

Досліджено соціально-правову природу судових рішень і їх вплив на правозастосовну практику в цій сфері з урахуванням сучасних політичних процесів. Зроблено висновок, що, хоча США й належать сім'ї загального права, де домінують судові прецеденти, зростає роль як федеральних, так і місцевих нормативних актів, в основу яких покладено ті ж прецеденти. Прикладом цього є Білль про права поліцейських 1995 р., заснований на рішеннях Верховного суду.

Зазначено, що останнім часом спостерігається певна політизація правосуддя стосовно поліцейських, що зумовлено расовими та етнічними чинниками. Децентралізована модель організації, діяльності й кадрового забезпечення правоохоронних структур характеризується відсутністю в США центрального правоохоронного відомства, що унеможливорює відповідний контроль і координацію. Утім більшістю американців це вважається, як і дія Другої поправки до Конституції щодо ліберального цивільного обігу вогнепальної зброї, своєрідними національним, сакральним і недоторканим надбанням.

Надано видову характеристику прав поліцейських США, на захист яких спрямована правозахисна діяльність суду. Здебільшого це права процесуального та професійного

спрямування, тоді як в Україні вони є переважно соціально-економічними (грошове, матеріально-технічне, пенсійне, житлове та медичне забезпечення тощо).

На підставі характеристики сучасного стану судового захисту прав поліцейських сформульовано пропозиції щодо його поліпшення.

Вступ

Утвердження й забезпечення прав і свобод людини визначено Конституцією України як головний обов'язок держави (ч. 2 ст. 3). Безпосередньо на підставі Конституції України кожному гарантується звернення до суду для захисту конституційних своїх прав і свобод (ч. 2 ст. 8). Також кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб (ч. 1 ст. 55) [4]. На виконання зазначених конституційних положень Законом України «Про судоустрій і статус суддів» (ст. 7) визначено, що кожному гарантується захист його прав, свобод та інтересів у розумні строки незалежним, безстороннім і справедливим судом, утвореним законом [14]

Отже, правозахисна діяльність органів публічної влади є переважно прерогативою суду, на відміну від таких не менш впливових суб'єктів, як прокуратура, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, адвокатура чи низка правоохоронних органів. До останніх віднесено, зокрема, Національну поліцію, яка є головним суб'єктом забезпечення правопорядку й публічної безпеки та боротьби зі злочинністю в державі. Виконуючи зазначені функції, поліцейські в передбачених законом випадках безпосередньо вдаються до відповідних заходів примусу, у т. ч. із застосуванням вогнепальної зброї та спеціальних засобів, що пов'язано з обмеженням особистої свободи людини [13]. Тому діяльність поліцейських завжди супроводжується певним ризиком, наслідком чого є можливість заподіяння шкоди здоров'ю та життю як особам, підозрюваним у вчиненні правопорушень, так і самим поліцейським, а також пошкодження чи знищення майна фізичних і юридичних осіб.

Надзвичайні події за участю поліцейських завжди мають своїм наслідком значний суспільний резонанс у будь-якій країні світу, де сповідаються принципи відкритого суспільства й демократії.

Особливої гостроти надають цим подіям факти судових рішень, що стосуються вини чи, навпаки, невинуватості поліцейських у протиправних, як уважає громадськість і її лідери, діях. Зрештою, спостерігається своєрідний суспільний водорозділ між прибічниками та противниками жорстких поліцейських заходів, особливо коли йдеться про країни зі строкатою етнічною, расовою чи релігійною ознакою. Не є винятком у цьому й така провідна у світі демократична держава, як США, де діяльність поліції завжди спонукала багатьох дослідників, у т. ч. з права, до різноманітних наукових розвідок. У зв'язку з цим в умовах активізації комплексного реформування органів правопорядку в Україні актуальність звернення до зарубіжної практики є поза всяким сумнівом, зважаючи на задекларований Конституцією стратегічний курс України на набуття нею повноправного членства в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору [4].

Зарубіжна поліцейстика становила вагому частку тематики монографічних досліджень українських правників. Переважно це праці вчених-адміністративістів: докторські дисертації, авторами яких є С. Алфьоров, М. Ануфрієв, О. Бандурка, М. Биргеу, С. Гусаров, І. Зозуля, Д. Калаянов, О. Кобзар, В. Ковальська, М. Лошицький, Н. Матюхіна, О. Негодченко, С. Петков, О. Проневич, В. Чумак, О. Юнін, Х. Ярмакі; кандидатські – В. Басс, Т. Гаврилюк, В. Заросило, Ю. Касараба, Н. Максименко, М. Пихтін, Т. Плугатар, О. Окопник, І. Олійник, В. Січкара та інші. Праці зазначених авторів стосуються здебільшого організаційно-правових засад діяльності, зокрема кадрового забезпечення поліції.

В історико-правовому аспекті подібну проблематику частково досліджували В. Греченко, Ю. Римаренко, О. Чисніков, М. Щербак, О. Ярмиш та ін. Проблеми кримінально-правового захисту правоохоронної діяльності ґрунтовно розроблено В. Осадчим та О. Мартиненком. У конституційному праві питання зарубіжної поліцейстики зводяться до правозахисної діяльності, але її суб'єктом є поліцейські підрозділи, а не суд стосовно поліцейських, зокрема щодо захисту їхніх професійних прав.

Лише в окремих дисертаційних дослідженнях (за винятком трудового права та права соціального забезпечення) авторами частково розглянуто питання захисту прав поліцейських: Ю. Коваленко, В. Фільштейн, С. Шестак.

Викладене зумовлює актуальність обраної тематики дослідження.

1. Поліцейські під судовим обвинуваченням

Правоохоронна діяльність загалом і робота окремих поліцейських повсякденно перебуває в полі зору пересічних осіб, ЗМІ й організацій громадянського суспільства, а тому вона є надто чутливою за фактами правових відхилень чи перевищень службових повноважень. Більше того завищені суспільні очікування щодо результативності роботи правоохоронців зумовлені реформами, що тривають (часом суперечливі, половинчасті й непослідовні) і нині в цій сфері, поштовхом до яких стало прийняття у 2015 р. Закону України «Про Національну поліцію», а згодом створення у великих містах підрозділів патрульної поліції, що супроводжувалося потужною медійно-пропагандистською кампанією. На жаль, до цих кроків Україна спромоглася лише на 24 році своєї незалежності, навіть на кілька років пізніше від деяких пострадянських країн, коли на часі постало безальтернативне питання не стільки реформування, скільки кардинальне переформатування всього сектора безпеки та оборони в умовах посилення зовнішніх загроз воєнного, економічного й інформаційно-гуманітарного характеру. Утім, незважаючи на здебільшого уявні успіхи часткового реформування з дещо авансованою суспільною довірою до правоохоронного сектору, уникнути цілком негативних проявів у ньому, на жаль, не вдалося. Як приклад варто навести такий недавній факт.

7 лютого 2016 р. вночі в Києві патрульні поліцейські переслідували автомобіль BMW. За словами правоохоронців, вони побачили молодих людей, які сіли напідпитку за кермо. Патрульні спочатку намагалися їх зупинити вигуками через гучномовець, а потім відкрили попереджувальний вогонь. Унаслідок стрілянини загинув 17-річний *пасажир* (!) (тут і далі вид. – *авт.*) авто М. Медведєв.

У лютому того ж року суд заарештував патрульного поліцейського С. Олійника. Менш ніж через місяць Апеляційний суд Києва звільнив його з-під варті під домашній арешт. На апеляційному суді поліцейський заявив, що в СІЗО його побили співкамерники, дізнавшись, що він працює в поліції.

С. Олійнику інкримінують умисне вбивство, замах на вбивство та перевищення службових повноважень. У грудні 2016 р. прокуратура передала обвинувальний акт до суду. За цей час у справі змінилося кілька суддів. Відтак аж у квітні 2019 р. Голосіївський райсуд почав заново розглядати обвинувальний акт щодо патрульного С. Олійника. У прокуратурі Києва пояснили, що затягування сталося через зміну головуючого судді у справі. У 2017 р. С. Олійника поновили на службі в поліції, але вже на адміністративній посаді. Останнє повноцінне засідання в цій справі відбулося 3 жовтня 2019 р. Тоді досліджували письмові докази, після чого суд мав перейти до відео- та аудіоматеріалів, але наступні три засідання не відбулися [19]. За прогнозами адвоката родини загиблого, така складна справа може слухатися не менш як 5 років. Один раз на місяць призначаються засідання. І не тому, що судді так хочуть, а тому що суди завалені справами. Натомість кермувальника BMW Р. Храпачевського обвинувачують в опорі представникові влади, у зв'язку з чим суд уже встиг розглянути низку доказів [7].

З формальної точки зору дії поліцейського складно однозначно вважати правомірними. На підставі п. 7 ч. 4 ст. 46 Закону України «Про Національну поліцію» поліцейський уповноважений у *виняткових* випадках застосовувати вогнепальну зброю для *зупинки* транспортного засобу шляхом його *пошкодження*, якщо водій своїми діями створює *загрозу* життю чи здоров'ю людей і/або поліцейського [13]. Тут транспортний засіб було зупинено не шляхом його пошкодження поліцейським, а його водієм через убивство пасажера. Чи створював водій своїми діями загрозу життю чи здоров'ю людей і/або поліцейського, то варто було поліцейському оцінити такі дії водія, які виявилися лише в перевищенні швидкості, а не в екстремальній їзді, наприклад, тротуарами, пішохідними чи житловими зонами, з руйнуванням чи пошкодженням вулично-дорожньої інфраструктури або примушуванням інших учасників руху (водіїв, пішоходів) різко змінювати напрям чи швидкість руху тощо. Так само рух із високою швидкістю оперативнорятувальних і спеціальних транспортних засобів або просто любителів нічних перегонів у населеному пункті може створювати подібну загрозу з боку будь-якого транспортного засобу як джерела підвищеної небезпеки. Більше того, зважаючи на те що поліцейський перебував на службі вже достатню

кількість років, він повинен був мати належні навички володіння зброєю, що мало б бути підтверджено результатами як періодичного проходження службової підготовки, так і переатестації у зв'язку з реорганізацією міліції в поліцію, яка здебільшого мала формалізований характер. За твердженням фахівців, поліцейські погоні зі стріляниною є не те що неефективними, а й небезпечними, замість яких доцільно застосовувати метод перехоплення-блокування кількома патрульними екіпажами або через застосування інших технічних засобів примусової зупинки ТЗ, чого не було тоді здійснено в Києві. Водночас і норми нового поліцейського закону є недостатньо конкретизованими, що призводить до їх різноміслювання.

Проблема із застосуванням вогнепальної зброї патрульними під час затримання транспортного засобу не є новою для будь-якої країни. Наприклад, у Рішенні ЄСПЛ у справі «Макарацис проти Греції» (2004) ідеться про те, що, хоча Суд і погодився з тим, що працівники поліції, причетні до інциденту, не мали достатньо часу для всебічної оцінки ситуації й ретельного планування операції, він зазначив, що недоліки, які виявилися при цьому, були головним чином наслідком того, що на той час національний закон і практика не передбачали відповідної структури здійснення колективної поліцейської операції, ані із залученням конкретних працівників поліції, ані для випадку поліцейської погоні. У відповідний час застосування зброї державними службовими особами регулювалося правовими нормами, які для сучасного демократичного суспільства є застарілими й недосконалими. Отже, Суд постановив, що було допущено порушення статті 2 Європейської конвенції з прав людини з огляду на обов'язок держави-відповідача забезпечити законодавчий захист права заявника на життя та провести ефективне розслідування обставин інциденту, у якому життя заявника було піддано небезпеці, і присудив заявникові 15 тис. євро як компенсацію за моральну шкоду [16].

Інший більш недавній приклад, але вже зі США. 25 травня 2020 р. поліцейські затримали афроамериканця Дж. Флойда при його спробі розплатитися в магазині купюрою, яку продавці вважали фальшивою. Один із офіцерів притиснув йому голову до асфальту, надавши коліном на горло, унаслідок чого той через кілька годин помер. Після його загибелі в м. Міннеаполісі спалахнули масові протести, унаслідок яких загинуло 10 людей, а губернатором шт.

Міннесота було запроваджено в місті комендантську годину. Поліцейського Д. Човіна, що душив Дж. Флойда, відразу звільнили з поліції та висунули обвинувачення спочатку за статтею про вбивство з необережності, потім він став фігурантом провадження за неумисне вбивство при вчиненні тяжкого злочину. Родина Дж. Флойда вимагала, аби Д. Човіна притягли до відповідальності за вбивство за обтяжуючих обставин [18]. Як зазначають, зокрема, українські дослідники, «ціна» злочинів, що вчиняються поліцейськими США, сягає в середньому 4,88 млн дол. на рік для кожного муніципалітету [6, с. 15].

20 квітня 2021 р. після 10-годинних дебатів, які тривали два дні в рамках 3-тижневого судового розгляду, присяжні визнали Д. Човіна винним у вбивстві. Після виголошення вироку суддя Пітер А. Кейхіл наказав заступнику шерифа негайно взяти під варту Д. Човіна, котрий з минулої осені перебував під заставою. Д. Човіна вивели із зали суду в кайданках, йому буде винесено остаточний вирок через вісім тижнів. Зачитування в суді вироку трансливалося загальнонаціональними телеканалами наживо, а вулиці навколо огороженої колючим дротом та охоронюваної бійцями Нацгвардії будівлі суду в центрі Мінеаполіса були заповнені людьми, які очікували на вирок. Для країни, чия правова система рідко притягає поліцейських до відповідальності за вбивства на службі, особливо коли жертвами є чорношкірі, справа стала знаковою подією, і її результат є, можливо, ознакою того, що смерть Дж. Флойда наблизилася країну до більшої відповідальності за зловживання з боку поліції та більшої рівності перед законом [28].

Вироком поліцейському події не завершилися. Уже 22 квітня 2021 р. генеральний прокурор М. Гарленд, щойно призначений в адміністрації новообраного Президента Дж. Байдена, заявив, що Міністерство юстиції розслідуватиме окремим цивільним провадженням політику та діяльність Департаменту поліції Мінеаполіса, аби визначити, чи був він причетний до практики неконституційного чи незаконного поліціювання, а саме: застосування надмірної сили, у тому числі під час акцій протесту; чи припускається він дискримінаційної поведінки, зокрема, стосовно осіб з особливими потребами. Також буде перевірено політику департаменту, підготовку кадрів, нагляд і розслідування фактів застосування сили, а також чи є ефективними чинні системи звітності в забезпеченні законності

дій поліцейських. Як заявив М. Гарленд, більшість поліцейських країни виконують свою важку роботу чесно й законно і що хороші правоохоронці не бажають працювати в системах, що припускаються поганих практик. Виклики, з якими стикається нація у вирішенні системних расових несправедливостей, глибоко вплетені в нашу історію, додавши, що для створення довіри між громадою та правоохоронними органами знадобляться час і зусилля [27].

За результатами опитування, проведеного спільно NBC і Wall Street Journal, американці висловлюють більшу стурбованість з приводу загибелі Дж. Флойда внаслідок затримання його поліцією, ніж щодо протестів, у тому числі тих, які супроводжувалися насильством. Так, 59% опитаних стверджували, що їх більше непокоїть загибель Дж. Флойда, серед них – 54% – білі, 65% – латиноамериканці та 78% – чорношкірі респонденти. Лише 27% опитаних заявили, що занепокоєні протестами.

Зазначається, що відповіді розділилися по партійній лінії. 81% демократів і 59% незалежних висловили більшу стурбованість загибеллю Дж. Флойда. Серед прихильників республіканців цей показник становить лише 29%. Окрім того, 80% опитаних вважає, що ситуація в США вийшла з-під контролю. Такої думки дотримуються 66% республіканців, 92% демократів і 79% незалежних. Лише 15% респондентів вважають, що ситуація в країні загалом контрольована. Більше того, акції проти расизму зібрали десятки тисяч людей у кількох країнах світу [25].

За публікаціями авторитетного часопису Washington Post, протягом останніх 5 років щорічна кількість застрелених поліцейськими по країні є стабільною і становить майже 1000 людей [25]. Цей показник є найвищий у світі (хоча у співвідношенні на 10 млн населення США займають тут середні позиції), тоді як, наприклад, у Великій Британії протягом 2018–2019 рр. поліцейські лише 13 разів застосовували зброю, унаслідок чого там загинуло 3 людини [1].

Щодо расової належності жертви поліцейської стрілянини в США розподілилися таким чином (на 1 млн населення): афроамериканці – 35; латиноамериканці – 26; білі – 14; інші – 5. За гендерною ознакою 95% застрелених поліцейським становлять чоловіки віком 20–40 років.

Отже, найбільш уразливою категорією з боку силових заходів поліцейських є афроамериканці, хоча, за твердженням деяких колишніх поліцейських і правників-науковців, здебільшого це відбувається не через те, що поліцейські є расистами, а через те, що вони діють так, як їх навчали [1]. Утім протестні настрої серед афроамериканців через поліцейське свавілля суттєво вплинули на перемогу на президентських виборах кандидата від демократичної партії Дж. Байдена, передвиборна програма якого містила, зокрема, положення щодо активізації протидії расовій дискримінації (на відміну від протилежної відверто антимиграційної, дещо ксенофобської політики його попередника – республіканця Д. Трапама, який, наприклад, заходився будувати стіну на кордоні з Мексикою) і новосформована адміністрація якого налічує багато представників расових меншин, серед яких є жінки, наприклад, віце-президент К. Гарріс.

Ще один приклад з тієї ж таки Міннесоти. 6 липня 2016 р. 32-річний Філандо Кастиль був убитий сімома пострілами Джеронімо Янеса, офіцера поліції штату. Поліцейський із напарником їхав услід за авто Кастиля й помітив, що в нього погано працюють стоп-сигнали. Він наказав Кастилю зупинитися, і той послухався. Янес, перед тим як почати спілкуватися з Кастилем, повідомив колегам по рації, що зупинений ним чоловік подібний до підозрюваного в пограбуванні, зазначивши, що в нього такий же плескатий ніс. Як впливає із записів боді-камери Янеса, після передачі йому документів Кастиль заявив спокійним тоном і без погроз, що має при собі пістолет, яким володів на законних підставах. Натомість Янес миттєво ж дістав пістолет і почав кричати не виймати його. Після кількох таких вигуків він сім разів вистрілив у водія і продовжив кричати, щоб той не торкався до зброї.

Коли постріли припинилися, Кастиль неголосно промовив, що не збирався діставати зброю. У машині в той момент перебувала подруга Кастиля та її 4-річна дочка. Дівчинку поліцейські згодом забрали з машини. Подруга після стрілянини виклала у Фейсбук відеотрансляцію, де можна було розгледіти закривавлене тіло Кастиля. Вона стверджувала, що її бойфренда застрелили, коли той намагався, як і просив його поліцейський, пред'явити лише водійське посвідчення.

Янес, після того як відкрив стрілянину, продовжив цілитися в Кастиля. Він помітно нервував і лаявся, але продовжував

вимагати, аби поранений чоловік не намагався дістати пістолет. На місце подій прибув ще один наряд поліцейських. Кастиль після його шпиталізації невдовзі помер від поранень.

Наступного дня Янес розповів начальству про те, що сталося. Ці свідчення були опубліковані разом із поліцейським відеозаписом, але він не демонструвався присяжним, хоча Янес і частково повторив свою версію в суді. Він пояснював, що відчув запах марихуани в салоні авто й він не знав, навіщо Кастилю пістолет: захищатися від наркоторговців або тих, хто хоче його пограбувати. За словами поліцейського, водій намагався щось дістати з кишені, і він припустив, що той тягнеться за пістолетом. На заклики припинити це робити чоловік не реагував, а його плече ще й загороджувало оглядовість поліцейському. У якийсь момент Янесу здалося, що Кастиль схопив пістолет, а іншою рукою збирається відібрати зброю поліцейського. Побоюючись за своє життя, він почав стріляти. Пістолета в руках чоловіка поліцейський потім не виявив.

Смерть Кастиля призвела до масових протестів проти поліцейського насильства в столиці Міннесоти м. Сент-Пол, у тому числі й через те, що поліцейського відразу не стали притягати до відповідальності: провадження щодо нього відкрили лише за чотири місяці після інциденту. Через шість місяців справа дійшла до суду, і протягом місяця присяжні визнали, що мають сумніви та достатніх доказів вини Янеса немає. Його було лише звільнено з поліції. У справі про вбивство Кастиля бракувало найголовнішого доказу – відеозапису із салону його авто, що могло б однозначно свідчити, чи становили його дії загрозу для поліцейського [31].

Як уже стверджувалося, у США поліцейських у край рідко засуджують за вбивства на службі. За даними ABC News, із 2005 р. обвинувачення в невмотивоване насильство при виконанні службових обов'язків були пред'явлені лише 78-м поліцейським по всій країні, тоді як засудили до ув'язнення саме за вбивство лише одного з них. Обвинувальний вирок виноситься лише тоді, коли немає жодної підстави сумніватися, що поліцейський, дійсно, грубо порушив посадові інструкції, що дозволяють йому відкривати вогонь у разі, коли виникає загроза його життю і безпеці.

Як уважаємо, зазначене вже рішення 2021 р. щодо винуватості Човіна в убивстві Флойда зламало подібну практику й, більше

того, значно зняло расові напруження в суспільстві, адже важко навіть уявити, яким би чином розвивалися події (у жодні порівняння вже б не вписувалися із штурмом Капітолію 6 січня 2021 р.), якби суд виніс Човіну виправдувальний вирок, що вважається неприпустимим у руслі політики чинного президента та його партії.

Загалом, як зазначають американські дослідники, контроль за діяльністю поліції здійснюють усі гілки влади: законодавчі органи (на рівні штатів) контролюють їх через бюджетний процес; суди всіх рівнів уповноважені виносити рішення щодо окремих аспектів поліцейських операцій. Тобто всі три гілки влади мають свій напрям у розслідуванні правопорушень і неправомірних дій поліцейських [30, с. 191].

2. Поліцейські під судовим захистом

Окрім фактів службових порушень, що стають предметом судових розглядів, варто також проаналізувати інший бік проблеми, а саме коли поліцейські, навпаки, стають потерпілими під час виконання службових обов'язків. У 2020 р. у США налічувалося 359 випадків загибелі поліцейських, або 0,0001% від усього населення країни (для порівняння, у найближчій великій країні, Бразилії, – понад 100, або 0,00004% відповідно). Найпоширенішими причинами загибелі американських поліцейських у 2020 р. визначено: COVID-19 – 231, вогнепальні поранення – 45, ДТП з керованими ними ТЗ – 23, хвороби після терактів 11 вересня 2001 р. – 14, умисні тілесні ушкодження із застосуванням ТЗ – 13, наїзд ТЗ – 8, серцевий напад – 7, професійні захворювання – 5, необережне поводження зі зброєю та уоплення – по 4 [24]. Отже, не беручи до уваги пандемію коронавірусу, що у 2,5 рази перевищує решту чинників, переважним залишається вбивство поліцейських. Звідси недарма в їхньому середовищі існує банальний вислів: «Краще, щоб тебе судили дванадцять [присяжних], ніж несли шестеро» [1].

Як науковці, так і суди визнали, що роль поліції є унікальною в американському суспільстві. На поліцію покладено обов'язок виконувати різноманітну складну та небезпечну роботу, що часто призводить до конфліктних ситуацій із населенням. Суди виносили різні, часом суперечливі ухвали щодо того, чи надає ця особлива роль правоохоронцям на особливе провадження під час внутрішнього розслідування на підставі належної процедури.

Верховний суд постановив, що працівники поліції, як й інші державні службовці, мають право на базовий захист відповідно до належної процедури [30, с. 192].

Варто зауважити, що в США не існує будь-якого федерального «закону про поліцію» чи іншого нормативного акта, який би детально регулював її повноваження. Так, наприклад, аж до початку 1970-х рр. поліцейські департаменти США годинами навчали своїх працівників поводитися з вогнепальною зброєю, але при цьому відправляли їх на службу без будь-яких чітких письмових указівок щодо того, за яких обставин вони мають її застосовувати. Уперше письмову настанову щодо застосування сили та вогнепальної зброї видано шефом поліції Нью-Йорка в 1972 р. Незважаючи на те що його приклад наслідували багато департаментів, будь-якого загальнофедерального правового стандарту застосування поліцією сили не існувало аж до середини 1980-х рр.

Найважливіше значення в цьому контексті мало рішення у справі «Теннессі проти Гарнера» (1985), у якому суд визнав неконституційним законодавчо закріплене в багатьох штатах «правило підозрюваного, який утікає» (“fleeing suspect”), що дозволяло поліцейському вдаватися до застосування вогнепальної зброї (навіть до заподіяння смерті) щодо неозброєного підозрюваного, який намагається втекти під час затримання. Відтепер застосування як крайнього заходу силового примусу визнавалося законним та обґрунтованим лише тоді, якщо були підстави вважати, що підозрюваний становить істотну загрозу для життя чи здоров'я працівника поліції або інших осіб [34].

Сьогодні існують лише два національні стандарти застосування поліцією сили в США: заборона застосування вогнепальної зброї проти неозброєного злочинця, який утікає, і ширша заборона застосування будь-яких заходів силового примусу без наявності на те об'єктивної необхідності.

На відміну від судових прецедентів, актом позитивного права вважається Білль про права поліцейських 1995 р. (Law Enforcement Officers' Bill of Rights Act), що є доповненням до Основ законодавства з контролю злочинності та безпеки на вулицях 1968 р. (Omnibus Crime Control and Safe Streets Act). Ним поліцейські не позбавляються права займатися політичною діяльністю в позаслужбовий час [29]. Білль містить мінімальні

стандарти, коли стосовно поліцейського розпочато службове розслідування, що може завершитися накладенням дисциплінарних стягнень, включаючи: 1) право поліцейського бути повідомленим про розпочате розслідування до провадження допиту, бути письмово проінформованим про висновки розслідування та будь-які рекомендації щодо дисциплінарного стягнення; (2) права поліцейських до й під час допиту, а саме щоб допит проводився в розумні час і тривалість у кабінетах осіб, які проводять розслідування, або в місці, де поліцейський передає зміну (якщо поліцейський письмово не погоджується на допит в іншому місці), щоб працівник поліції був поінформований про особу допитувача, щоб усі питання ставилися однією особою розслідувача або щоб поліцейського повідомляли письмово про характер розслідування перед будь-яким допитом, виключення будь-яких погроз або обіцянок у зв'язку з розслідуванням, що ставить під сумнів об'єктивність; усі допити повинні бути зафіксовані в повному обсязі (включаючи копію стенограми, що надається поліцейському) і щоб поліцейський мав право на адвоката (або іншу особу на його вибір) на будь-якій стадії допиту (якщо він письмово не погоджується на допит поза присутністю адвоката); та (3) проведення дисциплінарного слухання, повідомлення про можливість слухання справи, вимога про встановлення порушення, повідомлення про пред'явлення звинувачень, представництво, доступ до доказів і їх оцінка, ідентифікація свідків, копія матеріалів справи, повістки, закриті слухання, протоколювання, давання показань під присягою, вирокі за кожним обвинуваченням, визнання винуватості (невинуватості), право на оскарження (як самостійно, так і через представників, визначених колективними трудовими угодами) результатів розслідування. Білль дозволяє поліцейському відмовитися (письмово під особистий підпис) від будь-яких гарантованих ним прав після отримання повідомлення про розпочате відносно нього розслідування.

Вагомим внеском у створення цього акта вважаються знову-таки прецеденти – рішення Верховного суду США у справі «Герріті проти Нью Джерсі» (1967) і «Гарднер проти Бродеріка» (1968).

Першим рішенням встановлено, що працівники правоохоронних органів та інші державні службовці мають право

не давати показань проти себе. Це призвело до появи т. зв. Попередження Геррті, яке слідчі застосовують до підозрюваних під час внутрішніх та адміністративних розслідувань у такий же спосіб, як, наприклад, Попередження Міранди (Miranda Warning) щодо підозрюваних у кримінальних провадженнях. Суть цього рішення полягає в тому, що шістьох поліцейських, включаючи Едварда Геррті, було запідозрено в махінаціях із квитанціями за штрафи й застави, кошти від яких спрямовувалися не за призначенням з 1961 р., і згодом допитано у зв'язку з цим. Незважаючи на те що їм повідомили, що їхні свідчення можуть бути використані для порушення кримінальної справи та що від них не потрібно відповідати на будь-які питання, поліцейським погрожували звільненням з посад, якщо вони відмовляться співпрацювати. Поліцейські відповіли на компрометуючі запитання, за якими в результаті було порушено кримінальну справу. Вони оскаржили вирок, але Верховний суд залишив його в силі. У 1967 р. Верховний суд США потім ухвалив у справі «Геррті проти Нью-Джерсі», що заяви поліцейських, зроблені під загрозою звільнення, були здійснені в порушення П'ятої та Чотирнадцятої поправок до Конституції. У рішенні стверджувалося, що «можливість утратити засоби для існування або заплатити штраф за самозвинувачення суперечить принципу вільного вибору говорити або мовчати». Отже, оскільки заяви поліцейських були примусовими, їх використання в судовому переслідуванні визнано неконституційним і вирок було скасовано [35]. Як зазначають американські дослідники, у цій справі суд вирішив, що показання, дані в результаті застосування примусу під час внутрішнього дисциплінарного провадження, не можуть бути підставою для переслідування державного службовця [30, с. 192].

Друге рішення стосувалося розслідування хабарництва поліцейських. У ході розслідування посадовим особам було надано імунітет від кримінального переслідування за їхні заяви, які вони повинні були надати великим журі, або ж, інакше, їх би звільнили. Їм також було надано право відмови від імунітету й повідомлено, якщо вони відмовляться від свого права на імунітет, вони будуть звільнені. Гарднер не підписав відмову, посилаючись на свої права, закріплені П'ятою поправкою до Конституції, і згодом був звільнений із роботи. Суд скасував його

звільнення, знову заявивши, що він був неправомірно примушений до давання показань [33].

Обидва ці рішення свідчать, що поліцейським підрозділам іноді доводиться опитувати своїх працівників шляхом реалізації права примушувати їх давати показання з адміністративних питань. Тоді було відмежовано адміністративні розслідування, які стосувалися виконання службових обов'язків, від кримінальних розслідувань стосовно тверджень про незаконну діяльність.

Урешті-решт аналізований акт отримав у США вже загальну назву, оскільки ці засоби захисту поліцейських закріплені в законах чотирнадцяти штатів (Каліфорнія, Делавер, Флорида, Іллінойс, Кентуккі, Луїзіана, Меріленд, Міннесота, Невада, Нью-Мексико, Род-Айленд, Вірджинія, Західна Вірджинія та Вісконсін)⁷, а також у безлічі колективних трудових угодах. Тому наступний аналіз біллів про права поліцейських на рівні штатів становитиме куди більший практичний інтерес.

Наприклад, у березні 1973 р. 50 поліцейських в однострої увірвалися в будівлю парламенту в столиці штату Меріленд, «озброївшись» розповідями про факти незаконного їх притягнення вищими керівниками поліції до дисциплінарної відповідальності, скандали про низький моральний стан, погрожуючи при цьому законодавцям, якщо ті не погодяться їм допомогти.

Причиною протесту поліцейських виявився Білль про їхні права – перший у країні закон, яким кодифіковано норми щодо захисту працівників поліції під час виконання ними службових обов'язків. Цим актом поліцейські, як уважалось, захищені набагато більше, ніж інші державні службовці. Положеннями Білля передбачається надання поліцейському офіційного терміну очікування, перед тим як йому доведеться співпрацювати з органами внутрішнього розслідування за фактами його неналежної поведінки. Також у цей період існує можливість коригування або навіть очищення записів у журналах обліку скарг, поданих на поліцейських за певний період, і забезпечення того, що розслідуванням можуть займатися лише їхні колеги-правоохоронці, а не цивільні особи.

⁷ Дев'ять із цих чотирнадцяти штатів також розглядають питання дотримання принципу належних процедур під час судових проваджень стосовно поліцейських: Делавер, Іллінойс, Кентуккі, Меріленд, Міннесота, Невада, Род-Айленд, Вірджинія та Західна Вірджинія [30, с. 185].

Через чотири роки керівник поліції округу Говард цього штату відмовився від свого закликів про проведення відкритих дисциплінарних слухань, посилаючись на новий закон. За рішенням суду, поліцейського, якого було звільнено через застосування ним надмірної сили, необхідно було поновити на посаді з компенсацією йому втраченої зарплати. А в 1977 р. комісію з кадрового забезпечення округу Принц Джордж повідомили, що вона не може розслідувати факти звинувачень у жорстокості поліції – рішення, яке єдиний тоді темношкірий член муніципалітету округу назвав «ляпасом».

Понад чотири десятиліття, як зазначають критики, Білл про права правоохоронців виявився однією з найбільших перешкод для підзвітності поліції, заважаючи розслідуванням і приховуючи порушення від уваги громадськості. П'ятнадцять інших штатів наслідували приклад Меріленду, приймаючи біллі про права поліцейських, включаючи штат Вісконсін, де поліцейські поранили Джейкоба Блейка, що спричинило протести, під час яких було вбито двох людей⁸. Утім законом шт. Меріленд досягнуто найвищого рівня захисту поліцейських [32], як зазначив Сем Волкер, професор кримінальної юстиції Університету штату Небраска в м. Омаха, тоді як інші штати дозволяють поліцейським – фігурантам надзвичайних подій – почекати 48 годин, перед тим як їм доведеться співпрацювати з внутрішнім розслідуванням, штат Меріленд дозволяє поліцейським почекати п'ять днів перед тим, як їх допитуватимуть. Якщо мери міст або керівники поліції хотіли реформувати свої департаменти, то на заваді їм ставав саме цей закон.

⁸ 23 серпня 2020 р. губернатор штату Вісконсін закликав Національну гвардію допомогти приборкати масові заворушення в м. Кеноша після того, як поліцейські застрелили беззбройного чорношкірого, що спричинило засудження несправедливості й розкол нації через необхідність фундаментального реформування правоохоронних органів [26]. Прибувши згодом до місця подій, тодішній Президент США Д. Трамп заявив, що поліцейські «фантастично» виконують свою роботу, і застеріг від «антиполіцейської риторики». Д. Трамп пообіцяв виділити ще один мільйон доларів на місцеву поліцію і чотири мільйони – на відновлення зруйнованого майна. Натомість він ані словом не обмовився про завдані Дж. Блейку тяжкі тілесні ушкодження й не зустрівся з членами його сім'ї [20].

У 2015 р. тодішній мер Балтімора Стефані Ролінгс-Блейк палко критикувала Білль про права поліцейських, яким блокувалося розслідування за фактом загибелі 25-річного Фредді Грея, який зазнав травму хребта в поліцейському відділку. У м. Балтімор та окрузі Монтгомері штату було створено цивільні комісії з контролю своїх поліцейських департаментів, але прихильники відповідальності поліцейських називають їх «беззубими» через їхню неможливість допитувати поліцейських або вимагати застосування дисциплінарних заходів.

Смерть Грея спричинила деякі законодавчі зміни, але легіслатура штату Меріленд під тиском профспілки поліцейських відхилила всілякі змін, яких прагнули правозахисники. Нині вбивство Джорджа Флойда в Міннеаполісі активізувало нові зусилля законодавців штату Меріленд, які закликають скасувати Білль права поліцейських. Члени робочої групи з питань підзвітності поліції Палати представників публічно поставили під сумнів необхідність закону, попереджаючи таким чином несумлінних керівників поліції та шерифів про необхідність змін.

Виник певний прецедент, коли в червні 2020 р., незважаючи на рішучі заперечення профспілок поліцейських, штат Нью-Йорк скасував закон, яким із 1976 р. забезпечувалася таємниця матеріалів дисциплінарних проваджень. Утім керівники профспілок Меріленду заявляють, що закони захищають право поліцейських на належну процедуру під час виконання ними повноважень у складних і небезпечних умовах.

Після того як у червні комісар міліції Балтімора повідомив чиновникам, що він підтримає внесення змін до закону, Майкл Дейві, адвокат Ордену поліцейського братства штату Меріленд, заперечив, що проблеми у відомстві пов'язані з «безгосподарністю та некомпетентністю», а не з Біллем про права.

Уперше за 47 років спокійного існування цього закону розгорілися такі жваві дебати щодо його зміни. Наступного року Білль про права правоохоронців було одноставно прийнято обома палатами легіслатури штату.

Як стверджують історики, вплив поліції в США посилювався в 1970-х рр. Рівень злочинності зростає, і щойно обраний президент Річард М. Ніксон пообіцяв правопорядок. Обрані посадовці також не бажали виявляти слабкість щодо злочинності.

Як стверджував професор права Джорджтаунського університету Пол Батлер, існувало відчуття, що кримінальне правосуддя є надто розбалансованим, аби ми потурали злочинцям, такою була атмосфера в 1974 р.

Дж. Джозеф Керрен-молодший, демократ і колишній генеральний прокурор штату Меріленд, у 1970-х рр. очолював Комітет судових проваджень сенату штату, який розглядав Білль про права поліцейських. За його словами, закон «не був предметом напружених дискусій». Сенаторів розділяли законопроекти про контроль над зброєю та смертну кару, але не права поліцейських.

Законопроект було внесено делегатами з Балтимору від імені міської профспілки поліцейських. У 1970-х рр. такі профспілки стали головною силою в країні у відповідь на незадовільні умови праці, антиполіцейські настрої серед учасників Руху за громадянські права та рішення Верховного суду, як-от у справі 1966 р. «Міранда проти Арізони», що поставило поза законом дії поліцейських, коли ті допитують підозрюваних без повідомлення їх про їхні конституційні права.

У випусках новин тих часів описувався непопулярний, але впливовий комісар поліції Балтимора Дональд Померл'ю, який вольовим рішенням звільнив працівників відділку, серед яких було 55 поліцейських, які брали участь у страйку 1974 р. Поліцейські нижчих рангів повідомляли, що розслідування стосовно них були безпідставними, зокрема, з використанням поліграфа та провадженням слідчими допитів за місцем їх проживання. Як заявив голова профспілки поліції міста Томас А. Рапанотті, поліцейські не мають «для себе ні прав, ні їх захисту» [32].

Поліція заявила законодавцям, що їм потрібен правовий захист, аби зберегти роботу й боротися зі злочинністю, попередивши, що ті, хто заблокує цей законопроект, постраждають на виборчих дільницях. Після затвердження законопроекту профспілки поліцейських продовжували спокійно наполягати на змінах, які б його посилювали. І протягом років цьому не було організованого спротиву.

У 1977 р., після чергового спалаху поліцейського насильства в Принс Джорджі, законодавці штату внесли зміни до Білля про права, завідомо заблокувавши окружній комісії з кадрового забезпечення доступ до внутрішніх документів поліції та матеріалів розслідування її неправомірних дій. Незважаючи на те

що більшість членів ради прийняли рішення штату, Вільсона цитували у випусках новин з приводу «прямого ляпасу».

Як попередив новообраний законодавець, поліція не може діяти як якийсь автономний орган. Це спричинить велику ворожнечу, особливо серед афроамериканців. На той час поліцейський відділ Принс Джорджа складався виключно з білих, і неправомірні дії з їхнього боку були скоєні саме проти афроамериканських мешканців [32].

8 червня 2020 р. Палата представників Конгресу США оголосила про комплексний законопроект щодо реформи поліції, який отримав назву «Акт про справедливе поліціювання» («Justice in Policing Act»).

Як заявив згадуваний уже професор Джорджтаунського університету П. Батлер, неправомірні дії поліції вже давно є білою плямою для обранців-чиновників. Донедавна білі законодавці навіть у ліберальних юрисдикціях рішуче схвалювали спеціальні заходи щодо захисту поліції, що, за його словами, відображає набагато глибшу загальнонаціональну прірву між тим, як білі та чорні громади сприймають правоохоронні органи. Проте після вбивства Дж. Флойда й інших зафіксованих на відео випадків загибелі людей у поліції ситуація може кардинально змінитися.

Масштаби нещодавніх протестних акцій виявилися безпрецедентними, які охоплювали американські мегаполіси та містечка. Місцеві та штатівські чиновники вимагали змін, включаючи скорочення бюджету, заборони на застосування поліцейськими прийомів асфіксійних захватів та інші обмеження.

Наприклад, сенатор штату Меріленд Джил П. Картер (м. Балтімор) закликає до скасування Білля про права поліцейських. Як вона повідомила, тоді старші законодавці говорили їй, що між профспілками поліцейських є неформальна домовленість про «недоторканність» Білля про права. Поданий нею у 2015 р. законопроект про скорочення періоду очікування, перед тим як поліцейські почнуть співпрацювати зі слідчими, далі за межі комітету ніколи не виходив [32].

Незважаючи на суперечливу практику їх реалізації, проаналізовані нами положення зазначених актів згодом було втілено в міжнародних і національних документах, що регламентують повноваження органів охорони правопорядку. У Декларації про поліцію, прийнятій Резолюцією № 690 (1979)

Парламентської асамблеї Ради Європи 08.05.1979, закріплено право працівника поліції в разі дисциплінарного або кримінального переслідування, порушеного стосовно нього, висловитися на свій захист і скористатися послугами адвоката. Рішення має бути прийняте в розумні терміни. Поліцейський також повинен мати можливість скористатися допомогою професійної організації, до якої він належить. Поліцейський, щодо якого застосовані дисциплінарні заходи або призначено покарання, повинен мати право оскарження в незалежному та неупередженому суді. Поліцейський повинен користуватися такими ж правами перед судом або трибуналом, як і будь-який звичайний громадянин [15].

Подібні норми закріплено також в інших поліцейських міжнародно-правових актах: ст. 8 Кодексу поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку визначено, що посадові особи з підтримання правопорядку, дотримуючись положень цього Кодексу, заслуговують на повагу, повну підтримку і співпрацю з боку суспільства й установи з підтримання правопорядку, у якій вони служать, а також осіб, зайнятих підтриманням правопорядку [3]; розділом IV Європейського кодексу поліцейської етики закріплено права поліцейських, серед яких, зокрема, контроль з боку незалежного органу або суду будь-яких дисциплінарних заходів щодо працівника поліції та державна підтримка поліцейських у разі необґрунтованих звинувачень проти них у зв'язку з виконанням ними своїх функцій [2].

На відміну від зазначеного американського Білля про права поліцейських, перелік прав поліцейських країн континентальної правової сім'ї, які підлягають обмеженню, закріплюється в найважливіших міжнародних актах-документах у галузі прав людини. Це передусім такі права, як право на страйк, право вільно виїжджати за межі держави та вільно поширювати інформацію, право на членство в політичних партіях чи політичних об'єднаннях, право на заняття підприємницькою діяльністю паралельно з перебуванням на службі в поліції [9, с. 15].

Важливо також звернути увагу на регламентацію застосування поліграфа під час дисциплінарних проваджень у поліцейських агентствах США. Так, законодавство штатів Каліфорнія, Іллінойс і Меріленд забороняє використовувати поліграфи (або, як зазначено, зокрема, у штаті Іллінойс, «будь-який інший допит-дослідження за допомогою будь-якої хімічної

речовини») без згоди на те поліцейського, і штат не може використовувати його відмову проти нього. Натомість у штаті Нью-Мексико, єдиному в країні, дозволено використовувати поліграф, якщо вичерпано «всі інші розумні засоби розслідування», і поліцейського повідомляють про причини такого дослідження. Унаслідок невизначеної достовірності доказів під час дослідження на поліграфі суди часто вважають їх недопустимими в суді. Особи, які проводять розслідування, пов'язані з працевлаштуванням, також виключають використання подібних доказів. Тому зазначені штати відповідним чином забороняють використовувати докази, отримані в результаті дослідження на детекторі брехні під час розслідування неправомірних дій поліції [30, с. 223]. Щодо Національної поліції України, то подібну процедуру вперше передбачено профільним законом (ч. 2 ст. 50) [13] і деталізовано в підзаконному відомчому акті [12], де наголошено, що опитування здійснюється лише за письмової згоди досліджуваної особи та що результати опитування не мають самостійного доказового значення. Однак ці акти не містять положень щодо, наприклад, можливості для опитуваної особи судового чи адміністративного оскарження неправомірного її примушування до проходження опитування на поліграфі, а лише відповідальність фахівця-поліграфолога за завідомо неправдиве внесення відомостей у матеріали опитування чи розголошення персональних даних.

Між тим Закон України «Про Національну поліцію» містить гарантії правового та соціального захисту поліцейських [13]. Правові гарантії (у т.ч. судові) деталізовано в Дисциплінарному статуті Національної поліції, яким передбачено, що поліцейський має право оскаржити застосоване до нього дисциплінарне стягнення протягом місяця з дня його виконання (реалізації) шляхом подання рапорту до прямого керівника особи, яка застосувала дисциплінарне стягнення, а також шляхом звернення до суду в установленому порядку; у разі поновлення порушених прав поліцейського в судовому порядку вищий керівник зобов'язаний негайно вжити заходів щодо поновлення прав поліцейського, усунення обставин, що призвели до таких порушень, і притягти до відповідальності осіб, винних у вчиненні порушень [11].

На жаль, реалізацію в Україні цих та інших законодавчих положень стосовно захисту прав поліцейських не варто вважати досконалою. Як впливає, наприклад, зі щорічної доповіді Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини «Про стан додержання прав і свобод людини і громадянина в Україні за 2020 рік» у частині прав військовослужбовців, поліцейських, пенсіонерів з числа осіб, звільнених із військової служби, ветеранів і членів їхніх сімей, до Уповноваженого протягом 2020 р. надійшло 1 272 повідомлення щодо порушення прав і свобод військовослужбовців, працівників правоохоронних органів, зокрема УБД, ветеранів служби та пенсіонерів, а також членів їхніх сімей, що на 28% більше, ніж у 2019 р. (998 повідомлень). Зростання кількості повідомлень пов'язане із систематичними порушеннями прав цих категорій осіб на пенсійне забезпечення, а також щодо проходження служби й виплати належного грошового забезпечення. Системний характер мають порушення їхніх житлових прав через те, що передбачені в державному та місцевих бюджетах асигнування є недостатніми для вирішення цього питання. Будівництво гуртожитків для поліцейських взагалі не здійснюється. Розміри компенсацій за винаймання житла в кілька разів нижчі від реальних розцінок за оренду житла у великих містах. Під час запровадження карантинних заходів, пов'язаних із пандемією гострої респіраторної хвороби COVID-19, виявлено факти незабезпечення підрозділів правоохоронних органів необхідними засобами індивідуального захисту, діагностики, медикаментами та медичним обладнанням. За результатами розгляду повідомлень, які надійшли до Уповноваженого, і проведених моніторингових візитів виявлено випадки порушення прав, пов'язаних із проходженням служби, зокрема трудових прав, пов'язаних із незаконним звільненням і переміщенням на посади, які не відповідають їх підготовці за фахом [23; 8].

Загалом судова практика щодо правомірності/неправомірності звільнення працівників міліції/поліції заслуговує на окрему увагу чи навіть публікацію. Варто лише зазначити, що в другій половині 2015 р. у зв'язку з прийняттям 2 липня Закону України «Про Національну поліцію» поряд із розпочатими реформами було ініційовано процес переатестації працівників міліції, які виявили бажання продовжити службу в Національній поліції, що мало тривати три місяці, тобто до набуття чинності цим Законом. Незважаючи на

те що переатестація завершилася маже шість років тому, судові справи стосовно звільнень тривають і досі. Більшість адміністративних позовів правоохоронців стосувалися упередженості й непрофесійності, на їхню думку, у роботі атестаційних поліцейських комісій, до складу яких, за Законом про Нацполіцію, мають входити, зокрема, представники громадськості, утім рекомендовані державними органами та посадовими особами (до центрального органу поліції – Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини, до територіального – обрані відповідною обласною радою) [6]. Ісуди виносили рішення переважно на користь «незаконно» звільнених працівників міліції з одночасним стягненням з установи на користь позивача грошового забезпечення за весь час їх вимушеного прогулу (суми стягнень сягали навіть сотні тис. грн.). Крім того, суди, зокрема, зазначали, що обставина звільнення особи з посади через службову невідповідність істотно порушує її права, оскільки така підстава звільнення дискредитує працівника та перешкоджає подальшому працевлаштуванню [10].

Має місце також невиконання державними органами рішень судів, спрямованих на поновлення прав військовослужбовців, працівників правоохоронних органів, УБД та членів їхніх сімей. Значна частина зазначених порушень прав була усунута після втручання Уповноваженого, 4 справи перебувають на стадії судового розгляду [23].

На окрему увагу як відмінна риса українських реалій і її правової системи в сім'ї континентального права заслуговує діяльність органу конституційної юрисдикції – Конституційного Суду України. Так, у 2017 р., відповідно до нового Закону України «Про Конституційний Суд України», Великою палатою КСУ 22.10.2020 прийнято рішення за конституційними скаргами чотирьох громадян України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень пункту 4 частини першої статті 97 Закону України «Про Національну поліцію». Суть скарги полягала в тому, що, на думку авторів клопотань, положення цієї статті є дискримінаційними з того приводу, що «одноразова грошова допомога виплачується лише працівникові поліції, якого звільнено по хворобі» та за умови «визначення інвалідності поліцейському протягом шести місяців після звільнення його з поліції». На думку Конституційного Суду

України, установлений у пункті 4 частини 1 статті 97 Закону № 580 порядок отримання одноразової грошової допомоги не допускає невинуватених винятків із конституційного принципу рівності, не містить ознак дискримінації при реалізації поліцейськими права на соціальний захист, є домірним, має правомірну, об'єктивно обгрунтовану мету. Тому оспорювані положення закону КСУ визнано конституційними [17].

Окрім судового захисту, цікавими із цього є міркування окремих вітчизняних авторів щодо запровадження поряд із негативним недержавним контролем за діяльністю тодішньої міліції (корупційні прояви, порушення прав і свобод людини та громадянина, використання міліції як одного з засобів адміністративного ресурсу тощо) його протилежної форми – позитивного, що має на меті забезпечення ефективності діяльності ОВС і захист прав і законних інтересів самих працівників міліції. Напрямами останнього є контроль за належним фінансуванням міліції, за структурою МВС і чисельністю працівників міліції, за підбором, підготовкою та розстановкою персоналу, його належним оснащенням засобами індивідуального захисту та спецзасобами [22, с. 18]. Утім автором не враховано такого важливого складника зазначеної форми контролю, як правовий захист, у т.ч. судовий цієї категорії працівників.

Вирішити подібне питання, на наш погляд, мало б запровадження, наприклад, адміністративних судів (подібний орган, у т.ч. з апеляційною інстанцією, діє в складі Національної поліції Ізраїлю [21, с. 15]) реального інституту поліцейського омбудсмана, не підмінюючи при цьому роль парламентського уповноваженого з прав людини. На жаль, більшість публікацій із цієї тематики стосуються поліцейського омбудсмана з точки зору захисту прав і свобод людини, порушених неправомірними діями з боку правоохоронців [5]. І лише поодинокі дослідження на підставі аналізу зарубіжного досвіду містять пропозиції щодо запровадження в Україні інституту омбудсмана з питань захисту інтересів саме працівників поліції [21, с. 18].

Отже, умови праці поліцейських в Україні та США майже ідентичні за складністю, напруженістю й небезпечністю, проте підходи до захисту прав правоохоронців, а також механізм захисту суттєво відрізняються.

Висновки

Соціально-правова природа судових рішень стосовно захисту прав поліцейських зумовлена:

– в Україні:

1) поряд із надмірною формалізацією законодавчої регламентації, зокрема, застосування поліцейських заходів, у т.ч. вогнепальної зброї, одночасною відсутністю їх термінологічно-правової конкретизації, що тягне за собою їх різнотлумачення, найчастіше судом;

2) процесами, що тривають, реформування як державно-правової системи загалом, так і її правоохоронного складника, що супроводжується пошуками оптимальної моделі організації та функціонування з використанням передових зарубіжних практик, поєднанням загальнодержавних інтересів із засадами децентралізації (наприклад, поліцейський громади, муніципальна варта тощо), удосконаленням фахової підготовки, викоріненням причин та умов, що сприяють корупційним проявам, тощо;

3) поступовим посиленням ролі судового захисту прав поліцейських порівняно з адміністративним, що може бути зумовлено різними чинниками: як підвищенням довіри до суду як до незалежного органу, так і тим, що судова гілка влади та правоохоронні структури, становлячи єдиний державно-правовий механізм, намагаються дотримуватися певної корпоративної солідарності (що інколи межує з круговою порукою як і в багатьох професіях, наприклад, серед лікарів, що вносить певні елементи династичності й кастовості, забезпечуючи вироблення та збереження професійних таємниць тощо), уникаючи принаймні відкритої конфліктності, адже непоодинокі випадки, коли суддями чи адвокатами є колишні правоохоронці (законом не заборонено) або вони є, урешті-решт, колегами;

4) активізацією діяльності Конституційного Суду України у сфері судового захисту прав працівників правоохоронних органів у зв'язку із запровадженням нової форми звернення до КСУ – конституційної скарги;

– у США:

1) належністю країни до сім'ї загального права (common law), де поряд із домінуючою роллю судових прецедентів зростає значення як місцевих, так і федеральних законодавчих актів, а

судові прецеденти, своєю чергою, стають основою для прийняття останніх. Утім останнім часом у США спостерігається певна політизація правосуддя стосовно поліцейських під впливом здебільшого расових та етнічних чинників;

2) децентралізованою моделлю організації, діяльності й кадрового забезпечення правоохоронних структур, яка характеризується відсутністю центрального правоохоронного відомства (за винятком ФБР – органу боротьби з ТОП-корупцією) та розосередженням поліцейських агентств на місцевому і штатівському рівнях;

3) ліберальним характером цивільного обігу вогнепальної зброї в США, що звужує для поліцейських можливості для маневру й діяти навіть на випередження під час оцінки ситуацій вербального та невербального спілкування з особами – імовірними її власниками. Так, за останні чотири роки кількість придбаної зброї в країні потроїлася, що, знову-таки, стало предметом нинішньої президентської кампанії (республіканці – за лібералізацію, демократи – за посилення контролю). Тому не випадково, що поліцейські більшості країн (саме із централізованою правоохоронною системою) є переконаними противниками її цивільної легалізації не стільки з міркувань власної безпеки, скільки з побоювання втрати державної монополії на її застосування. Тому в Україні нині, як уважаємо, деяким провладним парламентарям не варто проштовхувати закон про зброю і не посилатися при цьому на «досвід» тих же США, де 2-а Поправка до Конституції вже багатьма вважається історичним анахронізмом, а краще розібратися з т. зв. приватними арміями, що діють під дискредитаційними висівками добробатів чи загонів тероборони з нелегальним обігом зброї і боєприпасів;

4) місцем і роллю профспілок поліцейських у захисті їхніх прав, зокрема, у такій формі, як подання до судів скарг і позовів;

За своєю категоріальною ознакою більшість судових рішень стосується захисту процесуальних і професійних прав американських поліцейських, тоді як в Україні актуальність зміщено в бік соціальних (грошово-пенсійне, житлове, матеріально-технічне, медичне забезпечення), що тягне за собою існування фактів різноманітних корупційних зловживань;

Незважаючи на ґрунтовну імплементацію в законодавстві України міжнародних норм і принципів належної діяльності

поліції, актуальною залишається проблема виконання судових рішень, спрямованих на соціально-правовий захист працівників сектора безпеки, розв'язати яку вбачається можливим завдяки активізації задекларованої судово-правової реформи, міжнародної співпраці та взаємодії з інститутами громадянського суспільства. Наприклад, убачається можливим запровадження «поліцейського омбудсмена» на прикладі вже наявних – дитячого, мовного тощо.

Список використаних джерел:

1. Белянинов К. Почему американские полицейские так часто применяют оружие? URL: <https://www.bbc.com/russian/features-53994944>.
2. Европейский кодекс полицейской этики. Рекомендация Rec.(2001)10, принята Комитетом министров Совета Европы 19 сентября 2001 года. URL: <https://polis.osce.org/file/8641/download?token=5A1YESI->
3. Кодекс поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку, прийнятий Резолюцією 34/169 Генеральної Асамблеї ООН 17 грудня 1979 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_282#Text.
4. Конституція України, прийнята на 5-й сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради (ВВР) України*. 1996. № 30. Ст. 141.
5. Кравченко І.С. Роль поліцейського омбудсмена у захисті прав і свобод людини. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2019. № 1. С. 81–83.
6. Мартиненко О.А. Злочини серед працівників ОВС України: їх детермінація та попередження : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.08 / Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2007. 32 с.
7. Москвичова А. Справа про погоню за BMW, під час якої загинув пасажир: що змінилося за три роки. URL: <https://www.radiosvoboda.org/a/news-sprava-pro-pohoniu-za-bmw-pid-chas-jakoji-zahynuv-pasazhyr/29755036.html>.
8. Офіс Омбудсмена виявив порушення прав поліцейських Житомирського відділу поліції ГУНП в Житомирській області. URL: <https://www.ombudsman.gov.ua/ua/all-news/pr/of%D1%96s-ombudsmana-viyaviv-porushennya-prav-pol%D1%96czejskix-zhitomirskogo-v%D1%96dd%D1%96lu->

pol%D1%96cz%D1%96%D1%97-gunp-v-zhitomirsk%D1%96j-oblast%D1%96/.

9. Передерій О.С. Правовий статус поліції країн континентальної правової сім'ї (загальнотеоретична характеристика на матеріалах Франції, Німеччини, Польщі) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Харк. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2009. 20 с.

10. Постанова від 21 листопада 2018 року у справі № 808/928/16 (адміністративне провадження № К/9901/11926/18) / Верховний Суд. URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/rishennya_sud_palat/808_928_16_k_9901_11926_18.

11. Про Дисциплінарний статут Національної поліції України : Закон України від 15.03.2018. *Відомості Верховної Ради (ВВР)* України. 2018. № 29. Ст. 233.

12. Про затвердження Інструкції про порядок використання поліграфів у Національній поліції України : Наказ МВС України 13.11.2017 № 920. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1472-17#Text>.

13. Про Національну поліцію : Закон України від 02.07.2015. *Відомості Верховної Ради (ВВР)* України. 2015. № 40–41. Ст. 379.

14. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 02.06.2016. *Відомості Верховної Ради (ВВР)* України. 2016. № 31. Ст. 545.

15. Декларация о полиции : Резолюция № 690 (1979) Парламентской ассамблеи Совета Европы. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_803#Text.

16. Рішення Великої палати у справі «Макарацис проти Греції» від 20.12.2004. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_408#Text.

17. Рішення Конституційного Суду України від 22.10.2020 у справі за конституційними скаргами Давимоки Олександра Григоровича, Бойка Миколи Вікторовича, Крюка Володимира Миколайовича, Токаренка Віталія Леонідовича щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень пункту 4 частини першої статті 97 Закону України «Про Національну поліцію». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-20#Text>.

18. Смерть Джорджа Флойда турбує американців більше, ніж масові протести. Опитування. URL:

<https://www.ukrinform.ua/rubric-world/3041293-smert-dzordza-flojda-turbue-amerikanciv-bilse-niz-masovi-protesti.html>.

19. Ткачук Б. У справі патрульного Олійника, якого підозрюють у вбивстві, повторно відберуть присяжних. URL: <https://hromadske.ua/posts/u-spravi-patrulnogo-olijnika-yakogo-pidozryuyut-u-vbivstvi-povtorno-vidberut-prisyazhnikh>.

20. Трамп назвав беспорядки в Кеносе внутрішнім тероризмом. URL : <https://www.dw.com/ru/tramp-nazval-besporjadki-v-kenoshe-vnutrennim-terrorizmom/a-54789471>.

21. Фільштейн В.Л. Організаційно-правові засади діяльності Національної поліції Держави Ізраїль (порівняльно-правовий аналіз) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Київ. нац. ун-т внутр. справ. Київ, 2009. 20 с.

22. Шестак С.В. Недержавний контроль за діяльністю міліції: теоретико-правовий аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Харк. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2009. 20 с.

23. Про стан додержання прав і свобод людини і громадянина в Україні за 2020 рік : Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. URL: <https://www.ombudsman.gov.ua/ua/page/secretariat/docs/presentations/>.

24. 2020 Honor Roll of Heroes. URL: <https://www.odmp.org/search/year/2020>.

25. 985 people have been shot and killed by police in the past year. URL: <https://www.washingtonpost.com/graphics/investigations/police-shootings-database/>.

26. After video shows Wisconsin police shooting a Black man multiple times, National Guard is called to Kenosha. URL: <https://www.washingtonpost.com/nation/2020/08/23/kenosha-police-shooting-video-wisconsin/>.

27. Attorney General Merrick Garland announces an investigation into the Minneapolis Police Department / By Katie Benner. URL: https://www.nytimes.com/live/2021/04/21/us/derek-chauvin-verdict-guilty?campaign_id=51&emc=edit_mbe_20210422&instance_id=29533&nl=morning-briefing%3A-europe-edition®i_id=106946306&segment_id=56069&te=1&user_id=f7370efd58cfbf15ab39d583add09a35#justice-department-investigation-minneapolis-police.

28. Derek Chauvin is found guilty of murdering George Floyd / By Tim Arango, Shaila Dewan, John Eligon and Nicholas Bogel-Burroughs.

April 20, 2021. URL: <https://www.nytimes.com/2021/04/20/us/chauvin-guilty-murder-george-floyd.html>.

29. H.R.878 – Law Enforcement Officers' Bill of Rights Act of 1995, 104th Congress (1995–1996). URL: <https://www.congress.gov/bill/104th-congress/house-bill/878?s=1&r=76>.

30. Kevin M. Keenan & Samuel Walker. An impediment to police accountability? An analysis of statutory law enforcement officers' bills of rights. URL : <https://samuelwalker.net/wp-content/uploads/2010/06/POBillsofRights.pdf>.

31. Philando Castile death: Police officer found not guilty. URL: <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-40310263>.

32. There's a reason it's hard to discipline police. It starts with a bill of rights 47 years ago. URL: <https://www.washingtonpost.com/history/2020/08/29/police-bill-of-rights-officers-discipline-maryland/>.

33. U.S. Supreme Court. Gardner v. Broderick, 392 U.S. 273 (1968). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/273/>.

34. U.S. Supreme Court. Tennessee v. Garner, 471 U.S. 1 (1985). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/471/1/>.

35. United States Supreme Court. Garrity v. New Jersey (1967). URL: <https://www.lexisnexus.com/community/casebrief/p/casebrief-garrity-v-new-jersey-394770990>.

Серватюк Л. В.,

orcid.org/0000-0003-2302-4729

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри загальноправових дисциплін
Національної академії Служби безпеки України,
м. Київ

ПОРУШЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ В ДІЯЛЬНОСТІ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ: ЗАПОБІГАННЯ ТА МОНІТОРИНГ

Анотація. У статті проведено аналіз діяльності правоохоронних органів щодо забезпечення та захисту прав людини. Визначено спільні принципи й інструменти забезпечення дотримання прав людини та запобігання їх порушенню з боку посадових осіб правоохоронних органів. Узагальнено й упорядковано досвід проведення моніторингу прав людини в діяльності правоохоронних органів. Викладено концептуальні засади побудови та функціонування внутрішнього механізму моніторингу прав людини в правоохоронній діяльності. Окреслено основні механізми діяльності державних установ, національних і міжнародних організацій громадянського суспільства з моніторингу прав людини в правоохоронній діяльності. Описано найбільш дієві методи (практики) зовнішнього моніторингу задля підвищення ефективності роботи національного превентивного механізму з виявлення та фіксації випадків катувань і жорстокого поводження. Запропоновано певні пропозиції щодо покращення рівня забезпечення міжнародних стандартів у сфері прав людини посадовими особами правоохоронних органів.

Вступ

Забезпечення законності, правопорядку, охорона прав, свобод і законних інтересів громадян – це предмет турботи держави, її правоохоронних органів і посадових осіб цих органів.

Ступінь реалізації прав людини в державі значною мірою залежить від неухильного дотримання та виконання посадовими особами правоохоронних органів міжнародних договорів і законів у сфері забезпечення й захисту прав людини. Міжнародні

стандарти у сфері захисту прав людини мають бути безпосередньо спрямовані на регламентацію діяльності правоохоронних органів України.

Сьогодні основними критеріями оцінки діяльності правоохоронних органів держави є ступінь захисту прав і законних інтересів громадян у їхній повсякденній діяльності, а також реалізація широкого спектру прав і свобод, передбачених Конституцією України та законами України.

Правоохоронним органам України притаманні такі спільні функції – запобігання злочинам (правопорушенням) і виявлення злочинів (правопорушень), підтримка й відновлення громадського порядку, надання своєчасної допомоги громадянам, у межах наданої законодавством компетенції. Такі ж функції є спільними для більшості поліцейських структур як у Європі, так і в усьому світі.

Європейська конвенція про захист прав та основних свобод людини 1950 року визначає стандарти виконання своїх повноважень правоохоронними органами, в основу яких покладено принципи захисту й поваги прав людини, демократії та законності [1]. Це пов'язано з тим, що правовий статус цих органів передбачає виконання завдань, які можуть обмежувати права людини та їхні законні інтереси.

Наприклад, британські юристи вказують на нечітке визначення в праві самого поняття «злочину проти громадського порядку» як на одну з причин недостатньої ефективності його охорони й надмірного поліцейського насильства щодо осіб, які брали лише пасивну участь у групових безладдях, чи тих, хто став випадковим свідком. Закон повинен бути ясним, ефективним, який можна виконувати [2, с. 134].

Сьогодні значно частіше правоохоронні органи почали виявляти себе як виконавчо-репресивні органи. Ця тенденція універсальна й пов'язана із зростанням у всьому світі таких злочинних проявів, як тероризм, незаконний обіг наркотиків, нелегальна міграція, торгівля людьми, масові безладдя на ґрунті релігійного екстремізму та міжнаціональної ворожнечі, міжетнічні конфлікти тощо. Оскільки нині у світі відсутні достатньо ефективні засоби для запобігання таким правопорушенням, посилення репресивних функцій поліції буде зростати [3, с. 133].

Аналіз оперативно-службової діяльності правоохоронних органів свідчить, що сьогодні права захищеність громадян у їхніх взаєминах між собою та іншими органами держави ще залишається недостатньою. Стандарти захисту прав людини в діяльності правоохоронних органів гарантуються лише Конституцією України. Деякі норми Конституції так і не набули сьогодні механізму реалізації в національному законодавстві, адже важливість урегулювання кримінального провадження, адміністративного процесу та провадження у справах про адміністративні правопорушення підтверджується тим, що саме в процесуальних механізмах стикаються інтереси суб'єктів основних прав (особи, що порушила закон) та інтересів суспільства (держави) загалом. Перед посадовими особами правоохоронних органів виникає потреба знаходити компроміс між суспільною необхідністю (притягнення до відповідальності винного) та захистом законних інтересів особи й визначення допустимості обмеження цих прав.

Отже, існує нагальна потреба в суттєвому поліпшенні діяльності правоохоронних органів у їхніх відносинах із громадянами. Для цього недостатньо чіткого на законодавчому рівні визначення їхніх повноважень і функцій (їх посадових осіб), необхідно створити механізм їх взаємодії з громадянами, при якому реалізація прав і свобод громадян була б звільнена від «бюрократичних» перешкод, а порушені права та свободи оперативно й ефективно поновлювалися.

1. Діяльність правоохоронних органів щодо забезпечення й захисту прав людини

За міжнародними договорами універсального та регіонального характеру у сфері прав людини, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, наша держава зобов'язується:

- створювати й підтримувати правове середовище, у якому можливе користування правами людини;
- уникати порушень прав людини державними (правоохоронними органами) та їх посадовими особами;
- виправляти ситуації, коли права людини було порушено, відновлювати порушене право та притягувати винних посадових осіб до відповідальності [1, с. 4–6].

Для виконання зобов'язання щодо створення та підтримки правового середовища, у якому можливе користування правами людини, Україні необхідно постійно вносити зміни в чинні нормативно-правові акти, розробляти та впроваджувати нові. Як зазначалося вище, на рівні Конституції таке завдання виконане. Необхідно добиватися, щоб і закони, і підзаконні акти (накази, розпорядження, рішення різноманітних центральних і місцевих органів влади) органічно розвивали положення міжнародно-правових актів і Конституції та не порушували їх. Будь-який державний службовець будь-якого рівня може та повинен указувати на невідповідності чи порушення, які закріплені в підзаконних нормативно-правових актах, і повідомляти про це по владній вертикалі для виправлення ситуації. Саме завдяки цьому можна уникнути ситуацій порушення прав людини.

Уникнення порушень прав людини означає не лише діяти відповідно до норм законодавства, а й **постійно діяти відповідно до загального гуманістичного духу норм про повагу до прав людини й захист прав людини**. Посадові особи правоохоронних органів з метою уникнення порушення прав людини можуть діяти як *активно*, так і *пасивно*. Пасивно – це повага прав людини, тобто утримання від дій, які порушують права людини. Активно – це захист прав людини, передбачає припинення дій інших осіб, які спрямовані на порушення прав людини.

Законодавець чітко визначив й основні принципи діяльності правоохоронних органів і їх структурних підрозділів: **законність, гуманізм, повага та дотримання прав людини, соціальна справедливість, взаємодія з населенням на засадах партнерства, відкритість, незалежність від впливу будь-яких політичних, громадських об'єднань** [7; 8; 9].

Для забезпечення дотримання правопорядку й запобігання вчиненню правопорушень з боку посадових осіб правоохоронних органів можуть слугувати такі інструменти:

- організація ефективної системи моніторингу виконання заходів забезпечення провадження, запобіжних заходів, слідчо-розшукових дій адміністративних процедур з метою виявлення правопорушень або складних ситуацій, обставини яких можуть спонукати до порушення норм права;
- розробка етичних стандартів поведіння співробітників правоохоронних органів, системи заохочення й застосування дисциплінарних заходів;

- навчальна робота з персоналом на тему обізнаності у сфері законодавства про права людини та його дотримання в службовій діяльності;

- психологічна підготовка персоналу до стресових ситуацій, провокацій, роботи з вразливими категоріями осіб тощо;

- підготовка персоналу до роботи в умовах культурного та етнічного різноманіття;

- організація ефективної системи постійної звітності персоналу, оцінки його роботи і заохочень.

Аналіз відомчих нормативно-правових актів дає можливість зробити висновок, що в них доволі лаконічно та вичерпно сформовано образ працівника правоохоронних органів:

- а) мати високі моральні якості, необхідну професійну підготовку;

- б) бути дисциплінованими, пильними та чесними при виконанні службових обов'язків, діяти рішуче й наполегливо, стійко переносити всі труднощі, пов'язані зі службою, не шкодуючи своїх сил для виконання службових обов'язків;

- в) виконувати свої завдання в точній відповідності до законів України;

- г) поважати гідність особи і ставитися до неї гуманно, захищати права людини незалежно від її соціального походження, расової та національної належності, громадянства, ставлення до релігії, статі, політичних та інших переконань;

- д) не розголошувати відомості, що стосуються особистого життя людини, принижують її честь і гідність, якщо виконання обов'язків не вимагає іншого;

- е) при зверненні до громадянина називати своє прізвище, звання та пред'являти на його вимогу службове посвідчення [10; 11].

Дотримання цих принципів і вимог особливо актуальне в умовах законного застосування примусових заходів до особи під час виконання посадовими особами правоохоронних органів своїх повноважень, коли відбувається певне балансування на межі законного обмеження прав особи та можливого їх порушення з боку правоохоронців. Уникнути вказаного покликане чітке й неухильне виконання визначених законодавством процедур застосування примусових заходів обмеження прав особи, що містять процесуальні гарантії як для

особи, так і для самого правоохоронця щодо належної оцінки його роботи.

Таким чином, очевидно, що зобов'язання України щодо виконання принципу поваги до прав людини повинні виконуватися на всіх рівнях – від центрального апарату до окремого виконавця на місцях. Виконання зобов'язань має циклічний характер, і всі етапи взаємопов'язані.

2. Внутрішній механізм моніторингу прав людини в правоохоронній діяльності

Найефективнішим методом боротьби з правопорушеннями у сфері забезпечення прав людини є запобігання їм. Стратегія запобігання виникненню правопорушень має базуватися на аналізі інформації про правопорушення, що мали місце, а також про виникнення ситуацій, в умовах яких виникнення правопорушень має високу вірогідність [12, с. 95]. Саме моніторингова діяльність покликана для збирання й аналізу такої інформації. Систему моніторингу можна умовно поділити на *внутрішній* і *зовнішній* моніторинг.

Моніторинг прав людини в правоохоронній діяльності – термін, що описує активне збирання, перевірку й безпосереднє використання інформації для вирішення проблем з правами людини.

Моніторинг прав людини включає збирання інформації про інциденти, спостереження за подіями (виборами, судовими процесами, демонстраціями тощо), відвідання таких об'єктів, як місця утримання й табори біженців, проведення переговорів з органами влади для отримання інформації, виправних та інших наступних дій, а також заходи з оцінки, збору фактів та іншу роботу на місцях. Крім того, моніторинг має часовий вимір: він завжди триває досить довго [13].

Головне завдання моніторингу – не допустити порушення прав людини й запобігти їм. Для цього при моніторингу прав людини вивчають можливі причини порушень, пропонують рішення й заохочують підзвітність [14].

Моніторинг прав людини здійснюють державні органи, зокрема національні служби омбудсменів і національні інститути з прав людини, а також правозахисні та міжнародні організації. Моніторинг прав людини міжнародними та місцевими неурядовими організаціями – це додатковий механізм захисту

прав людини. Сприяння в здійсненні такої діяльності є найпершим обов'язком держави. Розглянемо повноваження та сферу здійснення моніторингу прав людини основних з них.

Основою **внутрішнього моніторингу** в органах державної влади є передусім система звітності персоналу щодо всіх процесуальних дій, які вчиняють посадові особи. Кожна процесуальна дія має бути зафіксована в процесуальних документах (протоколах), які, у свою чергу, мають реєструватися у відповідних журналах. Ураховуючи специфіку діяльності силових правозахисних органів, особливої уваги потребує документування всіх випадків застосування сили, спеціальних заходів, зброї, здійснення будь-яких заходів дисциплінарного характеру щодо правопорушника. Протоколи й журнали мають проходити регулярну перевірку з боку безпосереднього та вищого керівництва.

Не варто обмежуватися самостійним збиранням інформації. Не менш корисним джерелом інформації можуть стати самі й громадяни, що перебувають у процесуальних процедурах або залежно від дій посадових осіб правоохоронних органів. Для збирання інформації щодо випадків порушення прав використовуються опитування, співбесіди, діє система подання скарг.

Так, наприклад, Державна прикордонна служба сприяє здійсненню права мігранта подавати скарги, що закріплено в низці внутрішніх нормативних актів ДПСУ. Зокрема, в Інструкції «Про порядок тримання ...» іноземцю на його прохання мають надаватись ручка й папір для написання скарги, а у випадку написання скарги до прокурора, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини чи Європейського суду з прав людини також надається конверт, який заклеюється. За бажанням мігранта для написання скарги його може бути відведено до окремої кімнати. Усі отримані скарги для вчасного вирішення проблеми, що є предметом скарги, і для ефективного аналізу чинного стану правопорядку мають розглядатися в якомога коротший термін [15].

Розгляд письмових скарг є ефективним, але недостатнім заходом для оцінки реального стану правопорядку. Для всеохоплюючого аналізу ситуації відповідні підрозділи правоохоронних органів мають самостійно проявляти ініціативу для отримання інформації через проведення письмових

опитувань і регулярних усних співбесід із затриманими (ув'язненими) особами. Письмові опитування можуть допомогти зібрати статистичну інформацію про стан дотримання правопорядку, а неформальні усні співбесіди можуть стати джерелом корисних рекомендацій щодо покращення стандартів (умов) їх утримання.

У деяких пунктах тимчасового тримання, а також у закладах тримання (перебування) іноземців (осіб без громадянства) Державної міграційної служби України, встановлено скриньки для подання анонімних скарг, хоча, згідно з українським законодавством, анонімні скарги не можуть бути підставою для порушення провадження (службового розслідування), вони можуть бути ефективним методом аналізу реального стану забезпечення прав людини в закладі тримання.

Дієвим механізмом внутрішнього моніторингу є й організаційна структура правоохоронних органів. Для неї характерною ознакою є багаторівнева підзвітність, тобто перевірки щодо кожної структурної одиниці органу можуть проводитися не тільки органом, якому він безпосередньо підпорядкований, а й усіма іншими органами, які є вищими за ієрархією. Це дає широкі можливості для здійснення моніторингу у сфері дотримання прав людини та може впливати на належність і прозорість діяльності посадових осіб.

Сьогодні в системі Міністерства внутрішніх справ створено окремі органи внутрішнього моніторингу дотримання прав людини: Управління моніторингу дотримання прав людини та Громадська рада при Міністерстві внутрішніх справ України.

Управління моніторингу дотримання прав людини – здійснює моніторинг і контроль дотримання прав людини в діяльності МВС і за дорученням міністра центральних органів виконавчої влади, діяльність яких спрямовується й координується Кабінетом Міністрів України через міністра внутрішніх справ України. Завданнями Управління є:

1. Здійснення в межах компетенції контролю за дотриманням прав людини в діяльності МВС і центральних органів виконавчої влади.

2. Моніторинг, вивчення й аналіз проблемних питань, пов'язаних із порушенням прав людини в діяльності МВС і центральних органів виконавчої влади, надання керівництву МВС пропозицій щодо їх розв'язання.

3. Надання керівництву та державному секретарю Міністерства внутрішніх справ України пропозицій щодо вдосконалення нормативно-правових актів МВС стосовно забезпечення прав і свобод людини відповідно до вимог міжнародних і національних нормативних актів із забезпечення прав людини та рішень Європейського суду з прав людини.

4. Забезпечення взаємодії МВС із центральними органами виконавчої влади й іншими органами державної виконавчої влади, міжнародними та національними неурядовими організаціями із забезпечення прав людини [16].

Громадська рада при Міністерстві внутрішніх справ України – тимчасовий консультативно-дорадчий орган, утворений для сприяння участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики у сфері забезпечення охорони прав і свобод людини, інтересів суспільства й держави, протидії злочинності, підтримання публічної безпеки та порядку, а також надання поліцейських послуг; захисту державного кордону й охорони суверенних прав України в її виключній (морській) економічній зоні; цивільного захисту, захисту населення й територій від надзвичайних ситуацій і запобігання їх виникненню, ліквідації надзвичайних ситуацій, рятувальної справи, гасіння пожеж, пожежної та техногенної безпеки, діяльності аварійно рятувальних служб, а також гідрометеорологічної діяльності; міграції, у тому числі протидії нелегальній міграції, громадянства, реєстрації фізичних осіб, біженців та інших визначених законодавством категорій мігрантів.

Основними завданнями Громадської ради є:

1) сприяння реалізації громадянами конституційного права на участь в управлінні державними справами;

2) сприяння врахуванню МВС громадської думки під час формування та реалізації державної політики у сферах, що належать до компетенції МВС;

3) сприяння залученню представників заінтересованих сторін до проведення консультацій з громадськістю та моніторингу результатів формування й реалізації державної політики у сферах, що належать до компетенції МВС;

4) проведення відповідно до законодавства громадського моніторингу діяльності МВС;

5) здійснення підготовки експертних пропозицій, висновків, аналітичних матеріалів з питань формування й реалізації державної політики у сферах, що належать до компетенції МВС [17].

Отже, можна зробити висновок, що внутрішній механізм моніторингу прав людини в правоохоронній діяльності налагоджений. Один із основних обов'язків посадових осіб правоохоронних органів – дотримання та покращення вже чинних стандартів кримінальних та адміністративних процедур: *усі затримання мають бути своєчасно оформлені та здійснені в чіткій відповідності до закону; усі затримані мають бути своєчасно поінформовані про їхні права й отримати можливість повідомити третю сторону про факт затримання, отримати можливість спілкування з адвокатом до першого допиту та безперешкодний доступ до лікаря за власним вибором.*

3. Зовнішній механізм моніторингу прав людини в правоохоронній діяльності

Зовнішній моніторинг прав людини в правоохоронній діяльності здійснюють державні органи, зокрема національні служби омбудсменів і національні інститути з прав людини, а також правозахисні та міжнародні організації. Моніторинг прав людини міжнародними й місцевими неурядовими організаціями – це додатковий механізм захисту прав людини. Сприяння в здійсненні такої діяльності є найпершим обов'язком держави. Розглянемо повноваження та сферу здійснення моніторингу прав людини основних із них.

Вагоме місце в системі державного контролю за дотриманням прав людини в більшості розвинених країн посідає інститут омбудсмана. З давньоскандинавської мови «омбудсман» перекладається як «представник». Уперше посаду омбудсмана запроваджено у Швеції в 1809 р., згодом у 1919 р. інститут омбудсмана запроваджено у Фінляндії. Подальшого розповсюдження ця посада набула лише після II Світової війни.

В Україні посада омбудсмана офіційно називається **Уповноважений Верховної Ради України з прав людини**. Вона заснована в 1998 р. Законом України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини». Метою контрольної діяльності омбудсмана в Україні Закон визначає таке:

1) захист прав і свобод людини та громадянина, проголошених Конституцією України, законами України й міжнародними договорами України;

2) додержання й повага до прав і свобод людини та громадянина органами державної влади, органами місцевого самоврядування та їх посадовими й службовими особами;

3) запобігання порушенням прав і свобод людини та громадянина або сприяння їх поновленню;

4) сприяння приведенню законодавства України про права і свободи людини та громадянина у відповідність до Конституції України, міжнародних стандартів у цій галузі;

5) поліпшення й подальший розвиток міжнародного співробітництва в галузі захисту прав і свобод людини та громадянина;

6) запобігання будь-яким формам дискримінації щодо реалізації людиною своїх прав і свобод;

7) сприяння правовій інформованості населення та захист конфіденційної інформації про особу [18].

У 2011 р. Президент України запровадив посаду **Уповноваженого Президента України з прав дитини**. Метою запровадження нової посади є здійснення Президентом України конституційних повноважень щодо забезпечення й додержання конституційних прав дитини, виконання Україною міжнародних зобов'язань у цій сфері. *Основними завданнями Уповноваженого з прав дитини є:*

1) постійний моніторинг додержання в Україні конституційних прав дитини, виконання Україною міжнародних зобов'язань у цій сфері та внесення в установленому порядку Президентом України пропозицій щодо припинення повторення й запобігання повторенню порушень прав і законних інтересів дитини;

2) унесення Президентом України пропозицій щодо підготовки проектів законів, актів Президента України з питань прав і законних інтересів дитини;

3) здійснення заходів, спрямованих на інформування населення про права та законні інтереси дитини [19].

В Україні також діють і специфічні повноваження Президента України, яких не існує в інших державах Європи чи світу. Наприклад, 25 квітня 2019 р. запроваджено **Уповноваженого із захисту державної мови** (мовного омбудсмена). Мета

діяльності – сприяння функціонуванню української мови як державної у сферах суспільного життя, визначених Законом України «Про забезпечення функціонування української мови як державної» [20].

Іншим є *Уповноважений Президента України з питань контролю за діяльністю СБУ* – відповідальний державний службовець, який здійснює постійний контроль за діяльністю Служби безпеки України. *Основні повноваження:*

– здійснює контроль за додержанням органами й підрозділами Служби безпеки України конституційних прав громадян і законодавства в оперативно-розшуковій діяльності та діяльності у сфері охорони державної таємниці;

– вивчає положення, накази, розпорядження, інструкції й указівки Служби безпеки України з метою визначення їх відповідності Конституції та законам України, в установленому порядку реєструє ці нормативно-правові акти й уживає заходів щодо включення їх до Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів;

– розглядає за дорученням Президента України звернення громадян щодо порушення їхніх конституційних прав і свобод, інших порушень у діяльності Служби безпеки України, а також зауваження та пропозиції щодо її діяльності;

– розглядає інформацію з основних питань діяльності Служби безпеки України, випадки порушення законодавства та вносить за результатами розгляду в установленому порядку відповідні пропозиції;

– розробляє та подає Президентові України пропозиції щодо здійснення заходів, спрямованих на забезпечення додержання конституційних прав громадян і вимог законодавства в оперативно-розшуковій, контррозвідувальній діяльності й діяльності у сфері охорони державної таємниці органів і підрозділів Служби безпеки України [21].

Комітет ООН з питань недопущення катувань – контролюючий орган, який здійснює нагляд за виконанням Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, принижують гідність, видів поводження й покарання. Перша сесія Комітету відбулася у квітні 1988 р. в м. Женеві. Сьогодні Комітет проводить у Відділенні ООН у Женеві двічі на рік чотиритижневі сесії. Передбачена також можливість

скликання спеціальних сесій за ініціативою більшості членів Комітету або в разі звернення держави-учасника Конвенції.

Україна повністю визнає на своїй території дію статті 22 Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження й покарання 1984 р. щодо визнання компетенції Комітету проти катувань отримувати та розглядати повідомлення осіб, які перебувають під юрисдикцією держави-учасниці та які стверджують, що вони є жертвами порушення державою-учасницею положень Конвенції, чи повідомлення такого роду, що надходять від їхнього імені [22].

Комітет має компетенцію в отриманні інформації й проведенні розслідування, які стосуються заяв про систематичне застосування катувань у державах-учасниках. Може пропонувати спеціалізованим Установам ООН, міжурядовим організаціям з консультативним статусом при ЕКОСОП подавати йому інформацію, документацію та письмові заяви, які стосуються діяльності, що він проводить відповідно до Конвенції. Представляє державам-учасникам і ГА ООН щорічну доповідь про свою роботу.

Держави-учасниці подають Комітету через Генерального секретаря ООН доповіді про вжиті ними заходи щодо здійснення своїх зобов'язань відповідно до Конвенції. Перша доповідь подається протягом одного року після набуття чинності Конвенції для відповідної держави. У подальшому подаються раз на чотири роки додаткові доповіді про будь-які нові вжиті заходи, а також інші доповіді та відомості за проханням Комітету.

Приклад із практики. 6 листопада 2014 р. – Комітет ООН проти катувань сьогодні завершив розгляд шостої періодичної доповіді України щодо виконання положень Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження й покарання.

Представляючи доповідь, Наталія Севастьянова, Урядовий уповноважений у справах Європейського суду з прав людини, Міністерства юстиції України, зазначила, що Кримінально-процесуальний кодекс 2012 року, у якому передбачаються рівне право на захист, гарантія права на захист і чіткі критерії прийнятності доказів, зруйнував парадигму покарання. У березні 2014 р. уряд ухвалив програму діяльності Кабінету Міністрів, спрямовану на забезпечення захисту прав людини й діяльності

інституту безкоштовної юридичної допомоги, запровадженого у 2011 р. Україна вживає всіх можливих заходів для забезпечення основних прав і свобод на територіях, окупованих і анексованих Росією, а також проводить розслідування актів жорстокого поводження, катувань, викрадення або смерті [23].

Іншою важливою функцією Комітету є проведення конфіденційних розслідувань за обґрунтованими даними про систематичне застосування катувань на території держави-учасниці Конвенції. Якщо Комітет одержує вірогідну інформацію, яка, на його думку, містить цілком обґрунтовані дані про систематичне застосування катувань на території якої-небудь держави-учасниці, то він пропонує цій державі співробітничати в розгляді цієї інформації, із цією метою подати свої зауваження щодо цієї інформації. Комітет може, якщо він вважає за доцільне, призначити одного або кількох своїх членів для проведення конфіденційного розслідування й термінового подання Комітету відповідної доповіді. По закінченні розслідування Комітет направляє державі його результати, а також власні зауваження та пропозиції. Після консультацій із зацікавленим державою Комітет може прийняти рішення про включення короткого звіту про результати роботи в щорічну доповідь. Тільки в такому випадку діяльність Комітету оприлюднюється, в інших випадках уся діяльність і документи є конфіденційними.

Відповідно до статті 21, Комітет може розглядати повідомлення держав-учасниць Конвенції про те, що інші держави-учасниці не виконують своїх зобов'язань за нею. Умовою запуску цієї процедури є визнання відповідної компетенції Комітету обома зацікавленими державами.

Комітет розглядає питання, передане йому, лише після того, як він упевниться, що в цьому разі всі доступні внутрішні заходи були вжиті й вичерпані відповідно до загальноєвропейських принципів міжнародного права. Це правило не діє в тих випадках, коли застосування цих заходів невинувато затягується й навряд чи надасть ефективну допомогу особі, яка є жертвою порушення цієї Конвенції. Розгляд повідомлень Комітет проводить на закритих засіданнях. Комітет також надає послуги цим державам з метою дружнього вирішення спору на підставі поваги до зобов'язань, передбачених у цій Конвенції, із цією метою може за необхідності заснувати спеціальну погоджувальну комісію. Відповідні держави-учасниці мають

право бути представленими при розгляді питання в Комітеті й робити усні чи письмові заяви. На практиці ця процедура жодного разу не задіяна.

Стаття 22 Конвенції передбачає повноваження Комітету розглядати індивідуальні повідомлення від фізичних осіб про порушення державою-учасником її положень. Відповідна стаття Конвенції має факультативний характер: держави-учасники можуть у будь-який час заявити про визнання компетенції Комітету отримувати й розглядати повідомлення осіб, які знаходяться під його юрисдикцією, котрі стверджують, що вони є жертвами порушення державою-учасницею положень Конвенції, або повідомлення такого роду, що надходять від їхнього імені.

Приклад із практики. На розгляд Комітету групою українських правозахисних організацій подано альтернативний звіт щодо дотримання Росією Конвенції ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження й покарання на території окупованого нею Криму у 2014–2018 рр., співавторами якого виступили Українська Гельсінська спілка з прав людини, Регіональний центр прав людини, Медійна ініціатива за права людини та окремі експерти. Комітет урахував майже всі висновки й рекомендації українських правозахисників і закликав Росію припинити практику катувань у Криму та м. Севастополі, забезпечити судове переслідування й покарання винних осіб і надання відшкодування жертвам, а також забезпечити безперешкодний доступ до півострову для міжнародних механізмів моніторингу прав людини [24].

Комітет не приймає до розгляду повідомлення, що є анонімним, на його думку, або результатом зловживання правом на подання таких повідомлень, або несумісне з положеннями цієї Конвенції. Про надходження й прийняття повідомлення Комітет доводить до відома зацікавленої держави. Протягом **шести місяців** держава, що одержала повідомлення, подає до Комітету письмові пояснення або заяви, що уточнюють питання й будь-які заходи, які могли бути прийняті цією державою.

Комітет не розглядає жодних повідомлень від будь-якої особи, поки не переконається в такому:

а) це саме питання не розглядалося й не розглядається за якою-небудь процедурою міжнародного розслідування чи врегулювання;

б) ця особа вичерпала всі наявні внутрішні заходи правового захисту;

Це правило не діє в тих випадках, коли застосування цих заходів невиправдано затягує допомогу й навряд чи надасть ефективну допомогу особі, яка є жертвою порушення цієї Конвенції [25].

Комітет розглядає одержані повідомлення з урахуванням і розглядом усієї інформації, представленої йому особою-заявником або від її імені та відповідною державою-порушницею. Розгляд проводиться в закритому форматі. За його підсумками Комітет надсилає свої думки обом сторонам.

У світлі всієї інформації, отриманої від окремої особи чи від відповідної держави, Комітет розглядає повідомлення й формує стосовно них свої думки. Члени комітету можуть висловлювати свої окремі думки. Процедура розгляду завершується з передачею остаточних думок авторові повідомлення та відповідній державі учасниці, якій Комітет також пропонує інформувати його про заходи, які вона вживає відповідно до цих думок. Резюме розгляду повідомлень, заяв відповідних держав-учасниць і власних думок включається комітетом у його щорічну доповідь [26].

Приклад із практики. Комітет проти катувань розглянув шостий періодичний звіт РФ (CAT/C/RUS/6) під час 1658-ї та 1661-ї сесій, що відбулися 25 та 26 липня 2018 р. (див. CAT/C/SR.1658 та CAT/C/SR.1661), і прийняв ці Заключні зауваження під час 1676-ї та 1677-ї сесій, що відбулися 8 серпня 2018 р.

Не надаючи оцінку правовому статусу Криму в рамках міжнародного права та підкреслюючи фундаментальне значення принципу територіальної цілісності всіх країн-членів Організації Об'єднаних Націй, Комітет зазначає, що Крим знаходиться під ефективним контролем Російської Федерації та що Російська Федерація зобов'язана забезпечувати виконання положень Конвенції в Криму. *Комітет висловлює своє занепокоєння щодо:*

(а) постійних повідомлень про серйозні порушення прав людини, включаючи викрадення, свавільні арешти, насильницькі зникнення, катування, жорстоке поводження та позасудові страти, зокрема щодо кримських татар, проукраїнських активістів та осіб, пов'язаних із Меджлісом, з боку представників Федеральної служби безпеки та кримської самооборони;

(b) інформації, що з 2014 р. влада регулярно застосовує тортури з метою отримання фальшивих зізнань для політично вмотивованих переслідувань;

(c) інформації про те, що, незважаючи на 106 заяв про ймовірне застосування державними службовцями катувань у період з лютого 2014 по червень 2018 рр., не проведено ефективного розслідування жодного з випадків;

(d) жаклих умов ув'язнення, зокрема недостатнього доступу до медичної допомоги, що спричинило численні смерті в місцях позбавлення волі;

(e) обмеженого доступу до місць позбавлення волі для представників незалежних механізмів моніторингу, громадянського суспільства й адвокатів затриманих;

(f) відмови надати доступ до Криму міжнародним правозахисним механізмам, зокрема Моніторинговій місії ООН з прав людини в Україні (статті 2, 4, 11, 12 і 16) [24].

Як і багато інших договірних органів, Комітет видає зауваження чи пропозиції загального характеру з питань роз'яснення або застосування положень Конвенції. Іншою формою вираження думки Комітету є публічні заяви з актуальних питань, що мають відношення до втілення в життя положень Конвенції. Ці заяви робляться як власне Комітетом, так і спільно з іншими органами ООН або договірними органами.

Підкомітет із запобігання катуванням та іншим жорстоким, нелюдським або таким, що принижують гідність, видів поводження й покарання Комітету проти катувань заснований відповідно до Факультативного протоколу до Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження й покарання, почав свою роботу у 2007 р.

Основним завданням Підкомітету з недопущення покарань є регулярне відвідування місць позбавлення волі на території держав-учасниць і надання рекомендацій їм щодо захисту позбавлених волі осіб від катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження й покарання [27]. Підкомітет не розглядає періодичних докладів, не приймає індивідуальних повідомлень і не видає зауважень загального порядку.

Приклад із практики. Підкомітет повторно рекомендує привести положення Кримінального кодексу України, які

стосуються визначення катування, у повну відповідність до статті 1 Конвенції проти катувань.

Члени Підкомітету ООН з недопущення катувань також рекомендували, щоб з моменту взяття під варту всі затримані отримували повну інформацію про причини їх затримання або тримання під вартою та про їхні права, щоб вони мали можливість поінформувати рідних про місце й час затримання, щоб у момент узяття під варту затримані проходили ретельний медичний огляд, а доступ до них адвоката надавався з моменту затримання і протягом усього періоду тримання під вартою.

Підкомітет також рекомендував переглянути й реформувати систему обліку затриманих, «щоб облікові записи завжди були вичерпними, точними й постійно оновлювалися», поліпшити умови утримання в камерах, включаючи водопостачання та дотримання санітарних вимог, а також вирішити проблему відсутності бодай якоїсь фізичної діяльності осіб, що відбувають довічне ув'язнення [28].

Форма роботи Підкомітету сесії, які проводяться не рідше одного разу на рік, причому одна з них збігається із сесією Комітету проти катувань. Організаційно-технічне забезпечення роботи Комітету здійснює Секретаріат ООН.

Підкомітет направляє свої рекомендації та зауваження в конфіденційному порядку державі-учасниці й за необхідності національного механізму із запобігання катуванням (превентивного механізму). Крім того, він консультує національні превентивні механізми та надає державам сприяння в їх створенні.

Підкомітет співпрацює з відповідними органами й механізмами ООН, а також із міжнародними, регіональними та національними установами або організаціями, що діють в інтересах посилення захисту всіх осіб від катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поведження й покарання.

Європейський комітет з питань запобігання катуванням (далі – КЗК) – створений відповідно до Європейської конвенції про запобігання катуванням чи нелюдському або такому, що принижує гідність, поведженню й покаранню, яка підписана Страсбурзі 26 листопада 1987 р. й набула юридичної сили в 1989 р.

Відповідно до статті 1 Конвенції, КЗК здійснює свої повноваження шляхом проведення інспекцій, перевірок щодо поводження з позбавленими волі особами з метою посилення а разі необхідності захисту таких осіб від катувань чи нелюдського або такого, що принижує їхню гідність, поводження чи покарання. До таких місць відносять в'язниці, заклади для утримання неповнолітніх, поліцейські дільниці, центри для утримання порушників міграційного законодавства, психіатричні лікарні, соціальні заклади тощо.

Окрім того, КЗК оцінює відповідність своїм стандартам в'язничної політики держави. Його зауваження можуть стосуватися, наприклад, питань перенаповненості пенітенціарних установ чи проблем національного кримінального виконавчого законодавства [29].

Кожна Сторона дозволяє інспектувати, відповідно до Конвенції, будь-яке місце, яке знаходиться під її юрисдикцією та в якому утримуються особи, позбавлені волі органом державної влади. Виконуючи цю Конвенцію, Комітет і компетентні національні органи відповідної Сторони співпрацюють між собою [30].

Делегації КЗК здійснюють інспекції періодично, як правило, один раз на чотири роки. За необхідності може організувати додаткові позачергові інспекції. КЗК перед направленням своєї делегації повідомляє уряд держави про свій намір здійснити інспекцію. Після такого повідомлення делегація має необмежений доступ до місць позбавлення волі в будь-який час і право вільно пересуватися всередині таких установ. Вони мають право конфіденційно спілкуватися з позбавленими волі особами та вільно спілкуватися з будь-якою особою, яка, на їхню думку, може надати необхідну інформацію. Також можуть здійснювати фото-, відеофіксацію фактів, які вважають за належне до своїх завдань. Усі зібрані відомості є конфіденційними.

З метою сприяння КЗК у виконанні його завдання держава забезпечує:

- a) доступ на свою територію і право подорожування по ній без будь-якого обмеження;
- b) повну інформацію про місця, де тримаються особи, позбавлені волі;

с) необмежений доступ до будь-якого місця, де знаходяться особи, позбавлені волі, включаючи право відвідування таких місць без будь-якого обмеження;

д) іншу наявну інформацію, яка необхідна КЗК для виконання ним свого завдання, ураховуючи норми чинного національного законодавства та професійної етики.

У виняткових випадках компетентні органи держави можуть заявляти делегації КЗК заперечення щодо здійснення інспекції в термін або до місця, що запропоновані КЗК. Такі заперечення можуть мотивуватися тільки інтересами національної оборони, державної безпеки, серйозними заворушеннями в місцях знаходження осіб, позбавлених волі, станом здоров'я відповідної особи або проведенням термінового допиту у зв'язку з тяжким правопорушенням.

У разі наявності таких заперечень КЗК і відповідна держава невідкладно проводять консультації з метою з'ясування ситуації та досягнення згоди про вжиття заходів, які дали б змогу делегації Комітету швидко виконати свої функції.

Інспекції здійснюються делегаціями, до складу яких, як правило, входять кілька членів КЗК, котрих супроводжують працівники секретаріату Комітету й за необхідності експерти та перекладачі.

Після кожної інспекції КЗК складає докладну доповідь про факти, які встановлені під час інспекції, з урахуванням будь-яких міркувань, що можуть бути висловлені відповідною державою. Ця доповідь містить будь-які необхідні, на його думку, рекомендації, коментарі та запити про надання інформації. Комітет може проводити з відповідною державою консультації з метою внесення в разі необхідності пропозицій про поліпшення захисту позбавлених волі осіб.

Доповіді не можуть бути опубліковані без відповідного дозволу національного уряду. Якщо ж держава відмовляється від співпраці або відмовляється поліпшити ситуацію у світлі рекомендацій Комітету, Комітет може більшістю у дві третини голосів своїх членів прийняти рішення про оприлюднення заяви із цього приводу.

Приклад із практики. Під час сьомого періодичного візиту до України (8–21 грудня 2017 р.) Комітет вивчав умови тримання в правоохоронних органах (Національна поліція, Державна

прикордонна служба, Служба безпеки), пенітенціарній системі, психіатричних лікарнях і психоневрологічних інтернатах.

Комітет відзначив, що отримав багато скарг на надмірне застосування сили під час затримання поліцією, а також звинувачення у фізичному насильстві під контролем поліції (в основному опитані вказували на удари кулаками та дубинками, штурхани, а також на тісні наручники). Такі звинувачення частіше лунали в Києві, ніж у регіонах. У столиці також частіше скаржилися на жорстоке поводження з боку оперативних співробітників для отримання від затриманих інформації.

Також Комітет указав на практику неофіційних затримань і неофіційних допитів. Делегація звернула увагу на відсутність надання системної медичної допомоги затриманим і на відсутність конфіденційного спілкування з лікарем. Комітет звернув увагу на проблеми з отриманням якісної безкоштовної правової допомоги.

Комітет також звернув увагу на прогалини в розслідуванні катувань, що виникли після появи Державного бюро розслідування, коли прокуратура втратила повноваження розслідувати злочини, а бюро ще не набуло спроможності це робити. У будь-якому разі слідчі бюро повинні мати необхідні знання, щоб розслідувати злочини катувань, наголошено у звіті [31].

КЗК не є судовим органом. Його повноваження та діяльність являє собою превентивний механізм не судового характеру для захисту й забезпечення прав осіб, позбавлених волі, і їх захист від катувань та інших форм неналежного поводження. Тим самим він доповнює діяльність Європейського суду з прав людини. Європейський суд з прав людини користується доповідями КЗК для цілей підкріплення своїх позицій і навіть для підтвердження стверджуваних фактичних обставин справи окремих засуджених, якщо вони звернулися до Суду, а КЗК відвідував установи їхнього тримання в минулому.

Моніторинг прав у сфері притулку від імені ООН здійснює **Управління Верховного комісара ООН у справах біженців**. УВКБ ООН слідкує за дотриманням порядку процедури надання притулку, прав осіб, що звернулися до країни-члена за притулком, а також прав осіб, що отримали статус біженця.

Приклад із практики. Громадськість або міжнародні правозахисні організації не мають безпосередньої можливості здійснювати моніторинг порушення прав людини на державному

кордоні в міжнародному аеропорті «Бориспіль», який є головним місцем в'їзду іноземців до України. Якщо шукач притулку до паспортного контролю зміг повідомити про себе Управління Верховного Комісару ООН у справах біженців (УВКБ ООН) або його виконавчого партнера, лише у випадку надання дозволу першим заступником голови ДПСУ така особа зможе отримати доступ до процедури міжнародного захисту й безкоштовної правової допомоги. І навіть у тих украї рідких випадках надання дозволів на побачення з *de facto* затриманими шукачами притулку часто представники УВКБ ООН і його виконавчих партнерів не встигають фізично дістатися місця затримання, як ДПкС уже примусово повертає шукача притулку до його країни походження, а свої дії пояснює тим, що повернута особа не заявляла про бажання отримати міжнародний захист [32].

Представництва **Міжнародної організації з питань міграції** (далі – МОМ) у країнах-членах здійснюють моніторинг у рамках різноманітних проектів, що ними виконуються. Представництво МОМ в Україні з 2009 р. здійснює моніторинг прав осіб, затриманих у пунктах тримання, під управлінням Державної міграційної служби України й деяких пунктів тримання Державної прикордонної служби України. Механізм моніторингу МОМ включає в себе:

- присутність співробітників партнерських неурядових організацій (юристів, перекладачів, психологів тощо) в пунктах тримання;

- складання партнерських неурядових щомісячних звітів щодо стану дотримання прав затриманих і загальних тенденцій у пункті тримання;

- складання (на базі звітів неурядових організацій) зведених щомісячних статистичних і щоквартальних аналітичних звітів про стан справ у пунктах тримання й загальні тенденції у сфері незаконної міграції в Україні. Звіти розповсюджуються серед органів державної влади України, дипломатичними представництвами, міжнародними і громадськими (у т.ч. правозахисними) організаціями й іншими зацікавленими особами;

- щорічні моніторингові візити до всіх пунктів тримання за участі представників влади, дипломатичних представництв, міжнародних і неурядових організацій;

– щоквартальні письмові анонімні опитування серед затриманих мігрантів;

– функціонування гарячої лінії для отримання скарг.

З початком збройного конфлікту в Україні не менш важливу роль щодо моніторингу забезпечення прав людини відіграє неурядова міжнародна організація Міжнародний Комітет Червоного Хреста.

Міжнародний комітет Червоного Хреста (далі – МКЧХ) є незалежною гуманітарною організацією, яка спрямовує діяльність із забезпечення захисту жертв міжнародних і внутрішніх збройних конфліктів. Утворений у 1863 р. уродженцем Швейцарії Анрі Дюнаном, МКЧХ є засновником Руху Червоного Хреста, основне завдання якого – *забезпечення дотримання воюючими сторонами положень Женевських конвенцій 1949 р. про захист жертв збройних конфліктів і Додаткових протоколів до них.*

Штаб-квартира знаходиться в Женеві, представництва Організації, в яких загалом працює понад 12 тис. осіб, розташовані в майже 80 країнах світу. Емблемою є червоний хрест на білому фоні. МКЧХ у діяльності слідує таким девізам – **«*Inter arma caritas*»** (*«Милосердя на полі бою»*), **«*Per humanitatem ad pacem*»** (*«Через гуманізм до миру»*) [33].

Метою Організації є відстоювання та поширення основоположних принципів Руху Червоного Хреста (гуманність, нейтральність, неупередженість, універсальність тощо), виконання покладених Женевськими конвенціями завдань із забезпечення дотримання норм міжнародного гуманітарного права під час збройних конфліктів, забезпечення роботи Центральної агенції з розшуку, а також ведення роз'яснювальної роботи із застосування гуманітарного права під час збройних конфліктів серед причетних міністерств і відомств.

Відповідно до мандату, який надано МКЧХ світовою спільнотою, організація надає допомогу особам, що знаходяться під вартою, хворим, пораненим і цивільним особам, що постраждали в результаті збройного конфлікту, керуючись принципом неупередженості.

У ситуаціях збройного конфлікту МКЧХ координує діяльність національних товариств Червоного Хреста й Червоного Півмісяця та Міжнародної Федерації Товариств Червоного Хреста й Червоного Півмісяця.

Під час збройних конфліктів міжнародного або внутрішнього характеру МКЧХ надає захист і допомогу жертвам як серед військовослужбовців, так і серед цивільного населення, зокрема *військовополоненим, цивільним інтернованим особам, пораненим, цивільному населенню на окупованій території тощо.*

Разом із реалізацією гуманітарних програм МКЧХ сприяє розвитку права збройних конфліктів з метою забезпечення ефективного захисту тих, хто не бере участі або припинив брати участь у військових діях.

Пріоритетами відносин нашої держави з МКЧХ залишається співробітництво Комітету з Національним Товариством Червоного Хреста України в допомозі особам, постраждалим унаслідок конфлікту на сході України. Нині Комітетом відкрито шість офісів у нашій державі – у Харкові, Донецьку, Луганську, Северодонецьку, Маріуполі й Одесі. Організація активно задіяна в мобілізації ресурсів для постраждалих регіонів. Зокрема, по лінії МКЧХ виділяється допомога українським родинам, переміщеним особам і лікарням у вигляді матеріалів для ремонту житла (скло, бетон, покрівельні матеріали), продуктів харчування, теплого одягу, медичних матеріалів, ліків тощо.

Національні товариства Червоного Хреста представлені 186 національними об'єднаннями, що визнані МКЧХ та є повноправними членами федерації. Кожен із них працює у своїй країні відповідно до принципів міжнародного гуманітарного права та статутів руху. Залежно від обставин національні об'єднання можуть виконувати додаткові гуманітарні завдання, які безпосередньо не визначаються міжнародним законодавством чи мандатами членів міжнародного руху. Національні товариства виступають як помічники державної влади своїх країн у гуманітарній сфері та надають цілу низку послуг, які включають надання допомоги в надзвичайних ситуаціях, здійснення медичних і соціальних програм. Окрім того, під час війни вони допомагають цивільному населенню й у разі необхідності надають підтримку військово-медичній службі.

Указом Президента України «Про товариство Червоного Хреста України» від 28 жовтня 1992 р. це товариство визнане уповноваженим надавати допомогу особовому складу Збройних Сил України під час збройного конфлікту. Цей факт зробив можливим звернення Національного товариства до Міжнародного Комітету Червоного Хреста із заявкою при

визнання учасником Руху. Український Червоний Хрест став учасником Руху в 1993 р.

Крім Указу Президента, правовий статус Національного товариства Червоного Хреста на території нашої держави регулюються Законом України «Про Товариство Червоного Хреста України» від 28 листопада 2002 р. Цей Закон містить додаткові гарантії діяльності Товариства, передбачає його незалежність, забороняє органам державної влади втручатися в його діяльність тощо.

Відповідно до статті 1 указанного Закону, Товариство Червоного Хреста України (далі – Товариство) є всеукраїнською добровільною громадською гуманітарною організацією. Товариство допомагає державі в наданні медичної та гуманітарної допомоги під час збройних конфліктів і в мирний час, бере участь у наданні міжнародної допомоги в разі катастроф і надзвичайних ситуацій, забезпечує медико-соціальну допомогу найменш соціально захищеним верствам населення.

Товариство в процесі діяльності:

– здійснює збір різних видів гуманітарної допомоги від юридичних і фізичних осіб України, іноземних осіб, осіб без громадянства, міжнародних організацій для адресатів на території України;

– бере участь у розподілі гуманітарної допомоги, отриманої із зазначених вище джерел;

– здійснює діяльність, що впливає із Женевських конвенцій з питань надання допомоги пораненим, хворим та іншим особам, які постраждали під час збройних конфліктів;

– співпрацює із закладами охорони здоров'я України, епідеміологічною службою України, спеціалізованими підрозділами уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань надзвичайних ситуацій та у справах захисту населення від наслідків Чорнобильської катастрофи й медичною службою Збройних Сил України;

– співпрацює з державними органами з питань розміщення, транспортування, медичного та іншого обслуговування суб'єктів гуманітарної допомоги;

– отримує, реєструє, зберігає й надає інформацію про жертви стихійного лиха або збройних конфліктів;

– створює загони першої допомоги під час збройних конфліктів і стихійного лиха, здійснює пошук поранених і

загиблих унаслідок катастроф, стихійних лих, збройних конфліктів, установлює місця їх поховання, надає допомогу в цьому державним установам;

- сприяє органам державної влади й органам місцевого самоврядування в транспортуванні, прийнятті та розміщенні евакуйованого населення й біженців, наданні їм безоплатної медико-соціальної допомоги;

- організовує роботу служби розшуку Товариства та здійснює розшук осіб, які пропали безвісти, допомагає встановлювати зв'язки між членами сімей, роз'єднаних унаслідок збройних конфліктів чи виникнення надзвичайних ситуацій, сприяє возз'єднанню сімей, розшукує могили захисників Батьківщини, які загинули й поховані за межами України [34].

Національні товариства відіграють важливу роль у реалізації положень міжнародного гуманітарного права. Власне члени національних товариств Червоного Хреста, діючи безпосередньо на полі бою, надають допомогу хворим і пораненим воїнам, цивільному населенню, що загалом суттєво поліпшує захист жертв збройних конфліктів.

Висновки

Забезпечення прав і свобод громадян у правоохоронній діяльності має розглядатися як правова категорія, що відображає специфічну діяльність правоохоронних органів і їх посадових осіб зі створення умов, за яких реалізація прав і свобод громадян є безперешкодною та максимально ефективною. Охорона прав і законних інтересів громадян здійснюється з метою запобігання найменшій можливості їх порушення, а захист сприяє їх відновленню та притягненню винної особи до відповідальності. Згідно зі змістом принципу верховенства права, ключовою функцією діяльності таких органів має стати не «управлінська», не «фіскальна» й тим більше не «каральна», а «правозабезпечувальна», яка пов'язана із забезпеченням реалізації прав, свобод і законних інтересів громадян.

Міжнародні стандарти у сфері забезпечення прав людини передбачені міжнародними договорами, конвенціями, деклараціями й іншими міжнародними документами, є системою міжнародних норм, принципів, правових та організаційних засобів, умов і вимог, за допомогою яких здійснюється дотримання, забезпечення, охорона й захист прав, свобод і

законних інтересів людини. Для ефективної діяльності із забезпечення прав громадян необхідно також прискорити процес адаптації законодавства України до стандартів Європейського Союзу, які гарантують повагу та дотримання таких прав у діяльності правоохоронних органів.

Щоб правоохоронець дотримувався й забезпечував реалізацію прав інших осіб, він має бути захищений сам у своїх правах і гарантіях. Усе ще гостро стоїть питання справедливої матеріальної компенсації за понаднормову працю, страхування ризиків для життя і здоров'я, забезпечення потреб повсякденної роботи. Гідна оплата праці й пенсійне забезпечення має мотивувати і стимулювати чесну працю. Держава повинна сприяти розвитку незалежних профспілок та об'єднань працівників поліції, які будуть відстоювати їхні права.

Список використаних джерел:

1. Про захист прав людини і основоположних свобод : Європейська конвенція від 04.11.1950. *База даних «Законодавство України» / ВР України.* URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 07.04.2021).
2. Наливайко О.І. Функціональне призначення права у процесі захисту прав людини. *Науковий вісник Юрид. акад. Міністерства внутр. справ.* 2002. № 1. С. 57–64.
3. Губанов А.В. Полиция Запада: основы деятельности по охране правопорядка. Москва : ВНИИ МВД РФ, 1993. 158 с.
4. Загальна декларація прав людини. Права людини (основні міжнародно-правові документи) : збірник документів / упоряд. Ю.А. Качуренко. Київ : Наук. думка, 1989. 248 с.
5. Про громадянські і політичні права : Міжнародний пакт від 16.12.1966 № 995_043. *База даних «Законодавство України» / ВР України.* URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043 (дата звернення: 07.04.2021).
6. Про економічні, соціальні та культурні права : Міжнародний пакт від 19.10.1973. *База даних «Законодавство України» / ВР України.* URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_042 (дата звернення: 07.04.2021).
7. Про Національну поліцію : Закон України від 02.07.2015 № 580-VIII. *База даних «Законодавство України» / ВР України.*

URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19> (дата звернення: 07.04.2021).

8. Про Державну прикордонну службу : Закон України від 03.04.2003 № 661-IV. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/661-15> (дата звернення: 07.04.2021).

9. Про Службу безпеки України : Закон України від 25.03.1992 № 2229-XII. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show> (дата звернення: 07.04.2021).

10. Про затвердження Інструкції про порядок організації та проведення роботи з добору та вивчення кандидатів для проходження військової служби за контрактом особами рядового, сержантського і старшинського складу в Державній прикордонній службі України : Наказ Адміністрації Державної прикордонної служби України від 18 травня 2006 р. № 360. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/re12513> (дата звернення: 07.04.2021).

11. Про затвердження Інструкції з організації діяльності дільничних офіцерів поліції : Наказ МВС від 28.07.2017 № 650 *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1041-17> (дата звернення: 07.04.2021).

12. Стандарти забезпечення прав людини у діяльності Служби безпеки України : навчальний посібник / Д. фон Бларер, Ю.Л. Белоусов, С.С. Кудінов та ін. ; уклад. докт. екон. наук, проф. М.М. Чеховська ; за заг. ред. докт. юрид. наук, доц. С.С. Кудінова, канд. соц. наук Ю.Л. Белоусова. Київ : НА СБУ, 2019. 368 с.

13. Office of the High Commissioner for Human Rights (2001), *Training Manual on Human Rights Monitoring*. Professional Series No. 7. URL: <https://www.ohchr.org/EN/PublicationsResources/Pages/MethodologicalMaterials.aspx> (дата звернення: 07.04.2021).

14. Про Офіс Омбудсмена в Україні. UNDP (2015), *Проміжний огляд виконання Стратегії та Плану дій Офісу Омбудсмена (2013–2017)*. URL: <https://www.ohchr.org/EN/PublicationsResources/Pages/MethodologicalMaterials.aspx>. (дата звернення: 07.04.2021).

15. Інструкція про порядок тримання затриманих осіб в органах (підрозділах) охорони державного кордону : Наказ МВС України від 30.03.2015 № 352. *База даних «Законодавство*

України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0462-15> (дата звернення: 07.04.2021).

16. Положення про Управління моніторингу дотримання прав людини Міністерства внутрішніх справ України : Наказ МВС від 13.05.2017 № 386. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/mvs726> (дата звернення: 07.04.2021).

17. Положення про Громадську раду при Міністерстві внутрішніх справ України : Наказ МВС України від 16.01.2020 № 38. URL: https://mvs.gov.ua/uk/for_citizens/polozennya-pro-gromadsku-radu (дата звернення: 07.04.2021).

18. Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини : Закон України від 27.12.1997 № 776/97-ВР. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/776/97-vr> (дата звернення: 09.04.2021).

19. Положення про Уповноваженого Президента України з прав дитини : Указ Президента України від 11.08.2011 № 811. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/811/2011> (дата звернення: 09.04.2021).

20. Про забезпечення функціонування української мови як державної : Закон України від 25.04.2019 № 2704-VIII. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2704-19> (дата звернення: 09.04.2021).

21. Про повноваження та гарантії здійснення постійного контролю за діяльністю Служби безпеки України : Указ Президента України від 18.05.2007 № 427/2007. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/427/2007> (дата звернення: 09.04.2021).

22. Про зняття застережень України до Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання : Закон України від 05.11.1998. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/234-14> (дата звернення: 09.04.2021).

23. United Nations Ukraine. Розгляд доповідей, які представлені державами-учасниками відповідно до статті 19 Конвенції згідно факультативної процедури представлення

доповідей. Шоста періодична доповідь України, яка надана на розгляд у 2011 р. URL: <http://www.un.org.ua/ua/informatsiinyi-tsentr/news/3401-2014-11-07-23-13-41-komitet-oon-proti-katuvan-rozg>(дата звернення: 09.04.2021).

24. Пропозиції УГСПЛ та партнерів враховано у Заключних зауваженнях Комітету ООН проти катувань щодо Періодичного звіту Російської Федерації. URL: <https://helsinki.org.ua/articles/propozytsiji-uhspl-ta-partneriv-vrahovano-u-zaklyuchnyh-zauvazhennyah-komitetu-oon-proty-katuvan-schodo-periodychnoho-zvitu-rosijskoji-federatsiji> (дата звернення: 09.04.2021).

25. Проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поведження і покарання : Конвенція від 10.12.1984. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_085 (дата звернення: 09.04.2021).

26. Проти катувань. Міжнародний механізм запобігання катувань та поганому поведженню / Харківська правозахисна група ; худож.-оформлювач Б.Є. Захаров. Харків : Права людини, 2007. 400 с.

27. Факультативний протокол до Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поведження та покарання від 21.07.2006. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_f48 (дата звернення: 09.04.2021).

28. Права людини в Україні : Презентація доповіді Підкомітету ООН з недопущення катувань за підсумками візиту в Україну у 2016 році. URL: <http://www.ukrinform.ua/rubric-presshall/2255132-prava-ludini-v-ukraini-prezentacia-dopovidi-pidkomitetu-oon-z-nedopusenna-katuvan.html> (дата звернення: 09.04.2021).

29. Ащенко О.М., Човган В.О. Українське пенітенціарне законодавство у світлі стандартів Комітетів проти катувань ООН та Ради Європи / передм. М.М. Гнатовського ; за заг. ред. Є.Ю. Захарова. Харків : Права людини, 2014. 332 с. URL: <http://library.khpg.org/files/docs/1413663568.pdf> (дата звернення: 12.04.2021).

30. Про запобігання катуванням чи нелюдському або такому, що принижує гідність, поведженню чи покаранню : Європейська конвенція від 26.11.1987. База даних «Законодавство України» /

ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_068 (дата звернення: 12.04.2021).

31. Report to the Ukrainian Government on the visit to Ukraine carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 8 to 21 December 2017. URL: <https://rm.coe.int/16808d2c2a> (дата звернення: 12.04.2021).

32. Права людини в сфері міжнародного захисту («притулку») – БФ «Право на захист». URL: https://helsinki.org.ua/prava-lyudyny-v-sferi-mizhnarodnoho-zahystu/#_ftnref25 (дата звернення: 12.04.2021).

33. Статут Міжнародного комітету Червоного Хреста. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/991_002 (дата звернення: 12.04.2021).

34. Про товариство Червоного Хреста : Закон України від 28.11.2008 № 330-IV. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/991_002?lang=uk (дата звернення: 12.04.2021).

Сергєєв Ю. В.,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри морського та митного права
Національного університету «Одеська юридична академія»,
м. Одеса

СОЦІАЛЬНІ ТА ТРУДОВІ ПРАВА МОРЯКІВ: РОЗВИТОК І СУЧАСНИЙ СТАН МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Анотація. Стаття присвячена дослідженню міжнародно-правових актів, які регламентують соціальні та трудові права моряків. Особливу увагу приділяється діяльності Міжнародної організації праці (МОП) як спеціалізованої установи, покликаної гарантувати гідні умови праці, у тому числі й працівників морського транспорту. Акти МОП розглянуто як одні з головних джерел міжнародно-правового регулювання трудових і соціальних відносин моряків. Конвенціями МОП регламентуються питання зайнятості моряків, мінімальних стандартів праці на торговельному флоті, професійного навчання, працевлаштування й умов допуску до роботи, репатріації, оплати праці, робочого часу, безпеки, медичного та побутового обслуговування, а також соціального забезпечення. Детально аналізуються структура й положення Конвенції МОП про працю в морському судноплаванні 2006 року як універсального «білля» про права моряків. Відповідно до Конвенції МОП про працю в морському судноплаванні 2006 року, кожен моряк має право на справедливі умови зайнятості, що виключають неправомірні дії з боку роботодавців; безпечне й надійне робоче місце, яке відповідає сучасним нормам безпеки; гідні умови праці та життя на борту судна; охорону здоров'я, медичне, соціально-побутове обслуговування та інші форми соціального захисту. Прийняття Конвенції МОП про працю в морському судноплаванні 2006 року стало історичним кроком у розвитку міжнародного морського трудового права. Однак процес кодифікації триває, про що свідчать поправки до Конвенції, прийняті у 2014, 2016 і 2018 роках.

Вступ

З виникненням світового ринку праці моряків сфера торговельного судноплавства перетворилася на першу у світі справжню глобальну галузь. Саме цей фактор зумовив необхідність у міжнародних заходах правового регулювання.

У трудових відносинах, що складаються у сфері морського транспорту, тенденція інтернаціоналізації проявляється особливо яскраво. Це призвело до усвідомлення необхідності міжнародно-правового регулювання праці моряків. Важливу роль у такому регулюванні має захист трудових прав, який не може бути здійснено за допомогою зусиль лише окремих держав [7, с. 32]. Його ефективність залежить насамперед від поєднання національних засобів з міжнародним співробітництвом на універсальному та регіональному рівнях. Таким чином, створення й дотримання міжнародно-правових стандартів праці моряків стало проблемою глобального рівня, вирішення якої можливе лише силами міжнародного співтовариства.

Дослідження міжнародно-правового регулювання трудових і соціальних прав моряків є актуальною темою, яка має як теоретичне, так і практичне значення.

Різноманітні аспекти цих норм і їхньої ролі у вирішенні глобальної проблеми захисту трудових і соціальних прав моряків розглядаються та детально досліджуються в публікаціях Б.В. Бабіна, О.О. Балобанова, Г.О. Денисової, С.В. Ківалова, М.В. Мельникова, О.С. Савич, В.П. Топалова, В.Г. Торського, О.М. Шемякіна й інших.

Як визначає Д.А. Тішко, міжнародно-правове регулювання праці моряків становить регламентацію за допомогою міжнародних угод держав та інших міжнародно-правових засобів питань, пов'язаних із застосуванням найманої праці, покращення її умов, охорони праці, захисту індивідуальних і колективних інтересів моряків [14, с. 251]. Основною базою формування міжнародно-правових стандартів праці моряків є нормотворча діяльність Організації Об'єднаних Націй і Міжнародної організації праці. Крім того, важливим елементом створення таких стандартів є спільна нормотворча практика держав, що виявляється в двосторонніх і багатосторонніх міжнародно-правових договорах.

Кодифікація є одним із способів удосконалення міжнародного морського права, забезпечення його ефективності. Варто

зазначити, що цей процес здійснюється безперервно, про що свідчать міжнародні акти, прийняті під егідою Міжнародної організації праці (МОП) з моменту її заснування в 1919 році. Кінцевим результатом кодифікації міжнародного морського трудового права сьогодні є прийнята 23 лютого 2006 року Конвенція МОП про працю в морському судноплаванні. Цей міжнародний акт, що набув чинності 20 серпня 2013 року, замінює та об'єднує низку Конвенцій і рекомендацій МОП, спрямованих на захист трудових прав моряків.

Варто відзначити, що особливою цінністю Конвенції МОП про працю в морському судноплаванні 2006 року є встановлення її нормами механізмів забезпечення морякам гідних умов праці та захисту їхніх прав за кордоном, адже праця моряка, як відомо, зазвичай має міжнародний характер, відбувається переважно на суднах під іноземними прапорами, у морських просторах під юрисдикцією різних держав, з різним правовим режимом і, звісно, потрапляє під дію норм національного законодавства держави-прапору судна, реєстрації судновласника, громадянства моряка тощо. І тут дуже важливими є уніфікація, стандартизація та інтернаціоналізація правових приписів, що є обов'язковими для більшості держав, задіяних у світовому судноплаванні [5, с. 11]. Ідеться, зокрема, про мінімальний вік при прийнятті на роботу, трудовий договір, кількість годин роботи та відпочинку, оплату праці, щорічну оплачувану відпустку, репатріацію після закінчення трудового договору, медичні послуги на борту, користування послугами чітко регульованої системи служб найму та працевлаштування, проживання, харчування і столове обслуговування, охорону здоров'я та гарантування безпеки, запобігання нещасним випадкам і розгляд скарг моряків.

1. Міжнародна організація праці: минуле та сучасність

Як зазначає М.В. Мельников, перші кроки до впровадження міжнародного правового регулювання праці зроблені ще в 1818 році Робертом Оуеном [7, с. 32]. Однак успішними такі спроби стали тільки після Першої Світової війни, коли були укладені двосторонні та багатосторонні договори, які регулюють порядок найму на роботу, зокрема на судна.

На підставі Версальського договору (1919 року) створена Міжнародна організація праці (далі – МОП), яка в 1946 році стала спеціалізованою установою Організації Об'єднаних Націй (далі –

ООН), метою якої є просування принципів соціальної справедливості, усесвітньо визнаних прав людини, зокрема, у сфері праці.

МОП розробляє міжнародні трудові норми у формі конвенцій і рекомендацій, що встановлюють мінімальні стандарти основних трудових прав: свободу асоціацій, право на організацію, ведення колективних переговорів, заборону примусової праці, гендерну рівність тощо. Основними стратегічними цілями МОП є сприяння реалізації основоположних принципів і прав у сфері праці, створення більш широких можливостей для працівників з метою забезпечення гідної зайнятості й отримання належної заробітної плати, підвищення ефективності соціального захисту для всіх верств населення, а також зміцнення трипартизму та соціального діалогу [8].

Статут МОП базується на двох основних принципах, а саме: універсальності та тристороннього представництва. Універсальність передбачає передусім можливість вступу до Організації будь-якої держави, яка погоджується виконувати зобов'язання відповідно до Статуту. Якщо цей принцип є характерним для більшості міжнародних організацій, то принцип тристороннього представництва є особливістю лише МОП. Ця організація є єдиною в системі ООН, у якій представники роботодавців і працівників – соціальні партнери – мають однакове з представниками уряду право голосу у формуванні її політики та програм діяльності [8]. Отже, МОП – це світовий центр трудового й соціального законодавства та соціального діалогу, який базується на основі участі в роботі всіх її органів представників трьох сторін, а саме: урядів, роботодавців і працівників.

Основні цілі діяльності МОП сформульовані в преамбулі до Статуту МОП, а згодом деталізовані з урахуванням нових тенденцій у регулюванні трудових відносин у Філадельфійській Декларації про цілі та завдання Міжнародної організації праці від 10 травня 1944 року, текст якої додається до Статуту, Декларації про основоположні принципи і права у сфері праці від 18 червня 1998 року й Декларації про соціальну справедливість з метою справедливої глобалізації від 10 червня 2008 року [2, с. 9].

До основних завдань МОП віднесено такі: розробка узгодженої політики та програм, спрямованих на вирішення соціально-трудоових проблем; розробка і прийняття міжнародних

трудовах норм (конвенцій і рекомендацій) для проведення прийнятої політики в житті; допомога державам-членам МОП у вирішенні проблем зайнятості й скороченні безробіття; розробка програм щодо поліпшення умов праці; розвиток соціального забезпечення; розробка заходів щодо захисту прав таких соціально вразливих груп працівників, як жінки, молодь, особи похилого віку, працівники-мігранти; сприяння організаціям найманих працівників і роботодавців у їхній роботі спільно з урядами щодо врегулювання трудових і соціальних відносин.

Для реалізації цілей МОП, зазначених у її Статуті, визначені правові форми актів міжнародно-правового регулювання трудових відносин. Конвенції та рекомендації є найбільш поширеними формами актів МОП, головним засобом здійснення політики МОП, її цілей і завдань. Незважаючи на однакові процедури прийняття, конвенції та рекомендації МОП мають різні правовий статус і юридичну силу [10, с. 582]. Рекомендації не є міжнародними договорами й не підлягають ратифікації.

Частиною 1 статті 19 Статуту МОП передбачено, що, якщо Конференція висловлюється за прийняття пропозицій з будь-якого пункту порядку денного, вона вирішує, чи варто надати цим пропозиціям форму: а) міжнародної конвенції або б) рекомендації, якщо питання, що обговорюється, або будь-який його аспект не дає змогу прийняти по ньому в цей момент рішення у формі конвенції.

Конвенції – це багатосторонні міжнародні договори. Вони приймаються Генеральною конференцією більшістю (не менше ніж 2/3) голосів присутніх делегатів. Конвенція набуває статусу багатосторонньої міжнародної угоди після ратифікації її як мінімум двома державами-членами МОП.

Рекомендації МОП не є міжнародними договорами й не підлягають ратифікації. Вони деталізують, уточнюють, а іноді й доповнюють положення конвенцій, роблять їх зміст більш повним і гнучким, розширюють можливості вибору для держав при вирішенні питання про імплементацію тих чи інших міжнародних трудових норм. Водночас рекомендації відрізняються від актів багатьох інших міжнародних організацій.

У вітчизняній юридичній практиці зустрічається позиція, що юридично обов'язковими є лише ті конвенції МОП, які ратифіковані Україною, а щодо інших конвенцій і рекомендацій держава не має ніяких юридичних обов'язків. Утім це питання не

таке однозначне, а норми Статуту МОП і Декларації основоположних принципів і прав у сфері праці (1998 року) свідчать про інший підхід. Так, у Декларації 1998 року вказано, що всі країни-члени мають зобов'язання, що випливають уже із самого факту їхнього членства в Організації, дотримуватися, сприяти застосуванню та добросовісно втілювати в життя відповідно до Статуту принципи, що стосуються основоположних прав, незалежно від того, чи ратифіковані відповідні конвенції, а саме: а) свободу об'єднання та реальне визнання права на ведення колективних переговорів; б) скасування всіх форм примусової чи обов'язкової праці; с) реальну заборону дитячої праці; д) недопущення дискримінації у сфері праці та занять.

Зазначені принципи і права дістали вираження й розвиток у формі конкретних прав і зобов'язань у наступних 8 конвенціях, які визнані фундаментальними як у самій Організації, так і за її межами: Конвенція про свободу асоціації та захист права на організацію 1948 року № 87; Конвенція про застосування принципів права на організацію та на ведення колективних переговорів 1949 року № 98; Конвенція про примусову чи обов'язкову працю 1930 року № 29; Конвенція про скасування примусової праці 1957 року № 105; Конвенція про рівну винагороду чоловіків і жінок за працю рівної цінності 1951 року № 100; Конвенція про дискримінацію у сфері праці та занять 1958 року № 111; Конвенція про мінімальний вік для прийняття на роботу 1973 року № 138; Конвенція про ліквідацію найгірших форм дитячої праці 1999 року № 182.

Відповідно до пункту 5 статті 19 Статуту МОП, після ухвалення будь-якої конвенції вона направляється кожному члену МОП для ратифікації. Протягом року з моменту закриття сесії Конференції (але не пізніше 18 місяців із моменту закриття сесії Конференції) конвенція має бути представлена на розгляд органів влади, до компетенції яких уходить це питання, для ухвалення відповідного закону або для вживання заходів іншого порядку. У разі ратифікації конвенції держава зобов'язана прийняти законодавчі акти для впровадження її в життя й раз на 2–4 роки подавати до МОП звіти стосовно вжитих заходів щодо ефективного застосування ратифікованої конвенції.

Якщо конвенція не ратифікована, держава-член МОП не несе ніяких інших зобов'язань, за винятком зобов'язання повідомляти Генерального директора Міжнародного бюро праці у відповідні

періоди, коли цього зажадає Адміністративна рада, про стан законодавства та чинну практику в його країні з питань, яких торкається конвенція, про те, яких заходів ужито або вони намічені для набуття чинності будь-яким положенням конвенції шляхом уживання законодавчих або адміністративних заходів, колективних договорів або будь-яким іншим шляхом, і про ті обставини, які перешкоджають ратифікації конвенції або затримують її ратифікацію. Тобто стосовно нератифікованих конвенцій усе ж таки залишаються певні юридичні зобов'язання держави-члена МОП.

Основними напрямками нормотворчої діяльності МОП у сфері праці є такі: основні права людини; зайнятість; соціальна політика; регулювання питань праці; колективні трудові відносини; умови праці; праця жінок; праця дітей і підлітків; правове регулювання трудових відносин за участю окремих категорій працівників (моряків, рибалок і деяких інших працівників).

Розроблення й ухвалення міжнародних трудових норм у формі конвенцій і рекомендацій і контроль за їх виконанням – це найважливіший напрям діяльності МОП, покликаний надати допомогу державам-членам у розробці та вдосконаленні національного трудового законодавства.

Особливістю конвенцій і рекомендацій МОП є те, що вони, як правило, не спрямовані на уніфікацію внутрішніх норм трудового права держав-членів, оскільки, відповідно до пункту 8 статті 19 Статуту МОП, у жодному разі прийняття будь-якої конвенції чи рекомендації Конференцією або ратифікація будь-якої конвенції будь-яким членом МОП не повинні розглядатися як такі, що зачіпають будь-який закон, судове рішення, звичай або угоду, котрі забезпечують заінтересованим працівникам сприятливіші умови, ніж ті, що передбачаються конвенцією або рекомендацією. Це означає, що прийняття країною норм конвенції або рекомендації МОП не знімає, як правило, колізійні питання [7, с. 32].

Прийнято вважати, що конвенції та рекомендації МОП утворюють Міжнародний кодекс праці, який містить XIII розділів: розділ I «Основні права людини»; розділ II «Зайнятість»; розділ III «Соціальна політика»; розділ IV «Регулювання питань праці»; розділ V «Колективні трудові відносини»; розділ VI «Умови праці»; розділ VII «Соціальне

забезпечення»; розділ VIII «Праця жінок»; розділ IX «Праця дітей і підлітків»; розділ X «Літні працівники»; розділ XI «Працівники-мігранти»; розділ XII «Працівники корінного населення»; розділ XIII «Окремі категорії працівників».

Упродовж усієї історії функціонування МОП приділялася та продовжує приділятися дуже велика увага праці людини в морі. Основу системи міжнародно-правових стандартів праці моряків становлять 39 конвенцій і рекомендацій МОП, що загалом створюють Міжнародний трудовий кодекс моряків. Одним із перших актів, що встановлюють стандарти праці моряків, стала Конвенція МОП № 9 про працевлаштування моряків від 10 липня 1920 року.

Серед актів МОП у цій сфері можна виділити такі: Конвенція про трудові договори моряків № 22; Конвенція про зобов'язання судновласників у разі хвороби, травми або смерті моряків № 55; Конвенція про медичний огляд моряків № 73; Конвенція про заробітну плату, робочий час на борту суден і склад суднового екіпажу № 109; Конвенція про запобігання виробничим нещасним випадкам серед моряків № 134; Конвенція про соціально-побутове обслуговування моряків в морі та в порту № 163; Конвенція про інспекцію умов праці та побуту моряків № 178; Конвенція щодо найму і працевлаштування моряків № 179; Конвенція про робочий час моряків і склад суднового екіпажу № 180; Рекомендація щодо забезпечення судновласниками суднового екіпажу постільними, столовими й іншими речами № 78; Рекомендація щодо захисту молодих моряків № 153; Рекомендація щодо найму і працевлаштування моряків № 186; Рекомендація щодо заробітної плати моряків, робочого часу та складу суднового екіпажу тощо № 187. Таким чином, можна стверджувати про наявність досить розвиненої системи міжнародно-правових норм як обов'язкового, так і рекомендаційного характеру, спрямованих на захист праці моряків на міжнародному, регіональному та національному рівнях.

Визначальним документом загального характеру є Конвенція МОП № 147 (1976 року), яка встановлює мінімальні норми з багатьох питань праці на торгових суднах: умови праці й життя, норми безпеки, умови соціального страхування тощо. Інші морські конвенції визначають умови праці та найму, умови допуску до роботи, мінімальну кваліфікацію осіб командного складу, питання професійного навчання, заходи стосовно

безперервності зайнятості, питання охорони праці, здоров'я, побутового обслуговування, репатріації тощо. Низка інших конвенцій і рекомендацій присвячена умовам праці й життя рибаків і портових робочих.

У сфері працевлаштування моряків центральне місце посіла Конвенція МОП про найм і працевлаштування моряків № 179, яка прийнята Генеральною конференцією МОП 22 жовтня 1996 року. Пункт 1 статті 1 Конвенції закріплює дефініцію «служби найму та працевлаштування» й розповсюджує дію Конвенції також на приватні служби. Відповідно до статті 4 Конвенції, держава повинна забезпечити, щоб на моряка не покладалися прямо чи опосередковано сплата будь-яких зборів чи інших витрат, пов'язаних із його наймом або наданням роботи. Стаття 5 Конвенції передбачає перелік вимог, яким повинні відповідати служби посередництва при працевлаштуванні моряків. Більше того, у державах, котрі ратифікували Конвенцію, повинен діяти компетентний орган (міністерство, відомство), що буде здійснювати контроль над такими службами, і встановлені спеціальні ліцензійні умови здійснення посередницької діяльності.

За оцінкою Адміністративної ради МОП, до 2006 року чинні міжнародні трудові норми недостатньо впливали на процес вирівнювання умов праці й життя моряків різних країн. Конвенції, що діяли, отримали вельми нерівномірну ратифікацію, ще більш нерівномірно дотримуються. Крім того, численні роздроблені, не скоординовані, а деколи невідповідні одна одній морські конвенції МОП, незважаючи на юридичну цінність основного їх змісту, до проведення 94-ї сесії Організації очевидно програвали в ефективності конвенціям, що регулювали питання безпеки судноплавства й захисту навколишнього середовища.

У сучасний період МОП залишається світовим центром трудового й соціального законодавства та соціального діалогу, зберігає лідерські позиції в розробці та прийнятті міжнародних трудових норм. В основі нормотворчого механізму МОП зберігається принцип трипартизму як основоположний у її структурі й діяльності.

Нормотворчість залишається одним із основних напрямів діяльності МОП. Водночас зазначена діяльність зазнає суттєвих змін, що проявляється, зокрема, у посиленні гнучкості правового регулювання трудових відносин. Прийняття конвенцій МОП

нового покоління зумовлено значною кількістю актів МОП і необхідністю адаптації закріплених у них стандартів до сучасних умов. Зазначені конвенції є результатом свого роду систематизації актів МОП у певній сфері.

До конвенцій нового покоління належать, зокрема, Конвенція МОП про працю в морському судноплаванні 2006 року № 186 і Конвенція МОП про працю в риболовецькому секторі 2007 року № 188, метою яких є забезпечення якісно нового рівня захисту трудових прав цих категорій працівників. Конвенцією № 186 переглянуто одразу 36 конвенцій, 1 протокол і 29 рекомендацій про працю моряків. Така ж робота проведена щодо норм про охорону праці, результатом якої стала Конвенція МОП про основи, що сприяють безпеці та гігієні праці, 2006 року № 187, доповнена відповідною Рекомендацією.

Отже, *Зведена конвенція МОП про працю в морському судноплаванні 2006 року № 186* стала суттєвим і важливим етапом розвитку міжнародно-правового регулювання праці моряків.

2. Конвенція Міжнародної організації праці 2006 року про працю в морському судноплаванні – усевітній «білль» про права моряків

Зведена конвенція МОП про працю в морському судноплаванні прийнята 23 лютого 2006 року в 94-й сесії Генеральної конференції МОП. Документ проголошений «біллем про права моряків» і «четвертим стовпом» законодавства у сфері морського судноплавання, покликаним доповнити міжнародні конвенції з охорони людського життя на морі (СОЛАС 74), про підготовку й дипломування моряків і несення вахти (ПДМНВ 78/95) і щодо запобігання забрудненню із суден (МАРПОЛ 73/78) [3, с. 33–34].

Документ установлює мінімальні вимоги і стандарти до всіх аспектів праці моряків. У ньому відображено питання робочого часу й відпочинку моряків, їх зайнятості та соціального забезпечення, харчування й охорони здоров'я, а також соціально-побутового обслуговування. Після прийняття МОП у серпні 2012 року 30-ї ратифікації Конвенції МОП 2006 року, усі необхідні умови щодо набуття нею чинності виконані [12, с. 246]. Таким чином, почався зворотний відлік і 20 серпня 2013 року Конвенція про працю в морському судноплаванні набула чинності й зараз її норми є обов'язковими для багатьох держав світу.

Згідно з даними МОП, станом на 1 січня 2021 року Конвенція МОП 2006 року про працю в морському суднопластві ратифікована 97 державами та покриває 91% світового флоту. При цьому дія Конвенції поширюється не тільки на держави, які її ратифікували, а й на ті, що не ратифікували цей міжнародний акт. Такий правовий механізм реалізований завдяки запозиченню з практики Міжнародної морської організації (ММО) положення, згідно з яким суднам будь-якої держави, яка не ратифікувала Конвенцію МОП про працю в морському суднопластві 2006 року, не надаватиметься більш сприятливий режим, ніж суднам, які плавають під прапором держави, яка ратифікувала цю Конвенцію.

Колишній Генеральний директор МОП Хуан Сомавія назвав прийняття Конвенції про працю в морському суднопластві 2006 року історичним кроком у розвитку морського трудового права, адже прийнято угоду, яка об'єднує континенти й океани і є єдиною всеохоплюючою трудовою нормою для понад 1,2 млн моряків у всьому світі, а також ураховує нові реалії та потреби цього сектору економіки, що забезпечує 90% світової торгівлі [9, с. 267].

Конвенція є єдиним уніфікованим актом, котрий охоплює сучасні норми про працю в морському суднопластві. Її метою стало об'єднання в одному міжнародному договорі всіх новітніх стандартів у сфері праці на морі, що містяться в низці конвенцій і рекомендацій МОП. Конвенція переглянула попередні акти у сфері морського суднопластва, уніфікувавши норми з метою створення гідних умов праці моряків.

Головна цінність цієї Конвенції в тому, що вона містить «в одному місці» всі норми у сфері соціально-трудоких відносин у морському суднопластві. Вона є чіткою і всеохоплюючою збіркою прав та обов'язків у сфері трудових і соціальних питань для всього морського сектора. Але при цьому Конвенція допускає певну гнучкість на національному рівні відносно конкретних методів її реалізації.

Конвенція включає три різні, але взаємозв'язані елементи: статті, правила й кодекс (частини А і В). У статтях і правилах закладені основоположні права й принципи та передбачені основні зобов'язання держав-членів, які ратифікують Конвенцію. Вони можуть змінюватися тільки Генеральною конференцією в рамках статті 19 Статуту МОП. Кодекс деталізує вимоги, що стосуються виконання правил. Він складається з частини А (обов'язкові

стандарти) і частини В (факультативні керівні принципи). До Кодексу можуть уноситися поправки на основі спрощеної процедури, викладеної в статті XV Конвенції, проте вони не повинні виходити за рамки загальної сфери дії статей і правил.

У структуру Конвенції МОП про працю в морському судноплаванні 2006 року входить преамбула, 16 статей тексту самої Конвенції, у яких сформульовані основні принципи й базові зобов'язання держав-учасників, а також права й обов'язки суб'єктів трудових і пов'язаних із ними відносин (моряків, судовласників, служб найму та працевлаштування моряків, держав), і кодекс, який містить детальну інформацію у вигляді стандартів або керівних принципів про порядок виконання правил. Правила частини А кодексу Конвенції МОП про працю в морському судноплаванні 2006 року є обов'язковими для виконання й закріплюють стандарти (принципи) трудових правовідносин моряків, які повинні бути забезпечені на суднах під прапором держав-учасників. Правила частини В кодексу Конвенції МОП про працю в морському судноплаванні 2006 року містять основоположні або керівні принципи й рекомендаційні норми щодо дотримання обов'язкових стандартів частини А [11, с. 15].

Як зазначає Г.О. Денисова, чітка структура Конвенції МОП про працю в морському судноплаванні 2006 року у вигляді статей, які містять основоположні принципи та базові зобов'язання держав-учасниць, правила, що формулюють права й обов'язки суб'єктів трудових і пов'язаних із ними відносин, а також Кодексу, який містить детальні стандарти та керівні настанови щодо виконання зазначених прав та обов'язків, указує на ефективний і дієвий механізм захисту прав моряків [4, с. 2018].

Стаття II Конвенції надає визначення основних понять, які застосовуються в тексті, й окреслює сферу застосування. Так, відповідно до пункту f частини 1 статті II, моряк означає будь-яку особу, яка зайнята, задіяна або працює в будь-якій якості на борту судна, до якого застосовується ця Конвенція. Згідно з пунктом g частини 1 статті II, трудовий договір моряків означає як контракт про роботу за найманням, так і письмову угоду. Пункт h частини 1 статті II надає визначення служби набору та працевлаштування моряків як будь-якої особи, компанії, установи, агентства або іншої організації в державному або приватному секторі, які займаються набором моряків за дорученням судовласників або працевлаштуванням моряків у

судновласників. Відповідно до пункту і частини 1 статті II, судно означає будь-яке судно, крім суден, які плавають виключно у внутрішніх водах, у межах захищених вод або в безпосередній до них близькості, або в районах дії портових правил. Згідно з пунктом j частини 1 статті II, судновласник означає власника судна або будь-яку іншу організацію або особу, таку як керуючий, агент або фрахтувальник за чартером на судно без екіпажу, які взяли на себе відповідальність за експлуатацію судна від судновласника та які при цьому погодилися взяти на себе всі обов'язки й усю відповідальність, покладені на судновласників відповідно до цієї Конвенції, незалежно від того чи виконує будь-яка інша організація або особа певні обов'язки чи зобов'язання за дорученням судновласника.

Відповідно до частини 2 статті II, за винятком випадків, коли прямо не передбачено інше, ця Конвенція застосовується до всіх моряків.

Частиною 4 статті II окреслено, що, за винятком випадків, коли прямо не передбачене інше, ця Конвенція застосовується до всіх суден, що перебувають у державному або приватному володінні, які зазвичай займаються комерційною діяльністю, за винятком суден, зайнятих рибним або аналогічним промислом, і суден традиційної будівлі, таких як плоскодонні шлюпки та джонки. Ця Конвенція не застосовується до військових кораблів і допоміжних військово-морських суден.

Стаття X Конвенції регламентує питання її денонсації. Так, відповідно до частини 1, держава-член, що ратифікувала цю Конвенцію, може після закінчення десятирічного періоду з моменту, коли вона вперше набула чинності, денонсувати її актом, надісланим Генеральному директорові Міжнародного бюро праці для реєстрації. Денонсація набуває чинності через рік після дати реєстрації акта про денонсацію. Згідно з частиною 2 статті X, кожна держава-член, що в річний строк після закінчення згаданого в пункті 1 цієї статті десятирічного періоду не скористається своїм правом на денонсацію, передбаченим у цій статті, буде зв'язана на наступний десятирічний період і згодом може денонсувати цю Конвенцію після закінчення кожного нового десятирічного періоду в порядку, установленому в цій статті.

Правила та Кодекс об'єднані за загальними темами в такі п'ять розділів:

І. Мінімальні вимоги стосовно праці моряків на борту судна. Цим розділом устанавлюються мінімальні норми, які повинні бути дотримані, перш ніж моряки стануть до роботи на борту судна. Моряки повинні досягти необхідного мінімального віку, мати медичне свідоцтво, що засвідчує їхню придатність за станом здоров'я до виконання своїх службових обов'язків, а також пройти належну підготовку і здобути відповідну кваліфікацію. Крім того, вони повинні мати доступ до ефективної й чітко регульованої системи підбору та працевлаштування.

Відповідно до стандарту A1.1, забороняється приймати на роботу, залучати до роботи або використовувати працю на борту судна осіб віком до 16 років. Окрім того, за загальним правилом, забороняється праця в нічний час моряків віком до 18 років. Для цілей цього стандарту нічний час визначається згідно з національними законодавством і практикою. Він охоплює період не менше дев'яти годин, що починається не пізніше півночі й закінчується не раніше п'ятої години ранку.

Винятки із суворого дотримання обмеження, що стосується праці в нічний час, можуть робитися компетентним органом, якщо це положення перешкоджатиме ефективній професійній підготовці моряків, здійснюваній відповідно до затверджених програм і графіків; або особливий характер обов'язків чи затверджена програма професійної підготовки вимагають, щоб моряки, на яких поширюється цей виняток, виконували свої обов'язки в нічний час, а відповідний орган влади визначає після консультацій із зацікавленими організаціями судновласників і моряків, що ця робота не матиме несприятливого впливу на їхнє здоров'я або благополуччя.

Також забороняється приймати на роботу, залучати до роботи або використовувати працю моряків віком до 18 років, якщо така робота може загрожувати їхньому здоров'ю або безпеці. Типи таких робіт визначаються національним законодавством чи нормативно-правовими актами або компетентним органом після консультацій із зацікавленими організаціями судновласників і моряків відповідно до належних міжнародних норм.

Що стосується медичного свідоцтва, стандарт A1.2 вимагає, щоб у кожному медичному свідоцтві зазначалося, зокрема, таке: а) слух і зір відповідного моряка, а також відчуття кольору для моряків, які повинні виконувати обов'язки, при яких їхня придатність до роботи може постраждати в результаті

порушення відчуття кольору, є цілком задовільними; б) відповідний моряк не страждає від будь-яких медичних відхилень, які можуть загостритися в результаті роботи в морі або зробити моряка непридатним для такої роботи чи загрожувати здоров'ю інших осіб на борту судна.

Що стосується строків чинності медичних свідоцтв, то Конвенція передбачає таке: якщо відповідно до вимог, пов'язаних із виконанням конкретних обов'язків моряком, або згідно з вимогами ПДНВ не встановлюється коротший проміжок часу, то: а) медичне свідоцтво залишається чинним максимум два роки, однак якщо морякові не виповнилося 18 років, то в цьому випадку максимальний термін його чинності становить один рік; б) свідоцтво про відчуття кольору залишається чинним максимум шість років.

Однак якщо строк чинності свідоцтва спливає під час рейсу, то воно продовжує залишатися чинним до наступного порту заходу, де моряк може одержати медичне свідоцтво у кваліфікованого лікаря-практика за умови, що цей період часу не перевищує трьох місяців.

Також у Конвенції міститься виняток щодо того, що в надзвичайних обставинах компетентний орган може допускати до роботи моряка без чинного медичного свідоцтва до наступного порту заходу, де моряк може одержати медичне свідоцтво у кваліфікованого лікаря-практика за умови, що а) термін дії такого дозволу не перевищує трьох місяців; б) відповідний моряк має медичне свідоцтво, термін дії якого минув нещодавно.

Згідно з правилом 1.3, моряки не допускаються до роботи на борту судна, якщо не засвідчена їхня придатність за станом здоров'я до виконання своїх обов'язків. Крім того, моряки не допускаються до роботи на борту судна, якщо вони не пройшли професійну підготовку або не отримали диплом, що засвідчує їхню компетентність, або не довели будь-яким іншим чином свою придатність до виконання посадових обов'язків.

Відповідно до правила 1.4, усі моряки мають доступ до ефективної, адекватної та підзвітної системи пошуку роботи на борту судна, який здійснюється для моряків безкоштовно. Важливим є застереження, що кожна держава-член вимагає стосовно моряків, які працюють на суднах, що плавають під її прапором, щоб судовласники, які користуються послугами

служб найму та працевлаштування моряків, розташованих у країнах або на територіях, на які не поширюється сфера дії цієї Конвенції, забезпечували відповідність цих служб вимогам, установленим у Кодексі.

II. Умови зайнятості. Положення Конвенції регулюють умови укладення трудового договору, питання заробітної плати, тривалості робочого часу й часу відпочинку, відпустки, репатріації, компенсації морякам у разі втрати або затоплення судна, укомплектування суден екіпажем, кар'єрного зростання, підвищення кваліфікації та можливостей для зайнятості моряків.

Відповідно до стандарту A2.1, трудовий договір моряка повинен містити такі дані: а) повне ім'я моряка, дату народження або вік, місце народження; б) прізвище й адресу судновласника; с) місце й дату укладення трудового договору моряка; d) посаду, на яку наймається моряк; e) розмір заробітної плати моряка або залежно від обставин формулу, використовувану для її обчислення; f) розмір оплачуваної щорічної відпустки або залежно від обставин формулу, використовувану для її обчислення; g) строк та умови припинення дії договору, у тому числі: I) якщо договір укладений на невизначений строк – умови, що надають право кожній зі сторін розірвати його, а також установлений термін повідомлення, який не повинен бути коротшим для судновласника, ніж для моряка; II) якщо договір укладений на певний строк – точну дату закінчення строку дії договору; III) якщо договір укладений на один рейс – порт призначення й час, який повинен минути після прибуття до порту, перш ніж моряк буде списаний із судна; h) допомогу з медичного обслуговування та соціального забезпечення, які мають надаватися морякові судновласником; i) право моряка на репатріацію; j) посилення на колективний договір залежно від обставин; k) будь-які інші дані, яких може вимагати національне законодавство.

Стандартом A2.2 встановлено, що кожна держава-член вимагає, щоб виплати, що належать морякам, які працюють на суднах, які плавають під її прапором, здійснювалися не рідше, ніж раз на місяць і відповідно до чинного колективного договору; а судновласники вживали заходів, щоб надати морякам засоби для відправлення всіх своїх заробітків або їхньої частини своїм родинам чи утриманцям або законним бенефіціарам.

Згідно зі стандартом A2.3, кожна держава-член визнає, що нормальна тривалість робочого часу моряків, як й інших працівників, розраховується на основі восьмигодинного робочого дня при одному вихідному дні на тиждень і відпочинку у святкові дні. Однак це не перешкоджає встановленню державою-членом процедур, які надають право на укладення чи реєстрацію колективного договору, у якому нормальний робочий час моряків встановлюється на основі, не менш сприятливій, ніж цей Стандарт.

Межі робочого часу або часу відпочинку встановлюються так: а) максимальна тривалість робочого часу не перевищує: I) 14 годин протягом будь-якого 24-годинного періоду; і II) 72 години протягом будь-якого семиденного періоду; або б) мінімальна тривалість часу відпочинку становить не менше: I) 10 годин протягом будь-якого 24-годинного періоду; і II) 77 годин протягом будь-якого семиденного періоду. При цьому час відпочинку можна ділити не більш ніж на два періоди, тривалість одного з яких становить не менше шести годин, а інтервал між послідовними періодами відпочинку не перевищує 14 годин.

Згідно зі стандартом A2.4, з урахуванням колективного договору, законодавства або нормативно-правових актів, що передбачають відповідний метод обчислення, який ураховує особливі потреби моряків у цьому відношенні, щорічна оплачувана відпустка обчислюється з розрахунку не менше 2,5 календарних днів за кожний місяць роботи. Спосіб обчислення терміну служби визначається компетентним органом або іншим відповідним механізмом у кожній країні. Відсутність на роботі з поважної причини не зараховується як щорічна відпустка. Конвенцією забороняється будь-яка згода на відмову від права на мінімальну щорічну оплачувану відпустку, передбачену в цьому Стандарті, за винятком випадків, передбачених компетентним органом.

Відповідно до стандарту A2.5, кожна держава-член забезпечує, щоб моряки, які працюють на суднах, що плавають під її прапором, мали право на репатріацію в таких обставинах: а) якщо трудовий договір моряка закінчується під час перебування судна за кордоном; б) якщо трудовий договір моряка розривається: I) з ініціативи судновласника; або II) з ініціативи моряка через обґрунтовані причини; а також с) якщо моряк не може більше виконувати свої обов'язки відповідно до

трудового договору або якщо від нього не можна очікувати їх виконання в конкретних обставинах.

Також у стандарті передбачено, що якщо судновласник не вжив заходів для репатріації моряків, які мають право на репатріацію, або не сплатив її вартість, то: а) компетентний орган держави-члена, під прапором якої плаває судно, організує репатріацію відповідних моряків; якщо він це не робить, то держава, звідки повинні бути репатрійовані моряки, або держава, громадянами якої вони є, може організувати їхню репатріацію та стягнути вартість репатріації з держави-члена, під прапором якої плаває судно; б) витрати, понесені на репатріацію моряків, підлягають утриманню із судновласника державою-членом, під прапором якої плаває судно; с) видатки з репатріації за жодних умов не покриваються за рахунок моряків, за винятком випадків, зазначених у пункті 3 цього Стандарту (випадків, коли, відповідно до національного законодавства, нормативно-правових актів, інших документів або чинних колективних договорів, буде виявлено, що моряк серйозно порушує свої трудові обов'язки).

Беручи до уваги чинні міжнародні акти, у тому числі Міжнародну конвенцію про арешт суден 1999 року, держава-член, яка сплатила вартість репатріації відповідно до цього Кодексу, може затримати або зажадати затримки суден відповідного судновласника доти, поки ці видатки не будуть відшкодовані відповідно до підпункту а) пункту 5 цього Стандарту.

Стандартом А2.6 передбачено, що кожна держава-член розробляє правила, які забезпечують, щоб у кожному випадку втрати або затоплення судна судновласник виплачував кожному моряку на його борту компенсацію за безробіття, спричинене такою втратою або затопленням.

Відповідно до стандарту А2.7, кожна держава-член вимагає, щоб усі плаваючі під її прапором судна мали на своєму борту достатню кількість моряків для забезпечення їхньої надійної та ефективної експлуатації з належним урахуванням питань безпеки. Кожне судно має бути укомплектоване екіпажем, достатнім за чисельністю, що має належну кваліфікацію для забезпечення безпеки судна та його персоналу в усіх умовах експлуатації, відповідно до документа про мінімальні вимоги до укомплектування екіпажами для забезпечення безпеки суден або

еквівалентного документа, виданого компетентним органом, а також відповідно до норм цієї Конвенції.

Згідно зі стандартом A2.8, кожна держава-член має національну політику, спрямовану на заохочення розвитку кар'єри, підвищення кваліфікації й розширення можливостей для зайнятості моряків, щоб забезпечити сектор морського судноплавства стабільною та компетентною робочою силою.

III. Житлові приміщення, умови для відпочинку, харчування й столове обслуговування. Відповідно до правила 3.1, вимоги Кодексу стосовно виконання цього правила, які стосуються конструкції та устаткування судна, поширюються тільки на судна, побудовані в момент або після набрання чинності цією Конвенцією для відповідної держави-члена. Для суден, побудованих до цієї дати, вимоги стосовно конструкції та устаткування судна, викладені в Конвенції (переглянутій) про приміщення для екіпажу 1949 року № 92 та в Конвенції про приміщення для екіпажу (додаткові положення) 1970 року № 133, продовжать застосовуватися настільки, наскільки вони були застосовні, до зазначеної дати, за законом або практикою відповідної держави-члена. Судно вважається побудованим у момент, коли закладений його киль або коли воно знаходиться на аналогічному етапі будування.

Стосовно загальних вимог до житлових приміщень стандарт A3.1 передбачає таке: а) усі приміщення для моряків мають достатню висоту; мінімальна припустима висота в усіх приміщеннях для моряків, де необхідна повна свобода пересування, становить не менше ніж 203 см; компетентний орган може дозволяти певне обмежене зменшення висоти в будь-якому місці або в частині будь-якого місця такого приміщення, якщо він упевнений, що таке зменшення: i) є розумним; i ii) не створюватиме незручностей для моряків; б) житлові приміщення забезпечуються адекватною ізоляцією; с) на судах, крім пасажирських суден, згідно з визначенням у пунктах (e) та (f) Правила 2 Міжнародної конвенції з охорони людського життя на морі (з поправками) 1974 року, каюти розташовуються в середній або кормовій частині судна вище вантажної ватерлінії; у виняткових випадках, якщо розміри, вид або призначення судна роблять будь-яке інше розташування недоцільним, каюти можуть розташовуватися в носовій частині судна, але в жодному випадку не попереду аварійної переділки; д) на пасажирських судах і на

спеціальних суднах, побудованих відповідно до Кодексу ММО з безпеки суден спеціального призначення 1983 року та його наступних варіантів (далі – судна спеціального призначення), компетентний орган може дати дозвіл за умови вжиття задовільних заходів для забезпечення освітлення й вентиляції на розташування кают нижче вантажної ватерлінії, але в жодному випадку не під службовими коридорами; е) каюти не мають прямого сполучення з вантажними відсіками й машинним відділенням або з камбузом, складськими приміщеннями, сушильними кімнатами або санітарними вузлами загального користування; частина переділки, що відділяє ці приміщення від кают, і зовнішні переділки будуються з міцної сталі або інших затверджених матеріалів, що забезпечують водо- й газонепроникність; ф) матеріали, використовувані для будівництва внутрішніх переділок, перегородок, панелей, підлог і з'єднань, відповідають цій меті й забезпечують здорове навколишнє середовище; г) забезпечується належне освітлення та достатній дренаж; h) житлові приміщення, а також приміщення для відпочинку та прийому їжі відповідають вимогам, що містяться в Правилі 4.3, а також відповідним положенням Кодексу щодо охорони здоров'я, забезпечення безпеки й запобігання нещасним випадкам у тім, що стосується запобігання ризику, пов'язаного з впливом небезпечних рівнів шуму й вібрації, а також інших зовнішніх факторів і хімічних речовин на борту судна, а також забезпечення морякам прийнятних виробничих і житлових умов на борту судна.

Стандарт А3.1 установлює такі вимоги щодо вентиляції й опалення: а) каюти та їдальні вентилюються належним чином; б) судна, за винятком тих, що здійснюють регулярні плавання в районах, помірні кліматичні умови яких цього не вимагають, обладнуються установками для кондиціонування повітря в приміщеннях для моряків, в окремому приміщенні радіозв'язку й приміщенні центрального управління машинним відділенням; с) усі санвузли обладнуються системою вентиляції з виходом на відкрите повітря, незалежною від будь-якої іншої частини житлових приміщень; d) забезпечується достатня подача тепла через відповідну систему опалення, крім суден, що здійснюють рейси виключно в тропічному кліматі.

Якщо на борту суден потрібні спальні місця, то до спальних кают застосовуються такі вимоги: а) на суднах, крім пасажирських

суден, кожному морякові надається індивідуальна спальна каюта; компетентний орган може робити винятки після консультацій із зацікавленими організаціями судновласників і моряків стосовно суден валовою місткістю менше 3000 або суден спеціального призначення; b) чоловікам і жінкам надаються окремі спальні каюти; c) спальні каюти мають достатні розміри й оснащуються належним чином, щоб забезпечити розумний комфорт і сприяти чистоті; d) за будь-яких обставин кожному морякові надається окреме ліжко; e) мінімальні внутрішні розміри ліжка становлять не менше ніж 198 см на 80 см; f) площа одномісних спальних кают моряків становить не менше ніж: I) 4,5 кв. м на суднах валовою місткістю менше 3000; II) 5,5 кв. м на суднах валовою місткістю 3000 або більше, але менше 10000; III) 7 кв. м на суднах валовою місткістю 10000 або більше; g) компетентний орган може допускати зменшення площі кают, щоб забезпечити надання одномісних спальних кают на суднах валовою місткістю менше 3000, на пасажирських суднах і на суднах спеціального призначення; h) на суднах валовою місткістю менше ніж 3000, крім пасажирських суден і суден спеціального призначення, спальні каюти можуть займати не більше двох моряків; площа таких кают становить не менше ніж 7 кв. м; i) на пасажирських суднах і на суднах спеціального призначення площа спальних кают, призначених для моряків, що не виконують керівні функції, становить не менше ніж: I) 7,5 кв. м у каютах, де розміщуються дві особи; II) 11,5 кв. м у каютах, де розміщуються три особи; III) 14,5 кв. м у каютах, де розміщуються чотири особи; j) на суднах спеціального призначення в спальних каютах можуть розташовуватися більше чотирьох осіб, при цьому площа таких кают становить не менше ніж 3,6 кв. м на особу; k) на суднах, крім пасажирських суден і суден спеціального призначення, на яких не передбачений окремий салон або кімната відпочинку, площа спальних кают для моряків, які виконують обов'язки керівного складу, становить на одну людину не менше ніж: I) 7,5 кв. м на суднах валовою місткістю менше ніж 3000; II) 8,5 кв. м на суднах валовою місткістю 3000 або більше, але менше ніж 10000; III) 10 кв. м на суднах валовою місткістю 10000 або більше; l) на пасажирських суднах і на суднах спеціального призначення, на яких не передбачений окремий салон або кімната відпочинку, площа кают для моряків, які виконують обов'язки керівного складу, становить: для молодших офіцерів – не менше ніж 7,5 кв. м

на одну особу, для старших офіцерів – не менше ніж 8,5 кв. м на одну особу; молодшими офіцерами вважаються офіцери оперативної ланки, а старшими офіцерами – офіцери управлінської ланки; м) капітанові, старшому механікові й старшому штурманові надаються, крім спальних кают, суміжний салон, кабінет або еквівалентний додатковий простір; судна валовою місткістю менше ніж 3000 можуть звільнитися компетентним органом від виконання цієї вимоги після консультацій із зацікавленими організаціями судновласників і моряків; н) меблі включають шафу для одягу достатнього об'єму (не менше ніж 475 літрів), а об'єм висувної шухляди або іншого еквівалентного місця – не менше ніж 56 літрів на кожну особу, яка займає каюту; якщо висувна шухляда вбудована в шафу для одягу, то їх загальний об'єм становить не менше ніж 500 літрів; він забезпечується полицею й може закриватися на замок, щоб забезпечити конфіденційність приватного життя; о) у кожну спальну каюту ставиться стіл або конторка, що можуть бути зафіксованими, відкидними або висувними, а також необхідна кількість зручних сидінь.

Щодо ідалень передбачаються такі вимоги: а) вони розташовуються окремо від спальних кают і якнайближче до камбуза; судна валовою місткістю менше ніж 3000 можуть звільнитися компетентним органом від виконання цієї вимоги після консультацій із зацікавленими організаціями судновласників і моряків; б) ідальні мають належні розміри й зручності, а також оснащені меблями й устаткуванням (у тому числі для забезпечення прохолодними напоями в будь-який час), беручи до уваги кількість моряків, які можуть перебувати в них одночасно; залежно від обставин передбачаються загальні або окремі приміщення для ідалень.

Стосовно вимог до санітарно-гігієнічних вузлів установлюється таке: а) усі моряки мають зручний доступ до розташованих на судні санітарно-гігієнічних вузлів, що відповідають мінімальним нормам охорони здоров'я й гігієни, а також розумним стандартам комфорту, причому для жінок і чоловіків передбачаються роздільні санітарно-гігієнічні вузли; б) санітарно-гігієнічні вузли повинні бути поблизу ходового містка й машинного відділення або центра управління ходовим двигуном; судна валовою місткістю менше ніж 3000 можуть звільнитися компетентним органом від виконання цієї вимоги

після консультацій із зацікавленими організаціями судновласників і моряків; с) на всіх суднах у зручних місцях розміщуються принаймні один туалет, один умивальник та одна ванна або душ чи ванна й душ на кожні шість осіб або менше, які не мають таких особистих зручностей; d) за винятком пасажирських суден, кожна спальна каюта обладнується умивальником із гарячою та холодною проточною прісною водою, якщо такий умивальник не встановлений в індивідуальній ванній кімнаті; e) на пасажирських суднах, що зазвичай перебувають у рейсі не більше чотирьох годин, компетентний орган може передбачити спеціальні заходи або скорочену кількість необхідних санвузлів; f) усі приміщення для вмивання забезпечуються холодною та гарячою проточною прісною водою.

Стандарт А3.1 також установлює вимоги до суднових лазаретів, а саме: на суднах, що мають на борту 15 або більше моряків і перебувають у плаванні більше трьох днів, передбачається окреме приміщення для суднового лазарету, що має використовуватися тільки в медичних цілях; компетентний орган може пом'якшити цю вимогу для суден, зайнятих каботажним перевезенням; при затвердженні приміщення для суднового лазарету, компетентний орган забезпечує, щоб не виникало труднощів з доступом у це приміщення в будь-яку погоду, щоб воно забезпечувало комфортабельні житлові умови для пацієнтів і сприяло одержанню ними невідкладного й належного догляду.

Цей стандарт також включає вимогу про виділення приміщення для пральні, розташованого в зручному місці й оснащеного відповідним устаткуванням.

На всіх суднах на відкритій палубі виділяється місце або місця, доступні для моряків у вільний від роботи час; це місце або місця мають достатню площу з урахуванням розмірів судна й кількості моряків на борту.

Також на всіх суднах виділяються окремі приміщення або загальне суднове приміщення, призначене для палубної команди й для машинного відділення; судна валовою місткістю менше ніж 3000 можуть звільнитися компетентним органом від дотримання цієї вимоги після консультацій із зацікавленими організаціями судновласників і моряків.

Зазначений стандарт також вимагає, щоб судна, котрі регулярно заходять у порти, де багато комарів, оснащувалися відповідними пристроями згідно з вимогами компетентного органу.

Відповідно до правила 3.2, кожна держава-член забезпечує, щоб судна, які плавають під її прапором, мали на борту й надавали продукти харчування та питну воду належної якості, поживної цінності й належній кількості, які належним чином задовольняють потреби судна та враховують різні культурні й релігійні особливості. Протягом періоду роботи за найманням моряки на борту судна забезпечуються харчуванням безкоштовно. Стандартом А3.2 не допускається прийом на роботу, залучення до роботи або використання праці моряків молодше 18 років як суднових кухарів.

IV. Охорона здоров'я, медичне обслуговування, соціально-побутове обслуговування й захист у галузі соціального забезпечення. Цим розділом регулюються питання медичного обслуговування на борту судна й на березі, відповідальності судновласників, охорони здоров'я, забезпечення безпеки й запобігання нещасним випадкам, доступу до берегових об'єктів соціально-побутового призначення, а також соціального забезпечення.

Згідно з правилом 4.1, кожна держава-член забезпечує, щоб на всіх моряків на судах, які плавають під її прапором, поширювалися належні заходи охорони їхнього здоров'я й щоб вони мали доступ до невідкладного та належного медичного обслуговування під час роботи на борту судна. Охорона здоров'я й медичне обслуговування загалом забезпечуються морякам безкоштовно.

Відповідно до правила 4.2, кожна держава-член забезпечує, щоб на судах, що плавають під її прапором, були вжиті заходи відповідно до Кодексу, спрямовані на надання морякам, які працюють за найманням на цих судах, права на матеріальну допомогу й підтримку з боку судновласника щодо фінансових наслідків хвороби, травми або смерті, що відбулися під час їхньої роботи на основі трудового договору моряка або пов'язаних із їхньою трудовою діяльністю на основі такого договору.

Згідно зі стандартом А4.2, кожна держава-член приймає законодавство та нормативно-правові акти, що містять вимогу про те, що судновласники суден, які плавають під її прапором,

відповідають за охорону здоров'я й медичне обслуговування всіх моряків, які працюють на борту цих суден, відповідно до таких мінімальних норм: а) судновласники зобов'язані покривати видатки моряків, котрі працюють на їхніх суднах, пов'язані з хворобою та травмуванням моряків, що трапилися в період часу між датою початку здійснення ними своїх обов'язків і датою, коли вони повинні бути належним чином репатрійовані, або які виникають у зв'язку з їхньою роботою за найманням у період між цими датами; б) судновласники надають фінансове забезпечення виплати компенсації у випадку смерті моряка або довгострокової втрати ним працездатності в результаті професійної травми, хвороби або ризику, відповідно до національного законодавства, трудового договору моряка або колективного договору; с) судновласники відповідають за покриття видатків, пов'язаних із медичним обслуговуванням, включаючи лікування, забезпечення необхідними ліками й терапевтичними засобами, а також харчування та проживання не вдома доти, поки хворий або травмований моряк не видужає або поки не буде оголошено про постійний характер захворювання чи втрати працездатності; д) судновласники відповідають за оплату видатків на поховання у випадку смерті, що відбулася на борту судна або на березі в період роботи за найманням. Також цей стандарт передбачає, що національне законодавство або нормативно-правові акти можуть обмежувати відповідальність судновласника покриттям видатків, пов'язаних із медичним обслуговуванням, харчуванням і житлом, періодом часу, що становить не менше ніж 16 тижнів від дня заподіяння травми або початку хвороби.

Якщо хвороба або травма спричиняють утрату працездатності, судновласник відповідає за: а) виплату заробітної плати в повному розмірі протягом усього часу перебування хворих або травмованих моряків на борту судна або доти, поки моряки не будуть репатрійовані згідно із цією Конвенцією; б) виплату заробітної плати в повному або частковому розмірі, згідно з приписами національного законодавства чи нормативно-правових актів або відповідно до положень колективних договорів, з моменту репатріації моряка або списання його на берег і до його видужання або (якщо це настане раніше) до моменту, коли він отримає право на одержання грошової допомоги згідно із законодавством відповідної держави-члена.

При цьому Конвенція передбачає, що національне законодавство або нормативно-правові акти можуть передбачити винятки щодо відповідальності судовласника, якщо травма не пов'язана зі службою на судні; якщо травма або хвороба сталися з причин умисного порушення дисципліни хворим, травмованим або загиблим моряком; якщо хвороба або фізична неповноцінність були навмисно приховані на момент працевлаштування.

Згідно з правилом 4.3, кожна держава-член забезпечує, щоб моряки на борту суден, що плавають під її прапором, забезпечувалися охороною в галузі гігієни праці та жили, працювали й проходили підготовку на борту судна в безпечних санітарно-гігієнічних умовах.

Відповідно до стандарту A4.4, кожна держава-член вимагає, щоб об'єкти соціально-побутового призначення, якщо вони є на її території, були доступні для всіх моряків незалежно від їхньої національності, раси, кольору шкіри, статі, віросповідання, політичних переконань або соціального походження, а також незалежно від держави прапора судна, на яке вони прийняті на роботу, на якому зайняті або працюють.

Правило 4.5 декларує, що кожна держава-член зобов'язується вживати заходів відповідно до її національного законодавства, як індивідуально, так і на основі міжнародного співробітництва, для поступового досягнення всеосяжного захисту моряків у галузі соціального забезпечення. Відповідно до стандарту A4.5, розглядаються такі види соціального забезпечення моряків: медичне обслуговування, допомога по хворобі, допомога по безробіттю, допомога по старості, допомога у зв'язку з виробничим травматизмом, сімейна допомога, допомога по вагітності й пологах, допомога по інвалідності, допомога у зв'язку з утратою годувальника, що доповнюють захист, передбачений згідно з Правилком 4.1 про медичне обслуговування та Правилком 4.2 про відповідальність судовласників, а також у рамках інших розділів цієї Конвенції. Захист, що забезпечує кожна держава-член на момент ратифікації відповідно до пункту 1 правила 4.5, включає не менше трьох із дев'яти видів забезпечення, наведених у пункті 1 цього стандарту.

V. Дотримання й забезпечення виконання положень Конвенції. Згідно з правилом 5.1.1, кожна держава-член

відповідає за забезпечення виконання своїх обов'язків відповідно до цієї Конвенції на суднах, що плавають під її прапором.

Відповідно до правила 5.1.3, кожна держава-член вимагає, щоб судна, що плавають під її прапором, мали й підтверджували свідоцтво про відповідність трудовим нормам у морському судноплаванні, яке засвідчує, що умови праці й життя моряків на борту судна, включаючи заходи, спрямовані на їхнє постійне дотримання, які повинні бути включені до декларації про дотримання трудових норм у морському судноплаванні, проінспектовані й відповідають вимогам національного законодавства чи нормативно-правових актів або інших заходів, що забезпечують виконання цієї Конвенції. Кожна держава-член також вимагає, щоб судна, які плавають під її прапором, мали й підтверджували декларацію про дотримання трудових норм у морському судноплаванні, яка містить національні вимоги, що забезпечують виконання положень цієї Конвенції стосовно праці й життя моряків, а також установлює заходи, ужиті судовласником для забезпечення дотримання цих вимог на відповідному судні або суднах.

Згідно зі стандартом А5.1.3, свідоцтво про відповідність трудовим нормам у морському судноплаванні видається судну компетентним органом або визнаною організацією, належним чином уповноваженою в цих цілях, на період, що не перевищує п'яти років.

Свідоцтво про відповідність трудовим нормам у морському судноплаванні, тимчасове свідоцтво й декларація про дотримання трудових норм у морському судноплаванні складаються за типовою формою, наведеною в Додатку А5-II.

Свідоцтво про відповідність трудовим нормам у морському судноплаванні вилучається компетентним органом або визнаною організацією, належним чином уповноваженою в цих цілях державою прапора, за наявності доказу того, що відповідне судно не дотримується вимог цієї Конвенції, а потрібні заходи для виправлення ситуації не вжиті. При вирішенні питання про вилучення свідоцтва про відповідність трудовим нормам у морському судноплаванні компетентний орган або визнана організація бере до уваги серйозність недоліків або їх часте повторення.

Згідно з правилом 5.1.4, кожна держава-член перевіряє за допомогою ефективною та скоординованою системою регулярних інспекцій, моніторингу й інших заходів контролю, щоб судна, які плавають під її прапором, дотримувалися вимог цієї Конвенції, застосовуваних у рамках національного законодавства, і нормативно-правових актів.

Відповідно до правила 5.1.5, кожна держава-член вимагає, щоб на судах, що плавають під її прапором, діяли процедури для справедливого, ефективного й прискореного розгляду на борту судна скарг моряків про можливі порушення вимог цієї Конвенції (включаючи права моряків). Конвенція забороняє будь-які переслідування моряка за подання скарги та карає за такі переслідування.

Правилом 5.1.6 встановлено вимогу, щоб кожна держава-член проводила офіційне розслідування щодо будь-якої серйозної морської події, яка спричинила травмування або смерть людини, що стосується судна, яке плаває під її прапором. Підсумкова доповідь про таке розслідування зазвичай повинна мати відкритий характер.

Відповідно до правила 5.2.1, кожне іноземне судно, що заходить у порт держави-члена, виконуючи свої звичайні функції в рамках своєї діяльності або з причин оперативного характеру, може бути піддано інспекції відповідно до пункту 4 статті V з метою перевірки дотримання вимог цієї Конвенції (включаючи права моряків), що стосуються умов праці й життя моряків на борту судна.

Згідно з правилом 5.2.2, кожна держава-член забезпечує, щоб моряки на судах, що заходять у порт, розташований на території держави-члена, які заявляють про порушення вимог цієї Конвенції (включаючи права моряків), мали право подавати таку скаргу з метою сприяння якнайшвидшому й практичному виправленню ситуації.

Правилом 5.3 передбачається, що без шкоди для принципу відповідальності держави-члена за умови праці й життя моряків на судах, що плавають під її прапором, держава-член також несе відповідальність за забезпечення виконання вимог цієї Конвенції щодо набору й працевлаштування моряків, а також захисту в галузі соціального забезпечення моряків, які є її громадянами, або мають постійне місце проживання або в будь-який інший

спосіб проживають на її території тією мірою, якою ця відповідальність передбачається положеннями цієї Конвенції.

Необхідно також зазначити, що у 2014 році Конвенцію МОП 2006 року про працю в морському суднопластві доповнено важливими положеннями, що набрали чинності для держав-учасниць у січні 2017 року. Це, зокрема, стандарти A2.5.2 («Фінансові гарантії») та A4.2.2 («Розгляд претензій за договором»). Так, відповідно до стандарту A2.5.2, кожна держава забезпечує, щоб стосовно суден під її прапором діяла система фінансових гарантій у вигляді системи соціального забезпечення, страхування, національного фонду допомоги морякам або ж в іншій аналогічній формі. При цьому допомога в рамках фінансових гарантій повинна надаватися негайно за запитом моряка або призначеного ним представника та бути достатньою, щоб охопити невиплачені заробітки й інші виплати, що належать моряку від судновласника (не перевищуючи 4-місячної заборгованості), усі витрати, понесені моряком, включно з витратами на репатріацію та першочергові потреби.

26 грудня 2020 року набули чинності поправки 2018 року до Кодексу Конвенції МОП про працю в морському суднопластві зі змінами 2006 року, прийняті Спеціальним тристороннім комітетом МОП і затверджені Міжнародною конференцією праці. Реалізація цих поправок забезпечить морякам, які опинилися в полоні внаслідок актів піратства або збройного пограбування суден, можливість отримувати заробітну плату й інші виплати.

Ці поправки мають вагоме значення з точки зору додаткового правового захисту, який вони надають морякам і їхнім сім'ям. Забезпечення постійної виплати заробітної плати під час перебування в полоні сприятиме зменшенню психологічного навантаження, якого зазнають моряки та їхні сім'ї в цей надзвичайно складний період. По суті, трудовий договір моряків не втрачає чинності протягом усього періоду полону до моменту, поки моряк не буде звільнений і належним чином репатрійований.

Безпека моряків від піратства та збройного пограбування залишається справжнім викликом у певних регіонах світу. У 2020 році Центр звітності про піратство Міжнародного морського бюро Міжнародної торгової палати отримав повідомлення про 195 випадків піратства та збройного

пограбування суден у всьому світі (6 випадків, що стосуються риболовних суден) порівняно зі 162 у 2019 році [1].

Аналіз норм Конвенції МОП 2006 року свідчить про створення в межах цього глобального міжнародного акта системи комплексного контролю з боку держави прапора судна, держави порту й держави-резидента.

Безумовно, прийняття Конвенції МОП 2006 року стало історичним кроком у розвитку міжнародного морського трудового права. Однак процес кодифікації триває, про що свідчать поправки до Конвенції, прийняті у 2014, 2016 і 2018 роках.

Висновки

Українські моряки переважно працюють за кордоном, уся їхня діяльність пов'язана насамперед із перебуванням за межами України. У цих умовах забезпечення їхніх прав неможливе без застосування положень міжнародного морського права, що робить надзвичайно актуальним приєднання України до важливих міжнародно-правових документів і їх імплементацію в національне законодавство.

Україна, на жаль, не застосовує низки документів щодо захисту прав моряків, розроблених МОП, у тому числі й Конвенцію МОП про працю в морському судноплаванні 2006 року.

Мета Конвенції МОП про працю в морському судноплаванні 2006 року – зберегти чинні в морському судноплаванні стандарти на належному рівні, водночас надаючи кожній країні велику свободу в розробці власних національних законів, що встановлюють необхідний рівень захисту права на працю.

Очевидно, що розробники Конвенції МОП про працю в морському судноплаванні 2006 року, котрі діяли в інтересах моряків, судновласників і держав, активно залучених до торговельного мореплавання, створили новий універсальний інструмент, який максимально прийнятний для всіх суб'єктів морського судноплавання, відданих принципам гідної праці.

На нашу думку, ратифікація Україною Конвенції МОП про працю в морському судноплаванні з поправками 2006 року є важливим кроком до розв'язання низки соціально-економічних проблем моряків, оскільки ця Конвенція передбачає механізми соціального захисту моряків, зобов'язує судновласників сумлінно укладати й виконувати трудові договори, запроваджує

процедуру розгляду скарг, установлює право моряків на репатріацію та фінансові гарантії з боку судновласників.

Список використаних джерел:

1. Enhanced protection for seafarers affected by acts of piracy and armed robbery against ships. *Офіційний веб-сайт Міжнародної організації праці*. URL: https://www.ilo.org/global/standards/maritime-labour-convention/WCMS_766383/lang--en/index.htm (дата звернення: 25.04.2021).

2. Білоус О.Ю. Конвенції Міжнародної організації праці як джерела трудового права України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2017. 23 с.

3. Гольбін М.І. Міжнародно-правові зобов'язання України стосовно захисту трудових і соціальних прав моряків. *Альманах міжнародного права*. 2017. Вип. 15. С. 30–40. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/amp_2017_15_6 (дата звернення: 25.04.2021).

4. Денисова Г.О. Конвенції МОП під кілем. Захист прав моряків: на шляху до гармонізації законодавства. *Закон і Бізнес*. URL: https://zib.com.ua/ua/print/134374-zahist_prav_moryakiv_na_shlyahu_do_garmonizacii_zakonodavstv.html (дата звернення: 25.04.2021).

5. Ківалов С.В. Конвенція МОП 2006 року про працю в морському судноплавстві: шлях до ратифікації. *Lex Portus*. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2019. № 4. С. 7–27.

6. Конвенція Міжнародної організації праці про працю в морському судноплавстві 2006 року. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_519#o325 (дата звернення: 25.04.2021).

7. Мельников Н. Правовое регулирование и рынок труда моряков. *Судходство*. 2007. № 6. С. 32.

8. Міжнародна організація праці (МОП). *Офіційний сайт Постійного представництва України при відділенні ООН та інших міжнародних організаціях у Женеві*. URL: <https://geneva.mfa.gov.ua/posolstvo/2609-labour> (дата звернення: 25.04.2021).

9. Державні питання щодо надійного соціального захисту українських моряків / О.І. Міхеев, С.П. Лопатюк, Н.В. Велигдан, Г.В. Сердюк. *Науковий вісник льотної академії. Серія «Педагогічні науки»*. 2017. № 1. С. 266–270.

10. Погребняк О.Ю. Конвенції МОП як джерела трудового права. *Правове життя сучасної України* : матеріали Міжнар. наук. конф. проф.-викл. та аспірант. складу (м. Одеса, 16–17 травня 2013 р.). Одеса : Фенікс, 2013. Т. 1. С. 582–584.

11. Сергеев Ю.В. И в море и в радости (О ратификации Конвенции МОТ «О труде в морском судоходстве» как ключевом элементе сохранения позиции Украины на мировом рынке труда моряков). *Юридическая практика*. 2019. № 36 (1132). С. 15.

12. Сергеев Ю.В. О новых международно-правовых стандартах в сфере труда моряков. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція»* : науковий збірник. 2013. № 6-1. Том 2. С. 246–248.

13. Статут Міжнародної організації праці. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_154#Text (дата звернення: 25.04.2021).

14. Тішко Д.А. Міжнародно-правові стандарти регулювання праці моряків. *Актуальні проблеми держави і права*. 2011. Вип. 57. С. 250–255. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp_2011_57_36 (дата звернення: 25.04.2021).

Сон С. С.,

*старший викладач кафедри конституційного права
Національного університету «Одеська юридична академія»,
м. Одеса*

ПРАВО НА ПУБЛІЧНУ ІНФОРМАЦІЮ В СИСТЕМІ ПРАВ ЛЮДИНИ: ГЕНЕЗИС КОНЦЕПЦІЙ ТА МЕХАНІЗМ РЕАЛІЗАЦІЇ

Анотація. Розкрито право на доступ до публічної інформації як основне право людини та важливий чинник розвитку демократії та реалізації основних прав людини. Здійснено аналіз закономірностей формування та розвитку національного та міжнародного законодавства щодо доступу до публічної інформації. Виокремлено й охарактеризовано покоління національних законів, що регулюють цю сферу відносин. На підставі аналізу законодавства, що регулює питання доступу до публічної інформації, виокремлено підходи, відповідно до яких визначається місце права доступу до публічної інформації в системі прав людини: 1) право на доступ до публічної інформації виникає із свободи преси (Швеція, інші скандинавські держави, Сполучені Штати Америки); 2) право на доступ до публічної інформації базується на свободі вираження думки та прозорості діяльності державних органів. Виявлено чинники, що впливають на постійний розвиток і трансформацію права доступу до публічної інформації. Це право покладає на держави позитивне зобов'язання визнавати право доступу до публічної інформації і розробляти зручні для користувачів системи, що забезпечують практичний доступ до інформації, як шляхом відповіді на запити щодо інформації, так і шляхом завчасного її розкриття. Залежно від рівня правової регламентації виділено два основні інституційні механізми його забезпечення: 1) міжнародний (зокрема, міжнародний регіональний); 2) національний.

Наголошено, що суцільна цифровізація та нові технології забезпечують вільний та легкий доступ до значної кількості документів, однак це не означає, що немає проблем із забезпечення доступу до публічної інформації, розпорядниками якої є державні органи, зокрема, поширена практика її надмірного засекречування, встановлення значних зборів та строків її надання тощо.

Вступ

Суттєве значення в цифрову епоху має інформація, яка стала визначальним елементом еволюції сучасного суспільства, а право на доступ до неї є важливим для розвитку демократії та реалізації основних прав людини. Інформатизацію суспільних відносин, їх цифровізацію розглядають як один із напрямів розвитку конституціоналізму [6, с. 108]. Право на доступ до інформації останніми роками знаходить все більше визнання в національному та міжнародному законодавстві. Багато держав ухвалили закони про свободу інформації взагалі та права на доступ до публічної інформації зокрема, показником чого є глобальний індекс права на інформацію (right to information – RTI).

Стрімкий розвиток інформаційних технологій дозволяє значно полегшити громадянам доступ до публічної інформації, яка їм потрібна або яка призначена для них, наприклад, у 2019 р. у Спільній декларації ОБСЄ, Міжамериканської комісії з прав людини та Спеціального доповідача з питань свободи слова та доступу до інформації рекомендується визнати право на доступ до Інтернету як право людини й обов'язкову умову здійснення права на свободу вираження [22]. Однак це не означає, що немає проблем щодо забезпечення доступу до публічної інформації, розпорядниками якої є державні органи. Так, з одного боку, як зазначає спеціальний доповідач ООН щодо заохочення та захисту права на свободу думок та їх вираження, розвиток інформаційно-комунікаційних технологій розширює доступність, прозорість інформації про діяльність органів державної влади, а з іншого – існує тенденція обмеження урядами доступу до такого роду інформації шляхом поширення практики її надмірного засекречування, встановлення значних зборів та строків її надання тощо [19].

У сучасній літературі дослідники, які розглядають генезис права на інформацію, зазначають, що «зміст права на інформацію змінюється разом із розвитком цивілізації» [2, с. 415], що «кожне наступне покоління прав людини на інформацію надавало нових якостей, розширювало обсяг прав та свобод, але цей процес відбувався не стихійно, а завдяки постійній боротьбі прогресивних сил за свої права та свободи» [12, с. 4]. На доктринальному рівні конституційне право на доступ до публічної інформації розглядають як «можливість особи,

закріплену нормами конституції та деталізовану в законах з урахуванням міжнародно-правових стандартів, отримувати інформацію, що зафіксована на матеріальних носіях або відображена в електронному вигляді, від розпорядників, які володіють чи зобов'язані володіти нею відповідно до чинного законодавства» [7, с. 17]. Важливою складовою частиною конституційного права на доступ до публічної інформації є забезпечення ефективного механізму його захисту. Конституційне право на захист права доступу до публічної інформації можна розглядати у двох тлумаченнях: 1) перший його контекст, на думку О. М. Похіла, передбачає його розуміння в контексті забезпечення ним охоронних правовідносин превентивного характеру, у процесі втілення саме захисних та правовідновлювальних функцій [13, с. 26]; 2) другий контекст означає наявність права на захист цих прав у будь-яких правовідносинах як забезпечення та водночас його гарантування. Щодо співвідношення понять «захист прав» та «правовий захист» необхідно зазначити таке: вони перебувають одне з одним у відносенні субординації, тобто обсяг першого включається в обсяг другого. Правовий захист створює, зокрема, необхідну соціально-правову спрямованість поведінки людей, формує їхню волю і дію на реальне використання правових засобів захисту своїх прав, тоді як захист прав – це одна з юридичних форм державного управління, що забезпечує реальний правовий захист людини. Їхньою спільною рисою є наявність юридичних механізмів, які перебувають в розпорядженні як держави, так і людини [1].

Заслугує на увагу аналіз закономірностей формування та розвитку національного та міжнародного законодавства щодо доступу до публічної інформації, виокремлення поколінь національних законів, що регулюють цю сферу відносин, та виявлення чинників, що впливають на його постійну трансформацію.

1. Концептуальні засади права доступу до публічної інформації

Розроблення поняття «права людини» має давню історію, водночас кожна історична епоха породжувала свою методологію концепції прав і свобод людини. Класична концепція прав і свобод людини походить із західної філософської доктрини XVII–

XVIII ст. Першою ідеологічною передумовою виникнення вчення про права людини вважається поява гуманістичних підходів, заснованих на співвідношенні людини з навколишнім світом. У різні історичні періоди ідеї, які називають правами людини, набували різного звучання – чи то релігійного, чи то морально-етичного, чи то раціонально обґрунтованого, залежно від того, яка парадигма мислення домінувала в той час. Права людини тісно пов'язані з історичними уявленнями про свободу та справедливість як соціальні явища. Так, ідеологічною основою виникнення та розвитку ідей про свободу інформації та законів, що закріплюють право на доступ до публічної інформації зокрема, є ідеї просвітництва, які сформували концепції «природного права», «успільного договору», «поділу та рівноваги гілок влади», «опору тиранії», а також захисту приватної власності, громадянських та особистих свобод. У XVIII ст. вони поширилися не лише на європейські країни, але й на американський континент, і набули статусу міжнародної культури [8, с. 7]. Дослідники вказують на спадкоємність ідей європейського розвитку, що знайшло безпосереднє відображення в поглядах і судженнях філософів, учених, письменників, політичних і громадських діячів того часу [9, с. 7].

Після революції в Англії просвітницькі ідеї були сприйняті насамперед у Франції, де в Декларації прав людини і громадянина 1793 р. був закріплений принцип свободи слова та прозорість влади, а також у Німеччині та Голландії. У Швеції філософські концепції просвітництва були розвинені менше, ніж в Англії та Франції, але саме в цій країні в 1766 р. вперше був ухвалений законодавчий акт, який закріпив право на інформацію і принцип гласності для офіційних документів. У преамбулі цього документа наголошується на «великих перевагах, які народ отримує від законної свободи письма та друку, і що це не тільки сприятиме розвитку й поширенню наук і корисних ремесел, а й надасть можливості кожному з вірнопідданих отримувати більш глибокі знання та розуміння щодо мудрості налагодженої системи державного управління; і ця свобода також має розглядатися як один із найкращих засобів поліпшення моралі та заохочення до законслухняності та поваги до законів, тоді як зловживання і незаконні дії викриваються перед народом засобами друку» [10].

Дослідники наголошують на тому, що законодавчому закріпленню свободи інформації сприяли особливості становлення і розвитку демократичної системи цієї країни та парламентських процедур [11]. У XVIII ст., яке називають «золотим періодом» у розвитку шведського парламентаризму, у країні склалася своєрідна політична система, яка дозволила на практиці, а не на рівні теоретико-філософських дискусій, реалізувати багато ідей епохи Просвітництва, зокрема щодо відкритості публічної інформації. У період 1718–1772 рр. державна влада у Швеції реалізовувалася: сеймом як законодавчим органом, до складу якого входили представники чотирьох станів – дворянства, духовенства, бюргерів та селянства; підзвітною сейму Радою Королівства як органом виконавчої влади; королем, влада якого була обмежена. За такого механізму реалізації державної влади можливість впливати на зміни в суспільстві, не вдаючись до насильства, була найбільш імовірною. Водночас забезпечення права доступу до інформації про стан справ у державі, а також гарантування свободи висловлення думки були найважливішими умовами впливу громадян на державну владу.

Вирішальний внесок у створення першого у світі закону про право на публічну інформацію внесли вчений і філософ Петер Форссколь (1732–1763 рр.) та просвітитель, мислитель і політик Андерс Хіденіус (1729–1803 рр.). Зокрема, Петер Форссколь у своїй дисертації «Громадянська свобода» писав, що свобода повинна підтримуватися через свободу, тобто свобода правління через свободу слова. Свобода слова гарантує розквіт наук, нагляд за державними посадовими особами та, зрештою, забезпечує стабільність уряду. Громадяни повинні мати можливість отримувати відповідну інформацію та використовувати її для підвищення загального добробуту. Ідеї П. Форссколя стали передумовою ухвалення у Швеції Закону про свободу друку, безпосередню участь у розробленні якого брав Андерс Хіденіус, що обстоював концепцію щодо неподільності свободи [20, с. 21, 29–30].

Необхідно зазначити, що у XVIII ст. свобода друку була не тільки у Швеції, але й в інших країнах, так, в Англії дозволялося друкувати звіти про дебати в парламенті, проте це не було закріплено на законодавчому рівні. Багато дослідників шведського Закону про свободу друку 1766 р. бачать його

головну мету в забезпеченні публічного доступу до офіційних документів, обґрунтовують це тим, що сім із п'ятнадцяти абзаців цього нормативно-правового акта були присвячені регулюванню ступеня цього публічного доступу. Так, було надано доступ до документів, що розглядалися в судах, органах законодавчої та виконавчої влади. Зазвичай інформація щодо переговорів з іноземними державами також повинна бути відкритою для громадського контролю за винятком такої, що визнавалася державною таємницею, а також робочі документи, що перебували на стадії обговорення [21].

Хоча свобода слова і право на офіційну інформацію у 1772–1809 рр. у Швеції були призупинені, принцип гласності став одним із найважливіших чинників формування традиції побудови державного апарату у країнах Північної Європи. Новий Закон Швеції про свободу друку був ухвалений у 1810 р., переглянутий у 1812 р. та з поправками проіснував до 1949 р., після чого його змінив новий Закон «Про свободу преси», у якому гл. II має назву «Про гласність офіційних документів» [18]. Отже, понад двісті п'ятдесят років право на доступ до публічної інформації є невід'ємною частиною державного управління у Швеції та впливає на формування культури раціональної бюрократії з низьким ступенем корупції та високим ступенем суспільної довіри. У 1951 р. законодавче закріплення права доступу до публічної інформації було реалізовано в іншій скандинавській країні, яку зі Швецією об'єднує історичної минуле, – Фінляндії.

2. Покоління національних заковів про доступ до публічної інформації

Генезис права на доступ до публічної інформації може бути представлений у вигляді формування поколінь національних законів, що регламентують цю сферу суспільних відносин.

До першого покоління національних заковів про доступ до публічної інформації належать перші законодавчі акти, ухвалені у XVIII ст.: у Швеції – у 1766 р.; у Франції – Декларація прав людини і громадянина 1789 р. та Закон 1794 р., яким проголошено, що доступ до архівів більше не є привілеєм, що надається сувереном обраним посадовим особам, а є громадянським правом, наданим усім. До законодавчих актів

першого покоління також відносять Декларацію прав Вірджинії 1776 р., укладену Томасом Джефферсоном для вступних параграфів Декларації незалежності, яка стала основою Білля про права, а також Массачусетської декларації прав і Конституції 1780 р. Так, ст. 5 Массачусетської декларації прав і Конституції встановлювала, що оскільки «уся влада спочатку належить народу і походить від нього, то судді та представники законодавчої та виконавчої влади завжди підзвітні йому»; ст. 18 закріплювала право громадян здійснювати контроль за представниками законодавчої, судової та виконавчої влади під час формування та дотримання законів, необхідних для належного управління співтовариством; ст. 19 передбачала право запитувати в законодавчого органу інформацію шляхом звернень і петицій [17]. Конституція США 1787 р. також містила положення про «способи інформування громадян про діяльність влади шляхом публікації журналів про засідання парламенту США та звітів про надходження і витрачання всіх державних коштів» [4, с. 12].

До другого покоління законодавчих актів, які передбачають відкритість інформації про діяльність державних органів, належать конституції європейських держав, ухвалені в XIX ст., наприклад: Норвегії (1814 р.), Бельгії (1831 р.), Нідерландів (1848 р.), Пруссії (1850 р.), Португалії (1826 р.), Швейцарії (1848 р.), які «забороняли цензуру, проголошували свободу слова та друку, публічність засідань парламентів (таємні засідання були винятком), а також передбачали опублікування парламентських дебатів у пресі. Варто зазначити, що в цих конституційних актах не закріплювали права вимагати звіту від службових осіб та права стежити за використанням податків» [4, с. 13].

До третього покоління законодавчих актів, які передбачають відкритість інформації про діяльність державних органів, належать закони, ухвалені після Другої світової війни у Фінляндії (1951 р.), США (1966 і 1974 рр.), Данії і Норвегії (1970 р.), Франції та Нідерландах (1978 р.), Австралії та Новій Зеландії (1982 р.), Канаді (1983 р.). Ці закони ухвалювалися здебільшого як частина адміністративних реформ у цих державах, їхньою метою було забезпечення більшої прозорості в діяльності урядів та участі громадян в ухваленні рішень.

Четверте покоління законодавства про відкритість публічної інформації було сформовано під впливом розпаду СРСР і соціалістичної системи в Європі, що вплинуло на ухвалення державами пострадянського і постсоціалістичного простору нормативно-правових актів, які закріпили право на інформацію як фундаментальне право й елемент демократії. До конституцій цих держав були включені положення, що передбачають свободу інформації, зокрема й доступ до публічних документів. У законодавстві держав – членів Європейського Союзу доступ до інформації має статус загальної конституційної традиції [16]. Наприклад, у Конституції Франції право на доступ до адміністративних документів є основною гарантією, що надається для здійснення громадянських свобод.

П'яте покоління законодавчих актів, які передбачають відкритість інформації про діяльність державних органів, пов'язано з ухваленням спеціальних законів про доступ до публічної інформації. В Україні право на доступ до публічної інформації врегульовано як на конституційному рівні, так і шляхом ухвалення у 2011 р. спеціального законодавчого акта – Закону «Про доступ до публічної інформації». Зокрема, ст. 34 Конституції України відносить право доступу до інформації до конституційних прав, зміст якого передбачає «право кожного на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань; право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб на свій вибір». Метою Закону 2011 р. «Про доступ до публічної інформації» визначено «забезпечення прозорості та відкритості суб'єктів владних повноважень і створення механізмів реалізації права кожного на доступ до публічної інформації» [14].

Необхідно зазначити, що практика ухвалення спеціального законодавства щодо врегулювання права доступу до публічної інформації в деяких європейських країнах, зокрема в Німеччині та Великобританії, певним чином відрізнялася від загальноєвропейських тенденції розроблення таких нормативно-правових актів, оскільки «нормативне регулювання доступу до такого роду інформації в цих двох країнах відбувалося в напрямі «знизу дороги»: у Великобританії – завдяки стандартизації практики доступу, у Німеччині – завдяки ухваленню земельних законів» [3, с. 10–11]. У Великобританії після тривалих дискусій

такий законодавчий акт був ухвалений у 2000 р., а набув чинності лише у 2006 р., хоча практика кодифікації таких норм була розпочата у 1994 р., коли набув чинності Практичний кодекс із доступу до урядової інформації, який англійський парламент у 1997 р. ухвалив як мінімальний стандарт відкритості. У Німеччині такий федеральний спеціальний інформаційний закон ухвалили у 2005 р., хоча на рівні суб'єктів федерації, зокрема Берліну, Бранденбурга, Шлезвіг-Гольштайну, – у 1999–2000 рр.

На підставі аналізу законодавства, що регулює питання доступу до публічної інформації, представляється можливим виокремити підходи, відповідно до яких визначається місце права доступу до публічної інформації в системі прав людини: 1) право на доступ до публічної інформації виникає із свободи преси (Швеція, інші скандинавські держави, США); 2) право на доступ до публічної інформації базується на свободі вираження думки та прозорості діяльності державних органів. Другий підхід є більш поширеним.

3. Механізми захисту міжнародно-правових стандартів права на публічну інформацію

Слушна думка про те, що міжнародно-правовий захист права людини на інформацію, якою володіють державні органи, є сукупністю норм і принципів міжнародного права, які становлять специфічну галузь цієї системи права і регулюють дії його суб'єктів щодо захисту, охорони та забезпечення цих права, а механізм міжнародного захисту прав людини до публічної інформації варто розглядати як систему міжнародних органів та організацій, які діють із метою здійснення міжнародних стандартів інформаційних прав та свобод людини або їх відновлення в разі порушення [2, с. 141]. Залежно від рівня правової регламентації можна виділити два основні інституційні механізми його забезпечення: 1) міжнародний (зокрема, міжнародний регіональний); 2) національний.

Першим міжнародним документом універсального характеру, що стосується права доступу до інформації органів державної влади, є Резолюція № 59/І, ухвалена 14 грудня 1946 р. на першій сесії ООН, у якій проголошувалося, що право на інформацію є основним правом людини та мірою всіх інших свобод. Загальна

декларація прав людини 1948 р. та Міжнародний пакт про громадянські та політичні права 1966 р. у ст. 19 визнали, що кожна людина має право на свободу думок та їх вільне вираження, що це право включає в себе свободу мати незалежну думку, шукати, одержувати та поширювати інформацію та думки будь-яким способом, незалежно від кордонів.

Регіональний рівень регулювання права на доступ до публічної інформації представлений насамперед стандартами, розробленими Радою Європи та Європейським Союзом (далі – ЄС). У ст. 10 Європейської конвенції про права людини 1950 р. закріплено право кожної людини на свободу вираження, що включає свободу дотримуватися своїх поглядів, а також отримувати та передавати інформацію та ідеї без втручання. Важливим елементом, що регулює питання доступу до публічної інформації в межах Ради Європи, є документи м'якого права у формі рекомендацій, адресованих державам-членам, без статусу обов'язкового законодавства, вони лише вказують на загальновизнані стандарти поведінки. Як приклад наведемо Рекомендації R (81) 19 Комітету міністрів Ради Європи від 25 листопада 1981 р. щодо доступу до інформації, що зберігається державними органами. Цей документ містить принцип необмеженого доступу до інформації, згідно з яким кожна особа, що перебуває під юрисдикцією держави – члена Ради Європи, має право отримувати дані, що зберігаються органами законодавчої, виконавчої та судової влади. В інших рекомендаціях щодо цього питання передбачалося, що доступ до інформації повинен бути гарантований на засадах рівності, відсутність законного інтересу заявника не є підставою для відмови в наданні інформації. Також було передбачено, що обмеження доступу до інформації має впливати із принципів, необхідних у демократичній державі для захисту суспільних інтересів, приватного життя інших осіб та інших законних інтересів. Також було уточнено, що відмова в наданні інформації повинна бути обґрунтованою та передбачати можливість оскарження такого рішення. На основі рекомендацій Комітету міністрів Рада Європи щодо офіційних документів експертна група розробила конвенцію «Про доступ до офіційних документів», що є першим юридично обов'язковим міжнародним документом про доступ до документів такого роду, який набув чинності лише у 2020 р. Необхідно зазначити, що надала

чинності цій Конвенції саме її ратифікація Україною у травні 2020 р., оскільки за умовами цього нормативно-правового акта його мали підписати не менше 17 країн. Щодо цього є сенс зазначити, це надасть можливість повною мірою використовувати європейський правозахисний механізм щодо забезпечення прав на доступ до публічної інформації.

Що стосується доступу громадян держав – членів Європейського Союзу до документів європейських установ, то це право містилося спочатку в додатку до Маастрихтського договору 1992 р. і гарантувалося ст. 255, потім в Амстердамському договорі 1997 р., а також підтверджувалося Хартією основних прав ЄС 2000 р. Лісабонський договір 2007 р., який набув чинності у 2009 р., закріпив його у ст. 15 як основне право, відповідно до якого установи, служби й агенції Союзу функціонують із метою сприяння належному врядуванню та забезпеченню участі громадянського суспільства в цьому процесі. Кожна фізична або юридична особа, яка проживає або має юридичну адресу на території держави-члена, має право доступу до документів установ, органів, служб та агенцій Союзу, відтворених на будь-якому носіїві, за умов дотримання принципів та умов, визначених Європейським парламентом та Радою за допомогою регламентів згідно зі звичайною законодавчою процедурою» [5, с. 54].

Регіональний рівень регламентації прав людини на доступ до публічної інформації представлений також документами, ухваленими такими міжнародними регіональними організаціями, як Організація Американських держав, Африканський Союз, Асоціація держав Південно-Східної Азії. Наприклад, Африканська комісія з прав людини і народів у 2002 р. ухвалила Декларацію принципів свободи вираження в Африці, у якій зазначається, що свобода вираження поглядів та інформації є фундаментальним і невід'ємним правом та важливим чинником демократичного розвитку, що державні органи зберігають інформацію не для себе, кожен має право на доступ до неї інформації за умовами та правилами, встановленими законом.

Головним судовим органом універсального рівня, створеним у рамках ООН, є Міжнародний суд ООН, до завдань якого входить здійснення міжнародного правосуддя. Його склад і компетенція визначені Статутом ООН та Статутом Міжнародного Суду ООН. До

регіональних міжнародних судових органів щодо захисту права на доступ до публічної інформації належать: Європейський суд з прав людини, Міжамериканський суд з прав людини, Африканський суд з прав людини і народів.

Так, Європейський суд з прав людини вважає, що свобода вираження думок включає в себе право громадськості на адекватну інформацію, зокрема з питань, що становлять суспільний інтерес (справа «Маковей проти Румунії», 2015 р.). Аналогічним чином Міжамериканський суд з прав людини встановив, що право на свободу думки і вираження означає не тільки право і свободу висловлювати свої думки, але й право і свободу шукати, одержувати та поширювати інформацію (справа Лопесча Альвареса, 2005 р.), а також право кожної людини мати доступ до державної інформації (справа Клода Рейеса та інших проти Чилі, 2006 р.).

Необхідно мати на увазі, що міжнародний механізм захисту права на доступ до публічної інформації не може існувати незалежно від національних механізмів, він ефективно функціонує як додатковий до національних механізмів його гарантування. Міжнародно-універсальне та міжнародно-регіональне регулювання і контроль за порушенням прав людини, зокрема й щодо доступу до публічної інформації, повинні насамперед бути спрямовані на підвищення ефективності внутрішньодержавних правопорядків. В Україні ще не створено ефективною системи реалізації права на доступ до публічної інформації. Так, за даними Уповноваженого Верховної Ради з прав людини, приблизно 11% скарг, які надходять до цієї правозахисної інституції, стосуються додержання права на доступ до публічної та суспільно важливої інформації, що зумовлює «необхідність покращення законодавчого регулювання в цій сфері та вироблення єдиної судової практики та підходів до вирішення спорів, які виникають між розпорядниками та відповідно запитувачами інформації» [15, с. 4].

Висновки

Право на доступ до інформації, якою володіють органи державної влади, або право на публічну інформацію, є основним, фундаментальним правом людини. Довгий час воно розглядалося як напрям модернізації системи адміністрування, а нині його покладено в основу стратегій, розроблених

міжурядовими організаціями та національними урядами, спрямованих на протидію корупції, на захист навколишнього середовища тощо. Пандемія COVID-19 підкреслила важливість інформації під час кризи. Право на доступ до публічної інформації в останні десятиліття знаходить все більше визнання в національному та міжнародному законодавстві. Нині переважна кількість держав ухвалили спеціальні закони щодо врегулювання доступу до публічної інформації.

Розвиток права на доступу до публічної інформації може бути представлений у вигляді формування поколінь національних законів, що регламентують цю сферу суспільних відносин. Варто мати на увазі, що ухвалення закону – це лише перший крок до забезпечення доступності інформації, якою володіють державні органи. Це право покладає на держави позитивне зобов'язання визнавати його та розробляти зручні для користувачів системи, що забезпечують практичний доступ до такої інформації, як шляхом відповіді на запити щодо інформації, так і шляхом завчасного її розкриття.

Список використаних джерел:

1. Баранова С.Г. Конституционное право человека и гражданина на правовую защиту : дис.. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Екатеринбург, 2004. 190 с.
2. Войтович П.П. Інформаційні права людини: міжнародно-правовий захист : монографія. Одеса : Гельветика, 2017. 220 с.
3. Електронне урядування та електронна демократія : навчальний посібник : у 15-и ч. Київ : ФОП Москаленко О.М., 2017. Ч. 11 : Доступ до публічної інформації / Ю.Б. Пігарев, В.М. Дрешпак, І.С. Куспьяк. 2017. 60 с. URL: https://onat.edu.ua/wp-content/uploads/2018/05/Part_011_Feb_2018.pdf.
4. Закон України «Про доступ до публічної інформації» : науково-практичний коментар / за ред. Д. Котляра. Київ, 2012. 170 с. URL: https://www.president.gov.ua/storage/j-files-storage/00/01/28/7efd195590f891f51d636939b9dd0ca9_1432818344.pdf.
5. Консолідовані версії Договору про Європейський Союз та Договору про функціонування Європейського Союзу (2010/C 8301). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b06#Text.

6. Крусян А.Р. Генезис та основні тенденції розвитку сучасного конституціоналізму. *Наукові праці Одеської національної юридичної академії* : збірник наукових праць. Одеса, 2005. Т. IV. С. 102–110.

7. Кушнір І.В. Конституційне право особи на доступ до публічної інформації та його забезпечення Уповноваженим Верховної Ради з прав людини : дис ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Київ, 2018. 251 с.

8. Лабутина Т.Л., Ильин Д.В. Английское Просвещение: общественно-политическая и педагогическая мысль. Санкт-Петербург : Алетейя, 2018. 312 с.

9. Марченко М.Н. Эволюция европейских объединительных идей (XI–XIX вв.). *Вестник Московского университета. Серия 11 «Право»*. 2008. Вып. 3. С. 3–13.

10. Милостивий Указ його Величності про свободу письма й друку (1766, Королівство Швеція). Пер. А. Чорноморченка ; Центр демократії та верховенства права. 2016. URL: <https://cedem.org.ua/library/13118/>.

11. Новицкая И.Я. Первый государственный акт об отмене цензуры в Швеции, законенный 2 декабря 1766 г. Его Королевского Величества Милостивым Постановлением относительно свободы выхода в свет рукописных и печатных изданий : исторические предпосылки и персоналии. Москва, 2013. 206 с.

12. Політанський В.С. Право на інформацію як фундаментальне право людини : монографія. Харків : Право, 2017. 208 с.

13. Похил О.М. Поняття і зміст конституційного права на захист своїх прав. *Юридична Україна*. 2009. № 5. С. 25–29.

14. Про доступ до публічної інформації : Закон України від 13 січня 2011 р. № 2939–VI. (у редакції від 24 жовтня 2020 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2939-17#Text>.

15. Рекомендації Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини з питань додержання конституційного права людини і громадянина на доступ до інформації / Т. Олексюк та ін. Київ, 2020. 336 с. URL: <https://rm.coe.int/recomendations-final-10-02-21/1680a165f7>.

16. Bouhadana I. The right of Access to Public Information: An Analysis of International Conventions. *Revue Internationale des*

Gouvernements Ouverts. 2015. Т. 2. URL: <https://ojs.imodev.org/index.php/RIGO/article/view/1/67>.

17. Constitution of Massachusetts. 1780. URL: <http://www.nhinet.org/ccs/docs/ma-1780.htm>.

18. Jonason P. Le droit d'accès à l'information en droit suédois : une épopée de 250 ans. *Revue Internationale des Gouvernements Ouverts*. 2016. Т. 2. URL: <https://ojs.imodev.org/index.php/RIDDN/article/view/137/175> (дата звернення: 01.06.2020).

19. Kaye David Challenges to Freedom of Information in the Digital Age. URL: https://www.swlaw.edu/sites/default/files/2018-04/JIMEL_V7%2C_N2_-_Challenges_to_Freedom_of_Information_in_the_Digital_Age.pdf.

20. Manninen Juha. Anders Chydenius and the Origins of World's First Freedom of Information Act. *The World's First Freedom of Information Act. Anders Chydenius' Legacy Today* / Anders Chydenius Foundation. Kokkola : Art-Print Ltd, 2006. P. 18–53. URL: https://www.chydenius.net/tiedostot/worlds_first_foia.pdf.

21. Nordin J. The Swedish Freedom of Print Act of 1776 – Background and Significance. URL: https://www.swlaw.edu/sites/default/files/2018-04/Nordin%20Pages%20from%207.2%20FULL%20v7%20%284_13_18%29_.pdf.

22. Twentieth anniversary Joint Declaration: Challenges to freedom of expression in the next decade. 2019. URL: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/JointDeclaration10July2019_English.pdf.

DOI <https://doi.org/10.36059/978-966-397-235-0-21>

Стрельцов Є. Л.,

*доктор юридичних наук, доктор теології, професор,
заслужений діяч науки і техніки України,
член-кореспондент Національної академії правових наук України,
завідувач кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія»,
м. Одеса*

Сотула О. С.,

*доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія»,
м. Одеса*

Стрельцов Л. Є.,

*кандидат юридичних наук,
директор
Одеської філії
Інституту прикладних гуманітарних досліджень,
м. Одеса*

ЖИТТЯ ЛЮДИНИ ТА ЇЇ ПРАВО НА ЖИТТЯ ЯК ОБ'ЄКТ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ ДИСКУРС

Анотація. *Життя людини є загальним предметом правового регулювання, якій має багато напрямів своєї реалізації. Одним з основних напрямів, якій потребує такого регулювання, виступає життя людини як об'єкт правової охорони, зокрема й кримінально-правовими засобами. Водночас життя людини має певну правову форму, виступає суб'єктивним правом із формально-атрибутивними ознаками, які закріплені в Конституції України, важливих міжнародно-правових та вітчизняних актах. Право на життя є невід'ємним правом кожної людини, що охороняється законом та накладає на державу відповідні зобов'язання зробити все для того, щоб людське життя виявилася поза небезпекою.*

Життя людини має просторово-часову характеристику, яка має свій початок і своє закінчення, що повинно мати своє відображення у відповідних правових приписах, зокрема й у нормах. Водночас аналіз загальноприйнятих у кримінально-правовій доктрині положень про те, що встановлення цього, особливо коли це пов'язано з початком життя, має певну дискусійність, що потребує продовження кримінально-правових досліджень у цьому напрямі. Із цією метою формулюються пропозиції щодо вдосконалення положень Кримінального кодексу України стосовно кримінально-правової охорони життя людини.

Вступ

Життя людини як об'єкт юридичної охорони життя вперше закріплене в чинній Конституції України. Жодна з попередніх конституцій української держави, а також минуле поточне галузеве законодавство положень про право на життя не містили. Законодавство охороняло окремі складові частини суспільного життя, які стосувалися різних сфер такої дійсності, як-от недоторканість особи, таємниця її листування, лікарська таємниця тощо [1]. Але в сучасних умовах набуває актуальності реалізація суб'єктивного права людини на життя.

Визнання державою права на життя означає, що життя людини є найвищою цінністю, тому що всі інші права та свободи та їх реалізація залежать від цього права. Право на життя є необхідною умовою інших прав і свобод. У цьому розумінні право на життя має абсолютний характер.

Саме тому положення про право на життя проголошене всіма найважливішими міжнародно-правовими документами із прав людини. Так, у ст. 3 Загальної декларації прав людини констатується, що «кожна людина має право на життя, на свободу та на особисту недоторканність» [2]. У ст. 6 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права зазначено: «Право на життя є невід'ємним правом кожної людини. Це право охороняється законом. Ніхто не може бути довільно позбавлений життя» [3]. Зв'язок права на життя та заборони довільного його позбавлення підкреслюється й у Європейській конвенції про захист прав людини та основних свобод від 4 листопада 1950 р. [4]. Регіональні конвенції також дотримуються такої традиції [5].

Фундаментальний характер права на життя широко визнається як міжнародними судами із прав людини, так і багатьма теоретиками в цій області [6, с. 27]. Навіть більше, визначення цього права як «невід'ємного» (ст. 6 Міжнародної конвенції про громадянські і політичні права) показує також, що воно є частиною міжнародного звичаєвого права [3].

1. Конституційні засади охорони життя людини

Текстуальне закріплення в європейських конституціях права на життя будується практично за однаковою схемою. Або коротка констатація даного права (ст. 28 Конституції Республіки Болгарія [7]; ст. 2 Конституції Федеративної Республіки Німеччина [8]; ст. 21 Конституційного закону Республіки Албанія [9]), або ще фіксуються й гарантії недопущення довільної смертної кари або цілковитої заборони на застосування даного виду покарання. Наприклад, Конституція Португалії проголошує: «1. Людське життя недоторканне. 2. Застосування смертної кари не допускається» (ст. 24) [10]. Таким же прикладом є ст. 21 Конституції Республіки Хорватія: «Кожна людина має право на життя. У Республіці Хорватія немає смертної кари» [11]. Аналогічне формулювання міститься в Конституції Республіки Словенія: «Людське життя недоторканне. У Словенії немає смертної кари» (ст. 17) [12].

Конституція Словацької Республіки (ст. 15) і Хартія основних прав і свобод Чеської Республіки (ст. 6) додатково виділяють, що людське життя гідне охорони ще до народження [13; 14].

Нерідко конституційне закріплення права на життя відбувається в комплексі з іншими правами в рамках однієї статті. Прикладом може служити ст. 15 Конституції Іспанії: «Усі мають право на життя, фізичну та моральну недоторканність, нікого в жодному разі не можна піддавати катуванням або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню. Скасовується смертна кара, за винятком випадків, передбачених військовими кримінальними законами під час війни» [15].

Однак треба сказати, що саме право на життя вперше знайшло своє нормативне закріплення лише наприкінці XVIII ст. в Декларації незалежності США від 4 липня 1776 р., у якій першою серед «самоочевидних істин» проголошувалася та, що «усі люди створені рівними, усі вони наділені певними невідчужуваними правами, до яких належать Життя, Свобода і прагнення Щастя» [16].

З ухваленням Декларації у світі стали затверджуватися правила про те, що право на життя, яке являє собою абсолютну цінність світової цивілізації, повинно перебувати під максимальним правовим захистом. Право зобов'язано охороняти життя будь-якої людини незалежно від її статі, віку, расової або національної приналежності, незалежно від місця та ролі в суспільстві, незалежно від стану здоров'я. Життя людини повинно охоронятися як абсолютне благо, на яке ніхто не має права посягати.

Однак точні нормативні межі права на життя дещо розмиті. Ще в середині XIX ст. професорами П.І. Новгородцевим і Й.О. Покровським основним компонентом права на життя виділялося право на існування (малися на увазі необхідні та достатні умови для підтримки фізіологічної діяльності організму: їжа, медикаменти тощо) [17]. Професор П.І. Новгородцев зазначав, що «мова йде про те, щоб забезпечити для кожного можливість існування та звільнити від гніту таких умов життя, які вбивають фізично й морально» [17, с. 4]. Право, згідно з його науковою концепцією, повинно взяти на себе визначення тих умовних меж, що окреслюють той рівень життя, який вважається нормою. За його межами починається неприпустима крайність, яка, зокрема, може виражатися в реальній загрозі голодної смерті конкретної особи [17, с. 5].

Професор Й.О. Покровський розвинув цю думку та підкреслив: «Якщо держава визнає себе зобов'язаною рятувати людей від голодної смерті – виходить, кожна окрема людина має право вимагати цього від держави, і, таким чином, шукане право на існування вже є» [17, с. 6]. Така позиція знаходить своїх прихильників і сьогодні [18, с. 64; 19, с. 4].

На нашу думку, досить необачно ставити знак рівності між правом на життя та правом на існування. Оскільки право на існування радше становить зміст іншого самостійного соціального права індивіда – права на достатній рівень життя.

Деякі вчені стверджують, що право на життя кваліфікується в міжнародному праві як імперативна норма, і вираз «невід'ємне право на життя» не має розумітися в обмеженому значенні. Так, американський медіадослідник Хал Борленд розглядав, як право на життя регулюється американською Конституцією, і зазначав: «Право на життя, на людське життя, є щось більше, ніж право на просте існування. Усі ми маємо право на існування, але воно

надається нам поряд з обов'язком прожити корисне життя – життя, присвячене якійсь меті. Без цього життя не має осмисленого значення» [21, с. 22]. Наведене висловлення припускає, що «життя повинно розглядатися правом не тільки як форма біологічного існування, але і як спосіб самореалізації конкретної особистості» [22, с. 7].

Як зазначають дослідники життя людини як об'єкта правового регулювання, структура певного права визначається структурою правоохоронюваного об'єкта. Життя людини має трискладову структуру:

- 1) життя фізичне – як функціонування організму людини;
- 2) життя соціальне – як сукупність суспільних відносин, у які людина вступає як представник різних соціальних об'єднань (родина, професійний колектив, держава тощо);
- 3) життя внутрішнє, внутрішній світ людини, – як результат діяльності свідомості та несвідомого в людині [19, с. 7; 20, с. 26].

У зв'язку із цим життя є не безпосереднім предметом правового регулювання, а лише предметом правових відносин, змістом яких є суб'єктивні права і юридичні обов'язки, які забезпечують його схоронність і юридично значущі якості [23, с. 4].

У зв'язку з нормативним закріпленням у ст. 27 Конституції України у права на життя з'явилася можливість його самостійного розгляду [24]. Право на життя – це самостійне право, що має властиву тільки йому внутрішню складну структуру та зміст, адже воно не означає, що держава тим самим санкціонує, дозволяє життя власних громадян. Життя виникає поза державними веліннями, і біологічне народження дитини найменше потребує наявності державних інститутів. Як відзначав професор М.М. Алексєєв, «юридична норма не має здатності створювати живі істоти» [25, с. 79]. Коли держава закріплює в Конституції дане суб'єктивне право держава вкладає в нього певний зміст, що виражається саме в його юридичному значенні. Право на життя не означає саме життя, цей суб'єктивний правочин, що має формально-атрибутивне оформлення. Тому варто відрізняти такі різні категорії, як право на життя та саме життя [22, с. 10–11].

Отже, право на життя, як і право на свободу, особисту недоторканість, є самостійним суб'єктивним правом індивіда, яке проголошено як у Конституції України, так і у статтях Міжнародного пакту про громадянські і політичні права й інших

міжнародно-правових актах [3; 24], і це дає можливість виділити це право як окремий самодостатній об'єкт кримінально-правової охорони. На нашу думку, необхідно говорити про виділення у Кримінальному кодексі України [27] окремого розділу «Злочини проти життя», який би забезпечував відповідний кримінально-правий захист життя людини як у біологічному, так і в соціальному розумінні [26, с. 35].

З урахуванням конституційних положень про найвищу соціальну цінність життя людини в період розроблення нового Кримінального кодексу України неодноразово виголошувалися пропозиції про розміщення розділу про злочини проти особи на першому місці в Особливій частині Кримінального кодексу, як, наприклад, у Кримінальному кодексі Російської Федерації 1996 р. [28].

Український законодавець обрав інший шлях, передбачив у першому розділі Особливої частини Кримінального Кодексу відповідальність за злочини проти основ національної безпеки України [27]. Вказаний підхід аргументувався, зокрема, професором С.В. Дьяковим, який зауважив, що кожному зрозуміло, що скільки разів не став на перше місце особу, її права і свободи, реальна захищеність не буде забезпечена, якщо інститути державної влади слабкі та недієздатні [29, с. 11].

2. Кримінально-правове законодавство закордонних країн про охорону життя та права на життя людини

Цікавим із погляду нашого дослідження є аналіз систем Особливої частини кримінального права країн романо-германської правової сім'ї.

Історично ці системи формувалися залежно від пріоритетів об'єктів, охоронюваних кримінальним законом. Так, для кримінального законодавства тих європейських країн, яке було ухвалено в XIX ст., система пріоритетів / охоронюваних кримінальним законом об'єктів виходить із переваги державних і суспільних інтересів над приватними інтересами. Наприклад, у Кримінальному кодексі Федеративної Республіки Німеччина (далі – ФРН), в основу якого покладено Уложення Германської імперії 1871 р., відповідальність за злочини проти життя встановлена лише у гл. 16 Кримінального кодексу ФРН, тобто після п'ятнадцяти глав Особливої частини, що регулюють відповідальність за інші злочини [30, с. 356]. Кримінальний

кодекс Голландії 1886 р. містить норми, що встановлюють відповідальність за посягання на життя людини, у розд. XIX «Злочини проти життя», починається ж Особлива частина Кримінального кодексу Голландії розд. I «Злочини проти безпеки держави» [31, с. 238–250, 384–386].

Така побудова Особливої частини кримінального законодавства цілком зрозуміла, тому що в час ухвалення зазначених кодексів у світі, зокрема й на європейському континенті, панувала саме така система цінностей, охоронюваних кримінальним законом (держава – суспільство – особа). На підтвердження цього можна навести систему Особливої частини Кримінального кодексу (далі – КК) Японії 1907 р. (чинний у редакції 1995 р.) – азіатської держави, територіально віддаленої від Європи. У ньому зазначена система цінностей відбита, мабуть, найбільш ретельно (Особлива частина КК Японії розпочинається гл. 1 «Постанова щодо злочинів проти імператорської сім'ї», «Злочини, що полягають у вбивстві», передбачені гл. 26) [32, с. 66, 123].

Подібність системи зазначених пріоритетів у кримінальному законодавстві різних держав, розташованих навіть на різних континентах, пояснюється тим, що правова ідеологія законодавця характеризувалася тоталітарними рисами (для німецького й голландського законодавця це було XIX ст., і сучасна правова ідеологія цих держав давно зжила ознаки тоталітаризму), із чим і пов'язувалася перевага державних і суспільних інтересів над інтересами особи [33, с. 21].

Показова щодо цього Особлива частина Кримінального кодексу Франції 1810 р. (створений у період правління та за особистої участі Наполеона, Кодекс проіснував більше 180 років), яка включала два розділи: «Злочини і проступки проти публічних інтересів» та «Злочини і проступки проти приватних осіб» [34].

Однак Кримінальний кодекс Франції 1992 р. змінив зазначену систему, що було пов'язано з переглядом законодавцем ієрархії інтересів і цінностей, охоронюваних кримінальним законом, у напрямі встановлення пріоритету інтересів особи. Його Особлива частина відкривається книгою, присвяченою злочинам і проступкам проти особи (кн. II КК Франції 1992 р.) [33, с. 76–151]. Тоді як злочини проти держави винесено у кн. IV Кримінального кодексу Франції 1992 р. «Злочини і проступки проти нації, держави та громадського спокою» [35, с. 185–253].

Така ж розстановка пріоритетів (особа – суспільство – держава), охоронюваних кримінальним законом, властива й Особливій частині кримінального законодавства європейських країн, ухваленого в середині – наприкінці ХХ ст., як-от Кримінальний кодекс Швейцарії 1937 р. [36], Кримінальний кодекс Іспанії 1995 р. [37].

Можна зробити висновок, що система Особливої частини сучасного кримінального законодавства розвинених країн Європи має тенденцію до її побудови на принципах визнання пріоритету загальнолюдських цінностей, що насамперед виражається у кримінально-правовій охороні прав і свобод людини як основній ідеї кримінального права.

Позиція, відповідно до якої український законодавець (нехай і формально) віддає пріоритет державним інтересам, багато в чому носить відбиток стратегії попереднього історичного періоду. Плідним, на нашу думку, вбачається підхід зазначеної тріади цінностей – особа – суспільство – держава, коли охорона прав і свобод особи передбачається передусім, як формально, так і функціонально.

Наша пропозиція щодо розміщення розділу про злочини проти людини на першому місці в Особливій частині Кримінального кодексу України забезпечить реалізацію низки принципів, на яких вона побудована:

- по-перше, розділи в чинному Кримінальному кодексі України будуть розташовуватися відповідно до конституційних положень про пріоритетний захист інтересів особи;

- по-друге, розділи будуть розташовані в жорсткій, ієрархічно заданій послідовності, згідно зі ступенем важливості охоронюваних суспільних відносин, як це зазначено в ч. 1 ст. 1 КК України;

- по-третє, у розділах буде чітко простежуватися ідея законодавця вибудувати вертикаль норм у суворій залежності від ступеня значущості об'єктів кримінально-правової охорони [38].

Правової охорони потребує життя, що існує, тобто необхідність закріплення певної системи заходів захисту життя пов'язана з його початком. Питання, що стосуються визначення моментів початку і закінчення життя, отже, періоду, протягом якого існує необхідність охорони існуючого життя та захисту прав і законних інтересів фізичної особи, залишаються

актуальними як для медичних працівників, так і для правознавців різних галузей, зокрема й кримінальної.

Аналіз положень міжнародно-правових актів, як-от Декларація прав дитини ООН від 20 листопада 1959 р. [39], Конвенція про права дитини ООН від 20 листопада 1989 р. [40], Всесвітня декларація «Про забезпечення виживання, захисту та розвитку дітей» від 30 вересня 1990 р. [41], Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р. [3], дозволив зробити такі висновки: у текстах жодного із зазначених актів не встановлений прямий взаємозв'язок між моментом народження та правом на життя, інтереси та блага окремої людини мають пріоритет перед інтересами суспільства, дитиною є людина до вісімнадцяти років (без вказівки нижньої межі), а невід'ємні права визнаються за кожною людиною незалежно від народження (аналіз текстів офіційними мовами дозволив відмовитися від пропонованого низкою дослідників пояснення, що термін «народження» повинен розглядатися як «походження») [42, с. 43].

Декларація про медичні аборти, ухвалена в Осло 1 серпня 1970 р., основним принципом діяльності лікаря закріпила повагу до людського життя з моменту зачаття, що свідчить про визнання у плода людини такого блага, як життя [43].

Законодавством низки держав романо-германської правової сім'ї встановлений мораторій на дослідження ембріонів людини. Закони ФРН та Іспанії взагалі забороняють дослідження на ембріонах людини [44, с. 1117–1118]. У Франції, Данії дослідження на ембріонах людини обмежені в законодавчому порядку. Категорично заборонені дослідження на ембріонах людини з метою одержання біологічної зброї [45, с. 90].

У рекомендаціях Парламентської асамблеї Ради Європи (резолуція А2 327/88 від 16 березня 1969 р.) і в рішенні Комісії із прав людини (№ 6574/71) передбачено, що на ембріон і плід людини за будь-яких обставин поширюється вимога поваги людської гідності, отже, уже із цього моменту права людини мають основне значення [46, с. 56]. У преамбулі Декларації прав дитини говориться: «Дитина, через її фізичну та розумову незрілість, потребує спеціальної охорони та турботи, включаючи належний правовий захист як до, так і після народження» [39]. Аналогічна вказівка міститься у преамбулі Конвенції ООН про права дитини [40].

В ухваленій 4 квітня 1997 р. Радою Європи Конвенції про права людини та біомедицину закріплена заборона на створення ембріонів людини в дослідницьких цілях, а також передбачено, що коли закон дозволяє проводити дослідження на ембріонах *in vitro*, він повинен передбачати належний захист ембріона [47].

Ще далі в цьому напрямі пішло цивільне право Франції, яке визнає існування життя ще до народження. «Стара римська максима *infans conceptus* знайшла своє відбиття в деяких статтях Цивільного кодексу Франції й базується на безперечних природничо-наукових даних: життя переує народженню» [46, с. 58]. Так, ст. 16 Цивільного кодексу Франції відбиває позицію «поваги людської істоти з початку її життя», яка розвинута в інших правових джерелах (Закон Франції «Про біоетику» від 29 березня 1994 р., Закон Франції «Про переривання вагітності» від 17 січня 1975 р., які встановили, що життя людської істоти має бути під захистом із моменту перших ознак його прояву) [46, с. 64].

Про тенденцію посилення інтересу до захисту людини до її народження свідчить вимога Конвенції про захист прав і гідності людини у зв'язку із застосуванням досягнень біології й медицини про те, що коли «закон (конкретної держави) дозволяє проводити дослідження на ембріонах, він же повинен передбачати належний захист ембріона». У наведеному контексті також розглянута неоднозначна практика застосування положень міжнародно-правових актів [44]. Позиція Європейського суду, що використовує, серед іншого, формулювання «життя плода» й «обмеження, що накладаються на право на життя плода», свідчить про доцільність і своєчасності зміни підходів до статусу ненародженої дитини [42, с. 43].

Треба сказати, що вітчизняний законодавець займає компромісну позицію щодо визначення моменту, з якого починається життя людини. Так, відповідно до ст. 269 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України, право на життя є невід'ємним від носія, позбавленим економічного змісту, виникає в особи з моменту народження чи іншого моменту, що прямо передбачено законом [48]. Відсильний характер має і ст. 6 Закону України «Про охорону дитинства» від 26 квітня 2001 р. № 2402-III [49], у якій зазначено, що «кожна дитина має право на життя з моменту визначення її живонародженою та життєздатною за критеріями Всесвітньої організації охорони здоров'я» [49].

До цього в законодавстві України не було норми, у якій умовно визначався б початок життя людини. Однак для спеціалістів у сфері кримінального права такі критерії були вироблені в доктрині кримінального права [50, с. 32].

Загальноприйнятим положенням у кримінально-правовій науці було й залишається те, що життя людини розпочинається з моменту початку фізіологічних (зокрема, передчасних та штучно викликаних) пологів її матері. Водночас уважається, що не має значення для визначення цього моменту те, що дитина, яка народжується, ще не почала самостійного позаутробного життя і не відокремлена від черева матері [51, с. 6; 52, с. 348]. Практично це означає, що позбавлення життя дитини під час її народження, тобто під час пологів її матері, визнається вбивством. Протиправне ж знищення плода людини до цього моменту розцінюється не як вбивство, а як незаконне проведення аборту.

Вказана позиція стала панівною як у науковій, так і в навчальній літературі. Одним із перших таких погляд запропонував професор О.О. Жижиленко, який першопочатковий момент людського життя визначав так: «До початку родів очевидним буде умертвіння плоду, а не вбивство, але як тільки роди почалися, особливо якщо частина новонародженого з'явилась назовні, можна говорити про народжену людину, убивство якої має бути караним» [53, с. 7]. Отже, початковим моментом людського життя професор О.О. Жижиленко вважав початок фізіологічних родів.

На погляд учених, які дотримуються традиційного погляду на визначення моменту початку життя людини, вироблені в науці кримінального права критерії, згідно з якими життя людини розпочинається з моменту початку фізіологічних (зокрема, передчасних та штучно викликаних) пологів її матері, не суперечать положенням, які існують у медицині [50, с. 33]. У п. 1.2 Інструкції визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвнонародженості зазначається, що живонародження – це вигнання або вилучення з організму матері плода, який після вигнання/вилучення (незалежно від тривалості вагітності, від того, чи перерізана пуповина і чи відшарувалась плацента) дихає або має будь-які інші ознаки життя, як-от серцебиття, пульсація пуповини, певні рухи скелетних м'язів [54]. Як видно, в Інструкції акцентується увага не на критеріях визначення, із якого моменту починається життя

людини, а на критеріях, які вказують на те, чи народилася людина живою.

Варто зазначити, що в сучасній кримінально-правовій літературі робляться спроби інакше визначити момент початку життя. Так, на думку професора В.О. Глушкова, життя плода людини після двадцяти восьми тижнів – додатковий об'єкт незаконного проведення абортів, тому його смерть унаслідок незаконної операції треба кваліфікувати як убивство [55, с. 21].

Також існує позиція, згідно з якою вбивством пропонується вважати позбавлення життя новонародженого на світ, який почав самостійну життєдіяльність [56, с. 9–13]. Дана думка, з тією чи іншою аргументацією, висловлювалась у науці кримінального права і раніше. Ще професор М.Д. Шаргородський початок життя людини пов'язував із початком дихання і моментом відділення пуповини [57, с. 59]. Такий підхід, на нашу думку, підміняє питання початку людського життя питанням живонародження плода. Як відзначав професор О.О. Жижиленко, «оскільки людина ще жива, її життя охороняється незалежно від того, володіє людина життєздатністю чи ні. І щойно народжена дитина, що страждає такими вадами, що її очікує неминуча смерть у майбутньому, кволий і старець, що помирає, охороняються однаково з людьми, що повні сил та здоров'я. Водночас не береться до уваги зовнішній вигляд людини та ступінь її розумового розвитку» [53, с. 8].

Деякий інтерес викликає думка, що «період внутрішньоутробного розвитку людини є раннім періодом її біологічного життя. Перебуваючи в материнській утробі у стані ембріона, вона тілесно самостійна, тому що не є частиною організму свого носія та здатна до саморозвитку: адже життєві процеси, що відбуваються в ній, виступають внутрішнім рушієм її розвитку. Тіло матері представляється тільки ідеальним середовищем розвитку ембріона, яке забезпечує його харчуванням, охороною. З народженням починається другий етап біологічного існування людини, а точніше, етап перебування її організму в соціальному середовищі. Це свідчить про помилковість наявної думки про те, що людське життя починається з його народження. Це варто скорегувати: соціальне життя людини починається з моменту її народження» [58, с. 13–14].

У юридичній науці намітилися стійкі тенденції підтримки саме цієї думки. Так, деякі вчені вважають, що «юридичне

ставлення до статусу ембріонів повинно будуватися на основі визнання того факту, що ембріон – не частина організму матері, а початок нового життя. Це й повинно визначати підходи до створення відповідного правового регулювання, ставлення до абортів» [59, с. 12]. У цій частині доречно також навести думку авторитетного вченого, професора А.І. Ковлера: «Сучасне право рішуче визначає інший рубіж: життя людини починається із запліднення яйцеклітини» [60, с. 428].

Треба сказати, що умисне умертвіння дитини до пологів шляхом безпосереднього впливу на її організм, з погляду чинного законодавства, не може визнаватися як убивство, а є перериванням вагітності. І такий підхід, на думку багатьох вітчизняних і закордонних авторів, не можна визнати слушним [61, с. 299; 62, с. 53; 63, с. 75]. На думку професора О.М. Попова, «законодавець зробив тільки півкроку у кримінально-правовій охороні життя, не пов'язавши відповідальність за такий злочин із кримінально-правовою охороною життя дитини, що перебуває в утробі матері» [64, с. 346].

Професор А.М. Орлеан зауважує, що життя людини може розпочатись не лише внаслідок фізіологічних пологів, а й унаслідок штучного вивільнення живого життєздатного плода з утробы матері шляхом, наприклад, кесаревого розтину. Дитина, яка була народжена таким способом, водночас із вивільненням з утробы матері отримує повноцінну кримінально-правову охорону [61, с. 304].

Слушною видається позиція професора Н.М. Ярмиш, яка звертає увагу на те, що «<...> умертвіння дитини навіть в утробі матері за умов, що пологи розпочались, а строк вагітності становить хоча б двадцять два тижні, – це вбивство» [65, с. 462]. Підтвердження наведеної тези вона бачить у диспозиції ст. 117 КК України, де йдеться про «умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини під час пологів або відразу після пологів <...>». Професор Н.М. Ярмиш підкреслює, що цим визначенням охоплюється весь період пологів, а значить, початок пологів і є початком життя людини [65, с. 463]. На розвиток розглянутої позиції існує думка, що оскільки двадцять другий тиждень вагітності не може в усіх без винятку випадках свідчити про життєздатність плода, варто враховувати й інші ознаки останньої (масу та розмір плода, відсутність несумісних із життям вад розвитку плода). Тому вчинене умисно посягання на

життя двадцяти двотижневого плода, який перебуває в утробі матері, після початку пологового процесу в разі його нежиттєздатності (за іншими критеріями) кваліфікуватимуться як замах на умисне вбивство [61, с. 306].

Отже, внутрішньоутробне позбавлення життя плода до початку пологового процесу залежно від сукупності наявних об'єктивних та суб'єктивних ознак може кваліфікуватись як незаконне проведення аборту (ст. 134 КК України) або тяжке тілесне uszkodження (ст. ст. 121, 123, 124, 128 КК України) [27]. Згідно з вітчизняним законодавством, повноцінну кримінально-правову охорону життя людина має або з моменту початку фізіологічних пологів (незважаючи на місце перебування плода: в утробі матері або зовні), або з моменту штучного вивільнення плода з утробы матері внаслідок кесаревого розтину. До цього моменту життя ембріона / плода людини може бути лише додатковим факультативним об'єктом у складах злочину, спрямованих на захист життя та здоров'я вагітної жінки [61, с. 306], або взагалі «випадає» із зони дії кримінального закону.

Ілюстрацією цього можуть слугувати приклади із судової практики, наведені у спеціальній літературі. Так, громадянка П., коли в неї на сьомому місяці вагітності настали передчасні пологи, народила дитину та втопила її у відрі з водою, за що була засуджена за дітовбивство («Умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини»).

В іншому разі суд відкинув обвинувачення громадянки С. у дітовбивстві, яка, будучи вагітною і бажаючи позбутися майбутньої дитини, приймала сильнодіючі медичні препарати, у результаті чого народила мертву семимісячну дитину. Поведінка громадянки С. негативно оцінюється з погляду моралі, але підстав притягнути її до кримінальної відповідальності немає [66, с. 26–27].

Отже, розв'язання проблеми кримінально-правового закріплення моменту початку охорони життя варто шукати з урахуванням законодавчого досвіду країн романо-германської правової сім'ї. Так, німецький законодавець включив у розд. 16 «Злочинні діяння проти життя» КК ФРН [67] сім параграфів, які у спеціальній літературі називають «Злочини проти ненародженого життя» [28, с. 372], а саме:

1) про відповідальність за переривання вагітності на строках більше дванадцяти тижнів без висновку лікаря, а також на

строках вагітності більш двадцяти двох тижнів у разі відсутності надзвичайних показань (§ § 218, 218a КК ФРН);

2) про відповідальність лікарів і персоналу спеціальних клінік за порушення порядку проведення попередніх консультацій, видачі висновків і правил проведення абортів (§ § 218b, 218c, 219 КК ФРН);

3) про відповідальність за публічну агітацію за переривання вагітності, включаючи рекламу відповідних послуг «з корисливих цілей або у грубій негожій формі», а також за збут засобів і предметів, призначених для переривання вагітності (§ § 219a, 219b КК ФРН) [67, с. 127–131].

Однак німецький законодавець в особі Федерального Конституційного суду Німеччини у своїй судовій практиці дотепер залишає відкритим питання про те, з якого періоду життя починається захист конституційних прав людини. Федеральний Конституційний суд схиляється до того, що «людське життя починається з моменту злиття яйцеклітини та сперматозоїда» [68, с. 127].

Стаття з пом'якшуючими обставинами для матері новонародженої дитини, подібна до ст. 117 КК України, у законодавстві Німеччини відсутня: працює загальне правило, відповідно до якого життя кожного повинно захищатися однаково. Якщо ж породілля перебуває в афективному стані, не цілком усвідомлює свої дії, то застосовуються відповідні норми про обмежену осудність вбивці, а суд заздалегідь не орієнтується на послаблення відповідальності за формальними ознаками [68, с. 16].

Необхідно відзначити, що у кримінальному законодавстві багатьох країн романо-германської правової сім'ї у злочинах, що посягають на життя та здоров'я вагітної жінки, об'єктом кримінально-правової охорони, крім життя та здоров'я самої жінки, виступає також і життя дитини, що не змогла з'явитися на світ через аборт, незалежно від строку вагітності. Така позиція стає очевидною, коли суб'єктом злочину називається не тільки особа, що робить аборт вагітній жінці за її волею (а іноді й всупереч), але й сама жінка, що викликає в себе переривання вагітності (викидень) різними діями (способами). Водночас відповідальність вагітної жінки наступає і тоді, коли вона допускає переривання своєї вагітності за допомогою інших осіб. Така відповідальність передбачена, зокрема, кримінальними кодексами: Австрії (п. 3 § 96) [69, с. 145], Аргентини (ст. 88)

[70, с. 85], Бельгії (ст. 351) [71, с. 129], Іспанії (ч. 2 ст. 145) [37, с. 79], Сан-Марино (ст. ст. 153, 154) [72, с. 121–122], Швейцарії (ст. 118) [36, с. 162], Японії (ст. 212) [32, с. 128].

Також у закордонному кримінальному законодавстві криміналізовано здійснення абортів без згоди жінки. Така відповідальність встановлюється у Кримінальному кодексі Австрії (абз. 1 § 98 «Переривання вагітності без згоди вагітної»): «Хто перериває вагітність без згоди вагітної жінки, карається позбавленням волі на строк до 3 років, якщо діяння спричинило смерть вагітної жінки, – то позбавленням волі на строк від шести місяців до п'яти років» [69, с. 147]. У ст. 85 Кримінального кодексу Аргентини зазначено: «Той, хто зробив аборт, карається позбавленням волі на строк від 3 до 5 років каторжних робіт або тюремного ув'язнення, якщо діяв, не одержавши згоди жінки» [70, с. 84]. У ч. 5 ст. 126 Кримінального кодексу Болгарії передбачено: «Якщо вмертвіння плода здійснене без згоди вагітної, покарання – позбавлення волі від 3 до 8 років». У п. 3 ст. 296 Кримінального кодексу Голландії встановлено: «Якщо аборт був здійснений без згоди жінки, повинні бути призначені строк тюремного ув'язнення не більш 12 років або штраф п'ятої категорії» [31, с. 387].

Аналогічні положення закріплені у кримінальних кодексах Бельгії (ст. 348) [71, с. 127], Естонії (ст. 125) [73, с. 1140], Іспанії (ст. 144) [37, с. 49], Франції (ст. 223–10) [35, с. 217], Сан-Марино (ст. 153) [72, с. 121], Швейцарії (ч. 2 ст. 119) [36, с. 162], Японії (ст. ст. 215, 216) [32, с. 130].

У деяких державах передбачена кримінальна відповідальність і за примушування жінки до здійснення абортів. Зокрема:

– ст. 136 Кримінального кодексу Латвії встановлено, що «примус вагітної до проведення абортів, якщо внаслідок цього аборт здійснений, карається позбавленням волі на строк до двох років або арештом, або примусовими роботами, або грошовим штрафом до сорока мінімальних місячних заробітних плат» [77, с. 157–158];

– у ст. 143 Кримінального кодексу Литовської республіки закріплено: «Той, хто, застосувавши фізичне або психічне насильство, примусив жінку до незаконного проведення абортів, карається публічними роботами або обмеженням волі, або арештом, або позбавленням волі на строк до двох років» [78, с. 251–252];

– § 1 ст. 153 Кримінального кодексу Польщі передбачає: «Хто, застосовуючи насильство до вагітної жінки або іншим способом без її згоди, перериває вагітність або шляхом насильства, протизаконної погрози, або шляхом обману доводить вагітну жінку до переривання вагітності, підлягає покаранню позбавленням волі на строк від шести місяців до восьми років» [79, с. 63];

– ст. 115 Кримінального кодексу Узбекистану встановлюється: «Примушування жінки до здійснення штучного переривання вагітності, якщо аборт був здійснений, карається штрафом до п'ятдесяти мінімальних розмірів заробітної плати або виправними роботами до двох років, або арештом до шести місяців» [80, с. 68].

Криміналізовано також порушення протипоказань до проведення абортів, зокрема, за кримінальним законодавством Узбекистану (ст. 114) [80, с. 67–68], Молдови (п. "d" ч. 1 ст. 159) [81, с. 327–328], Литви (ст. 142) [78, с. 250–251].

Ще одним злочином, передбаченим кримінальним законодавством різних країн романо-германської правової сім'ї, є переривання вагітності з порушенням строків, за яких припустима така операція за законом. Так, зазначене положення міститься у Кримінальному кодексі Естонії (ч. 2 ст. 126) [73, с. 1140], Франції (п. 1 ст. 223–11) [35, с. 217].

Кримінальна відповідальність за замах на здійснення операції штучного переривання вагітності передбачається кримінальними кодексами Франції (ст. 223–11) [35, с. 218], Японії (ст. 215) [32, с. 130] тощо.

Під впливом законодавчої практики держав континентальної Європи в багатьох країнах аборт, проведений на пізніх строках вагітності, від дванадцяти до двадцяти двох тижнів, починають розглядати як убивство, незалежно від згоди та ролі в цьому самої вагітної жінки, за відсутності такої єдиної надзвичайної обставини, як необхідність порятунку життя самої жінки. Так, у 2004 р. у США ухвалений федеральний «Акт про захист ненароджених жертв насильства», у якому плід визнається людською істотою та має такі ж права, як і немовля.

Справжньою новелою для кримінального законодавства країн романо-германської правової сім'ї є виділення у гл. 9 «Винні діяння проти особи» Кримінального (Пенітенціарного) кодексу Естонії окремого розд. 5 «Незаконне поводження з людським ембріоном»

[73, с. 1141], який містить чотири склади злочинів, які так чи інакше пов'язані зі злочинним впливом на ембріон людини (злочини, пов'язані з незаконним штучним перериванням вагітності містяться в розд. 4 цієї ж глави Кримінального (Пенітенціарного) кодексу Естонії [73, с. 1140–1141]).

Треба зазначити, що більшість статей цього розділу є неоднозначними для сприйняття і, мабуть, потребують додаткового тлумачення з боку естонського законодавця. Зокрема, ст. 129 Кримінального (Пенітенціарного) кодексу Естонії «Завдання шкоди людському ембріону» визначає таке діяння, як завдання шкоди людському ембріону, що перебуває в матці, шляхом ушкодження, уведення якої-небудь речовини або іншими діями, якщо це спричинило переривання вагітності або загибель людського ембріона, злочином, що карається грошовим стягненням або тюремним ув'язненням на строк до п'яти років» [73, с. 1141]. Однак зі змісту цієї статті виходить, що будь-яке штучне переривання вагітності, здійснене, серед іншого, і в законному порядку, є діянням злочинним, хоча аборт (у разі дотримання певних правил) в Естонії не заборонений, про що свідчить наявність розд. 4 гл. 2 Кримінального (Пенітенціарного) кодексу Естонії.

Ст. 130 Кримінального (Пенітенціарного) кодексу Естонії «Заборонені дії з ембріоном» передбачає кримінальну відповідальність за клонування людини, а також за створення гібридної або химерної людини, що карається грошовим стягненням або тюремним ув'язненням на строк до трьох років [73, с. 1141].

Однак натеper вченими-генетиками зроблений висновок про неможливість одержання життєздатних стовбурних кліток від химерних (гібридних) ембріонів [82], отже, зазначена кримінально-правова норма натеper не має сенсу, до того ж міжнародної нормативної бази щодо цих створинь не існує, окрім, мабуть, положень загального характеру. Зокрема, у Рекомендації Ради Європи № 1046 від 24 вересня 1986 р. щодо використання ембріонів та плодів людини для цілей діагностики, терапії, наукових досліджень, промислового використання та торгівлі [83], у п. «г» ст. 13 рекомендується звернутися із закликом до урядів держав-учасників заборонити все, що можна розглядати як небажане використання ембріона або плода, зокрема:

- імплантацію людського ембріона в матку іншої тварини або навпаки;
- злиття гамет людини з гаметами іншої тварини;
- створення ембріона зі сперми різних людей;
- з'єднання ембріонів або будь-яку іншу дію, яка може призвести до появи химер [83].

Цілковито доцільною видається норма, передбачена ст. 131 Кримінального (Пенітенціарного) кодексу Естонії «Неналежне поводження з людським ембріоном», у якій злочинним визначається екстракорпоральне створення людського ембріона, здійснене без мети перенесення ембріона в порожнину матки або поза установою, що має на те законне право, або особою, яка не має на те законного права, або екстракорпоральне зберігання людського ембріона в незамороженому виді понад встановленого законом строку, або здійснення угоди щодо людського ембріона у приватному порядку, що карається грошовим стягненням [73, с. 1141].

Законодавством України встановлені умови та порядок застосування штучного запліднення й імплантації ембріона (ембріонів) [74; 76; 86], однак жодний із вітчизняних нормативних актів, що стосуються цього питання, не містить інформації про конкретну відповідальність винних осіб за порушення зазначених умов та порядку.

Останньою в розд. 5 гл. 2 Кримінального (Пенітенціарного) кодексу Естонії стала ст. 132 «Незаконне сурогатне материнство», під яким розуміється перенесення чужої яйцеклітини або створеного з неї людського ембріона жінці, щодо якої відомо, що вона має намір після пологів відмовитися від розвиненої з ембріона дитини, що карається грошовим стягненням» [73, с. 1141].

Однак для України ця норма не є актуальною, оскільки, на відміну від Естонії, сурогатне (замінне) материнство в Україні дозволено, отже, законодавчо визначені умови та порядок застосування методу сурогатного материнства [74; 72].

Проведений аналіз законодавства країн романо-германської правової сім'ї дає можливість стверджувати, що вітчизняним законодавцем плід, що перебуває в утробі матері, незалежно від строку його розвитку розглядається як фізіологічна частина її організму, якою вона має право розпоряджатися за своїм розсудом. Це означає, що законодавець ставиться до ембріона як

до системи кліток, тканин і органів, що становлять частину жіночого організму, тобто, насамперед, як до якогось предмета (звідси впливає, що його можна продавати, знищувати тощо) [75; 76]. Якби законодавець ставився до ембріона як до суб'єкта праввідносин, визнавав його особливою, відособленою, самостійною частиною людини, що потребує захисту, то були б заборонені будь-які маніпуляції з ембріонами.

Але через те, що ненароджена дитина залежно від стадії розвитку являє собою або згусток людських тканин (ранній період ембріогенезу), або відособлену істоту, здатну жити поза організмом матері (починаючи із двадцять другого тижня), «зрівняти» їх у соціальному розумінні було б неправильно [84]. Тому розмежувальним строком (що розмежовує вбивство та незаконне проведення абортів), на нашу думку, може бути лише двадцять другий тиждень вагітності, тому що саме із цього моменту в акушерстві та гінекології аборт змінюється передчасними родами, викидень – життєздатним плодом, саме із цього моменту заборонене штучне переривання вагітності за соціальними показниками [85]. Уже починаючи із цього часу, за розвитком усіх органів і систем, плід здатний існувати поза утробою матері, і він повинен мати право на охорону його життя. На нашу думку, під час вирішення питання про початок людського життя необхідно виходити лише з медичних аргументів і висновків, які також свідчать на користь висловленої позиції.

Причиною таких змін стали досягнення в області сучасної медицини, які роблять можливим виживання плода на цій стадії розвитку. Можна припустити, що критерій життєздатності не є стабільним. Отже, зміни в законодавстві щодо охорони здоров'я у даному питанні будуть вирішальними щодо тлумачення ознаки «життєздатності» [84].

Юридичне визначення моменту народження дозволило б возз'єднати основи кримінально-правової охорони життя людини та виникнення права на життя, що в сукупності з істотним за останнє десятиліття скороченням соціальних показань для штучного переривання вагітності можна розглядати як позитивний крок законодавця у справі розширення інституту правової охорони права людини на життя.

Висновки

Отже, підбиваючи підсумок аналізу наявних позицій щодо життя людини та права на життя, уважаємо, що життя людини варто розглядати як природне поєднання її біофізіологічного існування із соціальним функціонуванням її особистості. У такому сенсі життя людини не є предметом правового регулювання, воно може виступати лише об'єктом правового захисту, зокрема і кримінально-правовими засобами.

Що ж до права на життя, то воно не означає саме життя, а є певною правовою формою, суб'єктивним правочином із формально-атрибутивними ознаками, які закріплені в Конституції України та міжнародно-правових актах.

Варто констатувати, що життя людини в Україні ще не одержало належної кримінально-правової охорони. На нашу думку, кримінальне законодавство України в цій частині потребує відповідного реформування. У Кримінальному кодексі України необхідно передбачити, що посягання на життя дитини за строків вагітності понад двадцять два тижні незалежно від його місця знаходження (усередині або поза тілом матері) є вбивством. До незаконного аборту треба відносити тільки випадки переривання вагітності за строку не більше двадцяти двох тижнів [38].

Список використаних джерел:

1. Конституція (Основний закон) Української Радянської Соціалістичної Республіки : Закон Української РСР від 20 квітня 1978 р. № 888-ІХ. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/888-09> (дата звернення: 30.03.2021).
2. Загальна декларація прав людини : Декларація Організації Об'єднаних Націй від 10 грудня 1948 р. *Офіційний вісник України*. 2008. № 93. Ст. 3103.
3. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права Організації Об'єднаних Націй від 16 грудня 1966 р. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_043 (дата звернення: 30.03.2021).
4. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод Ради Європи від 4 листопада 1950 р. Дата ратифікації Україною: 17 липня 1997 р.. Дата набрання чинності для України: 11 вересня 1997 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 30.03.2021).

5. Конвенція Співдружності Незалежних Держав про права та основні свободи людини від 26 травня 1995 р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/997_070 (дата звернення: 30.03.2021).

6. Бабаджанов И.Х. Жизнь человека как социальная ценность и право на жизнь. *Мир политики и социологии*. 2012. № 2. С. 25–34.

7. Конституция Республики Болгарии. *Конституции государств (стран) мира : Интернет-библиотека конституций Романа Пашкова*. URL: <http://worldconstitutions.ru/archives/120> (дата звернення: 30.03.2021).

8. Основной закон Федеративной Республики Германия. *Конституции государств (стран) мира : Интернет-библиотека конституций Романа Пашкова*. URL: <http://worldconstitutions.ru/archives/155> (дата звернення: 30.03.2021).

9. Конституция Республики Албания. *Конституции государств (стран) мира : Интернет-библиотека конституций Романа Пашкова*. URL: <http://worldconstitutions.ru/archives/104> (дата звернення: 30.03.2021).

10. Конституция Португальской Республики. *Конституции государств (стран) мира : Интернет-библиотека конституций Романа Пашкова*. URL: <http://worldconstitutions.ru/archives/141> (дата звернення: 30.03.2021).

11. Конституция Республики Хорватия. *Конституции государств (стран) мира : Интернет-библиотека конституций Романа Пашкова*. URL: <http://worldconstitutions.ru/archives/107> (дата звернення: 30.03.2021).

12. Конституция Республики Словении . *Конституции государств (стран) мира : Интернет-библиотека конституций Романа Пашкова*. URL: <http://worldconstitutions.ru/archives/109> (дата звернення: 30.03.2021).

13. Конституция Словацкой Республики. *Конституции государств (стран) мира : Интернет-библиотека конституций Романа Пашкова*. URL: <http://worldconstitutions.ru/archives/110> (дата звернення: 30.03.2021).

14. Конституция Чешской Республики. *Конституции государств (стран) мира : Интернет-библиотека конституций Романа Пашкова*. URL: <http://worldconstitutions.ru/archives/106/2> (дата звернення: 30.03.2021).

15. Конституція Іспанського Королівства. *Конституції государств (стран) мира: Интернет-библиотека конституций Романа Пашкова*. URL: <http://worldconstitutions.ru/archives/149> (дата звернення: 30.03.2021).

16. Декларація незалежності : Права Людини в Україні. *Інформаційний портал Харківської правозахисної групи* : вебсайт. URL: <http://www.khpg.org/index.php?id=946555693> (дата звернення: 30.03.2021).

17. Новгородцев П.И., Покровский И.А. О праве на существование : Социально-философские этюды. Москва ; Санкт-Петербург : Издание т-ва М.О. Вольф, 1911. 48 с.

18. Денисов А.И. Общая система социалистической демократии. Москва : Юрид. лит., 1975. 248 с.

19. Зайцева А.М. Жизнь человека как объект конституционно-правового регулирования : дис. ... канд. Юрид. наук: 12.00.02. Москва, 2009. 237 с.

20. Кримінальне право України : Особлива частина : підручник / за заг. ред. Є.Л. Стрельцова. Харків : Одиссей, 2009. 496 с.

21. «Неотъемлемые права» Декларации независимости. 230 лет США. Вашингтон, 2010. 24 с.

22. Романовский Г.Б. Гносеология права на жизнь. Санкт-Петербург : Юридический центр «Пресс», 2003. 370 с.

23. Шкурная Е.В. Жизнь как объект права : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Москва, 2010. 150 с.

24. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 30.03.2021).

25. Алексеев Н. Н. Основы философии права. Санкт-Петербург : Юридический ин-т, 1998. 256 с.

26. Стрельцов Є.Л. Реформа кримінального законодавства: осінні роздуми. Видавничий дім «Гельветика», 2019. 100 с.

27. Кримінальний кодекс України : Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 30.03.2021).

28. Уголовный кодекс Российской Федерации. Принят Государственной Думой РФ 24 мая 1996 г. *Собрание законодательства Российской Федерации*. 1996. № 25. Ст. 2954.

29. Дьяков С.В. Преступления против основ конституционного строя и безопасности государства : уголовно-

правовое и криминологическое исследование. Санкт-Петербург : Юрид. центр «Пресс», 2012. 267 с.

30. Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. Москва : ТК «Велби» ; изд-во «Проспект», 2006. 560 с.

31. Уголовный кодекс Голландии / науч. ред.: Б.В. Волженкин ; пер. с англ. : И.В. Миронова. 2-е изд. Санкт-Петербург : Юрид. центр «Пресс», 2001. 510 с.

32. Уголовный кодекс Японии. С изменениями и дополнениями на 1 января 2002 г. / науч. ред. : А.И. Коробеев ; пер. с японск. : В.Н. Еремин. Санкт-Петербург : Юрид. центр «Пресс», 2002. 226 с.

33. Наумов А.В. Российское уголовное право. Курс лекций : в 2-х т. Москва : Юрид. лит., 2004. Т. 2 : Особенная часть. 832 с.

34. Александрова А.С. Французский Уголовный кодекс 1810 г. Санкт-Петербург : Изд-во С.-Петербургского гос. ун-та, 2007. 46 с.

35. Кримінальний кодекс Французької Республіки / за ред. В.Л. Менчинського ; пер. укр. мов. К.І. Мазуренко. Київ : ОВК, 2017. 348 с.

36. Уголовный кодекс Швейцарии / науч. ред., предисл., пер. с нем. А.В. Серебrenниковой. 2-е изд. Санкт-Петербург : Юридический центр «Пресс», 2002. 348 с.

37. Кримінальний кодекс Королівства Іспанія / за ред. В.Л. Менчинського ; пер. укр. мов. О.В. Лішевської. Київ : ОВК, 2017. 284 с.

38. Сотула О.С. Кримінально-правова охорона життя людини в країнах романо-германської правової сім'ї: ретроспектива, компаративістика, моделювання : монографія. Харків, 2015. 429 с.

39. Декларація прав дитини : Резолюція Організації Об'єднаних націй від 20 листопада 1959 р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_384 (дата звернення: 30.03.2021).

40. Конвенція про права дитини : Конвенція Організації Об'єднаних націй від 20 листопада 1989 р. *Зібрання чинних міжнародних договорів України*. 1990. № 1. Ст. 205.

41. Всесвітня декларація про забезпечення виживання, захисту та розвитку дітей Організації Об'єднаних Націй від 30 вересня 1990 р. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_075 (дата звернення: 30.03.2021).

42. Бабаджанов И.Х. Государственная политика в области охраны права внутриутробного ребенка на жизнь :

законодавельство России, Республики Таджикистан и других стран. *Мир политики и социологии*. 2012. № 1. С. 40–53.

43. Декларація, прийнята в Осло, стосовно медичного аборту : Декларація Всесвітньої медичної асоціації від 1 серпня 1970 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/990_009 (дата звернення: 30.03.2021).

44. Dickson D. Europe Split on Embryo Research. *Science*. 1998. V. 242. № № 48–82. P. 1117–1118.

45. Медицина и права человека : Нормы и правила международного права, этики, католической, протестанской, иудейской, мусульманской и буддийской религиозной морали / пер. с фр. Г.В. Гаровникова ; ред. В.Д. Карпович. Москва : Прогресс-Интер, 1992. 214 с.

46. Сент-Роз Ж. Право и жизнь. *Вестник Московского университета. Серия 11 «Право»*. 2003. № 6. С. 56–69.

47. Конвенція про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини : Конвенція про права людини та біомедицину : Конвенція Ради Європи від 4 квітня 1997 р. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/994_334 (дата звернення: 30.03.2021).

48. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435–IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № № 40–44. Ст. 356.

49. Про охорону дитинства : Закон України від 26 квітня 2001 р. № 2402–III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 30. Ст. 142.

50. Мамчур В.М. Кримінальна відповідальність за умисне вбивство особи чи її близького родича у зв'язку з виконанням цією особою службового або громадського обов'язку : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2002. 207 с.

51. Бажанов М.И., Сташис В.В. Личность – под охраной уголовного закона. Симферополь : Таврия, 1996. 236 с.

52. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко та ін. ; за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-е вид., переробл. та доп. Київ : ВД «Дакор», 2018. 1360 с.

53. Жизиленко А.А. Преступления против личности. Москва : Юрлитиздат, 1927. 236 с.

54. Про затвердження Інструкції з визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвонародженості, Порядку реєстрації живонароджених і мертвонароджених : наказ Міністерства охорони здоров'я

України № 179 від 29 березня 2006 р. *Офіційний вісник України*. 2006. № 15. Ст. 1150.

55. Глушков В.А. Ответственность за преступления в области здравоохранения. Киев : Вища школа, 1987. 200 с.

56. Красиков А.Н. Уголовно-правовая охрана прав и свобод человека в России. Саратов : Полиграфист, 1996. 211 с.

57. Шаргородский М.Д. Преступления против жизни и здоровья. Москва : Юрид. изд-во Минюста СССР, 1947. 511 с.

58. Селихова О.Г. Конституционно-правовые проблемы осуществления права индивидов на свободу и личную неприкосновенность : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Екатеринбург, 2002. 23 с.

59. Беседкина Н.И. Конституционно-правовая защита прав неродившегося ребенка в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Москва, 2005. 23 с.

60. Ковлер А.И. Антропология права : учебник для вузов. Москва : Норма –Инфра-М, 2002. 480 с.

61. Орлеан А.М. Початок кримінально-правової охорони життя людини. *Вісник Академії правових наук України* : збірник наукових праць. 2012. № 4 (71). С. 299–307.

62. Крылова Н. Е. Ответственность за незаконное производство аборта и необходимость уголовно-правовой защиты «будущей» жизни. *Вестник Московского университета*. 2002. № 6. С. 38–53.

63. Шарапов Р.Д. Начало уголовно-правовой охраны жизни человека: опыт юридического анализа. *Уголовное право*. 2005. № 1. С. 75–77.

64. Попов А.Н. Убийства при отягчающих обстоятельствах. Санкт-Петербург : Юрид. центр «Пресс», 2003. 898 с.

65. Ярмыш Н.М. Содержание ст. 117 УК Украины как источник информации о начале жизни человека. *Становлення держави та права в умовах глобалізації: теоретичний і практичний аспект* : матеріали II Міжнародної наукової конференції, 24 лютого 2012 р. Ніжин : Вид. ПП Лисенко М.М., 2012. С. 462–463.

66. Куринов Б.А. Борьба с преступными посягательствами на личность в СССР. Москва : Правда, 1971. 112 с.

67. Уголовный кодекс Федеративной Республики Германии / науч. ред., вступ. ст. Д.А. Шестакова ; предисл. Г.-Г. Йешека ; пер. с нем. Н.С. Рачковой. Санкт-Петербург : Юридический центр «Пресс», 2003. 522 с.

68. Гиряева В.Н. 2004.02.038. Хеун В. Исследования эмбрионов и конституция: право эмбриона на жизнь и человеческое достоинство. Heun W. Embryonenforschung und verfassung: lebensrecht und menschenwuerde des embryos. *Juristen zeitung*. Tuebingen, 2002. № 11. S. 517–524. *Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. Серия 4 «Государство и право». Реферативный журнал*. 2004. № 2. С. 126–129.

69. Уголовный кодекс Австрии / науч. ред., вступ. ст. С.В. Милюкова ; предисл. Эрнста Ойгена Фабрици ; пер. с нем. Л.С. Вихровой. Санкт-Петербург : Юридический центр «Пресс», 2004. 550 с.

70. Уголовный кодекс Аргентины / науч. ред., вступ. ст. Ю.В. Голика ; пер. с исп. Л.Д. Ройзенгурта. Санкт-Петербург : Юридический центр «Пресс», 2003. 238 с.

71. Уголовный кодекс Бельгии / науч. ред., предисл. Н.И. Мацнева ; пер. с фр. Г.И. Мачковского. Санкт-Петербург : Юридический центр «Пресс», 2004. 559 с.

72. Уголовный кодекс Республики Сан-Марино / науч. ред., вступ. ст. С.В. Максимова ; пер. с ит. В.Г. Максимова. Санкт-Петербург : Юридический центр «Пресс», 2002. 251 с.

73. Уголовный (Пенитенциарный) кодекс Эстонской Республики. *Правовые акты Эстонии*. 2005. № 17. С. 1103–1220.

74. Сімейний кодекс України : Закон України від 10 січня 2002 р. № 2947–III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 21. Ст. 135.

75. Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні : наказ Міністерства охорони здоров'я від 9 вересня 2013 № 787. *Офіційний вісник України*. 2013. № 82. Ст. 3064.

76. Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19 листопада 1992 р. № 2801–XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 4. Ст. 19.

77. Уголовный кодекс Латвийской Республики. Принят 8 июля 1998 г. Введен в действие с 1 апреля 1999 г. С изменениями и дополнениями на 1 августа 2001 г. / науч. ред. : А.И. Лукашов ; пер. Э.А. Саркисова. Санкт-Петербург : Юрид. центр «Пресс», 2001. 313 с.

78. Уголовный кодекс Литовской Республики / науч. ред. В. Павилониса ; предисл. Н.И. Манцева ; вступ. ст. В. Павилониса,

А. Абрамовичюса, А. Дракшене ; пер. с лит. В.П. Казанскене. Санкт-Петербург : Юрид. центр «Пресс», 2003. 468 с.

79. Кримінальний кодекс Республіки Польща / за ред. В.Л. Менчинського ; пер. укр. мов. В.С. Станіч. Київ : ОВК, 2017. 138 с.

80. Кримінальний кодекс Республіки Узбекистан / за ред. В.Л. Менчинського ; пер. укр. мов. О.В. Іванов. Київ : ОВК, 2019. 194 с.

81. Кримінальний кодекс Республіки Білорусь, Кримінальний кодекс Республіки Молдова : збірник / за ред. В.Л. Менчинського ; пер. укр. мов. Т.В. Руденко. Київ : ОВК, 2016. 462 с.

82. Стволовые клетки химерных эмбрионов не будут использовать в лечении людей. *Московский городской Фонд ДНК-исследований*. URL: <http://dnk-gf.ru/newsline/big.php?num=3> (дата звернення: 12.04.2021).

83. Рекомендація 1046 (1986) щодо використання ембріонів та плодів людини для цілей діагностики, терапії, наукових досліджень, промислового використання та торгівлі : Рекомендації Ради Європи від 24 вересня 1986 р. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/994_070 (дата звернення: 12.04.2021).

84. Гергердт К.И. К вопросу о начале уголовно-правовой охраны человеческой жизни. *Научная библиотека Сибирского федерального университета*. URL: <http://library.krasu.ru/ft/ft/b72/0227142/pdf/10/50a.pdf> (дата звернення: 12.04.2021).

85. Про затвердження Порядку надання комплексної медичної допомоги вагітній жінці під час небажаної вагітності, форм первинної облікової документації та інструкцій щодо їх заповнення : наказ Міністерства охорони здоров'я від 24 травня 2013 № 423. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1095-13> (дата звернення: 12.04.2021).

86. Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні : наказ Міністерства охорони здоров'я від 9 вересня 2013 № 787. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13> (дата звернення: 12.04.2021).

Хоббі Ю. С.,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри державно-правових дисциплін
та публічного права

Донецького державного університету внутрішніх справ,
м. Маріуполь, Донецька область

СТАНОВЛЕННЯ ЧЕТВЕРТОГО ПОКОЛІННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ: ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ

Анотація. У статті аналізуються проблемні аспекти становлення та класифікації четвертого покоління прав людини. Висловлена думка, що класифікація за поколіннями прав людини є недоречною, оскільки всі права взаємопов'язані й доповнюють одне одного, по суті, більшість із них є природними, а науково-технічний прогрес їх модифікував і пристосував до реалій сьогодення. Тому пропонується застосовувати до деяких із них принцип динамічного й ефективного тлумачення, який використовується ЄСПЛ. Установлена неможливість надання правам четвертого покоління родової або класифікуючої назви, як, наприклад, солідарні права, через відсутність узгодженої позиції щодо їх переліку. Розглянуто різні класифікації четвертого покоління прав, на підставі чого встановлено, що одностайність науковців спостерігається щодо певних біологічних прав (право на смерть, зміну статі), тоді як сексуальні та віртуальні права визнаються не всіма. Підкреслюється, що нормативно-правова регламентація так званих біологічних прав можлива лише локально через складність досягнення консенсусу держав, що мають власні культурні й релігійні традиції.

Вступ

Принцип поваги до прав людини є нині ключовим у глобалізованому світі, оскільки ця категорія виведена з-під суто внутрішньої юрисдикції певної держави і є надбанням усього міжнародного співтовариства. У різні історичні періоди ставлення до прав людини, загалом до необхідності їх захисту було неоднаковим, починаючи з їх ігнорування загалом і закінчуючи

пильною увагою до їх захисту із залученням відповідних міжнародних механізмів і процедур. Саме забезпечення принципу поваги прав людини поряд із демократією та верховенством права є індикатором цивілізованої держави.

Права людини мають різну природу і є мінливою категорією, оскільки постійно видозмінюються й еволюціонують відповідно до науково-технічного прогресу та розвитку суспільства. Тому в науковій літературі вони систематизовані в теорію «трьох поколінь прав людини» згідно з етапами історичного розвитку. Проте сьогодні значні досягнення у сфері медицини та біотехнологій зумовили розвиток нових прав, які деякі вчені відносять до нового або четвертого покоління прав людини. Це вимагає перегляду чинної доктрини прав людини.

Становлення четвертого покоління прав людини та й узагалі класифікація за поколіннями є дуже дискусійним питанням, відносно якого серед науковців точаться дискусії. Прихильники виокремлення нового покоління прав спираються на досягнення науки й технологій, які подарували людству нові можливості, але чи доцільно ці можливості розглядати як нові права? Досі вони не дійшли згоди щодо родової назви цих прав і їх переліку. Послідовники іншої точки зору вважають, що поділ прав за поколіннями є неправильним і вносить плутанину в усталену класичну систему прав людини.

Незважаючи на велику кількість наукових робіт у цій сфері, немає єдиної думки щодо родової назви, класифікації прав людини за етапами історичного розвитку та природи прав четвертого покоління, що ставить питання про необхідність їх систематизації та подальшого наукового дослідження, яке має відбуватися в кількох напрямках: чи є нові можливості, зумовлені науково-технічним прогресом, новими правами; критерії розмежування цих прав від інших поколінь; доцільність їх нормативно-правової регламентації.

1. Проблеми становлення четвертого покоління прав людини

Обсяг прав людини та їх перелік завжди пов'язаний із певним етапом розвитку суспільства. Практичного значення класифікація основних прав набуває при розробці конституцій та інших нормативно-правових актів будь-якої держави, оскільки це сприяє їх забезпеченню та реалізації й може полегшити

узгодженість міжнародного співтовариства стосовно змістового наповнення цих прав.

Використання різних критерії зумовлює існування різноманітних підходів до класифікації прав людини. На думку С. Бахіна, існує офіційна класифікація прав і свобод людини, яка передбачена міжнародними договорами, і неофіційна, або доктринальна, яку проводять науковці [1, с. 42].

Офіційну, чи міжнародно-правову класифікацію прав людини пов'язують із правами, закріпленими в Загальній декларації прав людини 1948 р., Міжнародних пактах 1966 р., Європейській конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 р., Європейській соціальній хартії 1961 р. На основі цього виділяють політичні, громадянські, економічні, соціальні, культурні права (очевидно, критерієм попереднього поділу є сфера людського життя). Згадана класифікація обґрунтовано піддається критиці за її недосконалість через неможливість однозначно віднести певне право до конкретної категорії.

До доктринальної належить і класифікація, розроблена французьким науковцем Карелом Васаком, в основі якої лежить генераційний підхід [2, с. 160]. Цей поділ прав на три покоління передбачає, що перше покоління становлять громадянські й політичні права (їх ще називають природними правами), які склалися в період буржуазних революцій XVII–XVIII ст., друге покоління виникло як результат соціалістичних революцій XIX ст. – соціально-економічні та культурні права (позитивні права, реалізація яких зумовлена певними зобов'язаннями держави), третє, яке хронологічно відноситься до другої половини XX ст. (права народів), – колективні права, або солідарні.

До першого покоління прав людини відносять традиційні ліберальні права і свободи, з яких, власне, і починаються права людини в їх сучасному розумінні: право на життя, свободу від тортур, поведження або покарання, що принижує людську гідність, право на свободу, право власності, свобода думки і совісті, слова тощо [3, с. 10].

До другого покоління прав, ідея яких з'являється на початку й формується після соціалістичних революцій, належать соціальні, економічні, культурні права, або скорочено соціально-економічні права, пов'язані з добробутом людини, рівнем і якістю її життя. Вони відображені в Загальній декларації прав людини й більш детально розроблені та викладені в Міжнародному пакті про

економічні, соціальні і культурні права 1966 р.: право на працю, включаючи право на вибір сфери праці, право на відпочинок, на оплачувану відпустку, на освіту, медичне й соціальне забезпечення, соціальне страхування, захист материнства й дитинства тощо.

До колективних належать право народу на самовизначення, на мир, на самотність, на достойне існування, на національну й міжнародну безпеку, на розвиток, право народу вільно розпоряджатися своїми природними ресурсами тощо [3, с. 10]. Більшість із них закріплено в Декларації ООН щодо питань навколишнього середовища (Стокгольмська декларація) 1972 р., Декларації ООН про виховання народів у дусі миру 1978 р., Декларації ООН про право народів на мир 1984 р., Африканській хартії прав людини і народів 1986 р., Декларації ООН Ріо-де-Жанейро щодо навколишнього середовища та розвитку 1992 р. тощо.

Варто зазначити, що природа колективних прав також є дискусійною. Деякі науковці, наприклад, сам розробник цієї класифікації поколінь прав К. Васак до третього покоління відносив лише солідарні права, такі як право на розвиток, на мир, незалежність, самовизначення, територіальну цілісність, суверенітет, позбавлення від колоніальної залежності, на здорове навколишнє середовище, на спільне надбання людства, на комунікацію [4].

Інші вчені до цієї категорії також додають права окремих категорій осіб. Наприклад, С. Поленіна вважає, що третє покоління прав людини охоплює права (спеціальні права) тих категорій громадян (дітей, жінок, молоді, людей похилого віку, представників національних і расових меншин тощо), які через соціальні, політичні, фізіологічні й інші причини не мають рівних з іншими громадянами можливостей здійснення загальних для всіх людей прав і свобод, тому потребують підтримки й держави, і міжнародного співтовариства [5, с. 9].

Однак цей підхід розширеного тлумачення колективних прав може призвести до нівелювання ідеї природності прав, наданих кожній людині однаковою мірою незалежно від статі, раси, належності до будь-якої групи.

Така невизначеність суб'єкта цих прав і складність в окресленні осіб, що відповідальні за їх гарантування, зумовлена тим, що права третього покоління можуть бути реалізовані виключно завдяки спільним зусиллям усіх учасників публічних

відносин: фізичних осіб, юридичних осіб приватного та публічного права, держав і міжнародних організацій [6, с. 303].

Варто зазначити, що взагалі навколо класифікації К. Васака точаться дискусії стосовно змістового наповнення прав, що призводить до того, що одне й те саме право може належати до різних поколінь. Наприклад, право на мир, віднесене до третього покоління, обумовлює існування всіх інших прав (право на життя, свободу, соціально-культурні) і, відповідно, є запорукою їх реалізації. Як слушно зауважив І.Б. Іванків, право на мир належить різним поколінням людства, а не певній особі або спільноті [7, с. 56].

Наприклад, такі українські науковці, як В. Мицик і В. Буткевич, вважають цю класифікацію умовно виведеною, яка не відповідає практиці прийняття міжнародних договорів з прав людини [8].

Н. Мушак також зауважує, що поділяти права людини суто на три покоління неправильно, оскільки сама по собі концепція прав людини є динамічною, а такий поділ може послабити саму ідею фундаментальних права людини й увести додаткову плутанину в уже усталену систему прав людини [9, с. 29].

В умовах інтенсифікації глобалізаційних та інтеграційних процесів, науково-технічного прогресу в різних сферах суспільного життя перелік прав усе більш розширюється. Деякі вчені пропонують виділити четверте покоління прав людини.

Ще в 1996 р. О. Семітко запропонував виділити права четвертого покоління – біологічні, до яких він відніс права людини, пов'язані зі здійсненням абортів, евтаназії тощо [10, с. 207].

Інші автори називають їх соматичними правами (від грец. soma – тіло). Цей термін запропонував науковець В. Крусс, який визначає соматичні права як такі, що базуються на впевненості у праві людини самостійно розпоряджатися своїм тілом: здійснювати його модернізацію, реставрацію і навіть фундаментальну реконструкцію, змінювати функціональні можливості організму та розширювати їх техніко-агрегатними або медикаментозними засобами [11, с. 43].

Як ми бачимо, однакостайності серед науковців щодо виокремлення й назви четвертого покоління прав, як, наприклад, солідарні права, немає, як і не існує їх чіткого, загальноприйнятого переліку. Наприклад, Ю. Дмитрієв до четвертого покоління прав відносить лише інформаційні права й технології [12, с. 125]. А. Венгеро називає четверте покоління

правами людства: право на мир, на ядерну безпеку, космос, екологічні, інформаційні права тощо [13, с. 30]. А. Абашидзе, С. Глушкова виділяють соматичні права як права людини розпоряджатися своїм тілом (право на смерть, у сфері трансплантології, сексуальні та репродуктивні, на зміну статі) [14]. А. Ковлер, навпаки, відносить соматичні права до різновиду особистих (перше покоління) [15, с. 43].

Російський науковець С. Івентьєв узагалі пропонує виокремити ще й п'яте покоління прав людини – божественні та духовно-моральні права, до яких відносить право на життя, на повагу до духовної та моральної гідності, на творчість, вибір, свободу совісті й віросповідання, духовну освіту та виховання, заборону катувань і нелюдського поводження тощо, покликані захистити людину від неконтрольованого науково-технічного прогресу [16, с. 200–201]. Але ця позиція здається не обґрунтованою, з огляду на те що всі ці права вже отримали своє правове закріплення й відносяться до першого покоління.

При виокремленні четвертого покоління прав людини не можна не звернути увагу на обмеженість критерію такого виділення, як час появи. На нашу думку, доцільніше говорити про модернізацію вже чинних прав з урахуванням науково-технічного прогресу, оскільки всі права, які окремі вчені відносять до четвертого покоління, так чи інакше стосуються особистих прав. Тобто з погляду появи можливості реалізації цих прав їх можна зарахувати й до четвертого покоління, але з погляду змістового наповнення – до особистих прав, але в їх модернізованому вигляді.

Звісно деякі з цих прав, як евтаназія, вимагають додаткового міжнародно-правового врегулювання, особливо вважаючи на відсутність одностайності стосовно їх сутнісного наповнення, механізмів реалізації та відповідальності за порушення.

Наприклад, та сама евтаназія в певних видах дозволена лише в 10 країнах, а одностатеві шлюби в 28, в інших зі 193 державах-членах ООН вони або не передбачені, або прямо заборонені. Таким чином, ці права мають локальний, а не глобальний характер.

Тому чи варто говорити про саме появу принципово нової категорії прав? Наприклад, С. Несинова вважає, що вищезазначені права не можуть бути віднесені до поколінь прав людини, хоча за своєю суттю вони є унікальними й мають бути

відокремлені та визначені як біологічні (соматичні) права, але вони не можуть набути статусу нового, четвертого покоління прав людини. Біологічні права існують об'єктивно як наслідок факту народження або зачаття людини, відображають його конститутивні ознаки, спрямовані на задоволення потреб, без яких людина не в змозі нормально існувати й розвиватися, виходять з природи людини та покликані формувати й підтримувати в людині почуття власної гідності, неповторності, унікальності та індивідуальності [17, с. 40].

Ця точка зору заслуговує на увагу, оскільки біологічні права здебільшого є особистими, тобто наданими людині від природи, питання полягає лише в необхідності їх нормативно-правової регламентації, але однастайності тут немає. На нашу думку, варто звернутися до практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), який у діяльності з тлумачення Конвенції про основні права і свободи людини та громадянина 1950 р. виходить із принципу ефективного й динамічного тлумачення. Завдяки цьому правотлумачна діяльність ЄСПЛ стає способом не тільки забезпечення й захисту закріплених Конвенцією прав і свобод людини, а й засобом розширення прав і свобод людини та звуження правообмежувальних можливостей держави, що зумовлює розширення правозабезпечувальних обов'язків держави перед людиною. Крім того, принцип ефективного тлумачення дає змогу найкращим чином пристосувати положення Конвенції до соціальних умов, які постійно змінюються. Цей принцип обумовлює так звану «динамічну», або «еволюційну» інтерпретацію конвенційних норм, що застосовується ЄСПЛ [18, с. 134].

Так, суддя ЄСПЛ Дін Шпільман зазначає: «Очевидно, що суть прав і свобод, відображена в Конвенції, не висічена в камені на століття. Вона повинна еволюціонувати в гармонії з юридичним, соціальним і науковим прогресом. Така гнучка інтерпретація конвенції дає змогу збереженим у ній нормам відповідати потребам, які спричиняє складний процес розвитку європейських держав. Іншими словами, суд не може винаходити нові права. Його компетенція – лише модернізувати права, забезпечені Конвенцією та її протоколами» [19].

Як указує І. Суходубова, сутність динамічного тлумачення «полягає в тому, що суб'єкт інтерпретаційної діяльності адаптує правовий акт до тих змін, які відбуваються в суспільних

відносинах, адже тлумачення норми права не може постійно й назавжди зберігати лише той зміст, який був їй наданий у момент її прийняття» [20, с. 266].

Проблема в тому, що міжнародно-правову регламентацію отримали лише деякі із цих прав, а саме: клонування (Загальна декларація ЮНЕСКО про геном особи та права людини 1997 р., Конвенція про захист прав і гідності людини у зв'язку із застосуванням досягнень біології і медицини (Конвенція про права людини і біомедицину) 1997 р. та Додатковий Протокол до неї стосовно заборони клонування людських істот 1998 р., Декларація ООН про клонування людини 2005 р.) і трансплантація (Додатковий Протокол до Конвенції про права людини й біомедицину стосовно трансплантації органів і тканин людини 2002 р., Конвенція РЄ проти торгівлі органами людини 2015 р.).

Розглянемо застосування принципу динамічного тлумачення прав, які пропонують віднести до четвертого покоління, на прикладі евтаназії. Стосовно цього права ЄСПЛ уже започаткував практику на підставі тлумачення статті 2 Конвенції 1950 р. Так, Суд уважає, що зі статті 2 Конвенції неможливо вивести право на те, щоб померти як від рук третьої особи, так і за допомогою державного органу. У всіх справах, які він розглядав, Суд наголошував на зобов'язанні держави захищати життя (Pretty проти Сполученого Королівства, § 39).

У справі, яка стосувалася відмови з боку влади надати доступ до препаратів, які дали змогу психічно хворому пацієнту скоїти б самогубство, ЄСПЛ, нагадавши, що Конвенцію потрібно читати як одне ціле, вирішив за необхідне розглянути заяву на підставі статті 8 Конвенції, посилаючись на статтю 2. Суд вирішив, що останнє правове положення зобов'язує державну владу перешкоджати особі вкорочувати собі віку, якщо це рішення не ухвалено добровільно й із повним усвідомленням справи (Naas проти Швейцарії, § 54) [21].

Як ми бачимо, ЄСПЛ уже застосовує принцип динамічного ефективного тлумачення прав, які деякі вчені відносять до четвертого покоління. Можливо, і до більшості прав, які окремі вчені відносять до четвертого покоління, також доцільно застосовувати саме такий підхід, а не виділяти ці права в окрему категорію. Здебільшого всі вони відносяться до особистих і соціально-економічних прав.

2. Проблеми класифікації четвертого покоління прав людини

Окрім самого питання існування четвертого покоління прав людини, на окрему увагу заслуговує питання переліку та класифікації цих прав, оскільки це відіграє значну роль при їх подальшій правовій регламентації.

Наприклад, М. Лавриков до соматичних прав відносить право на смерть (евтаназія), права людини щодо її органів і тканин, сексуальні права, репродуктивні права позитивного (штучне запліднення) та негативного характеру (аборт, стерилізація, контрацепція), право на зміну статі. Під сексуальними розуміється можливість шукати, одержувати й передавати інформацію, що стосується сексуальності, сексуальна освіта, вступ у шлюб, вибір партнера, можливість вирішувати, бути людині сексуально активним чи ні, тощо [22, с. 25]

С. Несинова, навпаки, уважає, що сексуальні права людини не варто виділяти в категорії біологічних прав, а тим більш закріплювати на законодавчому рівні, тому що ці права існують у кожної особи, так би мовити, за умовчанням, тим більше сексуальні права включають права на легалізацію проституції та оборот порнографічної продукції, які в Україні заборонені Кримінальним кодексом (*та й у більшості держав – курсив наш*). У разі закріплення їх на законодавчому рівні мають застосовуватися державний примус і втручання державних органів, що є недоречним і безперспективним у цій сфері. Учена переконана, що стосовно сексуальних прав людини держава має захищати ті права, які збігаються з культурними та духовними цінностями певного суспільства й природно відображають розвиток суспільства, створюють умови гідної, правильно орієнтованої політики держави у цій сфері, а альтернативна поведінка (чи вибір у сексуальній сфері) – це власна справа кожного доти, поки це не завдає шкоди іншій людині, групі осіб, суспільству чи держави. У Цивільному кодексі України неодноразово згадуються моральні засади та цінності, інтереси суспільства тощо, що є ще одним обґрунтуванням такої позиції [17, с. 39]. Ми поділяємо цю точку зору, оскільки така фрагментація особистих прав здається хибною.

О. Аврамова й О. Жидкова до четвертого покоління прав людини зараховують більш розширений перелік прав: зміну статі, трансплантацію органів (на засадах законності, справедливості, моральності, добровільності), клонування,

використання віртуальної реальності, одностатеві шлюби, штучне запліднення, евтаназію, вільну від дитини сім'ю та незалежне від державного втручання життя за релігійними, моральними поглядами [23, с. 104].

І. Жаровська права четвертого покоління поділяє на дві групи. До першої групи, пов'язаної з розвитком біомедицини та біотехнологій, генетики, хімії, відносить право на смерть, право на використання репродуктивних технологій, право на аборт і стерилізацію, право на зміну статі, право на терапевтичне клонування, на трансплантацію, право на зміну зовнішності, право на розпорядження своїм тілом після смерті, сексуальні права. До другої групи – новітні права особи в інформаційній сфері [24, с. 23–24].

Н. Болібрух вважає, що до переліку прав четвертого покоління можна включити зміну статі (ЄСПЛ застосовував Європейську конвенцію про захист прав людини та основних свобод у низці важливих рішень, заявивши, що держави повинні надавати трансгендерам можливість пройти хірургічну операцію для повної зміни статі й гендеру та що така хірургічна операція повинна покриватися системою страхування, як «необхідне за медичними показаннями» лікування. Суд також постановив, що держави повинні визнавати зміну статі в документах, що засвідчують особу, трансплантацію органів, клонування, використання віртуальної реальності, одностатеві шлюби (Суд Європейського Союзу прирівняв одностатеві шлюби до традиційних, проте ЄСПЛ не зобов'язав держави-учасниці реєструвати їх), штучне запліднення, евтаназію (ЄСПЛ винесено низку рішень як про відмову в праві на гідну смерть, так і про визнання права на гідну смерть), вільну від дитини сім'ю, незалежне від державного втручання життя за релігійними, моральними поглядами, доступ до Інтернету (Організація Об'єднаних Націй Резолюцією від 3 червня 2011 р. визнала право на доступ до Інтернет одним із невід'ємних прав людини) тощо [25].

У свою чергу, Ю. Дмитрієв до четвертого покоління прав зараховує лише інформаційні права й технології [12, с. 125].

Д. Крилова також наголошує, що четверте покоління не обмежується суто біологічними/соматичними правами, оскільки вони не охоплюють доступ до Інтернету й використання віртуальні права. Ці два права хоча й схожі, але не тотожні. Різниця полягає в тому, що віртуальна реальність не обов'язково

споживається через доступ до глобальної мережі, тоді як користування мережею Інтернет – це також використання віртуальної реальності. Крім того, використання передбачає виконання дій протягом певного часу, тоді як під доступом мається на увазі сама можливість здійснити певні дії в мережі [26].

Варто згадати про ще про один вид прав, про які говорять юристи-міжнародники, – екологічні права. Н. Мушак із цього приводу зазначає, що нині немає спільної позиції щодо їх правової природи, походження, переліку та місця в системі міжнародно-визнаних прав людини. Міжнародною спільнотою досягнуто консенсусу лише з приводу чотирьох видів екологічних прав: право на навколишнє середовище, на доступ до екологічної інформації, на участь суспільства в прийнятті рішень з питань, які стосуються навколишнього середовища, на доступ до правосуддя із цих питань. Але сьогодні поряд із ними виділяють додаткові екологічні права, такі як право на здоров'я, право на доступ до питної води, право власності на природні ресурси. При цьому науковець наголошує на необхідності їх закріплення, як і будь-яких інших прав, що сприятиме розвитку в теорії міжнародного права й доктрини «четвертого покоління» (біологічних прав) і теорії «п'ять поколінь» (наприклад, екологічних прав) [9, с. 300]. З останнього твердження можна зробити висновок, що автор усе ж таки до четвертого покоління зараховує біологічні права, а екологічні – в перспективі можуть стати п'ятим поколінням.

У роботі Н. Басалюка та В. Таркіна наводиться цікава класифікація прав четвертого покоління. Так, категорію прав четвертого покоління можна поділити на, по-перше, біологічні права, що пов'язані з розвитком біотехнологій. Вивчення геному людини, генетичні маніпуляції, експерименти з людськими ембріонами, клонування, поява нових термінів («екстракорпоральне запліднення», «генетичний скринінг» тощо) поставили складні юридичні, етичні, моральні й релігійні питання. Це породило необхідність визначення прав, які забезпечуватимуть недоторканність і недоступність людського тіла з його генетичним типом. Зокрема, з'явилися такі права: право на генетичну ідентичність людини, а отже, право на заборону репродуктивного клонування; право людини на визначення меж втручання в генетичну систему клітин і тканин, підпорядковане медичним цілям (біопсія хоріону, амніоцентез

тощо); право на корекцію статевої належності; право бути донором органів і тканин тощо. До групи біологічних прав можна також віднести право на штучне переривання вагітності, право на смерть за допомогою евтаназії, право на збереження штучного життя мозку після смерті, право на стерилізацію.

По-друге, права людини за ознакою сексуальної орієнтації та сексуальної ідентичності. Перегони дискримінації – основна проблема, з якою стикаються трансгендери, транссексуали, інтерсексуали й сексуальні меншини в усьому світі. Тому захисні механізми спрямовані на заборону насильства (від словесних образ і до фізичного насильства), заборону дискримінаційних законів, що можуть використовуватися для переслідування осіб нетрадиційної сексуальної орієнтації чи обмеження їхніх прав на свободу мирних зборів та асоціацій, заборону примусового лікування осіб нетрадиційної сексуальної орієнтації.

На нашу думку, заборона дискримінації за будь-якою ознакою, зокрема ознакою статі, і так детально регламентована як на міжнародному, так і на національному рівнях, а тому недоцільно виділяти їх в окрему групу прав.

По-третє, інформаційні права, пов'язані з появою глобального інформаційного простору. Можна стверджувати, що правовий статус людини як суб'єкта інформаційних відносин ґрунтується на двох основних правах: 1) право вільно, безперешкодно, на власний розсуд бути суб'єктом інформаційних процесів, шукати, одержувати й поширювати інформацію (це право не пов'язане з територіальною юрисдикцією держави та не обмежується територіально державними кордонами); 2) право на захист від неправомірного інформаційного втручання, яке включає право на конфіденційність інформації про особисте життя, конфіденційність кореспонденції, захист від розповсюдження неправдивої інформації, що завдає шкоди честі й репутації особи [27, с. 34].

На нашу думку, якраз інформаційні або віртуальні права є менш спірними, оскільки є відображенням реалій сьогодення. Але право на доступ до Інтернету в епоху віртуальних технологій не можна вважати чимось новим, це те саме право на свободу слова, пристосоване під сучасні реалії, де майже всі сфери суспільного життя – робота, навчання, стосунки, фінанси, торгівля, відпочинок – перейшли до нового виміру, хоча варто зазначити, що в багатьох країнах, як і в Україні, ця сфера

недостатньо врегульована на законодавчому рівні й на міжнародному. Тому ми вважаємо, що ці права й акти щодо них мають бути переглянуті та ретельно досліджені як із теоретичної, так і з практичної точок зору.

Таким чином, можна стверджувати, що незалежно від прихильності до тієї чи іншої назви четвертого покоління прав майже одностайно до цієї категорії прав відноситься право на смерть, трансплантація, зміна статі, тобто так звані біологічні права. Однак погодимося з М. Тиріною, що не можна говорити, що такі права з'явилися тільки сьогодні, в умовах розвитку генетичних, медико-біологічних експериментів, що ці права притаманні безпосередньо людині нового покоління в сучасній державі. Навпаки, ці права належать до природних, ідея яких виникла в Голландії ще в XVIII ст. [28, с. 731].

Різноманітність поглядів свідчить про невизначеність світової юридичної науки щодо системи прав людини. Як слушно зазначає М. Тиріна, деякі із зазначених підходів є занадто вузькими, деякі – не відповідають сьогоднішнім умовам розвитку суспільства, інші – поєднують права третього покоління з четвертим. Тому вона пропонує як четверте покоління прав виділити біологічні права людини та громадянина [28, с. 730].

Можна погодитися з С. Несиною, яка зазначає, що, перш ніж говорити про нові права людини, необхідно повною мірою науково дослідити, як будуть відбиватися нові можливості людей, чи варто ці можливості називати правами людини, чи визнавати їх державою як найважливішу цінність, як це вплине на подальше існування та розвиток суспільства й людства загалом [17, с. 39].

Отже, усі права, які відносяться до першого, другого і третього поколінь, знайшли своє правове закріплення як на міжнародному, так і на державному рівнях тією чи іншою мірою. І дискусії стосовно їх переліку хоча й точаться, але не є критичними, відбуваються більше в науковій сфері, ніж у практичній площині. Якщо говорити про так зване четверте покоління прав людини, то більшість науковців усе ж таки поділяє думку його становлення, але кардинально розходяться в переліку цих прав, що є цілком природним, оскільки ці права знаходяться на стадії свого становлення й нормативно-правового закріплення. І хоча деякі з них, наприклад, інформаційні права, клонування, уже закріплено на міжнародному рівні, але або в обов'язкових актах, або локально. Тому ці права й акти щодо них мають бути переглянуті та ретельно

досліджені як із теоретичної, так і з практичної точок зору з урахуванням вимог сучасності.

Що стосується наміру нормативно-правової регламентації так званих біологічних прав, то тут складно досягти консенсусу через етичні, культурні, моральні й релігійні причини. Зокрема, право на клонування людини, уживання наркотичних і психотропних засобів прямо заборонено в більшості країн світу. До евтаназії, абортів і зміни статі негативно ставляться різні конфесії. Право розпоряджатися своїми органами і тканинами взагалі може призвести до торгівлі людьми й органами. Як слушно зауважив В. Сердуніч, якщо всі вказані права будуть визнані правомірними й нормативно регламентовані, це може призвести до пропаганди такої поведінки в суспільстві; на цьому можна заробляти великі гроші; звуження значення держави як організації суспільства; утрати моральних особливостей цивілізації як окремого своєрідного світового явища; законодавчого закріплення розриву між релігійною, моральною та правовою нормами, що може спричинити правовий нігілізм [29]. Дійсно, специфіка нового покоління прав у тому, що їх передчасна міжнародно-правова регламентація без ґрунтового всебічного дослідження може спричинити незворотні негативні наслідки для існування всього людства.

Висновки

Таким чином, можна констатувати, що питання становлення і змістового наповнення четвертого покоління прав людини є дискусійним. Це пов'язано як із критикою самої системи класифікації на підставі історичних етапів розвитку, так і з різноманітним думок учених із цього приводу.

Можна погодитися з думкою таких українських науковців, як В. Мицик і В. Буткевич, що ця класифікація є умовно виведеною та не відповідає практиці прийняття міжнародних договорів з прав людини. Така категорія, як права людини, є динамічною, чутливо реагує на зміни в суспільстві, пристосовується до потреб людини, тому класифікація за етапами історичного розвитку не є досконалою.

Звісно, певна класифікація прав потрібна, що полегшує їх нормативно-правове забезпечення й реалізацію, дасть змогу узгодити позицію міжнародного співтовариства стосовно змістового наповнення цих прав. Але тут вистачить і класичного

поділу прав за сферами суспільного життя. Це здається доречним і зважаючи на відсутність одностайності науковців щодо виокремлення та класифікації четвертого покоління прав.

Так, пропонуються такі назви прав, як біологічні, соматичні, віртуальні. Як ми бачимо, перелік прав, віднесених до четвертого покоління, також неоднорідний. Виокремлення сексуальних та інформаційних прав узагалі викликає сумніви через нерозривність їх із особистими правами, які притаманні людині від народження, а сучасні технології дали змогу лише розкрити ці права з нового ракурсу.

Таким чином, незалежно від прихильності до тієї чи іншої назви четвертого покоління прав майже одногосно до цієї категорії прав відноситься право на смерть, трансплантацію, зміну статі, тобто вузький перелік так званих біологічних прав. Розширення цих прав за рахунок сексуальних чи права на сім'ю без дитини вважається неправильним. Перш ніж говорити про появу революційно нових права людини, варто визначитися, чи варто нові можливості, які стали доступними завдяки науково-технічному прогресу називати правами людини, піддавати їх правовій регламентації та як це вплине на подальше існування й розвиток людства.

По суті, усі права, віднесені до четвертого покоління, окрім деяких біологічних, є модифікованим проявом особистих прав, закріплених у багатьох міжнародних правових актах. Тому доречним вважається застосування до деяких із цих прав принципу динамічного й ефективного тлумачення, який успішно використовує ЄСПЛ при розгляді справ і тлумаченні Конвенції, прийнятої більше ніж півстоліття тому! А відповідні міжнародні акти мають бути переглянуті та модифіковані з урахуванням викликів сучасності.

Звісно, ці права потребують подальших наукових досліджень, проте їх правова регламентація здається складним і тривалим процесом через етичні, культурні, моральні та релігійні причини. Специфіка нового покоління прав у тому, що їх міжнародно-правова регламентація може спричинити незворотні негативні наслідки для існування всього людства.

Список використаних джерел:

1. Бахин С.В. О классификации прав человека, провозглашённых в международных соглашениях. *Правоведение*. 1991. № 2. С. 41–51.

2. Капицын В.М. История, теория и защита прав человека : учебник. Москва : Московский университет потребительской кооперации, 2003. 260 с. С. 160.
3. Околіт Т. Класифікація прав людини та її критерії. *Юридичний вісник України*. 2002. № 52. С. 10.
4. Vasak K. Les problemes specifiques de la mise en oeuvre des droits economiques et sociaux de l'homme. *Louvain. Universite catholique de Centre d'etudes europeennes. Vers une protection efficace des droits economiques et sociaux. Deuxieme colloque de Departament des droits de l'homme*. Louvian, Vander, 1973. P. 11–34.
5. Поленина С.В. Права женщин в системе прав человека: международный и национальный аспект. Москва : Ин-т государства и права РАН, 2000. С. 9.
6. Vasak K. Les Differentes categories des droits de l'homme, in A. Lapeyre. *Les dimensions universelles des droits de l'homme*. 1990. Vol. 1. P. 303.
7. Іванків І.Б. Відмінні ознаки прав людини третього покоління. *Наукові записки НаУКМА*. 2016. Том 181. С. 54–57.
8. Буткевич В.Г. Класифікація прав людини. *Міжнародне право. Основні галузі*. Київ : Либідь, 2004. С. 206–208.
9. Мушак Н.Б. Концептуальні підходи до класифікації прав людини в умовах глобалізаційних процесів. *Часопис Київського університету права*. 2011. № 2. С. 298–301.
10. Корельський В.М. Теория государства и права : учебник для вузов / под ред. проф. В.М. Корельского и проф. В.Д. Первалова. Москва : НОРМА-ИНФРА-М, 2000. 616 с.
11. Крусс В.И. Личностные («соматические») права человека в конституционном и философско-правовом измерении: к постановке проблемы. *Государство и право*. Москва : Наука. 2000. № 10. С. 43–50.
12. Головистикова А.Н., Грудцына Л.Ю. Права человека : учебник. Москва : Эксмо, 2008. 327 с.
13. Венгеров А.Б. Теория государства и права : учебник для юридических вузов. Москва : Юриспруденция, 2000. 478 с.
14. Хажинський Р.М. Соматичні права людини: становлення та сучасний стан. *Право і суспільство*. 2015. № 6-2. С. 35–39. URL: http://pravoisuspilstvo.org.ua/archive/2015/6_2_2015/part_2/9.pdf.
15. Ковлер А.И. Антропология права : учебник. Москва, 2002. 480 с.

16. Ивентьев С.И. Классификация прав и свобод человека и гражданина. *Казанская наука*. 2010. № 3. С. 199–203.

17. Несинова С.В., Князева Ю.С. Нове покоління прав людини: сучасні проблеми класифікації. *Вісник Дніпропетровського університету імені Альфреда Нобеля. Серія «Юридичні науки»*. 2015. № 2 (7). С. 36–42.

18. Тлумачення та застосування Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод Європейським судом з прав людини та судами України : навчальний посібник / М.В. Мазур, С.Р. Тагієв, А.С. Беніцький, В.В. Костицький ; відп. ред. В.М. Карпунов. Луганськ : РВВ ЛДУВС, 2006. 600 с.

19. Лакеева Е. Правила жизни Дина Шпильмана. URL: <http://pravo.ru/story/view/102097/>.

20. Суходубова І.В. Динамічне тлумачення як засіб адаптації текстуальної форми законодавства до змін суспільних відносин. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*. 2014. № 2. С. 264–272.

21. Дроздов О., Дроздова О. Евтаназія у правовому вимірі: чи має людина право на самовизначення шляхом смерті. URL: <https://www.echr.com.ua/evtanaziya-u-pravovomu-vimiri-chi-maye-lyudina-pravo-na-samoviznachennya-shlyahom-smerti/#:~:text=Так%20активна%20евтаназія%20легалізована%20в,загально%20законодавства%20і%20судових%20прецедентів.>

22. Лаврик М.А. К теории соматических прав человека. *Сибирский юридический вестник*. Иркутск : Юридический институт ИГУ. 2005. № 3. С. 23–33.

23. Аврамова О., Жидкова О. Четверте покоління прав людини: постановка проблеми. *Право України*. 2010. № 2. С. 101–107.

24. Жаровська І.М. Четверте покоління прав людини: до проблем узагальненої класифікації. *Вісник Львівського торговельно-економічного університету. Серія «Юридичні науки»*. 2018. Вип. 7. С. 19–25.

25. Болібрух Н.Б. Класифікація прав людини за Карелом Васаком. URL: http://ena.lp.edu.ua:8080/bitstream/ntb/28029/1/042_160_163.pdf.

26. Крилова Д. Четверте покоління прав людини в контексті взаємозв'язку правових та моральних норм. *National law journal: theory and practice*. 2017. URL: <http://www.jurnaluljuridic.in.ua/archive/2017/2/6.pdf>.

27. Басалюк Н.В., Таркін В.П. Історія твориться сьогодні: становлення четвертого покоління прав людини. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2018. Випуск 1 (22). С. 33–37.

28. Тиріна М.. Покоління прав людини: проблеми сучасної класифікації. *Держава і право*. 2011. Випуск 52. С. 728–732.

29. Сердуніч В.К. Четверте покоління прав людини в контексті взаємозв'язку правових та моральних норм. *International Electronic Scientific Journal «Science Online»*. URL: <https://nauka-online.com/wp-content/uploads/2019/06/Serdunich.pdf>.

DOI <https://doi.org/10.36059/978-966-397-235-0-23>

Чеховська М. М.,

*доктор економічних наук, професор,
завідувач кафедри національної безпеки
Національної академії Служби безпеки України,
м. Київ*

Луценко Я. Л.,

*аспірантка кафедри національної безпеки
Національної академії Служби безпеки України,
м. Київ*

**ГАРАНТІЇ ДОТРИМАННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ
ПРИ ПРОВЕДЕННІ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВИХ
І КОНТРРОЗВІДУВАЛЬНИХ ЗАХОДІВ, ЩО ПОВ'ЯЗАНІ
ІЗ ВТРУЧАННЯМ У ПРИВАТНЕ СПІЛКУВАННЯ**

Анотація. У підрозділі монографії розглянуто питання щодо можливих шляхів вирішення важливого теоретико-правового завдання, яке, з одного боку, полягає в необхідності гарантування дотримання в діяльності правоохоронних органів та спеціальних служб основоположних прав людини, а з іншого – протидії злочинності, тероризму, розвідувально-підривній діяльності спеціальних служб іноземних держав, організацій, окремих груп і осіб із метою забезпечення захищеності суверенітету, територіальної цілісності України та безпеки особи, суспільства і держави. Аргументовано, що права людини не є абсолютними, в окремих випадках, визначених законом, можуть бути тимчасово обмежені з метою досягнення розумного балансу між інтересами людини, суспільства і держави. З'ясовано, що обмеження окремих прав людини має місце в разі проведення негласних оперативно-розшукових і контррозвідувальних заходів, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування, з метою вирішення завдань у сфері забезпечення громадського порядку, державної та національної безпеки України. Здійснено аналіз різновидів втручання у приватне спілкування, відомості про факт і методи проведення яких не підлягають розголошенню. Визначено сучасний стан правового регулювання порядку надання дозволу і проведення

зазначених негласних заходів, а також гарантій дотримання під час їх здійснення основоположних прав людини. Доведено, що тимчасове правомірне обмеження прав людини можливе лише у виняткових випадках та проводиться з дотриманням усіх належних правових процедур. У підсумку виділені окремі проблемні питання правового регулювання проведення негласних оперативно-розшукових і контррозвідувальних заходів, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування, та запропоновано шляхи їх вирішення, спрямовані на посилення гарантій дотримання прав людини під час їх здійснення.

Вступ

Права людини є невідчужуваними, неподільними, об'єктивно зумовленими і гарантованими державою можливостями індивіда мати і користуватися конкретними благами: соціальними, економічними, політичними, громадськими, особистими і культурними. Завдяки таким можливостям забезпечується вільний розвиток особистості, повага до людської гідності та гарантії особистої безпеки людини. Сучасна вітчизняна доктрина прав людини ґрунтується на тому, що такі права характеризують сферу самовизначення особистості, її автономію, певну незалежність і можливість вибору, надають стійкості розвитку суспільних відносин, визначають межі діяльності держави, запобігають її невиннованому втручанням до цієї сфери, встановлюють стандарт взаємин людини і держави та відповідальність останньої за її діяльність перед особистістю й суспільством [1, с. 7].

За будь-яких обставин, навіть у складні періоди розвитку держави, коли постає потреба невідкладно протидіяти реальним, а не потенційним загрозам державній і національній безпеці в політичній, економічній, військовій, соціальній, правоохоронній та інших сферах, її діяльність має базуватися на засадах того, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю. Основоположні права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності будь-якої демократичної, правової держави.

Положеннями міжнародних правових актів, Конституції та інших законів України передбачено, що обмеження прав людини не допускається, за винятком випадків, прямо передбачених

законом. Зокрема, тимчасове правомірне обмеження окремих прав людини можливе під час проведення негласних оперативно-розшукових та контррозвідувальних заходів (далі – ОРЗ і КРЗ), що пов'язані із втручанням у приватне спілкування, з метою запобігання вчиненню, припинення вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину, терористичних актів, інших посягань на державну безпеку України або отримання інформації в інтересах контррозвідки, якщо іншим способом одержати її неможливо.

Проте проведення таких негласних заходів, відомості про факт і методи яких не підлягають розголошенню, є предметом гострих дискусій у суспільстві, насамперед щодо гарантій законності й обсягу обмеження прав людини під час їх здійснення, необхідних і достатніх для досягнення розумного балансу між інтересами окремих осіб, суспільства і держави та вирішення важливих завдань у сфері забезпечення громадського порядку, державної та національної безпеки України. Зазначене актуалізувало тему даного дослідження та зумовило її вибір.

1. Мета, завдання, суб'єкти, правове регулювання та гарантії дотримання прав людини під час проведення оперативно-розшукових і контррозвідувальних заходів, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування

Відповідно до мети і завдань, визначених у законах України «Про оперативно-розшукову діяльність» та «Про контррозвідувальну діяльність» [2; 3], оперативні підрозділи та підрозділи, що здійснюють контррозвідувальну діяльність (далі – оперативні підрозділи), уповноважених правоохоронних органів і спеціальних служб захищають права людини, інтереси суспільства і держави, намагаються протидіяти росту злочинності, проявам тероризму й іншим протиправним посяганням передбаченими чинним законодавством негласними засобами, зокрема тими, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування, забезпечують максимальну ефективність виявлення і розкриття кримінальних правопорушень, розвідувальних, терористичних й інших посягань на державну і національну безпеку України на ранніх етапах їх підготовки і вчинення. Проте проведення негласних ОРЗ і КРЗ, що тимчасово обмежують гарантовані Конституцією України [4] та міжнародними нормативно-правовими актами [5; 6; 7; 8] права

людини, має здійснюватися відповідно до визначених законом підстав та належної правової процедури.

З набуттям чинності Кримінальним процесуальним кодексом (далі – КПК) України 2012 р. [9] вперше в історії вітчизняної юриспруденції спеціальні негласні заходи, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування особи, отримали у кримінальному провадженні назву негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НСРД), вичерпний перелік, процесуальний статус та законодавче визначення низки понять, що стосуються цієї проблематики. Водночас було внесено суттєві зміни в порядок надання дозволу та проведення відповідних негласних ОРЗ і КРЗ, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування. Спільною ознакою згаданих ОРЗ, КРЗ і НСРД є їхня спрямованість на вирішення поставлених перед цими окремими видами державної діяльності завдань. За допомогою притаманних їм сил і засобів оперативно-розшукова, контррозвідувальна і кримінальна процесуальна діяльність у підсумку підпорядковуються досягненню спільної мети, якою виступає гарантування державної безпеки України, наявного правопорядку та соціальної справедливості. Проте правове регулювання проведення цих заходів і дій, незважаючи на деяку уніфікованість (лат. *unus* – один, *facio* – роблю, об'єднання; приведення до єдиної форми або системи) норм, має свої відмінності. Особливо це стосується правової регламентації проведення негласних ОРЗ і КРЗ, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування, та необхідності дотримання під час конспіративного проведення цих заходів загальноновизнаних, гарантованих вітчизняним законодавством і нормами міжнародного права прав людини.

Виокремлення негласних ОРЗ і КРЗ, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування, в окрему групу з поміж інших схожих оперативних і контррозвідувальних заходів зумовлено тим, що таємниця такого спілкування, як частина приватного та сімейного життя особи, визнана і гарантована міжнародним правом, Конституцією й іншими законами України та є невід'ємною складовою частиною сучасного демократичного суспільства. Правове регулювання проведення таких заходів унормовано не лише у профільних законах, дещо перенасичених бланкетними (відсильні) нормами, і відомчих нормативно-правових актах, але й окремими положеннями кримінального

процесуального законодавства. Саме у КПК України наведено законодавче визначення термінів «спілкування», «приватне спілкування», «втручання у приватне спілкування», вичерпний перелік різновидів втручання у приватне спілкування (аудіо-, відеоконтроль особи; арешт, огляд і виїмка кореспонденції; зняття інформації із транспортних телекомунікаційних мереж; зняття інформації з електронних інформаційних систем), урегульовано порядок отримання дозволу на таке втручання та деякі інші питання (гл. 21 КПК України), що є спільним як для НСРД, які здійснюються під час кримінального провадження, так і для заходів, що проводяться в межах оперативно-розшукової та контррозвідувальної діяльності (далі – ОРД і КРД). Відмінності між ОРЗ, КРЗ та НСРД, а також між негласними ОРЗ і КРЗ, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування, в основному стосуються мети проведення таких заходів, суб'єкта ініціювання і проведення, обґрунтування клопотання про проведення й підстав для його задоволення слідчим суддею, використання отриманих результатів та інших питань, зумовлених специфікою мети їх здійснення.

Відповідно до п. п. 9, 10 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» оперативним підрозділам для виконання завдань ОРД, за наявності передбачених ст. 6 цього Закону підстав, надається право здійснювати аудіо-, відеоконтроль особи, зняття інформації із транспортних телекомунікаційних мереж та електронних інформаційних систем згідно з положеннями ст. ст. 260, 263–265 КПК України, та накладати арешт на кореспонденцію, здійснювати її огляд та виїмку в порядку, передбаченому ст. ст. 261, 262 КПК України.

Завданням ОРД є пошук і фіксація фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб та груп, відповідальність за які передбачена Кримінальним кодексом (далі – КК) України [10], розвідувально-підривною діяльністю спеціальних служб іноземних держав і організацій із метою припинення правопорушень та в інтересах кримінального судочинства, а також отримання інформації в інтересах безпеки громадян, суспільства і держави, а вичерпний перелік підстав для проведення цієї діяльності та відповідних ОРЗ наведено в ч. 1 ст. 6 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність».

Суб'єктами здійснення ОРД та відповідних ОРЗ, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування, є уповноважені оперативні

підрозділи Національної поліції, Державного бюро розслідувань, Служби безпеки України, Служби зовнішньої розвідки України, Державної прикордонної служби України, Управління державної охорони, органів доходів і зборів, органів і установ виконання покарань та слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України, розвідувального органу Міністерства оборони України та Національного антикорупційного бюро України, вичерпний перелік яких наведено в ч. 1 ст. 5 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність».

Згідно з п. 6 ч. 2 ст. 7 Закону України «Про контррозвідувальну діяльність», для виконання визначених законом завдань та за наявності підстав, передбачених ст. 6 цього Закону, під час КРД органи, підрозділи та співробітники Служби безпеки (далі – СБ) України мають право суто з метою запобігання, своєчасного виявлення і припинення розвідувальних, терористичних та інших посягань на державну безпеку України, отримання інформації в інтересах контррозвідки здійснювати на підставі відповідної контррозвідувальної справи, за ухвалою слідчого судді, постановленою за клопотанням керівника відповідного оперативного підрозділу або його заступника, погодженим прокурором, заходи, визначені ч. 3 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», зокрема й щодо втручання у приватне спілкування.

Завданням КРД є добування, аналітична обробка та використання інформації, що містить ознаки або факти розвідувальної, терористичної й іншої протиправної діяльності, протидія переліченим видам діяльності спеціальних служб іноземних держав, організацій, окремих груп та осіб на шкоду державній безпеці України, розроблення і реалізація заходів щодо запобігання, усунення і нейтралізації загроз інтересам держави, суспільства і правам громадян, а вичерпний перелік підстав щодо проведення цієї діяльності та відповідних КРЗ визначений у ч. ч. 1, 2 ст. 6 Закону України «Про контррозвідувальну діяльність».

Спеціально уповноваженим суб'єктом у сфері КРД є Служба безпеки України, а розвідувальні органи України, підрозділи гарантування внутрішньої і власної безпеки Державної прикордонної служби України й Управління державної охорони України мають право проводити окремі КРЗ в інтересах забезпечення охорони державного кордону України, посадових

осіб, стосовно яких здійснюється державна охорона, а також гарантування безпеки своїх сил, засобів, інформаційних систем і оперативних обліків (ч. ч. 1, 2 ст. 5 Закону України «Про контррозвідувальну діяльність»).

У контексті співвідношення ОРД та КРД зазначимо, що вони є самостійними видами державної діяльності уповноважених законом суб'єктів, правове регулювання яких унормоване окремими профільними законодавчими актами, що визначають завдання, систему сил і засобів, коло уповноважених суб'єктів, загальні питання порядку надання дозволу та здійснення відповідних заходів в інтересах того чи іншого виду діяльності. Так, негласні ОРЗ і КРЗ, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування, здійснюються з метою запобігання вчиненню тяжкого або особливо тяжкого злочину, запобігання терористичним актам, припинення терористичних актів та інших посягань спеціальних служб іноземних держав і організацій, якщо іншим способом одержати інформацію неможливо (ч. 3 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»), а також із метою запобігання, своєчасного виявлення і припинення розвідувальних, терористичних та інших посягань на державну безпеку України й отримання інформації в інтересах контррозвідки (п. 6 ч. 2 ст. 7 Закону України «Про контррозвідувальну діяльність»).

Відповідно до ч. 3 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» негласні ОРЗ і КРЗ, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування, проводяться в межах оперативно-розшукової або контррозвідувальної справи на підставі ухвали слідчого судді, постановленої за вмотивованим клопотанням керівника оперативного підрозділу або його заступника, погодженого із прокурором. Такі заходи мають пізнавальну спрямованість, тимчасово обмежують права людини та проводяться приховано, з використанням форм і методів, властивих ОРД і КРД, відомості про які, а також отримані результати, згідно з п. 4 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про державну таємницю» та п. п. 4.4.3, 4.4.4, 4.4.9 Зводу відомостей, що становлять державну таємницю, затвердженого наказом Центрального управління СБ України від 23 грудня 2020 р. № 383, становлять державну таємницю [11; 12]. Зважаючи на це, безпосередній порядок їх здійснення унормовано у відомчих нормативно-правових актах, що мають гриф секретності.

Інформація, отримана під час проведення ОРЗ або КРЗ, може використовуватися у встановленому законом порядку лише з тією метою, якою обґрунтовано втручання у приватне спілкування під час здійснення таких заходів, а та, що не стосується цієї мети та не містить відомості про вчинення кримінального правопорушення, зокрема щодо особистого життя, честі й гідності людини тощо, підлягає знищенню. Відомості щодо підготовки до терористичних актів чи їх учинення окремими особами та групами осіб зберігаються до 5 років.

Для одержання інформації під час проведення ОРЗ та КРЗ, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування, забороняється застосовувати технічні засоби, психотропні, хімічні й інші речовини, які пригнічують волю або завдають шкоди здоров'ю людей. У разі порушення прав і свобод людини під час здійснення ОРД, а також у разі, якщо причетність до правопорушення особи, щодо якої здійснювалися відповідні ОРЗ, не підтвердилась, уповноважені на то суб'єкти зобов'язані невідкладно поновити порушені права і відшкодувати заподіяні матеріальні та моральні збитки в повному обсязі.

Гарантії законності та дотримання прав людини під час здійснення ОРД унормовано у ст. 9 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», де зазначається, що громадяни України й інші особи мають право у встановленому законом порядку одержати від органів, уповноважених проводити таку діяльність, письмове пояснення щодо обмеження їхніх прав і свобод та оскаржити ці дії. Водночас оприлюднювати або надавати зібрані відомості, а також інформацію щодо проведення або не проведення стосовно певної особи ОРД до ухвалення рішення за результатами такої діяльності заборонено. Не підлягають передачі і розголошенню результати ОРД, які відповідно до законодавства України становлять державну таємницю, а також відомості, що стосуються особистого життя, честі, гідності людини. За передачу і розголошення цих відомостей уповноважені суб'єкти підлягають відповідальності згідно із чинним законодавством, крім випадків розголошення інформації про незаконні дії, що порушують права людини.

Відповідно до ст. 11 Закону «Про контррозвідальну діяльність» держава гарантує дотримання конституційних прав і свобод людини під час здійснення КРД та недопущення їх обмеження, крім випадків, передбачених законом. Не підлягає

розголошенню інформація, що стосується особистого життя, честі та гідності людини, яка стала відома під час проведення КРД, а громадяни у встановленому законом порядку мають право отримувати письмові пояснення щодо обмеження у процесі її здійснення їхніх прав і свобод та оскаржувати ці дії.

Згідно з Конституцією, іншими законами України й підзаконними нормативно-правовими актами нагляд за дотриманням законів під час проведення ОРЗ і КРЗ, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування, здійснюється Генеральним прокурором і уповноваженими ним прокурорами, судовий контроль – слідчими суддями, за законністю й обґрунтованістю клопотання про надання дозволу на їх здійснення та правомірністю тимчасового обмеження прав людини, відомчий контроль – керівниками відповідних органів і оперативних підрозділів, уповноважених на проведення таких заходів. Проте чинна система нагляду та контролю за діяльністю в цій сфері не усуває досить високу ймовірність можливого порушення прав людини, що зумовлено віднесенням інформації про форми, методи і результати здійснення негласних ОРЗ і КРЗ, пов'язаних із втручанням у приватне спілкування, до державної таємниці та наявністю окремих правових колізій і недоліків порядку розсекречування таких відомостей. Зазначене ускладнює реалізацію на практиці визначених законодавством прав осіб на отримання відповідних пояснень стосовно тимчасового обмеження їхніх прав, поновлення порушених прав та відшкодування завданих матеріальних і моральних збитків, залишаючи їх переважно декларативними.

Підсумовуючи викладене, констатуємо, що правове регулювання проведення ОРЗ і КРЗ, зокрема тих, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування, а також гарантії дотримання під час їх здійснення прав людини потребують удосконалення. Вирішити це доцільно шляхом ухвалення нових профільних законів, що дозволить усунути регулювання кримінальними процесуальними нормами порядку організації і проведення ОРЗ та поширення на КРД правових положень ОРД і КПК України, оскільки це переводить контррозвідку у площину правоохоронної діяльності. Помилковість такого підходу аргументовано довів В.О. Ходанович, стверджуючи, що розвідувально-підривна діяльність спеціальних служб іноземних держав і організацій, на відміну від злочинної діяльності, яка

зазвичай припиняється із затриманням осіб, що вчинили кримінальні правопорушення, є перманентною і продовжується незалежно від затримання чи ліквідації осіб, причетних до проведення розвідувально-підривних акцій. Зазначене потребує дещо інших підходів, ніж у сфері оперативно-розшукової та кримінальної процесуальної діяльності, до унормування правового регулювання проведення як КРД узагалі, так і окремих КРЗ зокрема [13, с. 224].

2. Права людини, які тимчасово обмежуються в разі проведення оперативно-розшукових і контррозвідувальних заходів, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування, відповідальність за порушення в цій сфері, відшкодування завданих збитків та поновлення порушених прав

З'ясування обсягу прав людини, які обмежуються під час проведення ОРЗ і КРЗ, пов'язаних із втручанням у приватне спілкування, потребує встановлення характерних ознак, особливостей здійснення та призначення цих заходів, що становлять їх сутність і зміст.

Так, аудіо-, відеоконтроль особи полягає в негласній фіксації та обробці з використанням технічних засобів розмови особи або інших звуків, рухів і дій, пов'язаних з її діяльністю або місцем перебування – у житлі, іншому володінні особи або інших приміщеннях чи транспортних засобах.

Накладення арешту на кореспонденцію, її огляд і виїмка полягають, відповідно, у забороні установам зв'язку вручення кореспонденції адресату, відкритті й огляді затриманої кореспонденції, на яку накладено арешт, її виїмки або зняття копії чи отриманні зразків, нанесенні на виявлені речі і документи спеціальних позначок, обладнанні їх технічними засобами контролю, заміні речей і речовин, що становлять загрозу для оточення чи заборонені у вільному обігу, на їх безпечні аналоги.

Зняття інформації із транспортних телекомунікаційних мереж полягає в негласному проведенні, із застосуванням технічних засобів, спостереження, відбору та фіксації змісту інформації, яка передається особою, а також одержанні, перетворенні і фіксації різних видів сигналів, що передаються каналами зв'язку (знаки, сигнали, письмовий текст, зображення, звуки, повідомлення будь-якого виду). Зняття інформації із транспортних телекомунікаційних мереж поділяється на:

- контроль за телефонними розмовами, який полягає в негласному проведенні із застосуванням відповідних технічних засобів, зокрема й установлених на транспортних телекомунікаційних мережах, спостереження, відбору та фіксації змісту телефонних розмов, іншої інформації та сигналів (SMS, MMS, факсимільний, модемний зв'язок тощо), які передаються телефонним каналом зв'язку, що контролюється;

- зняття інформації з каналів зв'язку, що полягає в негласному одержанні, перетворенні і фіксації із застосуванням технічних засобів, зокрема й установлених на транспортних телекомунікаційних мережах, у відповідній формі різних видів сигналів, які передаються каналами зв'язку мережі Інтернет, інших мереж передачі даних, що контролюються.

Зняття інформації з електронних інформаційних систем без відома її власника, володільця або утримувача полягає в одержанні інформації, зокрема й із застосуванням технічного обладнання, яка міститься в електронно-обчислювальних машинах (комп'ютер), автоматичних системах, комп'ютерній мережі.

Спільною ознакою цих заходів є здійснення негласного контролю за діями окремих осіб із застосуванням технічних засобів для спостереження або контролю за інформацією, що передається каналами телекомунікаційного, телеграфно-поштового, комп'ютерного зв'язку, шляхом негласного проникнення до публічно недоступних місць, житла й іншого володіння особи, до комп'ютерів чи автоматизованих систем, доступ до яких обмежено, з метою вирішення завдань ОРД та КРД. Проводяться вони протягом чітко визначеного проміжку часу, що зазначається в ухвалі слідчого судді, який надав дозвіл на їх здійснення.

Викладене дозволяє дійти висновку, що під час проведення ОРЗ і КРЗ, пов'язаних із втручанням у приватне спілкування, відбувається правомірне обмеження прав людини, які стосуються недоторканності житла, невтручання в особисте (приватне) і сімейне життя та таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної й іншої кореспонденції.

Недоторканність житла чи іншого володіння особи передбачає недопустимість проникнення до нього інакше, як за вмотивованим рішенням суду. Мається на увазі не лише недопустимість входження до нього попри волю особи, але й інші

форми отримання інформації про те, що відбувається у приміщенні, наприклад, за допомогою технічних засобів, завдяки яким здійснюється аудіо-, відеоконтроль особи.

Під поняттям «житло» розуміється будь-яке приміщення, призначене чи прилаштоване для постійного чи тимчасового проживання фізичних осіб. Цим поняттям охоплюються будинки, квартири, службові квартири, садиби, жилі кімнати, кухні, прибудови, кімнати в готелях, гуртожитках, санаторіях і будинках відпочинку, палати в лікарні, каюти на пароплаві, купе у вагоні тощо. Гарантії недоторканості житла не поширюються на службові приміщення, камери у слідчих ізоляторах, установах виконання покарань тощо, оскільки щодо цих категорій приміщень передбачено спеціальний правовий режим.

Повага до приватного і сімейного життя передбачає наявність вільної від зовнішнього соціального чи правового регулювання неpubлічної сфери життєдіяльності людини, її можливості жити відповідно зі своїми бажаннями, які не мають явно суперечити суспільним інтересам, нормам права і моралі, прийнятим у суспільстві, що не підлягає будь-яким формам протизаконного контролю і втручання з боку держави, яка має гарантувати її захист від такого втручання з боку інших осіб, державних органів чи інститутів громадянського суспільства.

Гарантування таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції передбачає заборону для будь-кого без згоди особи, яка надсилає або одержує листи, спілкується по телефону, телеграфом або за допомогою інших засобів електричного і поштового зв'язку, знайомитися з її листуванням чи іншою кореспонденцією, прослуховувати телефонні розмови тощо, а також розголошувати їхній зміст або факт листування, телефонної розмови, відправлення чи отримання телеграм, повідомлень та іншої кореспонденції.

Вимоги щодо гарантування дотримання прав людини у сфері недоторканості житла, поваги до приватного і сімейного життя, таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, які саме обмежуються під час проведення відповідних ОРЗ і КРЗ, а також можливість їх тимчасового обмеження передбачені в міжнародних правових актах, Конституції й інших законах України.

Так, згідно зі ст. 12 Загальної декларації прав людини 1948 р., ніхто не може зазнавати безпідставного втручання в його

особисте й сімейне життя, посягання на недоторканність житла і таємницю кореспонденції, кожна людина має право на захист закону від такого втручання або таких посягань. У ч. ч. 1, 2 ст. 29 цієї Декларації зазначається, що людина має обов'язки перед суспільством, а тому під час здійснення своїх прав може зазнавати тільки таких обмежень, які встановлені законом виключно з метою забезпечення належного визнання і поваги прав і свобод інших та забезпечення справедливих вимог моралі, громадського порядку і загального добробуту в демократичному суспільстві.

У ч. ч. 1, 2 ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. унормована вимога щодо права на повагу до приватного і сімейного життя, житла та кореспонденції. Органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я, моралі та прав і свобод інших осіб.

Положенням ст. 17 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права 1966 р. забороняється свавільне чи незаконне втручання в особисте і сімейне життя людини, посягання на недоторканність житла, таємницю її кореспонденції, оскільки кожна особа має право на захист закону від такого втручання чи таких посягань. Водночас у ч. 3 ст. 12 цього Пакту зазначається, що згадані в ньому права не можуть бути об'єктом жодних обмежень, крім тих, що передбачено законом, які є необхідними для охорони державної безпеки, громадського порядку, здоров'я чи моральності населення або прав та свобод інших осіб.

У ст. 30 Конституції України зазначено, що кожному гарантується недоторканність житла, а у ст. 31 – таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. Винятки можуть бути встановлені лише судом у випадках, передбачених законом, з метою запобігання злочинів чи з'ясування істини під час розслідування кримінального провадження, якщо іншим способом одержати інформацію неможливо. Норма ст. 32 Конституції України гарантує, що ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Основним законом.

Положення згаданих міжнародних правових актів та Конституції України щодо гарантування дотримання прав людини під час проведення відповідних ОРЗ і КРЗ, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування, конкретизовані в галузевому законодавстві – законах України «Про оперативнорозшукову діяльність» та «Про контррозвідувальну діяльність». Результати їх узагальнення зводяться до таких загальних вимог: відповідності ступеня цих заходів суспільній небезпеці злочинних посягань та загроз інтересам суспільства і держави; заборони їх проведення поза межами оперативнорозшукових і контррозвідувальних справ; цільового використання отриманої інформації та заборони розголошення відомостей щодо особистого життя, честі й гідності людини, яка стала відома під час проведення таких заходів; підконтрольності та підзвітності суб'єктів їх здійснення; обов'язку надання письмових пояснень щодо обмеження прав осіб; невідкладного поновлення порушених прав і відшкодування завданих матеріальних та моральних збитків у повному обсязі.

Зважаючи на те, що під час проведення відповідних ОРЗ і КРЗ має місце втручання в особисте (приватне) і сімейне життя, порушення недоторканності житла та таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної й іншої кореспонденції, надзвичайно важливо, щоб такі обмеження проводилося належними суб'єктами відповідно до вимог чинного законодавства. Будь-яке істотне порушення зазначених прав людини, спричинене незаконними діями суб'єктів їх проведення, має наслідком притягнення винної службової особи до відповідного виду відповідальності (кримінальна, адміністративна, дисциплінарна або цивільно-правова), відшкодування завданих збитків та поновлення порушених прав особи.

З огляду на предмет розгляду виокремимо такі основні різновиди кримінальних правопорушень, що вчиняються в цій сфері: порушення недоторканності житла (ст. 163 КК України); порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер (ст. 163 КК України); порушення недоторканності приватного життя (ст. 182 КК України); розголошення державної таємниці (ст. 328 КК України); незаконні придбання, збут або використання спеціальних технічних засобів отримання інформації (ст. 359 КК України);

зловживання владою або службовим становищем (ст. 364 КК України); перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу (ст. 365 КК України); розголошення даних оперативно-розшукової діяльності, досудового розслідування (ст. 387 КК України). У разі, якщо вчинене правопорушення, наслідком якого є порушення прав людини, не містить складу кримінального правопорушення, особа може бути притягнута до іншого виду юридичної відповідальності.

Завдана особі матеріальна та/або моральна шкода під час проведення ОРЗ і КРЗ, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування, підлягає відшкодуванню коштом Державного бюджету України в повному обсязі, незалежно від вини посадових і службових осіб, що їх здійснювали. Таке положення цілком відповідає ст. 56 Конституції України, згідно з якою кожен має право на відшкодування коштом держави чи органів місцевого самоврядування матеріальних і моральних збитків, завданих незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб під час здійснення ними своїх повноважень.

Можливість компенсування шкоди, завданої під час проведення ОРЗ і КРЗ, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування, передбачена також Законом України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду», ст. 1176 ЦК України й іншими нормативно-правовими актами [14; 15]. Під час вирішення цього питання важливим є з'ясування розміру завданої шкоди (збитків), протиправної поведінки особи або осіб, що її заподіяли, а також наявність причинного зв'язку між шкодою, протиправною поведінкою та проведенням ОРЗ або КРЗ, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування.

Компенсування моральної шкоди проводиться в разі, коли такі протиправні дії призвели до моральних втрат особи, наприклад порушили її нормальні життєві зв'язки, що вимагає від неї додаткових зусиль для організації повсякденного, звичайного життя. Моральною шкодою визнаються страждання, завдані особі внаслідок фізичного чи психічного впливу, що призвело до погіршення або позбавлення можливостей

реалізації нею своїх звичок і бажань, погіршення відносин з оточенням, інших негативних наслідків морального характеру.

У разі порушення прав людини під час проведення відповідних ОРЗ і КРЗ, а також у разі, якщо причетність особи до протиправної діяльності, щодо якої здійснювалися зазначені заходи, не підтвердилася, уповноважені суб'єкти зобов'язані невідкладно поновити порушені права. Проте питання щодо такого поновлення в кожному конкретному випадку вирішуються індивідуально, залежно від обставин і обсягу порушених прав.

Висновки

У результаті проведеного дослідження з'ясовано, що сучасний стан правового регулювання проведення ОРЗ і КРЗ, пов'язаних із втручанням у приватне спілкування, та гарантування дотримання прав людини під час їх здійснення загалом відповідає міжнародним стандартам, вимогам Конституції й інших законів України.

Проте у практичній площині реалізація передбачених законодавством прав осіб на отримання відповідних пояснень щодо тимчасового обмеження їхніх прав, поновлення порушених прав та відшкодування завданих матеріальних і моральних збитків (шкоди) ускладнена тим, що відомості про факт, форми, методи і результати таких заходів віднесені до державної таємниці. Зважаючи на викладене, порядок розсекречування таких відомостей потребує вдосконалення для досягнення розумного балансу між інтересами окремих осіб, суспільства і держави.

Не досить унормованим є чинний порядок відшкодування збитків, завданих особі під час проведення ОРД, КРД та здійснення відповідних заходів, а також поновлення порушених прав, що обтяжує на практиці можливість отримання такого відшкодування і поновлення прав.

Одним із шляхів вирішення окреслених та інших проблемних питань у цій сфері є розроблення й ухвалення нової редакції законів України «Про оперативно-розшукову діяльність» та «Про контррозвідувальну діяльність». Убачається, що це сприятиме розмежуванню цих видів державної діяльності, більш чіткому унормуванню визначення понять і термінів, що вживаються в ОРД і КРД, і організації та проведення відповідних заходів,

зокрема: у частині визначення підстав і порядку надання дозволу; вимог до здійснення; процедури засекречування і розсекречування матеріальних носіїв інформації; документального оформлення, зберігання і використання отриманих результатів; нагляду і контролю за цією діяльністю; обсягу прав людини, що тимчасово обмежується під час їх проведення; порядку захисту таких прав та можливості оскарження дій осіб, які їх обмежують, що буде спрямовано як на підвищення ефективності їх здійснення, так і на посилення гарантій дотримання прав людини.

Результати даного дослідження мають переважно теоретичний характер, зважаючи на що подальші наукові розвідки в цьому напрямі продовжують залишатися перспективними.

Список використаних джерел:

1. Гриненко І.М., Прокоф'єва-Янчиленко Д.М., Сокрут Б.В. Права людини та управління ризиками. Київ : Ваїте, 2016. 164 с.
2. Про оперативно-розшукову діяльність : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 22. Ст. 303.
3. Про контррозвідувальну діяльність : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 12. Ст. 89.
4. Конституція України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
5. Загальна декларація прав людини. Прийнята і проголошена резолюцією 217 А (III) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text (дата звернення: 12.04.2021).
6. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. Схвалена Урядами держав – членів Ради Європи 4 листопада 1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 12.04.2021).
7. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права. Прийнятий Генеральною Асамблеєю ООН 16 грудня 1966 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_042#Text (дата звернення: 14.04.2021).
8. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права. Прийнятий Генеральною Асамблеєю ООН 16 грудня 1966 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text (дата звернення: 14.04.2021).

9. Кримінальний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № № 9–13. Ст. 88.

10. Кримінальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № № 25–26. Ст. 131.

11. Про державну таємницю : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 16. Ст. 93.

12. Звід відомостей, що становлять державну таємницю, затверджений наказом Центрального управління СБ України від 23 грудня 2020 р. № 383. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0052-21#Text> (дата звернення: 15.04.2021).

13. Ходанович В.О. Криміналістика в протидії шпигунству : монографія. Київ : Нац. акад. СБ України, 2019. 260 с.

14. Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину не законними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 1. Ст. 2.

15. Цивільний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № № 40–44. Ст. 356.

Юрченко М. М.,

*кандидат політичних наук, доцент,
завідувач кафедри конституційного та міжнародного права
Одеського державного університету внутрішніх справ,
м. Одеса*

Костова Н. І.,

*кандидат юридичних наук,
старший викладач кафедри конституційного
та міжнародного права
Одеського державного університету внутрішніх справ,
м. Одеса*

ПРАВА ЛЮДИНИ В ІНФОРМАЦІЙНОМУ СУСПІЛЬСТВІ В УКРАЇНІ ТА В ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ: НОВАЦІЇ

Анотація. Підрозділ монографії висвітлює основні загрози і можливості для реалізації прав людини в сучасному інформаційному суспільстві, а також у розвитку вмінь реагувати на ці виклики. Виокремлюються глобальні та національні стратегії регулювання відповідних стандартів прав людини в інформаційному суспільстві.

Вступ

Більшість спеціалістів із прав людини в інформаційному суспільстві погоджуються з тим, що їхня сутність визначається кількома взаємопов'язаними процесами, а саме: а) інформація та знання є важливим ресурсом та рушійною силою соціоекономічного, технологічного та культурного розвитку; б) формується ринок інформації та знання поряд із ринком природних ресурсів, праці та капіталу; в) швидкими темпами розвиваються ті галузі, які пов'язані зі створенням, передачею та використанням інформації; г) спостерігаються розвиток і активне запровадження інформаційних технологій у виробництві, освіті, суспільному житті. Інформаційне суспільство – це нова стадія в історії людства, і від того, як люди зможуть усвідомити його значення, залежить характер майбутньої цивілізації. Усе більше авторів погоджуються з тим, що прогрес інформаційно-

комунікаційних технологій перетворює суспільство не сам собою, а завдяки зміні природи і властивостей інформації, створюваної і розповсюдженій з їхньою допомогою. Отже, концепція інформаційного суспільства перетворюється на концепцію суспільства знань ("knowledge society"). Вона характеризується, крім технологічного, вимірами соціальним, етнічним і політичним. Невід'ємними її компонентами стали нові міждисциплінарні знання, що генеруються науковими і соціальними інститутами, підготовка високоякісного людського капіталу, яку здійснює освіта, створення додаткових багатств економікою знань, формування на цій основі інтегрального вектора розвитку суспільства, зорієнтованого на підвищення якості і безпеки життя всіх його членів. На шляху побудови інформаційного суспільства Україна стоїть на доленосному роздоріжжі: або стрімко ввійти до кола цих країн – авангарду світової цивілізації, або бути приреченою на безнадійне відставання від них.

Інформаційне суспільство базується на так званій безпаперовій технології виробництва, спілкування та споживання духовної продукції. Людина через інформацію проникає в культурні пласти, політичні та соціальні структури, які безпосередньо її не стосуються, є далекими й неосяжними. Адже натепер основну частину працездатного населення розвинених країн становлять особи, які або народилися, або сформувалися як спеціалісти вже в добу інформаційного суспільства. Протягом усього життя людина отримує певну кількість інформації і постійно прагне до пошуку нової. Але не вся інформація, яку отримує людина протягом життя, є необхідною та корисною. Парадокс сучасності полягає в тому, що людина, з одного боку, залежить від технологічного розвитку власного суспільства, а з іншого боку, вона сама відповідає за своє майбутнє, яке творить своїм інтелектом і здатністю до самовдосконалення. Через це людина стає головним суб'єктом і головним об'єктом глобального інформаційного суспільства, його засобом і метою водночас.

1. Цифрові права – права людини

Основним завданням уряду є гарантування дотримання прав і свобод людини. Цей принцип лежить в основі демократії і проголошений у статті 3 Конституції України. Там же стверджується, що права та свободи людини та їх утвердження

повинні визначати зміст та напрями актів уряду. Розвиток та розширення інтернету створили безпрецедентні інструменти для користування громадянами своїх прав і свобод, зокрема можливості вільного висловлювання своїх думок, оперативний доступ до будь-якої інформації, доступної в інтернеті.

Також зросли загрози, пов'язані зі зловживанням такими правами, поширенням виступів ненависті та незаконним втручанням у право приватного життя. У своїй нещодавній резолюції № 38/2018 [1] Рада з прав людини вкотре наголосила, що права, які мають люди в режимі офлайн, також повинні бути захищені в інтернеті, зокрема свобода вираження поглядів, яка застосовується незалежно від кордонів та через будь-які обрані вами засоби масової інформації відповідно до статті 19 Загальної декларації прав людини та Міжнародного пакту про громадянські права та політичні права.

Рада Європи у своїх документах та Європейський суд з прав людини в рішеннях визначають, що держава повинна гарантувати кожному, хто перебуває під їхньою юрисдикцією, права та основні свободи, передбачені Конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод, у галузі інтернету також.

У рішенні у справі «Ахмет Їлдірим проти Туреччини» [2] Європейський суд повідомив, що «інтернет тепер стає одним з основних засобів, за допомогою якого особи реалізують своє право до свободи вираження поглядів та інформації, надає необхідні інструменти для участі в заходах та дискусіях щодо політичних питань та питань загального інтересу».

Термін «цифрові права» досить часто вживається стосовно прав людей в інтернеті, однак таке вживання теоретично невинуватене.

По суті, свобода мови або приватного життя вже давно входить до переліку основних людських прав, зазначених у низці міжнародних актів, а саме в Загальній декларації прав людини, Міжнародному пакті про громадянські та політичні права, Конвенції захисту прав людини та основних свобод, де визначено, що права мають бути захищені незалежно від способу або районів їх здійснення.

Право на свободу висловлювання все ще залишається правом, незалежно від того, передається інформація усно, у газеті або на вебсайті. Водночас поява такого потенціалу, як «цифрове право», право на доступ до інтернету, визначення поняття «право бути

забутим» (право вимагати видалення інформації стосовно людини з результатів пошукової системи) є абсолютно новими.

Із практичного погляду поняття «цифрові права» треба трактувати як загальноприйнятну категорію, що охоплює специфіку здійснення фундаментальних прав людини в інтернеті (зокрема, свобода в інтернеті), прав на вираження думок та на конфіденційність в інтернеті, а не як окрему групу прав людей. Якщо розглядати вирішальну роль інтернету в сучасному світі, варто зауважити, що визначення такої категорії допомагає краще систематизувати та вивчити потреби захисту прав людини щодо інтернету, відомості про що нині розпорошені в різних керівних принципах, резолюціях та інших актах міжнародних установ. Хоча більшість прав і свобод, пов'язаних з інтернетом, уже охоплені захистом, передбаченим чинними натеper міжнародними актами, такий захист є мінімальним, тоді як більш суттєві гарантії потребують часу на розроблення в судовій практиці, зокрема в судових рішеннях міжнародних судів.

Як наслідок, реалізація та захист прав та свобод в інтернеті нині потребує пильної уваги національних органів влади, законодавчого забезпечення захисту прав людини в інтернеті та дотримання відповідних принципів в адміністративній та судовій практиці. Тому на законодавчому рівні розроблені рекомендації щодо впровадження, удосконалення гарантованого захисту прав і свобод людині в інтернеті.

Зокрема, цей документ включає пропозиції щодо гарантій права на доступ до інтернету, свободи вираження поглядів, конфіденційність та права на захист персональних даних, викладає поточні проблеми участі уряду в забезпеченні дотримання прав людини приватними особами корпорацій. Також не менш важливо наголосити на окремих загальних рекомендаціях, спрямованих на підвищення рівня обізнаності органів влади та громад стосовно здійснення прав людини в інтернеті.

Доступ до інтернету є невід'ємною частиною здійснення прав і свобод людини й участі в державних процесах ухвалення рішень. Право на доступ до інтернету ще офіційно не визнано в усьому світі як право людини, хоча міжнародні установи систематично підкреслюють вирішальну роль інтернету в демократичному суспільстві. Доступність інтернету розглядається як чинник, який сприяє задоволенню інших прав

та свобод людини, зокрема інтернет-свободи вираження поглядів.

У 2003 році Комітет міністрів Ради Європи заявив, що в Декларації про свободу спілкування в інтернеті держави повинні сприяти та заохочувати доступ усіх до інтернет-послуг на недискримінаційній основі за доступною ціною [3].

У 2014 році в Рекомендації СМ / Rec (2014) також було наголошено, що люди, які покладатися на інтернет у своїй діяльності, мають законне сподівання, що інтернет-послуги доступні, безпечні, надійні та надаються без дискримінації. 10 липня 2019 року Спеціальний доповідач ООН з питань свободи думки та висловлювання, Американська організація Спеціальний доповідач держав (ОАГ) з питань свободи слова, опублікувала щорічну Спільну декларацію про виклики свободі вираження поглядів у наступному десятилітті [4].

Це була двадцята спільна декларація представників міжнародних установ, вона безпосередньо закликає держави розглядати доступ до інтернету як право людини, оскільки можливість користуватися інтернетом є обов'язковою умовою насолоди від свободи вираження поглядів.

У документі стверджується, що для здійснення свободи вираження поглядів потрібна цифрова інфраструктура, яка є надійною, універсальною та регулюється таким чином, щоб підтримувати її як вільний, доступний та відкритий простір для всіх зацікавлених сторін. Варто зазначити, що «право на доступ до Інтернету» уже законно впроваджене в деяких штатах. Наприклад, у Бразилії ухвалений спеціальний Закон у 2014 році «Інтернет-білль про права» [5].

У 2009 році Конституційна рада Франції також визнала доступ до інтернету основним правом людини, зазначила положення щодо можливого автоматичного та позасудового відключення інтернету для осіб, які вчинили правопорушення.

У Греції право на доступ до інтернету сформульоване як право на участь в інформаційному суспільстві та доступ до електронної інформації, що передається, які передбачені Конституцією [6].

Право на доступ до інтернету як право кожного вільно користуватися інтернетом, повинно охоплювати два аспекти: перший аспект полягає в тому, що урядам варто забороняти невиправдане обмеження доступу до інтернету, як-от відмова та відключення від інтернету по всій країні або в окремих її

регіонах. Блокування доступу до інтернету для окремих осіб може бути виправдано лише вагомими та достатніми причинами.

Європейський суд з прав людини у справі «Калда проти Естонії» щодо заборони доступу ув'язненого до низки офіційних вебсайтів, які містять електронні версії статутних актів, судових рішень та рішень Європейського суду з прав людини, визнав, що ув'язнення неминуче призводить до обмеженого спілкування ув'язненого із зовнішнім світом [7].

Стаття 10 Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод не зобов'язує забезпечити доступ до інтернету або до окремих вебсайтів для ув'язнених, естонське законодавство загалом дозволяє в'язням доступ до деяких вебсайтів, що містять інформацію, пов'язану із законом, із спеціально захищених комп'ютерів.

Отже, мало місце втручання у права заявника. Таке втручання, як було встановлено, є порушенням статті 10 Конвенції, оскільки національні суди не проводили детального аналізу щодо ризиків для безпеки від використання заявником відповідних вебсайтів. У пункті 52 у своєму рішенні Європейський суд наголосив, що «доступ до інтернету має все частіше розумітися як право, і звучать заклики до розвитку ефективної політики для досягнення універсального доступу до інтернету та подолання цифрового розриву».

Нині українське законодавство не передбачає права на доступ в інтернет. Український закон про електрозв'язок містить перелік загальнодоступних телекомунікаційних послуг, однак зазначено лише універсальний доступ до загальних фіксованих мережевих підключень, локальний телефонний зв'язок, екстрені дзвінки, служби довідки та загальнодоступний телефонний зв'язок.

Водночас Україна поступово розвиває технології доступу до зв'язку й очікує випуск технології 5G у 2021 році, незважаючи на те, що значна частина України ще не охоплена технологією зв'язку 3G та 4G.

Уряд вживає заходів із дерегуляції для посилення широкосмугового інтернет-покриття та виділив 1 млрд грн на забезпечення доступу до інтернету у школах. Нині реалізуються заходи щодо покращення доступу до інтернету. Проте, згідно із численними дослідженнями, українська інтернет-служба є такою, як і раніше, вона одна з найдешевших у світі [8].

2. Свобода вираження онлайн та обмеження

Свобода вираження поглядів є однією з найважливіших основ демократичного суспільства й однією із ключових умов його розвитку та самоактуалізації кожної людини. У світлі доступності та можливостей для зберігання та передачі великих обсягів інформації інтернет відіграє важливу роль у розширенні доступу громадськості до новин та сприяє поширенню інформації загалом.

Глобальний та відкритий характер інтернету надає громадянам нові можливості для обміну інформацією та думками. Зобов'язання держав за міжнародним правом щодо прав людини, зокрема права на свободу вираження поглядів, прав на приватне життя та захист особистих даних, поширюються на онлайн-сферу так само, як застосовуються в режимі офлайн.

Право на свободу вираження поглядів, право на приватне життя та захист персональних даних можуть зазнати порушень внаслідок незаконного або довільного нагляду, перехоплення комунікацій або збору персональних даних, зокрема й у масових масштабах.

Держави повинні гарантувати, що будь-які заходи, вжиті для захисту певної інформації, зібраної й обробленої в інтересах національної або суспільної безпеки, відповідають їхнім зобов'язанням за міжнародним правом щодо дотримання прав людини в Європейському Союзі (далі – ЄС):

а) заохочувати заходи щодо захисту права на приватність та захист даних, зокрема шляхом заклику та підтримки третіх країн узгодити своє відповідне національне законодавство щодо прозорості та пропорційності доступу уряду до персональних даних з міжнародним законодавством про права людини, де це можливо;

б) сприяти обміну передовими практиками для забезпечення дотримання законодавства та процедур держав щодо нагляду за зв'язками, перехоплення та збору персональних даних, які базуються на верховенстві права, за умови незалежності, ефективності національних механізмів нагляду, виконувати зобов'язання, передбачені міжнародним правом щодо прав людини, дотримуватися, зокрема, принципів пропорційності та необхідності;

с) сприяти діалогу, як на двосторонньому, так і на багатосторонніх форумах, щодо проблеми права на приватність та захист даних у цифрову епоху з метою покращення співпраці та прозорості між країнами щодо питань безпеки даних, відповідної міжнародної кадрової політики стандартів прав.

Свобода вираження поглядів включає право вільно шукати, отримувати та поширювати інформацію й ідеї в інтернеті, сфера та суть здійснення яких відповідають подібному вільному праву висловлення думок в офлайн-середовищі.

Державні органи мають не лише утримуватися від перешкоджання здійсненню права людини на свободу вираження поглядів, але також створювати необхідні умови для реалізації прав. Європейський суд з прав людини у своєму рішенні у справі «Штекель проти України» зазначив, що стаття 10 Європейської конвенції покладає на державу позитивні зобов'язання встановити необхідну правову базу для забезпечення належного захисту права на свободу вираження поглядів в інтернеті. Коаліція за вільний інтернет провела аналіз усіх законодавчих актів попередніх ініціатив у сфері свободи вираження поглядів в інтернеті, зареєстрованих у Верховній Раді України [9].

Як наслідок, запропоновані законопроекти часто дублювались, містили неоднозначні визначення, непропорційні підстави та порядок обмеження свободи вираження поглядів в інтернеті.

Окремим важливим аспектом захисту приватного життя особи є виконання державою позитивних зобов'язань щодо створення належного правового і інституційного захисту персональних даних. Закон України «Про захист персональних даних» ухвалений у 2010 році, відтоді не зазнав суттєвих змін [10].

Водночас Конвенція Ради Європи про захист осіб щодо автоматичної обробки персональних даних, на виконання якої він був ухвалений, істотно модернізована у травні 2018 року відповідним протоколом СМ (2018).

Україна ще не приєдналася до протоколу, але прийняла його обов'язок узгодити законодавство про захист персональних даних із вимогами ЄС.

Отже, відповідно до пункту 11 Плану дій для імплементації Угоди про асоціацію з ЄС, затвердженої постановою Кабінету Міністрів України № 1106 від 25 жовтня 2017 року, передбачається вдосконалення законодавства про захист

персональних даних [11]. Підготовлений відповідний законопроект Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини. Водночас з урахуванням комплексу соціальних відносин унаслідок змін у законодавстві необхідно забезпечити відкритий процес підготовки нової редакції закону.

Це головний обов'язок будь-якої держави – учасниці Європейської конвенції – запровадити правові гарантії для прав особи, тобто має бути належне правове регулювання відносин приватного життя.

Незважаючи на значну кількість питань, які залишили на розсуд держав, щодо забезпечення поваги до приватного та сімейного життя особи, повинні дотримуватися стандарти Європейської конвенції. Зокрема, з метою захисту конфіденційності інформації особи держави повинні забезпечити дотримання принципів справедливості, законності та пропорційності.

Як зазначив Європейський суд з прав людини, будь-яке зберігання особистих даних державними органами влади вважається втручанням у право на повагу до приватного життя, тому це повинно бути виправдано законною метою в обов'язковому порядку. Отже, створення та функціонування будь-яких державних реєстрів мають бути обґрунтовані законною метою, а перелік, обсяг інформації, її використання та порядок доступу до неї третіми особами мають бути чітко регламентовані за законом.

Рада Європи відіграє провідну роль у просуванні свободи вираження поглядів онлайн як у сфері встановлення стандартів, так і шляхом здійснення діяльності або участі в численних заходах, метою яких є роз'яснення значення свободи вираження поглядів онлайн.

У контексті встановлення стандартів Рада Європи не ставить собі за мету розвиток нових стандартів, а радше спрямовує свої зусилля на пристосування чинних стандартів щодо свободи вираження поглядів до реалій онлайн-середовища.

Згідно з ухваленим розподілом обов'язків Європейський суд з прав людини тлумачить статтю 10 Європейської конвенції з прав людини в контексті справ, пов'язаних з інтернетом, про що йшлося у попередніх розділах.

Тоді як Суд відіграє свою роль у правозастосуванні, інші органи Ради Європи є активними у сферах моніторингу й

утвердження цього права людини, привертають увагу зацікавлених сторін до значення свободи вираження поглядів різними методами, зокрема й шляхом ухвалення відповідних резолюцій, декларацій або керівних принципів із цієї проблематики, у яких роз'яснюється значення свободи вираження поглядів у різних ситуаціях, що виникають у режимі онлайн. Таким вони сприяють запобіганню порушенням прав людини в цій сфері.

Так, зокрема, Рада Європи стала провідною міжнародною організацією, яка активно займається утвердженням свободи вираження поглядів у Європі та в усьому світі завдяки своїй регулярній дієвій участі в щорічному Форумі з управління інтернетом, починаючи з його засідання в Афінах у 2006 році.

Рада Європи є основним учасником обговорень щодо управління інтернетом, бере активну участь у дискусіях із різних питань, акцентує увагу на правах людини, зокрема на захисті свободи вираження поглядів та інформації, персональних даних і права на недоторканість приватного життя, прав дітей (коли йдеться про заохочення їх до користування інтернетом), а також запобіганні кіберзлочинності.

Рада Європи відіграла вирішальну роль у проведенні першого Європейського діалогу з управління інтернетом, який відбувся у Страсбурзі у 2008 році. Починаючи із засідання EuroDIG у 2009 році в Женеві (Швейцарія), Рада Європи надавала сприяння у проведенні щорічно таких засідань, співпраці зі стороною, яка приймає, зокрема з урядом Швеції у 2012 році у Стокгольмі, урядом Португалії у 2013 році в Лісабоні.

Із цією метою було створено Комітет експертів із прав інтернет-користувачів, на який було покладене завдання підготувати таке зведення до кінця 2013 року.

Завдання полягає в тому, щоб зробити такі права людини, як свобода вираження поглядів, більш доступними і дієвими для звичайного користувача. Користувач повинен бути обізнаним про зміст права і доступні засоби юридичного захисту в контексті інтернету.

Отже, водночас з ухваленням різних декларацій і рекомендацій щодо захисту свободи вираження поглядів і свободи інформації в інтернеті потрібно спонукати інтернет-користувачів до більш повного користування їхніми правами. У цьому контексті ще одним важливим завданням, яке підлягає

виконанню, є забезпечення дотримання таких прав людини, як свобода вираження поглядів у рамках приватних контрактів, наприклад, із провайдерами послуг інтернету. Ця проблема може бути врегульована шляхом ухвалення державою відповідних правових норм, саморегулювання у приватному секторі або спільними зусиллями держави і приватного сектору.

У 2011 році Комітет міністрів Ради Європи ухвалив Декларацію про заходи зі сприяння дотриманню статті 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

У цій Декларації Рада Європи безпосередньо зосереджує свою увагу на утвердженні свободи вираження поглядів, але не згадує свободу вираження поглядів онлайн, що може розглядатися як втрачена нагода для привернення уваги до важливості цієї свободи для інтернету.

На практиці обмеження та втручання у свободу вираження поглядів пов'язані із цензурою шляхом фільтрації або блокування онлайн-контенту. Глобальність інтернету, його універсальна доступність та ефект підсилення, який має опублікована онлайн інформація, повинні бути взятими до уваги так само, як його потенціал і технологічні властивості, що розширюють можливості користувачів, зокрема його орієнтація на кінцевого споживача та децентралізована природа.

Утім, правила щодо обмежень лишаються тими самими відповідно до принципу «те, що застосовується офлайн, має однаковою мірою застосовуватися онлайн». У липні 2012 року цей принцип було підтверджено Радою з прав людини у своїй інноваційній резолюції «Про захист, сприяння та здійснення прав людини в інтернеті».

Властивістю інтернету є те, що завантажена інформація стає доступною у глобальних масштабах, тому є предметом регулювання різних міжнародних, національних або наднаціональних норм, що може призвести до відмінного, якщо не суперечливого трактування. Одним із таких прикладів є наявність різних підходів до свободи вираження поглядів у Європі та Сполучених Штатах Америки (далі – США).

У зв'язку із закріпленням свободи слова в першій поправці до конституції США обсяг свободи вираження поглядів у США значно більший, ніж у Європі. Форми вираження, які відповідно до Європейської конвенції з прав людини вважаються

незаконними, захищені у США, як-от расистські висловлювання або такі, що розпалюють ворожнечу чи ненависть.

Інтернет не змінив фундаментально природу свободи вираження поглядів чи меж її захисту. Свобода вираження поглядів є невід'ємним каталізатором для здійснення низки інших прав людини. Утім, оскільки інтернет посилює порушення прав людини та збільшує їхню потенційну шкоду, законодавство та практика обмежень повинні розвиватися відповідно.

Усі держави та зацікавлені сторони зобов'язані дотримуватися, захищати та забезпечувати реалізацію свободи вираження поглядів онлайн. На виконання цього обов'язку вони повинні протидіяти створенню будь-яких нових перешкод, поважати чинні правила і стандарти у сфері прав людини, які застосовуються також до свободи вираження поглядів в інтернеті.

3. Права людини онлайн і приватні компанії

Нині Загальна декларація прав людини, міжнародні пакти, конвенції накладають обов'язок поважати і захищати лише права людини та держави.

Хоча варто сказати, що Декларація все ще закликає всіх поважати та просувати права людини. Водночас кількість активних користувачів Facebook щомісяця у 2019 році становить вже більше 2,4 млрд. І найпопулярніший сервіс Google, YouTube, має приблизно 2 млрд користувачів.

Це більше, ніж населення будь-якої країни світу (принаймні за офіційними даними). Водночас здатність платформ впливати на інформацію, яку отримують та поширюють користувачі, та можливості збирати персональні дані часто перевищує повноваження будь-яких державних установ.

На цьому тлі виникає питання, чи настав час інтернет-платформи взяти на себе зобов'язання дотримуватися високого міжнародного рівня вимог у галузі прав людини і, відповідно, чи то окремі особи можуть отримати дієвий механізм подання скарг на порушення їхніх прав такими платформами, що цілком доречно.

Насправді Європейський Союз уже ввів серйозні зобов'язання щодо захисту персональних даних для великих інтернет-корпорацій, навіть чітко застосував свої високі штрафи до Google (50 млн євро за порушення вимоги щодо інформованої згоди).

Раніше суди ЄС визнали існування «права на забуття», яке зобов'язує видаляти посилання на людину, публікації з результатів пошуку. Однак ці заходи ще не стосуються інших загроз для прав людини від великих корпорацій, зокрема видалення вмісту та блокування користувачів на правилах платформи, які часто суперечать міжнародним стандартам свободи слова.

Про це свідчить аналіз статті 19 міжнародної організації, яка оцінила стандарти правил Facebook, YouTube та Twitter. Так, наявні суперечності не лише у використанні низки оцінок категорій в обмеженні «незаконного вмісту», але також через відсутність ефективної можливості оскаржити обмеження або навіть отримати пояснення щодо причини його застосування [12].

Із 2009 року кілька найбільших інтернет-компаній модернізували та формалізували свої зобов'язання щодо прав людини. Передусім це зроблено завдяки галузевим ініціативам, як-от Глобальна мережева ініціатива, які зосереджуються на дотриманні компанією міжнародних стандартів прав людини щодо приватності та свободи вираження поглядів. Як результат, кілька компаній почали публікувати звіти про прозорість, щоб задокументувати (на сукупному рівні) кількість та типи запитів на видалення вмісту, які вони отримують та приймають.

Протягом останніх десяти років потенційний позитивний і негативний вплив інтернету на права людини неодноразово зазначався на Всесвітньому саміті ООН з питань інформаційного суспільства, Ради з прав людини ООН, тематичними доповідачами ООН.

Зараз широко визнано, що доступ до інтернету та участь у дискурсі через інтернет стали невід'ємними частинами демократичного життя. Менше дискусій щодо того, що сприяння цьому демократичному потенціалу критично покладається на приватних суб'єктів.

Доступ до інтернету здійснюється через інтернет-провайдерів, пошук інформації полегшується за допомогою пошукових систем, соціальне життя відтворюється через інтернет-платформи тощо.

Незважаючи на зростання ролі, яку ці приватні суб'єкти відіграють у сприянні демократичному досвіду в інтернеті, управління цією соціальною інфраструктурою в основному було доручено компаніям, щоб вирішувати проблему за допомогою корпоративної системи соціальної відповідальності, умов

надання послуг та галузевих ініціатив, як-от Глобальна мережева ініціатива.

Навіть більше, є обмежене дослідження, яке критично оцінює основи, що регулюють діяльність цих інтернет-компаній, і ставить під сумнів, чи досить їх для забезпечення стандартів та механізмів дотримання, необхідних для захисту та дотримання прав людини в інтернеті. Демократичний потенціал інтернету ґрунтується на його здатності пропагувати «культуру, у якій люди мають справедливу можливість брати участь у значущих формах, що представляють їх як особистості».

Демократична культура в цьому сенсі є більше, ніж політична участь, вона охоплює широку громадянську участь, де будь-хто, у принципі, може брати участь у виробництві та розповсюдженні культури. Цей демократичний потенціал пов'язаний зі здатністю інтернету забезпечити своїм користувачам безпрецедентний доступ до інформації та до децентралізованих засобів політичної та культурної участі.

Коли користувачі інтернету шукають інформацію, висловлюють думки, обговорюють або збираються, вони в основному роблять це на приватних форумах. Відповідно, компанія, яка надає послугу, може вільно встановлювати умови для дозволених виразів та дій на своїй платформі. Хоча автор вебсайту може вирішити не піддавати цензурі публікації у своєму блозі або видаляти теми обговорення на своїй дошці оголошень, кожен власник URL-адреси зберігає за собою право.

Отже, онлайн-сфера не має громадських вулиць чи парків, а соціальні медіаплатформи, як Facebook та Google Plus, не є публічними форумами, а навпаки, є приватною власністю, відкритою для загального користування.

Відповідно до цього на цих платформах відсутній захист мови від першої поправки. Навпаки, комунікації, які користувачі надають, коли пишуть у Twitter, Facebook, Google або LinkedIn, є переважно приватною власністю, що належить компанії, яка надає послугу. Навіть більше, ці компанії мають широкі повноваження обмежувати виступ, який інакше був би захищений першою поправкою.

Поточне комунікаційне середовище також унікальне, оскільки вирази користувачів становлять продукти, на яких будуються бізнес-моделі інтернет-компаній. Бізнес-моделі більшості, якщо не всіх, основних інтернет-сервісів засновані на цільовій рекламі,

а це означає, що коли особи беруть участь в інтернеті – наприклад, беруть участь у розмові чи пошуку інформації, – ці дії фіксуються, зберігаються та використовуються для рекламних цілей і як такі становлять продукти, що входять в онлайн-модель бізнесу. Це суттєво відрізняється від попереднього віку, коли розмови людей, соціальні мережі, уподобання та пошук інформації не були ні захоплені, ні основним елементом бізнес-моделі посередника.

Оскільки вирази – це продукти, то відносини, що існують у людей з інтернет-компаніями, принципово відрізняються від традиційних відносин між компанією та клієнтами. Інформація та комунікації, які користувачі надають під час користування послугами, є важливими елементами онлайн бізнес-моделі та, як такі, є основним джерелом доходу для компаній.

Інтернет-компанія, яка прагне оптимізувати свої доходи за допомогою реклами, не повинна мати нічого нового або суперечливого. Тривожним моментом є те, що ці платформи де-факто контролюють великі частини публічної сфери в інтернеті, і користувачі мають обмежений вибір для відмови від бізнес-схеми. В інтернеті немає публічних вулиць, а можливості участі в політичному чи культурному житті поза комерційною сферою обмежені. Навіть більше, внесок в економіку інтернету через вирази, звички й уподобання в інтернеті стали передумовою для участі в мережевій публічній сфері.

Водночас варто зазначити, що Google, наприклад, публікує інформацію про видалення вмісту у відповідь на запити від суду або державного органу в публічній базі даних Lumen [13]. Особливу увагу варто звернути на використання алгоритмів фільтрації та надання пріоритетів вмісту, який ми розглядаємо. Отже, результати пошуку, які ми отримуємо, часто залежать не тільки від мови, але і від багатьох інших (часто прихованих) чинників, засновані на інформації про нас, що зберігається корпорацією. І поки це повинно сприяти швидкому пошуку саме того, що нам потрібно, тобто навпаки, це обмежує нашу можливість доступу до знань.

У 2011 році ООН підготувала й опублікувала керівні принципи бізнесу та прав людини, які також називаються принципами Ruggie [14], вони містять деякі схеми того, що корпоративна соціальна відповідальність повинна бути для підприємств за дотримання прав людини. Вони визначають, що держава у

своєму законодавстві повинна передбачити це зобов'язання компаній поважати права людини у своїй діяльності та надавати рекомендації щодо цього.

У районах, що постраждали від конфлікту, держава повинна допомогти компаніям виявляти, запобігати ризикам, пов'язаним із їхньою діяльністю, для дотримання прав людини, відмовити у будь-якій допомозі компаніям, які мають серйозні порушення прав людини.

Водночас компанії повинні уникати будь-якого шкідливого впливу на права людини, гарантовані Міжнародним законопроектом про права людини, та усунути будь-який шкідливий вплив там, де він є наслідком їхньої діяльності.

Зазначений документ також заохочує кожен бізнес до політики щодо дотримання прав людини, належної ретельності щодо прав людини. Крім того, обидві держави і підприємства повинні забезпечити належний та ефективний механізм компенсації за збитки, завдані порушенням прав людини з їхнього боку.

4. Відповідальність інтернет-посередників за незаконний зміст

Здійснення прав в інтернеті було б неможливим без ролі посередників, а саме інтернет-платформ, інтернет-провайдерів, розробників фізичної інфраструктури інтернету, через яку здійснюється доступ до Мережі. З одного боку, більшість із цих посередників відіграють пасивну роль і не впливають на вміст в інтернеті. Вони ні більше, ні менше, ніж аналог листоноші, який сприяє доставці інформації з одного місця в інше.

З іншого боку, з розвитком технології й алгоритмів низка вебсайтів (в основному соціальні мережі, пошукові та рекламні послуги) почали впливати на рейтинг вмісту, зробили можливим відфільтрувати його автоматично і створити екосистему, яка дозволила це зробити, видалити шкідливий вміст. Водночас деякі вебсайти створили власні регулятивні системи, цілком незалежні від державної, за винятком надзвичайних випадків бездіяльності посередника.

Можна резюмувати, що протягом останніх років концепція «безпечної гавані» не втратила своїх позицій і, загалом, залишається основною у визначенні режиму відповідальності посередників за розповсюдження шкідливого контенту. Водночас стандарт необхідності отримання «фактичних знань»

незаконності вмісту через відповідне рішення суду. Обмеження доступу до змісту посередниками має забезпечуватися найменш обмежувальними заходами з метою забезпечення прав користувачів таких посередників на інтернет. Водночас варто не зобов'язувати посередників самостійно оцінювати зміст на відповідність законодавству або міжнародним стандартам у сфері свободи слова.

«Інтернет-посередники», які розміщують або передають незаконний вміст, наданий третьою стороною, звільняються від зобов'язань, коли дотримуються визначені умови. Директива не передбачає загального режиму відповідальності для «посередників в Інтернеті», але визначає конкретні правила, згідно з якими ці посередники не несуть відповідальності згідно із законодавством ЄС (тобто режим «безпечної гавані»). Правила відповідальності за електронну комерцію застосовуються до всіх послуг інформаційного суспільства, що визначаються як послуги, які зазвичай надаються за винагороду електронними засобами за індивідуальним запитом користувача.

Поняття «послуги інформаційного суспільства» охоплює широкий спектр економічної діяльності в інтернеті, зокрема і продаж товарів в інтернеті, пропонування онлайн-інформації або комерційних комунікацій, надання засобів онлайн-пошуку, що дозволяють здійснювати пошук, надання електронної мережі та послуг, відео на замовлення або надання комерційних комунікацій електронною поштою. Як результат, багато компаній в інтернеті, починаючи від традиційних постачальників електронних комунікацій (як-от інтернет-провайдери) до нових посередників в інтернеті (як-от пошукові системи, соціальні медіакомпанії, постачальники програмного забезпечення), потенційно потрапляють у сферу дії Директиви про електронну комерцію.

Усе це порушує питання відповідальності посередників в Україні та світі натеper, як її треба змінити. Стаття 14 Директиви Європейського Союзу 2000/31/ЄС про електронну комерцію встановлює так званий принцип «безпечної гавані», згідно з яким хостинг-провайдери (включаючи, зокрема, соціальні мережі, відповідно до рішення ЄС у справі “SABAM проти Netlog”) звільняються від відповідальності за розміщений ними вміст, якщо [15]:

1) вони не мають інформації про незаконні дії та зміст, а також про обставини, із яких випливає очевидний незаконний характер такої діяльності («фактичні знання»);

2) після отримання інформації про таку діяльність та зміст вони діють досить швидко, щоб видалити такий вміст або обмежити доступ до нього («оперативне видалення»). Ці положення також відповідають положенням Закону США про захист авторських прав у цифрову епоху (Digital DMCA), Закону про авторські права тисячоліття. Обидва закони заклали основу для режиму «попередження та видалення» як основної процедури, що використовується для обмеження доступу до шкідливого контенту в інтернеті.

Директива про електронну комерцію вводить принцип «безпечної гавані», згідно з яким три типи інтернет-посередників, які розміщують або передають вміст, наданий третьою стороною, звільняються від відповідальності за визначених умов.

Постачальники послуг простого транспортування звільняються від відповідальності, коли послуги надаються постачальником, який займається лише пасивним передаванням даних (тобто взаємозв'язок з інтернетом, що надається традиційними постачальниками послуг інтернету та мережею операторів). Постачальники послуг кешування звільняються від відповідальності, коли тимчасово й автоматично зберігали дані, щоб зробити передачу більш ефективною (наприклад, проксі-сервер) і якщо дотримано декілька технічних умов для зберігання інформації (локальна копія, ідентична оригіналу). Провайдери хостингу звільняються від відповідальності, коли ці компанії зберігають дані для своїх користувачів (наприклад, вебхостинг), не знають, що вони проводять незаконну діяльність, або оперативно діють, щоб видалити або заборонити доступ до незаконної інформації.

Директива про електронну комерцію застосовує горизонтальний підхід до відповідальності «служби інформаційного суспільства» постачальників. Це означає, що коли умови виконуються, законодавство ЄС звільняє інтернет-посередників від широкого кола зобов'язань, зокрема і від договірної відповідальності, адміністративної відповідальності, деліктної або позадоговірної відповідальності, кримінальної відповідальності, цивільної відповідальності або будь-якого

іншого виду відповідальності за всі види діяльності, розпочаті третіми сторонами, як-от порушення авторського права та права на торгову марку, наклеп, реклама, що вводить в оману, недобросовісна комерційна практика, недобросовісна конкуренція, публікації незаконного змісту тощо.

Отже, баланс між різними інтересами (наприклад, громадяни, творці, правовласники) має братись до уваги під час розроблення правил відповідальності. Як результат, правила відповідальності мають на меті водночас запобігти незаконному поводженню з інформацією в інтернеті та забезпечити повагу основних прав ЄС (як-от свобода вираження поглядів, захист особистих даних, майнові права, свобода ведення бізнесу).

За режимами «безпечної гавані» посередники в інтернеті не застраховані від відповідальності, якщо вони не усвідомлюють цю незаконність, не діють належним чином, щоб зупинити її. Концептуальна різниця між «пасивною» і «активною» ролями онлайн-посередників була розроблена Судом ЄС (СЈЕU) на підставі статті 42 Директиви про електронну комерцію, де визначено таке:

1. Такі посередники, як постачальники послуг та постачальники послуг кешування, виконують переважно пасивну роль і не мають або мають обмежені знання про вміст того, що передають користувачі. Постачальники не несуть відповідальності за вміст, який вони передають, поки вони не ініціюють передачі, а також не вибирають того, хто приймає, або відбирають чи модифікують інформацію.

2. Постачальники послуг кешування також не несуть відповідальності за автоматичне, проміжне та тимчасове зберігання інформації для того, щоб зробити передачу інформації більш ефективною. Навпаки, хостинг-провайдери відіграють більш активну роль, з більшим контролем над вмістом, який вони розміщують.

По-перше, хостинг-провайдери не несуть відповідальності, коли вони не мають фактичних знань про незаконну діяльність чи інформацію та не знають фактів чи обставин.

Однак те, що становить незаконну діяльність, ще не було визначено точно в Директиві про електронну комерцію.

По-друге, провайдери хостингу повинні діяти оперативно для видалення незаконної інформації або відключення доступу до неї

(тобто заблокувати), припинення незаконних дій, про які вони отримали фактичні знання.

Постачальники послуг хостингу можуть скористатися звільненням від відповідальності лише коли ці дві умови дотримано. Крім того, Директива не впливає на можливість держав-членів вимагати від постачальників послуг, які розміщують інформацію, виконувати обов'язки щодо контролю відповідно до національного законодавства щодо виявлення та запобігання незаконній діяльності. На посередників можуть бути покладені судові заборони (тобто судових наказів), коли виявляється, що вони порушують законодавчі акти (про авторське право).

Міжнародні органи також коментували режими відповідальності посередників. Наприклад, у їхній Спільній декларації 2011 року про свободу вираження поглядів в інтернеті чотири спеціальні доповідачі з питань свободи слова рекомендували таке: ніхто не повинен нести відповідальність за вміст, вироблений іншими особами, у разі надання технічної послуги, як-от надання доступу, пошук, передача чи кешування інформація.

Відповідальність повинна виникати лише тоді, коли посередник спеціально втрутився у вміст, який публікується в інтернеті. Інтернет-провайдери й інші посередники повинні вимагати лише видалення вмісту після судового наказу, що суперечить практиці попередження та видалення.

У 2011 році Спеціальний доповідач ООН з питань свободи слова заявив, що заходи цензури ніколи не повинні передаватися приватному суб'єкту господарювання, і повинні нести відповідальність за вміст в інтернеті, автором якого вони не є.

Жодна держава не повинна використовувати або примушувати посередників до проведення цензури від її імені. Він також рекомендував уникати порушення прав користувачів інтернету на свободу вираження поглядів та права на приватне життя; посередники повинні лише реалізовувати обмеження цих прав після судового втручання; посередники повинні бути прозорими щодо заходів, ужитих із залученим користувачем; вони повинні надавати, якщо це можливо, попередження користувачам раніше здійснення обмежувальних заходів, вони повинні суворо мінімізувати вплив будь-яких обмежень щодо конкретного змісту.

Нарешті, Спеціальний доповідач наголосив на необхідності ефективних засобів захисту для постраждалих користувачів, зокрема й можливість апеляційного оскарження з використанням процедур, які повинні бути надані посередником та компетентною особою, судовим органом.

Міжнародні органи також критикують процедури «запобігання та скасування», оскільки відсутня чітка правова основа. Наприклад, у звіті ОБСЄ за 2011 рік щодо свободи вираження поглядів на інтернет підкреслено, що положення про відповідальність постачальників послуг не завжди є чіткими. Є положення щодо видалення вмісту з інтернету в межах визначеної кількості держав-учасниць.

Приблизно 30 держав-учасниць мають закони, засновані на Директиві ЄС про електронну комерцію. Однак положення Директиви ЄС, а не узгодження політики державного рівня, створило розбіжності у тлумаченні під час національного процесу впровадження. Ці розбіжності виникли після того, як положення були застосовані національними судами.

У статті 15 Директиви про електронну комерцію наголошено, що держави не можуть покладати загальне зобов'язання контролювати інформації, що передається через посередників, або для попереднього пошуку фактів чи обставин, що вказують на незаконний вміст чи діяльність. Водночас моніторинг у деяких випадках не заборонений.

У 2011 році спеціальні доповідачі міжнародних організацій із питань свободи висловлювань випустили Спільну декларацію про свободу вираження поглядів та інтерне, де принцип 1 (с) наголошував на необхідності розроблення спеціальних регулювань Мережі.

Щодо посередників, у принципах 2 (а) та 2 (b) Декларації викладено таке:

1) ніхто, хто надає технічні послуги з доступу до інтернету (надання доступу, функціональність пошуку, передача або кешування інформації) не може нести відповідальність за вміст, створений іншими особами та розповсюджуваний на цих платформах, якщо вони не заважають роботі вмісту, або відмовитись виконувати рішення суду про видалення такого вмісту; однак варто розглянути можливість продовження терміну цього режиму будь-яким посередникам;

2) посередників не можна змушувати відстежувати вміст користувачів і, можливо, вони не зобов'язані обмежити доступ до вмісту поза судовим засіданням, якщо такий механізм не відповідає стандартам свободи вираження поглядів. Декларація узагальнює положення різних національних режимів регулювання щодо того, що являє собою «фактичне знання», додає більш чіткі вимоги до ролі судів у вирішенні питання про обмеження доступу або видалення шкідливого вмісту.

Ця вимога є гарантією дотримання процесуальних прав як посередників, так і користувачів. У 2017 році в їхній Спільній декларації про свободу слова, «фейкові новини», дезінформацію та пропаганду, у принципі 1 (d) детально і розширено було рекомендовано продовжити імунітет посередників у всіх випадках, крім втручання таких посередників у вміст або їхньої відмови виконати рішення про видалення вмісту, ухвалені відповідно до гарантій належного судового розгляду незалежним, неупередженим і авторитетним наглядовим органом (як-от суд).

Основний і деякою мірою кодифікаційний документ в області відповідальності посередників – це Манільські принципи відповідальності посередників, розроблені світовими неурядовими організаціями у 2015 році, які узагальнюють найкращі практики щодо обмеження відповідальності посередників за вміст в інтернеті [16].

Принцип I (d) – режим відповідальності посередника ніколи не може включати активної вимоги до моніторингу вмісту.

Принцип II (a-b) – посередники не повинні обмежувати вміст, якщо тільки існує відповідне рішення незалежного та неупередженого судового органу, який виявив, що вміст є незаконним, і таке рішення повинно включати визначення незаконності вмісту в певній юрисдикції.

Принцип III (d) – де посередники використовують позасудовий механізм обмеження контенту, вони не повинні оцінювати зміст, але треба надсилати обґрунтовані скарги особі, яка створила відповідний зміст (повідомлення).

Принцип IV – будь-яке обмеження вмісту повинно обмежуватися певним вмістом одиниці, і для її обмеження треба застосовувати найменш обмежувальні технічні заходи, зокрема й можливість обмежити доступ до вмісту в окремому

географічному регіоні, на площі або протягом визначеного періоду часу, з можливістю періодичного перегляду.

Принцип V – закони та політика щодо обмеження вмісту повинні поважати процес, зокрема й право бути заслуханим, право на апеляцію тощо, і мають дотримуватися прав людини.

Принцип VI (b) – уряд не може застосовувати позасудові заходи для обмеження вмісту, зокрема й через тиск на зміну умов використання посередником.

Принцип VI (d-e) – уряди та посередники повинні публікувати звіти про прозорість, де вони мають надавати інформацію про всі запити обмеження вмісту та його дотримання.

Нині цей документ є одним із найбільш вичерпних щодо відповідальності посередників, узагальнює найкращі практики, які варто впровадити в перебіг розроблення й оновлення законодавства про регулювання інтернету. Однією з останніх є Рекомендація Комітету міністрів Ради Європи CM / Rec (2018) про ролі й обов'язки посередників інтернету [17].

Іншим проблемним поняттям у сфері відповідальності посередників є те, наскільки швидким має бути обмеження доступу до вмісту в разі отримання інформації про його незаконність.

Ця сфера залишена на розсуд держав, які є суверенними у встановленні національних режимів регулювання, міжнародні стандарти зазвичай обмежуються загальними фразами щодо належної швидкості і належний проміжок часу для посередника для ухвалення рішень.

Висновки

Загалом динаміка розвитку інформаційного суспільства в Україні протягом останніх років є стабільно позитивною, і це можна вважати сталою тенденцією. Зокрема, є всі підстави стверджувати, що в коротко- й середньостроковій перспективах на теренах нашої держави триватимуть процеси повномасштабної імплементації інтернет-сервісів та відповідних технологій, конвергенції традиційних і розвитку нових медіаформатів на технологічній платформі інтернету. Уже зараз в Україні стрімко формуються масова інтернет-аудиторія та специфічне мережеве соціокультурне середовище, що за своїми основними параметрами буде подібним до таких у розвинених країнах. Триватиме диверсифікація аудиторії, формування нових

моделей інформаційного споживання, соціальної та політичної активності тощо. Водночас у міжнародних рейтингах за основними показниками індексів розвитку ІС Україна утримує позиції середні/нижче середніх, до того ж відстає від середньосвітового рівня за темпами його розвитку. Вітчизняна практика розбудови інформаційного суспільства залишається здебільшого фрагментарною та ситуативною і поки що значно більше залежить від ринкової кон'юнктури та суспільних ініціатив, аніж від рішень і діяльності органів державної влади. Невирішеним залишається цілий комплекс проблем нормативно-правового, організаційно-технічного, науково-методичного, інформаційно-аналітичного, ресурсного забезпечення розбудови інформаційного суспільства. Значна кількість рішень із цих питань має декларативний характер, механічно «пересаджена» із законодавства чи досвіду інших країн без урахування національних особливостей. Однією з головних причин такої ситуації є фактична відсутність системної, багаторівневої, нормативно підкріпленої, базованої на певній ідеології та стратегії галузевої державної політики.

Список використаних джерел:

1. Рада з прав людини А / HRC / 38 / L.10 / Rev.1 «Просування, захист та здійснення прав людини в інтернеті», 4 липня 2018 року. URL: https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/38/L.10/Rev.1.
2. Справа «Ахмет Ілдірім проти Туреччини». Заява № 3111/10, 18 грудня 2012 року. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115705>.
3. Декларація про свободу спілкування в інтернеті (прийнята Комітетом міністрів 28 травня 2003 року на 840-му засіданні заступників міністрів): URL: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dfbd5.
4. Рекомендація CM / Rec (2014) Комітету міністрів державам-членам, щодо Керівництва з прав людини для користувачів інтернету (прийнято Комітетом міністрів 16 квітня 2014 року на 1197-му засіданні заступників міністрів): URL: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805c6f3d.
5. Права людини онлайн : Закон № 12965 від 23 квітня 2014 року. Бразилія. URL: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/>

2018/02 / v5_com-sapa_pages_miolo_Brazil-Internet-Bill-ofRights-A-close-Look.pdf.

6. Конституція Греції (англійською мовою). URL: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/gr/gr220en.pdf>.

7. Справа «Калда проти Естонії». Заява № 17429/10, 19 січня 2016 року. URL: <https://cedem.org.ua/library/kalda-proty-estoniyi-kalda-v-estonia/>.

8. Про забезпечення умов для впровадження системи мобільного зв'язку п'ятого покоління : Указ Президента № 222/2019. URL: <https://www.president.gov.ua/documents/2422019-26881>.

9. Справа «Штекель проти України». Заява № 33014/05/ URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_807#Text.

10. Про захист персональних даних : Закон України 2010 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2297-17#Text>.

11. Про імплементацію Угода про асоціацію між Україною, з одного боку, та Європейським Союзом : Декрет Кабінету Міністрів України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1106-2017-%D0%BF>.

12. URL: <https://www.article19.org/resources/facebook-community-standards>.

13. URL: <https://lumendatabase.org/>.

14. URL: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf.

15. Справа “SABAM проти Netlog”. Заява № 360/10. URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=119512&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&cc=first&part=1&cid=150383>.

16. Manila Principles on Intermediary Liability. URL: <https://www.manilaprinciples.org/Principles>.

17. Рекомендація Комітету міністрів Ради Європи СМ / Rec (2018) про ролі та обов'язки інтернет-посередників. URL: <https://rm.coe.int/1680790e14>.

НОТАТКИ

НОТАТКИ

Наукове видання

**«ПРАВА ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ
ТА У ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ: ТРАДИЦІЇ ТА НОВАЦІЇ»**

Колективна монографія

*Блащук Т. В., Бондаренко О. В., Вдовічена Л. І., Волкова Д. Є.,
Гнатівська А. І., Гуцуван Р. Д., Еппан Р. Ye., Menso I. V., Езеров А. А.,
Жуковська О. Ю., Кравчук С. М., Заварза Т. В., Латковська Т. А.,
Левченко А. В., Марущак А. В., Овчаренко О. М., Ракіпова І. В.*

Підписано до друку 21.05.2021. Формат 60x84/16.
Папір офсетний. Гарнітура Cambria. Цифровий друк.
Ум.-друк. арк. 39,99. Обл.вид.арк. 38,73
Наклад 100. Ціна договірна.
Віддруковано з готового оригінал-макета.

Видавничий дім «Гельветика»
65101, м. Одеса, вул. Інглезі, 6/1
Телефон +38 (048) 709 38 69,
+38 (095) 934 48 28, +38 (097) 723 06 08
E-mail: mailbox@helvetica.ua
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи
ДК № 6424 від 04.10.2018 р.