

ЧАСОПИС КИЇВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ ПРАВА

Український науково-теоретичний часопис

Заснований
у жовтні 2001 року

2017/4

Виходить
4 рази на рік

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

Головний редактор

Шемшученко Ю.С.

Заступник

головного редактора

Бошицький Ю.Л.

Редакційна колегія

Андрійко О.Ф.,
Батанов О.В.,
Горбатенко В.П.,
Костенко О.М.,
Кулинич П.Ф.,
Луць В.В.,
Онішук М.В.,
Пархоменко Н.М.,
Савчук К.О.,
Усенко І.Б.,
Ходаківська Т.В. (редактор)

Іноземні члени редакційної колегії

Райнер Арнольд (Німеччина),
Богуслав Банашек (Польща),
Уільям Батлер (США),
Арнольд Варенвальд (Німеччина),
Андраш Торма (Угорщина),
Адам Махарадзе (Грузія),
Герберт Шамбек (Австрія),
Вероніка Сікора (Угорщина)

Рекомендовано до друку
Вченою радою
Київського університету права
НАН України
(протокол № 3 від 28.12.2017)
Вченою радою
Інституту держави і права
ім. В.М.Корецького
НАН України
(протокол № 12 від 26.12.2017)

Передплатний індекс
23994

ISSN 2219-5521

ЗМІСТ

| | |
|---|----|
| <i>Шемшученко Ю. С.</i> Як обирався перший і останній Президент СРСР | 4 |
| Видатні правознавці України | |
| <i>Андрусак Т. Г.</i> Кость Левицький – правник і просвітител ь | 6 |
| Теорія та історія держави і права. Філософія права | |
| <i>Биркович Т. І., Кабанець О. С.</i> До окремих питань дослідження еволюції демократії | 11 |
| <i>Бунчук О. Б.</i> Праворозуміння Івана Франка | 15 |
| <i>Вакарюк Л. В.</i> До питання інтерпретації категорії «правовий режим» в юридичній науці | 20 |
| <i>Січевлюк В. А.</i> Етапи еволюції категорії «правова суб'єктність» | 24 |
| <i>Сокальська О. В.</i> Польські пенітенціарні концепції початку ХІХ століття | 31 |
| <i>Шаркова І. М., Спасібухов Н. І.</i> Історичні витоки та сучасна рецепція третейського судочинства ex aequo et bono | 35 |
| <i>Клеценко Н. О.</i> Уніфікація юридичної термінології як крок до упорядкування законодавства | 38 |
| <i>Пиртко М. С.</i> Характерні риси розвитку австрійської державності (ХVІІ–ХVІІІ ст.) ... | 41 |
| <i>Ткачук І. Д.</i> Співвідношення релігії та права як форм регуляції суспільних відносин | 47 |
| <i>Shramova O.</i> The right to health of the child in prenatal stage | 50 |
| Конституційне право та конституційний процес в Україні | |
| <i>Гасва Н. П.</i> Громадські організації в Україні: критерії класифікації | 61 |
| <i>Єгорова В. С.</i> Процес децентралізації влади в Україні | 66 |
| <i>Кравцова З. С.</i> Поняття і теоретико-методологічна характеристика механізму конституційно-правового регулювання | 70 |
| <i>Омельченко Н. Л.</i> Парламентаризм як концептуальна та інституційна основа сучасного парламентського права | 74 |
| <i>Рагімов К. А.</i> Право человека на жизнь в системе нормативных правовых актов Азербайджанской Республики | 79 |
| <i>Сподицький О. О.</i> Проблема подвійного громадянства в Україні: шляхи її вирішення | 83 |
| Адміністративне право і процес. Фінансове право. Інформаційне право | |
| <i>Бакаєнова Н. М.</i> Система органів адвокатського самоврядування в аспекті судово-правової реформи | 87 |
| <i>Гетманцев Д. А.</i> К вопросу эффективности регулирующей функции налога | 90 |

| | |
|---|-----|
| Бойчук А. Ю. Юридична відповідальність за правопорушення у сфері охорони водних об'єктів: до питання ідентифікаційної характеристики | 93 |
| Гайдунін О. О., Козир Ю. Г. Доктринальні аспекти інституалізації електронної комерції: розмежування базових понять | 99 |
| Пирого І. С. Новий метод нарахування, справляння і відшкодування ПДВ | 101 |
| Федорук Н. С. Патерналістська природа сучасного адміністративного права України як одна із перешкод його трансформації | 105 |
| Шинкарук О. В., Іванов Ф. О. Окремі аспекти класифікації суб'єктів адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів | 108 |
| Гуйван О. П. Сутнісні характеристики цивільно-правових санкцій за правопорушення в інформаційній сфері | 113 |
| Поворознюк М. І. До питання про сутність правозахисної природи адміністративного позову | 118 |
| Тараненко К. Ю. Природа податково-правового патерналізму фіскальної держави: аргументативно-дискусивний підхід | 122 |
| Проблеми цивільного та підприємницького права в Україні | |
| Воднарук М. The development of social insurance in Ukraine during the soviet and post-soviet periods of its history | 128 |
| Демченко І. С., Дубицька Н. Т. Нормативно-правове регулювання обов'язкової вакцинації: аргументи «за» та «проти» | 133 |
| Джавадов Х. А. Упрощене виробництво в гражданском процессе України | 139 |
| Зінченко О. В. Щодо законодавчого врегулювання відносин у сфері обігу криптовалют | 145 |
| Бернада С. В. Способи захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів, які спрямовані на відновлення становища, що існувало до порушення права | 148 |
| Діба О. В. Умови договору підяду на проведення проектних робіт | 153 |
| Котормус Т. І. Суб'єкти системи гарантування адміністративно-правового захисту права власності громадян України в районах проведення антитерористичної операції | 157 |
| Найченко А. М. Правова природа електронних доказів у господарському судочинстві | 162 |
| Сидидин В. М. Підвищення ефективності інституту державної реєстрації речових прав на нерухоме майно в сучасних умовах | 166 |
| Цопіна Н. Л. Встановлення нотаріусом майна, що може бути об'єктом договору довічного утримання (догляду) | 170 |
| Проблеми права інтелектуальної власності | |
| Андрусів У. Б. Основні аспекти охорони суб'єктивних прав організацій мовлення на міжнародному рівні | 174 |
| Ващищук І. І. Авторські права на результати інтелектуальної діяльності як права людини: міжнародно-правовий аспект | 179 |
| Лузан А. В. Щодо сучасного стану та перспектив взаємодії металургійних підприємств з вищими навчальними закладами та науково-дослідними установами в питаннях впровадження інноваційних об'єктів патентного права | 184 |
| Рассомахіна О. А. Особливості застосування підстав для відмови у наданні правової охорони торговельним маркам, що є описовими, у зарубіжних державах | 187 |
| Аграрне, земельне та екологічне право | |
| Марченко С. І. Атестація в сільському господарстві України: публічно-правові засади | 192 |
| Федчишин Д. В. Обмеження при здійсненні прав на землю в Україні | 195 |
| Гбур Л. В. Поняття та особливості адміністративної відповідальності за порушення в сфері використання водних ресурсів | 199 |
| Орленко М. І. Актуальні проблеми функціонально-правового забезпечення дозвільної системи у сфері використання та охорони надр в Україні | 202 |
| Кримінальне право та кримінологія | |
| Тихонова О. В. Кримінально-правова охорона економічної системи держави від злочинних посягань в період перебування українських земель під протекторатом інших країн | 208 |
| Андрушко А. В. Кримінологічна характеристика захоплення заручників | 213 |
| Ахмедов В. А. Класифікація злочинів проти правосуддя за суб'єктивним критерієм: критичний аналіз | 218 |
| Новіков О. В. Правове регулювання відшкодування збитків, шкоди, завданих унаслідок вчинення корупційних правопорушень | 221 |
| Філіптов С. О. Кримінологічне значення показника «ціна транскордонної злочинності» | 225 |
| Фоміна Т. Г. Тимчасовий арешт як спеціальний вид тримання під вартою: підстави та процесуальний порядок застосування | 230 |
| Болгов Р. О. Кіберсуїцидальність – новий виклик суспільству | 235 |
| Єрмолаєва-Задорожня С. В. Детермінанти перешкоджання службовій діяльності працівників правоохоронних органів | 237 |
| Іжевський Р. П. Кримінологічний аналіз проблем управління дорожнім господарством в Україні | 242 |
| Кравченко С. І. Момент закінчення злочину, склад якого передбачений ст. 372 КК України | 246 |
| Олійник Д. О. Детермінація корупційних злочинів у сфері здійснення митних процедур | 250 |
| Слотило О. Р. Соціальна обумовленість виділення складу злочину «Протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації» | 255 |
| Уманець Б. Б. Загальні засади призначення покарання у межах санкції статті та відповідно до положень Загальної частини КК: взаємозв'язок та взаємообумовленість | 259 |
| Правова система України й міжнародне право, порівняльне правознавство | |
| Вайцеховська О. Р. Правова природа комерційних угод між державами та іноземними приватними юридичними особами | 264 |
| Піторак Г. Ф. Міжнародний трибунал з морського права як механізм врегулювання спорів щодо юрисдикції держави прапора | 267 |
| Харчук О. О. Сталий розвиток на сучасному етапі міжнародних відносин | 272 |
| Кортукова Т. О. Правовий механізм співробітництва України з Європейським Союзом в імміграційній сфері | 277 |
| Гість номера | |
| Шміт А. Проблематика правосуддя як предмета петицій до сейму Республіки Польща VIII скликання | 282 |

Юрій Сергійович Шемшученко, академік НАН України, директор Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ЯК ОБИРАВСЯ ПЕРШИЙ І ОСТАННІЙ ПРЕЗИДЕНТ СРСР

Волею долі я був свідком запровадження поста Президента СРСР і обрання на цей пост тодішнього Генерального секретаря ЦК КПРС М. Горбачова (березень 1990 р.).

Вперше питання про заснування поста Президента в СРСР обговорювалося ще при підготовці проекту Конституції СРСР 1936 року. Але проти цього виступив Й. Сталін, який мав у своїх руках фактично необмежені повноваження. Він запропонував покласти президентські повноваження на Президію Верховної Ради СРСР, яку потім охрестили колегіальним президентом.

Плани запровадження поста Президента СРСР виношував і М. Хрущов. Цю ідею він висловив під час роботи комісії з підготовки проекту нової Конституції України (1964 р.). Але реалізувати задум він не встиг у зв'язку з усуненням від влади.

Це питання обговорювалося і під час роботи наступної конституційної комісії, яку очолював Л. Брежнев. Однак останній виявив обережність. До закріплення поста Президента СРСР у Конституції СРСР 1977 р. справа не дійшла. Президентські функції продовжувала виконувати Президія Верховної Ради СРСР.

Горбачовська перебудова розширила можливості для пошуку шляхів оновлення управлінських структур із використанням світового досвіду. Про запровадження інституту президентства у СРСР, зокрема, йшлося на XIX Всесоюзній партійній конференції (1988 р.). Але тут пріоритет було віддано посаді Голови Верховної Ради СРСР, маючи на увазі обрання на цю посаду Генерального секретаря ЦК КПРС М. Горбачова.

Все так і відбулося. Голова Верховної Ради СРСР був наділений статусом «вищої посадової особи Радянської держави». Проте фактично виконував функції спікера парламенту. Крім того, з часом все більш помітною ставала відсутність зв'язуючої ланки між законодавчою, виконавчою і судовою гілками влади, що знижувало дієвість механізму державної влади загалом.

Крім того, у цей час під М. Горбачовим захиталося крісло Генерального секретаря ЦК КПРС. На пленумах ЦК КПРС мала місце гостра політична конфронтація. Генеральний секретар обвинувачувався у суміщенні вищих партійних і державних посад, у розвалі економіки, хаосі, всюдозволеності та беззаконні у країні.

Вихід із цієї ситуації М. Горбачов та його прибічники наприкінці 80-х років пов'язали із заснуванням поста Президента СРСР. Ідейним провідником у цьому був головний «прораб» горбачовської перебудови О. Яковлев. Деякий час М. Горбачов коливався, а потім погодився, маючи на увазі, що саме він буде Президентом СРСР і за умови збереження за ним одночасно посади Генерального секретаря ЦК КПРС.

Саме під цим кутом зору відбувалося обговорення відповідних питань на Пленумі ЦК КПРС 14 березня 1990 р., який вів М. Горбачов. Пленум, зокрема, рекомендував третьому З'їздові народних депутатів СРСР внести зміни і доповнення до ст. ст. 6 і 7 Конституції СРСР щодо керівної ролі КПРС, запровадити пост Президента СРСР і визначити його правовий статус.

Потім було розглянуто питання про висунення кандидатів від КПРС на цей пост. Були запропоновані кандидатури М. Горбачова, Голови Ради Міністрів СРСР М. Рижкова і міністра внутрішніх справ СРСР В. Бакатіна. Однак М. Рижков і В. Бакатін зняли свої кандидатури.

Третій З'їзд народних депутатів СРСР відбувся 12–15 березня 1990 року. Спочатку він розглянув питання про внесення змін і доповнень до Конституції СРСР. Доповідь із цього питання зробив перший заступник Голови Верховної Ради СРСР А. Лук'янов.

У процесі обговорення доповіді було висловлено чимало різних, часом суперечливих, думок. Вони були узагальнені спеціальною редакційною комісією, яку очолив народний депутат СРСР, відомий правознавець В. Кудрявцев. Конструктивні пропозиції були враховані у заключній редакції проекту відповідного закону.

З'їзд прийняв рішення виключити з преамбули Конституції СРСР такі слова: «Зросла керівна роль Комуністичної партії – авангарду усього народу». Статті 6 і 7 одержали нові редакції. Відповідно до них КПРС могла брати участь у виробленні політики Радянської держави, в управлінні державними і суспільними справами поряд з іншими партіями і громадськими організаціями.

Слідом за цим З'їзд вирішив і питання про заснування поста Президента СРСР. Власне з цього питання, а також питання про внесення змін і доповнень до Конституції СРСР 14 березня 1990 р. було прийнято один Закон – «Про заснування поста Президента СРСР і внесення змін та доповнень до Конституції (Основного Закону) СРСР». Цим же Законом було визначено і правовий статус Президента СРСР.

Як зазначалося у цьому Законі, пост Президента СРСР засновано з метою забезпечення подальшого розвитку здійснюваних у країні глибоких політичних та економічних перетворень, зміцнення конституцій-

ного ладу, прав, свобод і безпеки громадян, поліпшення взаємодії вищих органів державної влади і правління СРСР. При цьому під тиском союзних республік було записано: заснування поста Президента СРСР не змінює правового становища і не тягне за собою обмеження компетенції союзних та автономних республік, закріпленої конституціями союзних і автономних республік та Конституцією СРСР.

Відповідно до оновленої за цим Законом Конституції СРСР Президент визнавався главою союзної держави – Союзу Радянських Соціалістичних Республік. Ним міг бути громадянин СРСР не молодший 35 і не старший 65 років. Він мав обиратися громадянами СРСР шляхом референдуму на основі загального, рівного і прямого виборчого права при таємному голосуванні строком на п'ять років. Йому надавалося право: виступати гарантом додержання прав і свобод громадян, Конституції та законів СРСР; вживати необхідних заходів щодо охорони суверенітету СРСР і союзних республік, безпеки і територіальної цілісності країни щодо реалізації принципів національно-державного устрою СРСР; представляти СРСР всередині країни і в міжнародних відносинах; забезпечувати взаємодію найвищих органів державної влади та управління СРСР; подавати З'їздові народних депутатів СРСР щорічні доповіді про становище країни; інформувати Верховну Раду СРСР про найважливіші питання внутрішньої і зовнішньої політики СРСР; представляти Верховній Раді СРСР кандидатури на відповідні посади; підписувати закони СРСР; припиняти дію постанов і розпоряджень Ради Міністрів СРСР; вести переговори і підписувати міжнародні договори СРСР; нагороджувати орденами і медалями СРСР, присвоювати почесні звання СРСР; вирішувати питання прийняття до громадянства СРСР, виходу з нього і позбавлення радянського громадянства, надання притулку; здійснювати помилування; оголошувати загальну або часткову мобілізацію, а також стан війни в разі воєнного нападу на СРСР і негайно вносити це питання на розгляд Верховної Ради тощо.

Президент був Верховним головнокомандувачем Збройних Сил СРСР і очолював Раду Федерації. При ньому діяла Президентська рада СРСР, завданням якої було вироблення заходів щодо реалізації основних напрямів внутрішньої і зовнішньої політики СРСР, гарантування безпеки країни. Президент СРСР проводив спільні засідання Ради Федерації та Президентської ради СРСР для розгляду найважливіших питань політики країни, видавав укази, які мали обов'язкову силу на всій території держави.

Президент СРСР користувався правом недоторканності й міг бути зміщений тільки З'їздом народних депутатів СРСР у разі порушення ним Конституції та законів СРСР. Таке рішення мало прийматися не менш як 2/3 голосів від загальної кількості депутатів з ініціативи самого З'їзду або Верховної Ради СРСР з урахуванням висновку Комітету конституційного нагляду СРСР.

Незважаючи на те, що за Законом Президент мав обиратися шляхом референдуму, М. Горбачов та його прибічники фактично пішли на пряме порушення цієї процедурної норми. Вони переконали делегатів у доцільності обрання першого Президента СРСР не всенародним голосуванням, а безпосередньо З'їздом. М. Горбачов поспішав, а принцип законності для нього ніколи не був домінантою у його діяльності.

14 березня З'їзд визначився із кандидатурою на пост Президента СРСР. Була підтримана пропозиція ЦК КПРС. Хоча партія була ослаблена, але вона все ще мала істотний вплив на політичну ситуацію в країні.

Цього ж дня відбулося і голосування із цього питання на З'їзді народних депутатів СРСР. Результати були оголошені 15 березня. За М. Горбачова віддали свої голоси 1 329 депутатів, тобто 59,2 % загальної кількості, проти – 495.

За результатами голосування була прийнята постанова про обрання М. Горбачова Президентом СРСР. Після цього головуєчий на засіданні А. Лук'янов надав слово М. Горбачову для складення присяги.

У залі Кремлівського палацу з'їздів настала тиша. М. Горбачов вийшов до встановленого перед президентською столика з двома мікрофонами. Поклавши руку на текст Конституції СРСР, він виголосив присягу: «Урочисто клянусь вірно служити народам нашої країни, суворо додержуватись Конституції СРСР, гарантувати права і свободи громадян, добросовісно виконувати покладені на мене високі обов'язки Президента СРСР».

Після цього головуєчий на засіданні оголосив, що перший Президент СРСР М. Горбачов вступив на свій пост і надав йому слово для інавгураційної промови. Вона закінчувалася словами: «Нам потрібно відкинути страхи і смутки, здобути віру у свої сили і можливості. А вони у нас величезні. Російський народ і всі народи, які об'єдналися з нами у велику багатонаціональну державу, зуміють відродити свою спільну Батьківщину. І обов'язково досягнуть цього на шляхах перебудови і соціалістичного оновлення».

Церемонія інавгурації М. Горбачова була швидкоплинною і не відзначалася урочистістю. Про це писала газета «Правда» у номері від 16 березня 1990 року. Не були переконливими і заклики Президента СРСР у його інавгураційній промові.

З гостьової ложі Кремлівського палацу з'їздів мені не все було ясно у задумах М. Горбачова та А. Лук'янова. Однак не можна було не помітити, як послідовно вони проводили свій корабель між Сциллою і Харібдою. У результаті М. Горбачов до своєї посади Генерального секретаря ЦК КПРС додав пост Президента СРСР, а А. Лук'янов пересів із крісла заступника Голови у крісло Голови Верховної Ради СРСР.

Здавалося, що цьому злагодженому тандему політиків не загрожують жодні випробування часом. Однак не mine і півтора року, як між ними пробіжить чорна кішка. Гекачепітський путч розведе їх у різні боки. Від дружби до конфронтації у політиці – один крок.

М. Горбачов був першим і останнім Президентом СРСР. Його короткострокова діяльність на цьому посту мала трагічні для СРСР наслідки. Вона проходила в умовах гострої конфронтації політичних сил та боротьби за владу і закінчилася наприкінці 1991 р. повним розвалом СРСР з усіма внутрішніми і зовнішніми наслідками.

УДК 340.12 (477)(091)

Т. Г. АНДРУСЯК

Тарас Григорович Андрусак, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Львівського національного університету імені Івана Франка

КОСТЬ ЛЕВИЦЬКИЙ – ПРАВНИК І ПРОСВІТИТЕЛЬ

Ім'я Костя Левицького для переважної більшості сучасних істориків нерозривно пов'язане зі ЗУНРом – одним із творців та Головою Уряду якої він був. Сьогодні можна констатувати, що її занепад, як і втрата іншої української національної державності того часу, є, у всіх випадках, результатом зовнішньої агресії та окупації, а не прорахунком їхніх творців чи керівників.

Сьогодні, коли безперечними та беззастережними стали необхідність оборони країни від зовнішньої загрози та створення дієвої й ефективної правової системи, стає очевидною необхідність актуалізації інтелектуального доробку у цій сфері попередніх поколінь чи, принаймні, інтелектуальної спадщини кращих правників, та її дієве використання в сучасних процесах вирішення і врегулювання наявних проблем. А це й переосмислення своєї історії, і підвищення рівня правової культури та правосвідомості.

У цьому відношенні постать Костя Левицького як правника, який розумів важливість знання громадянами передбачених законодавством прав, поінформованості щодо шляхів та механізмів їх відстоювання й захисту, та надзвичайно багато робив для цього, викликає особливий інтерес.

Можна з певністю стверджувати, що саме Кость Левицький започаткував підготовку, видання та поширення серед найширших верств населення просвітницької літератури з різних актуальних проблем. Кость Левицький сформулював і утвердив ідею, що саме інформація про шляхи якомога ефективнішого використання своїх прав та шляхи їх захисту викликають особливий інтерес у широкого кола громадян. Кость Левицький започаткував і сформував потужне й системне поширення популярної просвітницької літератури з роз'ясненням актуальних і дотичних до широких верст населення законів та описом механізмів їх виконання та використання у власних інтересах.

Вже в праці «Наш закон громадській або які ми маємо права і повинності в громаді», в якій йдеться про права громади та права кожного члена громади, що й сьогодні потребує свого переосмислення і актуалізації, він писав: «Прочитайте Панове Громадо сю книжочку про право громадське уважно, а як вона Вам на що припадєсть і Ви з неї на свій пожиток чоґо научитеся, то буде се для мене найвисша заплата і найбільша відрада»¹.

Сьогодні, коли популярні праці про Конституцію України, є радше винятком, ніж поширеним явищем, хочеться згадати іншу працю Костя Левицького «Наша свобода або які ми маємо права», де він, зокрема, підкреслив: «Хоть ми ту лиш про деякі найважніші права конституційні розказали а вже і з того добре знаєте, що є у нас свободні права, свобода народна, але що ми з того всього не багато ужиткуємо... На що ж здалися найліпші права – коли ми їх знати не будемо, так, як той газда, коли не знає – що на его обійстю находитьсє. Нам треба доконче пізнати і дізнатисє: що нам можна, що ні! Правда! Ми рівноправні»².

Будучи добре поінформованим про весь спектр економічних, фінансових, господарських та інших потреб народних верств, Кость Левицький готує і поширює літературу з різних проблемних питань.

Серед них питання позичок, адже «не раз можна почути у нас голос, з уст наших поважних людей, що позичками не піднесєся народ, а лише більше здовжиться та стане залежний від тих, котрі йому позичають». Він пише і видає працю «Про сільські каси позичкові і щадниці», в якій зазначає: «Отсе подалисьмо головні основи щадниць, які мають закладатисє у нас по селах і містечках в цілі розвинення широкої роботи: хліборобської самопомочи. Робота то та не є легка, але на всякий спосіб більше важна як трудна. Люде, що мають однакі потреби і цілі мусьятє разом заступатисє у борбі життє, щоби здобути собі нове ліпше життє. Найліпші закони, ані чужі руки не принесуть нам добра, як ми самі, кожний про себе і всі разом не заложимо руки у власній справі. Тож не забувайте ласкаво панове громадо на отсей наш поклик: «Працюй і щад!»³.

Ним започатковуєтьсє ціла серія книжок, виданих пізніше у «Просвіті», з усіх проблем, які могли бути цікавими і актуальними для українського населення: про права рідної мови, про порядок створення в селі

громадського магазину чи колективної комори для якісного і належного рівня зберігання зернових – шпихлір, про нове будівельне законодавство.

Цінність і значення доробку Костя Левицького з різних важливих правових аспектів, громадських, соціальних, економічних та інших питань важко переоцінити. Загальний наклад цих видань, як і інших видань «Просвіти», сягав декількох десятків тисяч, тож реально сприяв піднесенню рівня ознайомленості населення з вимогами та можливостями, які надавало чинне законодавство, що, безперечно, сприяло рівню правової свідомості та правової культури українського населення. Особливо, коли взяти до уваги, що товариство «Просвіта» наприкінці ХІХ ст. поширило свою діяльність на все українське населення і мало свої представництва практично в кожному українському селі.

Роль і значення праць Костя Левицького полягала не тільки в поширенні та популяризації вимог законодавства, а й у піднесенні відповідальності за участь у виборах і належного використання свого виборчого права. Тому ще одним важливим аспектом його діяльності стає поширення інформації про політичні й виборчі права та їх правильне використання. Для цього він пише праці про вибори послів, зокрема від курії сільських громад, до яких належала більшість українського населення. Підкреслюючи: «Поставимося як слід при виборах, а тоді ...46 українських послів здобудуть нам справедливе виборче право!»⁴.

Не меншу увагу приділяв він виборам до парламенту, зокрема зазначаючи: «Кожен, хто береться за якесь діло, мусить зрозуміти річ про яку йде. Рільник мусить уміти ходити коло землі; ремісник мусить навчитися ремесла; правник мусить знати право; лікар мусить докладно пізнати тіло людини і його хвороби, – а виборець, що береться до виборів посла повинен також знати, як до них братися і що треба робити, бо інакше не буде з нього хосну (користі – ред.) при виборах»⁵.

Діяльність, спрямована на підвищення рівня правової свідомості, усвідомлення значимості своїх політичних прав врешті-решт увінчалася успіхом у запровадженні загального і рівного виборчого права. Кость Левицький, ставши депутатом, продовжив свою діяльність у напрямі поширення інформації серед населення, утвердження розуміння цінності й значимості своїх виборчих прав та важливості правильно зробленого вибору, цінність здобутих і виборних прав. Адже, «... отсі маси народні, що довго і тяжко боролися за загальне право виборче до парламенту, та відтак на підставі сего права послали нових послів у віденський парламент, тепер надіються поліпшення своєї суспільної долі та питають: що принесли нам наші послі?»⁶.

Ще однією безперечною заслугою Костя Левицького є роз'яснення для народу суті, специфіки і особливостей державної влади та її політики і діяльності. З цією метою він тлумачить податкову функцію державної влади та її соціальні функції. Так, у праці «Діяльність нового парламенту в справах податкових», він серед іншого зазначає: «Усунення податків, що надмірно чи то несправедливо обтяжать населення, а натомість впровадження справедливого розкладу податкового на загальне населення по змозі одиниць, отсе новочасне змагане соціальних політиків. А поступові сторонництва проголосили у своїх програмах дві загальні засади: стриміти до створення для індивідумів мінімального доходу вільного від податку та прогресивно висшого оподаткування прибуткових заможніших одиниць господарських»⁷.

Крім правових праць просвітницького спрямування, Кость Левицький є автором наукових студій у сфері цивільного процесу та історико-правових досліджень, формування історії української правової думки та політичної біографістики українських діячів тощо. На окрему увагу заслуговують його праці з міжнародного права, прав національних меншин.

Кость Левицький створив і більше десяти років редагував український правничий періодичний журнал «Життя і право» (1928–1939), що став реальною трибуною обговорення всіх актуальних і важливих проблем для українських правників усіх юридичних професій.

Важливо та актуально підкреслити, що цьому передувала кропітка робота ряду правників по розробці української правничої термінології, яку завершив Кость Левицький, видавши українсько-німецький правничий словник.

Інтелектуальна Кость Левицький біографія є надзвичайно цікавою і в чомусь повчальною для сучасних політиків, адвокатів, громадських діячів.

Кость Левицький народився 18 листопада 1859 р. в містечку Тисмениця, помер 18 листопада 1941 р. у Львові⁸. Це, без перебільшення, унікальна постать і в інтелектуальному, і в політичному житті українського народу. Кость Левицький більше шістдесят років робив все можливе для покращення долі і становища рідного народу, стояв на чолі українського політичного руху. Саме це й було головно причиною того, що в радянський період його ім'я намагалися стерти з пам'яті народу, не згадуючи ні в енциклопедичних довідниках, ні в працях з історії України ХІХ–ХХ століття.

Розглянемо коротко його життєвий шлях – різносторонній і складний, заповнений постійною невтомною та безперервною працею і дійсно вагомими та значимими здобутками в розвитку правової культури, національної свідомості народу, його розвитку, готовності боротися та відстоювати свої права, можливості та майбутнє.

Після здобуття початкової освіти в т. зв. нормальній школі в 1872 р. розпочав навчання у Станіславській гімназії. У 70-х рр., так само як і на Наддніпрянській Україні, в ряді міст на західноукраїнських землях виникають «громади» – молодіжні українські організації, які об'єднують молодь, що прагне працювати на користь рідного народу. Виникла така таємна організація і у Станіславові. Її організаторами та лідерами були брати Заклинські: Леонід, Роман та Корнило. Головним завданням організації було залучення учнів гімназії до праці над піднесенням національної свідомості українського селянства, яке становило переважну більшість населення, та поширення видань «Просвіти».

Сам Кость Левицький, згадуючи про ці події, писав у своїй праці про історію політичної думки галицьких українців 1848–1914 рр.: «Та в таких обставинах робота «Просвіти» не була легка, бо треба було боротись не тільки з темнотою народу, але й зі всяким упередженням старої галицької інтелігенції. Та перших народовців кріпила віра в перемогу правди і вони по заснуванню «Просвіти» (1868 – Т.А.), наче апостоли розійшлись у всі сторони рідного народу до праці над його освідочуванням».

Не забуду ніколи пам'ятних слів першої відозви «Просвіти»: «Нехай всякий, хто може, жертвує для рідного народу ... й свою лепту...». Отсі слова були для мене благородним живчиком в моїм молодечім віці, що мені вказав перший шлях праці національної. Та я давав свою лепту по змозі. Як ученик гімназійний використовував я час свят і ферій, щоби неграмотним селянам читати книжочки «Просвіти» та пояснювати їм те, що пише ся, а грамотним (письменним) роздавати книжочки «Просвіти», щоб далі читали і людям пояснювали. Те саме робив я як студент університету і допровадив до заснування читальні»⁹.

Після закінчення гімназії він продовжив навчання на юридичному факультеті Львівського університету, де разом з іншими студентами, зокрема Андрієм Чайковським, Євгеном Олесницьким та ін., у 1881 р. створив перше українське правниче студентське громадське об'єднання – «Кружок правників», керівником якого його було обрано. Головна мета, з якою було створено «Кружок...», полягала в наданні допомоги у здобутті фахової освіти. Було створено також власну фахову бібліотеку та започатковано видавання скриптів, тобто текстів лекцій з усіх юридичних предметів.

У «Кружку...» також була створена комісія по роботі над правничою термінологією. Результатом діяльності Костя Левицького в цьому напрямі стали два видання правничого словника і його редакторство в україномовних правничих журналах «Часопис правничий» (1889–1905) та «Життя і право» (1928–1939). Кость Левицький писав про словники: «В році 1893 видав я «Німецько-руський словар висловів правничих і адміністраційних», накладом Наукового Товариства ім. Шевченка у Львові. Отсе друге виданє являєть ся як поправлене і доповнене. Це значить, що розвиток нашої української мови не одно пережилось та й не вдержалось і треба було заступити тим, що сталось живим новим словом, а з другого боку належало пропустити ці вислови, що втратили своє первісне значінє або вийшли з уживання та на їх місце прийняти нові вислови, узгляндуючи найновіші законодавства».

Також протягом чверті століття змінився німецький правопис, а ще більше наш український правопис. От сі зміни мав я на увазі та старався їх узгляднити, так аби цей правничий словар поставити на рівні сучасної мови і правопису»¹⁰.

У 1884 р. Кость Левицький отримав ступінь доктора права у Львівському університеті.

Займався адвокатською діяльністю. Першою справою, яка зробила його одним із найбільш відомих українських адвокатів, була його участь як захисника в справі Січинського, який в знак протесту проти масового порушення та ігнорування виборчих прав українських виборців вчинив замах на намісника Галичини Потоцького¹¹. Виступи Костя Левицького, які були поширені тогочасною пресою по всій країні, переконливо продемонстрували неприпустимість зловживання владою представниками адміністрації та готовність українського народу до боротьби за свої права.

Усвідомлюючи необхідність економічного розвитку українського народу, Кость Левицький стає ініціатором розширення економічної діяльності «Просвіти» та створення цілого ряду інституцій, зокрема кооперативу «Народна торгівля», «Краєвого Союзу Кредитового» та ін.

У політичну діяльність Кость Левицький приходять у 1885 р., коли виступає разом з Олександром Огоновським, Юліаном Романчуком та ін. ініціатором та активним учасником створення політичного товариства «Народна Рада», секретарем якої його було обрано. Пізніше, коли на базі цього політичного товариства у грудні 1899 р. було створене Національно-Демократичне (Народне) Сторонництво, згодом перейменоване на Українську Національно-Демократичну Партію, яку Кость Левицький очолював до 1919 р. В ній активно працювали Іван Франко, Михайло Грушевський, Володимир Охримович, Євген Левицький, Вячеслав Будзинівський, Юліан Бачинський та ін. Кость Левицький став провідником політичного життя українців на західноукраїнських землях. Як депутат парламенту та Галицького крайового сейму, очолює українські депутатські групи. Він, завдяки своїм організаційним здібностям, завдяки власній титанічній праці та вмінню об'єднувати абсолютно різних за своїми поглядами і за темпераментом людей, зумів знайти не тільки правильну стратегію, а й правильну тактику, що вберегло галицьке суспільство від розпорошення сил на міжпартійну та міжособисту боротьбу.

Все це й обумовило роль і значення Костя Левицького в період створення української національної держави на українських землях, що входили до складу Австро-Угорської монархії – Західноукраїнської народної республіки.

Після окупації Польщею західноукраїнських земель та невтішного для українців та безперспективного для ЗУНР рішення міжнародних організацій Кость Левицький повертається в 1923 р. до Львова, де йому довелося пережити доволі важкі моменти, навіть радянське ув'язнення. При цьому він, не змінюючи своїх поглядів та переконань, до кінця життя залишався провідником та політичним лідером народу, відстоюючи його права і інтереси. За його переконанням: «Головна річ – спиратися на власні сили народної маси і спробувати спромогу свободної праці у всіх ділянках національного життя. Бо власна сила нації є найсильнішим аргументом у політиці представництва супроти держави, в якій народ живе, і супроти других народів»¹².

Кость Левицький залишався зі своїм народом в найскладніший час його життя. У період 17–22 вересня 1939 р., коли польська влада залишила Львів і до міста тільки вступили радянські війська, він створив та очо-

лив Український Допомоговий комітет. У його оцінці тогочасні події: «Це кара Божа на Польщу – за її насильства і знущання над нашим народом». Делегація на чолі з Костем Левицьким прибула до політичного представника радянської влади Міщенка та коменданта радянської частини у Львові генерала Іванова. «Ген. Іванов, що говорив по російськи, відповідаючи на промову д-ра К. Левицького, просив впливати на безпеку, спокій і порядок у місті і гарантував те саме іменем залози». Пізніше Кость Левицький та ряд інших представників українського народу були арештовані. Декілька місяців він перебував у тюрмі у Львові, потім був відправлений в Москву, де його допитували та утримували на Луб'янці¹³.

Пізніше він повернувся до Львова. Це була така дивна і радісна для українців подія, що про неї написала навіть щоденна українська газета «Свобода» в Нью-Йорку під заголовком «Вирвалися з большевицької тюрми та уникнули смерті», повідомлячи: «В половині травня ц.р. випустили на волю з ославленої тюрми на Лублянці (т. зв. «внутренна тюрма НКВД») в Москві б. редактора «Діла» д-ра Івана Німчука й сеніора українських діячів д-ра Костя Левицького – обох по майже 20-місячній ув'язненні»¹⁴.

Наступний етап політичної біографії Костя Левицького починається з Акту відновлення Української Держави 30 червня 1941 року. Він – «найвизначніший політичний і суспільно-громадський діяч Галичини кінця XIX і початку XX ст., президент Української Національної Ради у Львові, створеної в липні 1941 р. як український передпарламент в наслідок Акту 3 червня 1941 р.»¹⁵.

Корисною була підтримка Українського Державного Правління урядом Української Держави та президентом Костем Левицьким, який, як згадує Ярослав Стецько, «після з'ясування йому мною наших планів заявив, що він щасливий, що може ще раз віддати свій труд і коли треба – життя Україні. Президент Левицький це був символ 1918 р. на ЗУЗ, в'язень Луб'янки, незламний патріот – сеньйор наших політичних діячів. Я подав йому у початкових загальних зарисах плян Ради Сеньйорів. Кость Левицький погодився прийняти головство Ради Сеньйорів з тим, що почесним головою мав стати Митрополит. Заявив мені, що він стоїть повністю до диспозиції Уряду і в кожній ситуації є готовий йому допомогати. Цього він лояльно дотримувався і у кожній потребі служив радо своєю радою досвідченого державно-політичного мужа, який вмів цінувати власну гідність достойність своєї нації».

Така оцінка діяльності Костя Левицького прозвучала під час його похорону. «Після Богослужби виголосив глибоко обдуману промову о. мітрат д-р Йосиф Сліпий, починаючи її біблійним порівнянням: «Сорок літ вів Мойсей народ і не довів. Та своїми ясними очима побачив він ще цю обітовану землю з вершин гір. Так і Покійний – 50 літ провадив народ до обітованої землі – рідної державності і був мент, що таки її побачив. Він застав народ – народівців, а залишив його нацією, свідомою своєї мети. Був твердий у змаганнях, хоч і гнучкий політик...»¹⁶.

Суспільно-політична діяльність Костя Левицького та його інтелектуальна і зокрема правова спадщина, мають колосальне значення для сучасної України. Як державний діяч він невпинно сприяв становленню і розвитку української національної державності. Як правник, високо підносив роль права у суспільстві, насамперед з громадою пов'язуючи його поступ.

¹ Левицький К. Наш закон громадській або які ми маємо права і повинності в громаді. – Л., 1889. – С. V.

² Левицький К. Наша свобода або які ми маємо права. – Л., 1888. – С. 28.

³ Левицький К. Про сільські каси позичкові і щадниці. – Л., 1894. – С. 56.

⁴ К. Л. і Б. В. [Левицький К., Барвінський В.] Як вибрати посла до Краєвого Союму з куриї сільських громад? – Л., 1908. – С. 16.

⁵ Кость Антонович [Левицький]. Як вибрати посла до Ради Державної. – Л., 1891. – С. 3.

⁶ Перший рік парламенту загального голосування (1907–1908). – Л., 1908. – С. 3.

⁷ Левицький К. Діяльність нового парламенту в справах податкових. – Л., 1908. – С. 3.

⁸ Андрусяк Т. Г. Левицький Кость Антонович / Т. Г. Андрусяк // Енциклопедія сучасної України. – К., 2016. – Т. 16. – С. 663.

⁹ Левицький К. Історія політичної думки галицьких українців. 1848–1914. З ілюстраціями на підставі споминів і документів. – Л., 1926. – С. 117.

¹⁰ Левицький К. Німецько-український правничий словар. Друге виправлене і доповнене видане. – Відень, 1920. – С. VI.

¹¹ Веселовський Я., Лозинський М. Як судили Мирослава Січинського. – Л., 1910. – 303 с.

¹² Левицький К. Мусимо зговоритися в нашій політиці. Президент др. Кость Левицький про політичне положення // Як на долоні. – Л., 3 жовтня 1937. – С. 1.

¹³ Німчук І. 595 днів советським в'язнем. – Торонто, 1950. – С. 17, 22, 56.

¹⁴ Свобода. Український щоденник. – № 247. – 1941. – 23-го жовтня. – С. 1.

¹⁵ Стецько Я. 30 червня 1941. Проголошення відновлення державності України. – Торонто-Лондон, 1967. – С. 209, 230, 232.

¹⁶ Величавий похорон през. д-ра Костя Левицького // Краківські вісті. – № 257 (412). – 1941. – 13 листопада. – С. 5.

Резюме

Андрусяк Т. Г. Кость Левицький – правник і просвітитель.

У статті, присвяченій видатному українському громадському та політичному діячеві, адвокату та правникові Костю Левицькому, який започаткував та протягом десятиліть проводив роботу з підвищення рівня правової грамотності й культури українського народу, подається короткий виклад його організаторської, політичної, наукової та просвітницької діяльності.

Ключові слова: Кость Левицький, «Просвіта», «Часопись правника», «Життя і право», ЗУНР, Українська Національна Рада у Львові.

Резюме

Андрусак Т. Г. Кость Левицкий – юрист и просветитель.

В статье, посвященной выдающемуся украинскому общественному и политическому деятелю адвокату и законодателю Костю Левицкому, который начал и в течение десятилетий проводил работу по подъему уровня правовой грамотности и культуры украинского народа, подается краткое изложение его организаторской, политической, научной и просветительской деятельности.

Ключевые слова: Кость Левицкий, «Просвита», «Часопись правнича», «Жизнь и право», ЗУНР, Украинская Национальная Рада во Львове.

Summary

Andrusyak T. Kost Levytsky is a lawyer and educator.

In the article that is dedicated to the prominent Ukrainian public and political figure, lawyer and legislator, Kost Levitsky, who began and carried out work to raise the level of legal skills and culture of the Ukrainian people for decades, a brief summary of his organizational, political scientific and educational activities is presented.

Key words: Kost Levytsky, “Prosvita”, “Legal Journal”, “Life and Law”, ZUNR, Ukrainian National Council in Lviv.

УДК 340.12; 321.7

Т. І. БИРКОВИЧ, О. С. КАБАНЕЦЬ

Тетяна Іванівна Биркович, доктор з державного управління, професор, завідувач кафедри Інституту журналістики та міжнародних відносин Київського університету культури

Олександр Сергійович Кабанець, кандидат юридичних наук, доцент Інституту журналістики та міжнародних відносин Київського університету культури

ДО ОКРЕМИХ ПИТАНЬ ДОСЛІДЖЕННЯ ЕВОЛЮЦІЇ ДЕМОКРАТІЇ

Демократія – одна з найстаріших форм організації та управління суспільним життям, яка забезпечує участь народу в управлінні державою і вирішенні суспільних проблем. Близько 2,5 тисячоліть лише відомій нам писаній історії демократії, коли вона стає однією з форм державного правління¹.

Як зазначають В. Забігайло та М. Козюбра, «народившись на теренах стародавньої Греції, слово “демократія” стало відоме нині мовам усіх народів як символ соціальної справедливості, як рубіж, що віддаляє прогрес від реакції, тиранії і свавілля»².

Спроби наукового осягнення феномена демократії відбувалися ще в період Античності. Ідея демократії вперше з’являється у працях грецького історика Геродота (V ст. до н. е.), який писав, що демократія – це держава, побудована на засадах рівності. Основними її ознаками мислитель вбачав: обрання посад за жеребкуванням, звітування посадовців про свою діяльність (урядову та фінансову), народні збори, на яких розглядалися важливі справи державного і суспільного значення.

Продовжувачем вчення про демократію був Демосфен (IV ст. до н. е.). Наголошуючи на ідеї рівності громадян, непорушності закону, він захищав права власників з огляду на позитивну роль багатства в державному житті³. Філософ висловлював думку про обов’язкову зміну посадових осіб, неможливість обіймати одночасно дві і більше посад, обов’язкову фінансову підзвітність посадовців тощо⁴.

Давньогрецький філософ і державний діяч Перикл розуміння демократії вбачав у полісній формі правління, у зв’язку з чим писав: «Ми називаємо себе демократією, оскільки наше управління перебуває в руках багатьох, а не кількох»⁵.

Державно-політичний устрій стародавніх греків, відомий як антична демократія, розбудовувався на принципах верховенства полісного закону і на засадах правового рівноправ’я в юридичних відносинах, які регламентували моральні принципи та общинну поведінку. Фактично це була общинно-полісна демократія, що базувалася на статевих обмеженнях (наприклад, жінкам заборонялося відвідувати Народні збори Афін) і статусних привілеях (зокрема, для отримання виборчої посади в полісному магістраті необхідно було мати афінське громадянство)⁶.

Загалом, як зазначає М. Зубко, античні мислителі визначали п’ять характерних ознак грецької демократії: а) всезагальне рівноправ’я перед полісним законом; б) відсутність, обмеження чи упередження владного деспотизму; в) вибори на державні посади шляхом загальнонародного жеребкування; г) підзвітність державних службовців за результатами діяльності на виборчих посадах; ґ) вирішення полісних справ Народними зборами та Сенатом⁷.

Історія також засвідчує цікаві факти щодо проблеми античного рабства в контексті тогочасної демократії. Якщо прийняти гіпотезу Ф. Кессіді, то полісна демократія Стародавньої Греції вважала правомірним безмежне панування вільного над рабом. Так, у Стародавній Греції та Римській імперії раби в демократичних полісах були майже безправними. Однак є правдою й те, що раб мав чималі демократичні права (майнова власність, посада в державній поліції Афін, можливість стати вільним або громадянином, зробити оскарження на діяння рабовласника з причини соціального гніту чи крайнього деспотизму)⁸.

М. Ковалевський, вивчаючи полісну (античну) демократію, підсумовує, що період полісної демократії тривав три століття і був ознаменований низкою реформ: за часів правління Перикла було скасовано майновий ценз; жеребкування замінено голосуванням; введено оплату посадовим особам⁹.

Антична теорія демократії мала обмежений і суперечливий характер. Зокрема, поліс не був державою у сучасному розумінні цього слова, і навіть в епоху свого розквіту Афіський поліс налічував усього декілька сотень тисяч жителів, з яких вільними громадянами вважалися лише 20–30 тисяч. Антична демократія здійснювалася у формі прямої, безпосередньої демократії, влада у якій була прерогативою лише вільних громадян. Жінки, іноземці та раби не мали політичних прав. Стабільність афінської демократії забезпечувалася жеребкуванням при виборі посадових осіб та остракізмом, що унеможливлювало розкол суспільства на протилежні за інтересами угруповання¹⁰.

Історична хроніка свідчить, що грецька демократія була кріпосною служницею владного закону, якому зобов'язувалися підкорятися майже всі без винятку громадяни античного полісу, взагалі – прадавньої общини та звичаєвого права¹¹. Ця проблема є актуальною й досі.

Тривалий час у світовій науковій думці демократія сприймалася як одна з форм правління. На відміну від монархії (влади одного), аристократії (влади кращих) та інших форм правління, демократія характеризувалася як влада народу або влада більшості. При цьому як форма правління вона практично ніколи не оцінювалася. Так, Платон писав, що демократія – устрій приємний і різноманітний, але такий, що не має належного управління. Більш того, серед законних форм правління демократія є найгіршою, тобто гірше монархії та аристократії¹².

Таку позицію філософ обґрунтовував низьким рівнем культури громадян грецьких полісів-держав, що давало змогу правителям маніпулювати таким «народовладдям», внаслідок чого режими демократії були недовговічні й переходили в охлократію (влада натовпу), а ті, в свою чергу, породжували тиранію¹³.

Арістотель, Полібій і Цицерон високо оцінювали найкращі сторони демократії, але були прихильниками змішаної форми правління, яка поєднувала в собі як демократію, так і інші форми правління. Найкраща форма політичного устрою, за Арістотелем, являє собою змішання трьох основних засад – олігархічного, монархічного і демократичного. На думку мислителя, близькими до такого ідеального устрою були Афіни часів правління Солона, де ареопаг втілював олігархічну засаду, виборність посад – аристократичне, а народний суд був демократичним органом¹⁴. Отже, за законодавством того часу кожний, хто намагався скинути демократію в Афінах, оголошувався поза законом і його можна було безкарно вбити¹⁵.

Аналізуючи демократію, у своїй праці «Політика», Арістотель виокремлює декілька її видів, кожному з яких притаманні такі риси: а) правління вільних і рівних громадян, за якого думка більшості має вирішальне значення; б) цензова демократія – політія, яка полягає у досягненні компромісу між бідними і багатими – багаті відносно обмежені у своїх правах, а бідні не зовсім усунені від участі у політичних процесах; в) усі громадяни, що є такими (за своїм походженням), мають право брати участь у заміщенні державних посад, водночас править не більшість, а закон. Така демократія високо цінувалася Арістотелем, оскільки сприяла запобіганню узурпації влади; г) верховна влада належить не законові, а демосові. За такої форми правління, був переконаний мислитель, народ виступає у ролі монарха (володіє верховною владою) і стає деспотом, а суспільний лад починає нагадувати тиранію. Від такого виду демократії виграють лише демагоги, які управляють натовпом, а відсутність законів призводить до фактичної відсутності держави як інституту¹⁶.

Цицерон визнавав рівність усіх людей від природи і стверджував, що кожен із них має можливість набутти мудрості, отримавши відповідну освіту. Він вводить поняття «*res publica*» – справа народу, де під народом розуміє «спільність багатьох людей, пов'язаних між собою згодою у питаннях права і спільністю інтересів»¹⁷. При цьому право є визначальною ознакою держави.

М. Онішук, досліджуючи зазначений період у розвитку демократичних ідей, наголошує, що демократія як суспільно-політико-правовий феномен пройшла складний, тривалий і часто неоднозначний шлях багатовікового розвитку. Історично категорія демократії набуває сучасного змісту лише після формування теорії народного суверенітету в XVIII ст. і нормативного закріплення положень про пряме й опосередковане вираження цього суверенітету через безпосередні та представницькі форми демократії у перших конституціях і конституційних актах країн Західної Європи та Північної Америки. Разом із тим ще у Середні віки, на територіях сучасних європейських, у тому числі й слов'янських держав, практикувалися такі форми неопосередкованої участі городян у вирішенні важливих питань, що мали окремі формальні ознаки безпосередньої демократії¹⁸.

Демократична спадщина епохи європейського Середньовіччя свідчить про те, що влада, держава і закони наділялися божественною природою, індивід сприймався не як самостійна особистість, а як член певної соціальної групи, стану, корпорації, який потребує захисту, заступництва, опіки з боку церкви і земних володарів.

Якщо за грецької демократичної форми індивід, незважаючи на те, що визнавався політично вільним і внутрішньо самостійним, утримувався у лоні загальних інтересів та потреб грецької держави, передусім общини, на духовних цінностях якої позначалася діалектика відносної самостійності (що означає залежність індивіда від державної, моральної та релігійної влади, яка обожнювала і відносини, і законодавство, і поведінку)¹⁹, то принципами організації влади феодального суспільства стають залежність і служіння, а основу правової системи становить ідея нерівності станових прав. Відносна рівність визнавалася лише всередині замкнутих соціальних спільнот, що створювало передумову розвитку станового самоврядування.

В епоху Середньовіччя проблема свободи розглядається у двох аспектах: а) соціально-філософському – як свобода волі людини, і вирішується в контексті доктрини теодицеї²⁰; б) політико-юридичному, де «свободи» проявлялися у певних пільгах, привілеях (тимчасове звільнення від податків, право на самоврядування, надані мешканцям певної місцевості, міста).

Для феодального суспільства характерним було різноманіття форм участі станової влади, виникнення вільних міст в Європі, що породжує питання про правомірність виокремлення особливого історичного типу демократії – феодальної демократії. Таке твердження випливає із факту існування інститутів і механізмів народовладдя, таких як: виборні магістратури та їх змінюваність; віче у феодальних республіках; практики прийняття законів при згоді станів. Саме в цей період починають формуватися прототипи сучасних представницьких установ – парламенти, поява яких була детермінована нездатністю центральної влади самотійно, без допомоги адміністративного апарату вотчинників, без підтримки і згоди станів організувати і забезпечити державне управління (збір податків, утримання армії тощо)²¹.

Середньовічним парламентам були притаманні такі ознаки: становий характер; обмеженість прав, у тому числі позбавлення права законодавчої ініціативи; відсутність єдиних правил виборів представників від станів; рекомендаційний, а не обов'язковий для виконавчої влади характер прийнятих рішень; нерегулярність скликання²².

Зокрема, у ранньому Середньовіччі в Швейцарських кантонах спостерігається формування феномена «референдної демократії». Як зазначає М. Онішук, вона на багато століть стала зразком середньовічної безпосередньої демократії для тогочасних європейських держав завдяки ідеалізації референдумів у доктрині народного суверенітету. Ж.-Ж. Руссо, який тривалий час прожив у Швейцарському Союзі, прихильно ставився до його традицій народоправства. «Референдна демократія» стала прототипом безпосередньої реалізації народного суверенітету і в буржуазній Франції, а потім і в інших країнах Західної Європи та колоніях Північної Америки²³.

Витоки ідеї народного суверенітету, яка, до речі, сприяла розвитку безпосередньої демократії, формувалися у вченнях Ж. Бодена, які згодом продовжив Т. Гоббс. Зокрема, Ж. Боден дійшов висновку про необхідність обмеження абсолютної влади. Він наголошував, що всі його попередники, які вживали термін «суверенітет», не вважали за потрібне дати йому чітке визначення. У своїй праці «Шість книжок про республіку» (1576 р.) мислитель пише, що «суверенітет – це абсолютна і вічна влада Республіки». Ця цитата стала загальновизнаним класичним визначенням введеного до науки поняття суверенітету. Найважливіші положення цієї концепції є певною мірою актуальними для низки країн Заходу і в наш час²⁴.

Продовжувач вказаних ідей Т. Гоббс говорить про необмеженість влади монарха (суверена) в усіх сферах суспільного і державного життя. Як констатує М. Онішук, теорія суверенітету Ж. Бодена і Т. Гоббса та їх послідовників мала більш глибокі наслідки для європейської політико-правової думки, ніж це здається на перший погляд. Ці мислителі створили умови для постановки питання про можливість існування декількох носіїв суверенітету в межах однієї держави. Хоча вже у XVII ст. Ж.-Ж. Руссо проголошує тезу про невідчужуваність народного суверенітету²⁵.

Реформація дала сильний поштовх до розвитку уявлень класичного раціоналізму, ідеї природних, невідчужуваних прав і свобод особи, теорії правової держави, що отримали своє класичне вираження у працях Т. Гоббса, Дж. Локка, Ш.-Л. Монтеск'є, Ж.-Ж. Руссо та інших філософів доби Просвітництва²⁶. Певні елементи демократії у цей час можна прослідкувати в італійських містах (Венеція, Генуя, Флоренція), проте через обмеженість представництва в органах влади вони більше схожі на олігархії. Б. Спіноза виокремлював монархію, аристократію і демократію. Останню він вважав найбільш правильною, оскільки правителі держави контролюються законом, а їх повноваження чітко окреслені. Демократичною державою, на думку філософа, «колегіально правлять всі й більша частина народу»²⁷.

Отже, у генезисі ідеї демократії Нового часу важливими етапами були Відродження та Реформація, під впливом яких змінювалася картина світу народів Європи, формувалися нові уявлення про державу, владу, право, про природу людини і суспільства. Епоха Відродження мала особливе значення для становлення нової демократичної традиції. У цей період визначилися такі домінянти духовного розвитку, як раціоналізм, антидогматизм, свобода мислення, відкритість новому знанню, відхід від ідеї замкнутості, ієрархічності світу, визнання самоцінності особистості.

Слід наголосити, що в Античності та Середньовіччі демократія оцінювалася загалом негативно. Якщо Платон вважав її однією з найгірших форм правління, то Арістотель класифікував різновиди демократії і дійшов висновку, що за умов верховенства закону демократія стає наближеною до політії, а отже, допустимою формою устрою²⁸.

На відміну від античної демократії, яка мала здебільшого полісно-общинний характер, де існував принцип безпосереднього народовладдя, в епоху Середньовіччя розвивається ідея державного суверенітету, а також з'являється нова форма участі народу у здійсненні влади – система представництва, що характеризується появою парламентів (які, на відміну від сучасних парламентів, не виступали у ролі законодавчих органів).

Свого сучасного змісту демократія набуває у XVIII ст. після формування теорії народного суверенітету.

Ж.-Ж. Руссо не визнавав ніяких меж людської свободи. Його ідея народного суверенітету стала найвищим досягненням теорії суспільного договору. Він писав, що народ з власної волі встановлює будь-яку форму правління та може її змінювати. Але він – найвищий суддя стосовно влади, і в разі, коли правителі

посягають на його права, може змістити узурпаторів і встановити нову владу згідно зі своєю волею²⁹. Владу, що управляється спільною волею, Ж.-Ж. Руссо називає суверенітетом³⁰.

Як справедливо наголошує І. Куян, значення вчення Ж.-Ж. Руссо і сьогодні залишається величезним, він обґрунтував безмежну владу народу, спільній волі якого підпорядковані всі державні установи, весь державний порядок, всі права і воля особистостей. Ці ідеї стали теоретичним підґрунтям для розвитку й уконституювання різних форм безпосередньої демократії³¹.

Окрім того, ідеї Ж.-Ж. Руссо поклали початок демократичним ідеям народного суверенітету, що стало також основою ідеології буржуазно-демократичних революцій кінця XVIII ст. у Франції та Північній Америці.

Здійснений аналіз різноманітних теорій демократії дав можливість дійти висновку, що кожна із них є реакцією на певні кризові явища у функціонуванні тих чи інших демократичних систем. Це зумовлено специфікою демократії, реалізація якої означає, з одного боку, втілення ідеї демократії – народовладдя, а з другого – прагнення вирішення тих проблем, які виникають у процесі практичного втілення цієї ідеї.

Разом із тим при аналізі розвитку демократії є можливість виокремлення основних етапів, які передували формуванню сучасних вітчизняних уявлень про демократію та здійснили на них суттєвий вплив.

¹ Рагозін М. П. Вчимося демократії. Уроки громадянської освіти / М. П. Рагозін. – Донецьк : Донбас, 2004. – 180 с. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://iem.donntu.edu.ua/doc/soz/ragozin_uchim_demokr/part11.htm

² Забігайло М. І. Демократія, права і свободи: реальність і ідеологічні міфи / В. К. Забігайло, М. І. Козюбра. – К. : Вид. політ. літ-ри України, 1983. – С. 3.

³ История политических и правовых учений: Домарксистский период: учеб. / под ред. О. Лейста. – М. : Юридическая литература, 1991. – С. 485.

⁴ Оніщенко Н. М. До питання про категоріальний апарат сучасних правових досліджень (правопізнавальні конструкції) / Н. М. Оніщенко // Публічне право. – 2012. – № 1 (5). – С. 224.

⁵ Цветков В. В. Суспільна трансформація і державне управління в Україні: політико-правові детермінанти : моногр. / В. В. Цветков, І. О. Кресіна, А. А. Коваленко. – К. : Ін Юре, 2003. – С. 263.

⁶ Зубко М. В. Стародавня демократія грецького та римського суспільств: порівняльна аксіологія інтересів та потреб / М. В. Зубко // Мультиверсум. Філософський альманах. – К. : Центр духовної культури, 2004. – № 42 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.filosof.com.ua/Jornel/M_42/Subko.htm

⁷ Там само.

⁸ Кессиди Ф. Х. От мифа к логосу (становление греческой философии) / Ф. Х. Кессиди. – М. : Мысль, 1972. – С. 15–16.

⁹ Ковалевский М. Происхождение современной демократии / М. Ковалевский : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ualib.com.ua/b_757856.html

¹⁰ Політологія : підруч. / М. М. Вегеш та ін. – К. : Знання, 2008. – С. 54.

¹¹ История Древней Греции / под ред. В. И. Кузищина. – М. : Высшая школа, 1986. – С. 3.

¹² Григонис Э. П. Механизм правового государства : моногр. / Э. П. Григонис. – СПб. : Санкт-Петербург. ун-т МВД РФ, 1999. – С. 116–117.

¹³ Невичерпність демократії: Видатні діячі минулого і сучасності про вільне, демократичне суспільство і права людини / упоряд. О. І. Терех, Я. Г. Оксюта. – К. : Український письменник, 1994. – С. 10–11.

¹⁴ Аристотель. Политика / Аристотель // Сочинения : в 4 т. – М. : Мысль, 1975–1983. – Т. 4. – С. 106–107.

¹⁵ Оніщенко Н. М. Інститут юридичної відповідальності у демократичних правових системах / Н. М. Оніщенко, Т. І. Тарахонич, Н. М. Пархоменко, Л. О. Макаренко. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2009. – С. 167.

¹⁶ Аристотель. Политика / Аристотель // Сочинения : в 4 т. – М. : Мысль, 1975–1983. – Т. 4. – С. 107.

¹⁷ Цицерон М. Про державу. Про закони. Про природу богів / М. Цицерон ; пер. з лат. В. Литвинова. – К. : Основи, 1998. – С. 247.

¹⁸ Оніщук М. В. Референдна демократія: проблеми конституційної теорії та практики : моногр. / М. В. Оніщук. – К. : Вид-во Європейського ун-ту, 2009. – С. 19.

¹⁹ Зубко М. В. Вказана праця.

²⁰ Лейбниц Г. В. Сочинения : в 4 т. / Г. В. Лейбниц. – М. : Мысль, 1989. – Т. 4. – С. 214.

²¹ Шаповал В. М. Конституційне право зарубіжних країн : підруч. / В. М. Шаповал. – К. : АртЕк, 2001. – С. 130.

²² Політологія : підруч. / М. М. Вегеш та ін. – К. : Знання, 2008. – С. 295.

²³ Оніщук М. В. Вказана праця. – С. 21.

²⁴ Світова класична думка про державу і право : навч. посіб. / С. Ф. Безродний (керівник), Г. К. Ковальчук, О. С. Масний. – К. : Юрінком Інтер, 1999. – С. 70–74.

²⁵ Оніщук М. В. Вказана праця. – С. 177–178.

²⁶ Там само. – С. 24.

²⁷ Ключник Р. Розвиток теорії та практики демократії: ретроспективний аналіз / Р. Ключник : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zgroup.com.ua/article.php?articleid=5201>

²⁸ Там само.

²⁹ Філософія права : навч. посіб. / за заг. ред. М. В. Костицького, Б. Ф. Чміля. – К. : Юрінком Інтер, 2000. – С. 108–109.

³⁰ Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре или Принципы общественного права / Ж.-Ж. Руссо // История политических и правовых учений : хрестоматия / под ред. О. Э. Лейста. – М. : Городец, 2000. – С. 201–202.

³¹ Куян І. А. Особливості розуміння ідеї суверенітету в політико-правовій думці Західних держав XVI–XVIII століття / І. А. Куян // Науковий Вісник Чернівецького університету. – 2010. – Вип. 538. Правознавство. – С. 33.

Резюме

Биркович Т. І., Кабанець О. С. До окремих питань дослідження еволюції демократії.

Стаття присвячена аналізу окремих питань щодо еволюції демократії. Розглядаються та аналізуються історичний аспект зародження демократії; державно-політичний устрій стародавніх греків, також відомий як антична демократія; характерні ознаки грецької демократії. У той же час досліджується демократична спадщина епохи європейського Середньовіччя та проводиться аналіз притаманних їй ознак.

Ключові слова: демократія, право, еволюція демократії, антична демократія, ознаки демократії, риси демократії.

Резюме

Биркович Т. И., Кабанец А. С. К отдельным вопросам исследования эволюции демократии.

Статья посвящена анализу отдельных вопросов эволюции демократии. Рассматриваются и анализируются исторический аспект зарождения демократии; государственно-политическое устройство древних греков, также известный как античная демократия; характерные признаки греческой демократии. В то же время исследуется демократическое наследие эпохи европейского Средневековья и проводится анализ присущих ей признаков.

Ключевые слова: демократия, право, эволюция демократии, античная демократия, признаки демократии, черты демократии.

Summary

Byrkovych T., Kabanets O. The article is devoted to the analysis of separate issues concerning the evolution of democracy.

The historical aspect of the birth of democracy is considered and analyzed; the state-political structure of the ancient Greeks, also known as ancient democracy; characteristic signs of Greek democracy. At the same time, the democratic legacy of the European Middle Ages is studied and an analysis of the features inherent in it is being analyzed.

Key words: democracy, law, evolution of democracy, ancient democracy, signs of democracy, features of democracy.

УДК 34.09

О. Б. БУНЧУК

Оксана Борисівна Бунчук, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

ПРАВОРОЗУМІННЯ ІВАНА ФРАНКА

Дослідження особливостей праворозуміння видатного українського письменника Івана Франка (1856–1916) – своєчасне та потрібне. Його внесок у вітчизняну правознавчу науку пов'язаний з інтерпретацією низки правових проблем загальнотеоретичного характеру та історії українського права. Правові ідеї українських мислителів суттєво впливають на сучасну правову теорію та практику. Як зауважує Т. Андрусак, «актуалізація надбань правової думки, вивчення та переосмислення її здобутків на різних історичних етапах розвитку людства є основою формування такого праворозуміння, яке було б адекватним сучасному станові суспільства, що змінюється швидше, ніж відбувається осмислення цих змін»¹.

Вивчення правових аспектів творчості І. Франка є складовою частиною франкознавства. Франкознавство, як окрема галузь гуманітарної науки в Україні, має більш ніж столітню історію. Вперше, термін «франкознавство» був вжитий М. Возняком у 1925 р.: учений звернув увагу на появу нової дисципліни, пов'язаної з іменем видатного українського письменника. І якщо в цей період корпус досліджень пов'язувався, здебільшого, з українським літературознавством та мовознавством, то згодом до філологів приєдналися філософи, історики, журналісти, психологи й економісти, етнографи і юристи, педагоги і бібліографи. Цьому сприяв універсалізм І. Франка, оскільки, для того, щоб досягнути весь творчий спадок мислителя, потрібні зусилля представників різних наук.

Вивчення Франкових поглядів на право розпочалося порівняно пізно. Власне юридичні дослідження поглядів І. Франка на державу та право з'являються лише в II половині XX століття. Спеціальним працям передували, а потім з'являлися, паралельно до них, матеріали, які містили принагідні міркування про державно-правові погляди І. Франка. Такими є статті та монографії, присвячені розглядові життя та творчості письменника, праці про суспільно-політичні погляди І. Франка, дослідження щодо філософських, соціологічних та економічних поглядів ученого (до них належать праці М. Возняка, В. Мазепи, Я. Грицака, Б. Нахліка, Я. Мельник, Б. Тихолоза, А. Пашука та ін.). Серед наукових досліджень, у яких відображено окремі аспекти правових поглядів І. Франка, виділяються праці таких авторів, як В. Кульчицький, В. Сокуренько, О. Скакун, О. Копиленко, Т. Андрусак, Н. Саветчук, М. Гримич та ін.

Водночас відчувається потреба у систематизації, уточненні, конкретизації та комплексному представленні поглядів І. Франка на право, визначенні їхньої ідейно-практичної значущості для сучасного українського суспільства.

Мета статті полягає в тому, щоб на підставі аналізу окремих філософських, політичних, економічних, історичних і літературознавчих праць І. Франка визначити особливості праворозуміння письменника.

І. Франко не був фаховим юристом, проте його енциклопедичні знання сприяли формуванню власних поглядів на правові явища і процеси сучасної йому дійсності – правового світогляду. На думку сучасних дослідників, правовий світогляд – це «погляд людини на навколишній світ природно та соціально зумовлених можливостей задоволення її потреб, які вважаються нею належними і забезпечені обов'язками інших суб'єктів»².

З'ясовуючи питання про формування правового світогляду І. Франка, варто враховувати аспект багатоджерельності. Науковці неодноразово фіксували впливи різних вчень і теорій на позиції мислителя. Дослідники сходяться на думці, що для поглядів І. Франка була властива внутрішня неоднорідність та еволюційна змінність. Цьому насамперед сприяв перехідний характер історичної епохи, в якій він жив. У кінці ХІХ ст. спектр політичного світогляду українських інтелектуалів складався з елементів різних доктрин. «Франків світогляд увібрав у себе положення різних соціальних теорій, також ідеї Дарвіна, філософів-позитивістів Конта, Спенсера, Мілля, Бокля та ін.»³.

Інтерпретацію правового світогляду науковці пов'язують з праворозумінням його носія. У цьому проявляється суто правова специфічність даного світогляду. Саме праворозуміння визначає зміст правового світогляду. Правовий світогляд і праворозуміння є явищами, пов'язаними змістовно, проте не тотожними. Це зумовлюється тим, що правовий світогляд засаднично-змістовно залежить від праворозуміння (як від своєї серцевини, свого «ядра»), внаслідок цього вони утворюють певну змістовну «зв'язку»⁴.

В «Юридичній енциклопедії» праворозуміння визначається як усвідомлення правової дійсності крізь призму правових теорій, доктрин, концепцій. Воно є формою пізнання сутності і ролі права у регулюванні суспільних відносин, засновується на науковому обґрунтуванні правових явищ, належній правовій культурі і правосвідомості громадян. «Праворозумінню як складному явищу властиві такі підходи до пізнання права: нормативний, генетичний, системний, соціологічний, функціональний, аксіологічний, психологічний тощо. Провідне місце серед них займає гуманістичне розуміння права як соціальної цінності й одного з найважливіших надбань цивілізації»⁵.

Дослідники розглядають питання співвідношення праворозуміння та правової думки. Зокрема, Т. Андрусак зауважує, що праворозуміння, як осмислення правової дійсності, є складовою частиною правової думки. Правова думка – це результат інтелектуальної діяльності, спрямованої на правову сферу суспільства, тобто це завжди об'єкт духовного світу. Предметне поле правової думки є значно ширше, ніж теорії права і загалом юридичної науки. Правову думку становлять правові погляди науковців у сфері права та інших наук, що вивчають у т. ч. правові аспекти буття суспільства (історія, політологія, соціологія, державне управління та ін.); депутатів парламенту та інших представницьких органів, як загальнодержавних, так і регіональних чи місцевих; політичних, громадських, культурних і релігійних діячів; юристів-практиків (суддів, прокурорів, адвокатів та ін.)⁶.

Правові погляди І. Франка характеризуються життєво-практичною направленістю. Як зауважує Б. Тихолоз, «рідко коли мислителя цікавила сутність певної речі як така; йому, зазвичай, розходилося про її значущість для особистості, нації, суспільної чи наукової потреби даного історичного моменту, і філософські питання він порушував задля вирішення конкретно-наукових, моральних чи суспільно-політичних проблем, а не в руслі загально світоглядних спекулятивних шукань»⁷.

У ранніх наукових розвідках І. Франка відображені погляди мислителя на походження та сутність права. Описуючи зародження права, вчений констатував, що людське суспільство, як і будь-яка складна система, може нормально функціонувати й розвиватися лише опираючись на певні правила. Такими правилами у первісному суспільстві, як наголошував І. Франко, виступали звичаї, традиції, ритуали, обряди і міфи.

Першою причиною виникнення права І. Франко вважав авторитет звичаїв і дотримання окремих символічних дій. Письменник зауважував: «Товариські, економічні і межиплемінні відносини людей в тій добі стояли під ненастанним впливом тих церемоній; ніхто не смів виломитися з-під їх власті. Свіість, моральність, релігія тонули і щезали ще зовсім у мраці церемоній, і аж звільна почали з неї виділюватись, різницюватись. Церемонії зразу були всім, становили все; повнячи їх, чоловік був і моральний, і релігійний, вони були первісною релігією...»⁸. У праці «Мислі о еволюції в історії людськості» І. Франко показав процес зародження права у формі звичаїв.

При розгляді питань про виникнення, сутність та джерела права І. Франко виявляв схильність до поєднання елементів природно-правового, соціологічного і формально-догматичного праворозуміння. Він зазнав впливу різних теорій походження держави і права – органічної, теологічної, патріархальної, договірної, історико-матеріалістичної, насильства. Серед ідейних натхненників письменника в різні періоди його світоглядної еволюції були І. Кант, К. Маркс, Г. Спенсер, М. Драгоманов, С. Подолинський, О. Єфименко, М. Грушевський, В. Охримович та ін.

Важливо проаналізувати розгляд І. Франком процесу історичного розвитку права. Інтерес до цієї проблематики, як підкреслює О. Скакун, І. Франко виявив ще в роки навчання на філософському факультеті

Львівського університету⁹. Саме тоді біографічні чинники спонукали письменника замислитись над сутністю права. Після безпідставного арешту в червні 1877 р. та несправедливого засудження письменник зайнявся вивченням римського права.

І. Франко підкреслював, що римському праву належить одне з унікальних місць у правовій історії людства. Саме на основі римського права склалась величезна правова культура, яка стала загальним надбанням людства на всіх наступних етапах розвитку цивілізації. І. Франко зазначав, що з двох велетнів – Байрона та Шекспіра «... починається взагалі література так, як право від римського права...». Римська юриспруденція поклала початок самостійної науки про право, а також професійній юридичній освіті. Вчений визнавав величезну заслугу римлян у створенні науки правознавства і техніки тлумачення та застосування законів. Він звертав увагу на регулювання римським правом сімейно-шлюбних відносин та відносин права власності. Римське право письменник визначав одним із найбільших набутків античного світу. Досягнута протягом тривалого розвитку досконалість форми і змісту, логічна обґрунтованість, чіткість, ясність викладу обумовили, на думку І. Франка, його сприйняття правом наступних епох.

І. Франко підкреслював, що з точки зору античного права не всі люди визнавалися суб'єктами права. Раб юридично не визнавався людиною. За своїм правовим становищем він був «річчю» поряд з іншим господарським інвентарем та засобами виробництва. У Середньовіччі формується розгалуженіша структура права, пов'язана з ієрархічним принципом побудови та функціонування феодального ладу. Різні соціальні статуси обумовили й різні рівні прав-привілеїв членів суспільства. Аналізуючи в праці 1912 р. «Данте Аліг'єрі» перехід від античних часів до середніх віків, вчений підкреслював: «Право, що в Римській державі було одно для всіх, робиться тепер привілеєм, набирає тисячі місцевих відтінків та степенувань, у яких звільна виростає ідея місцевої самоуправи»¹⁰. Держави нового часу, як наголошував І. Франко, не можуть обійтись без права, оскільки воно закріплює і узаконює веління правлячого прошарку суспільства. Саме за допомогою права встановлюються такі загальні правила поведінки, які корисні тим, хто перебуває при владі.

Суттєве місце в правових поглядах І. Франка на сутність права займає проблема співвідношення права і закону. Оцінюючи характер законодавства, він підкреслював відмінність між писаним і реальним правом. І. Франко зазначав, що писане право формується з загальних, абстрактних, схематичних постанов і не може охопити всієї повноти права, яке діє в реальному житті. Цілком справедливим є зауваження О. Скакун про те, що «право і закон розглядалися І. Франком як генетично і функціонально пов'язані, але зовсім не тотожні інститути»¹¹. І. Франко усвідомлював, що загального права для всіх в експлуаторському суспільстві, як і всезагальної рівності та справедливості, бути не може. О. Скакун підкреслює, що письменник, розглядаючи справедливість і право, справедливість і рівність у тісному зв'язку, не ототожнював їх. Дослідниця вважає, що І. Франко наближався до розуміння вольової суті права.

Під впливом порад М. Драгоманова І. Франко звернув увагу на теоретичні аспекти звичаєвого права, конкретні випадки його застосування в минулому та в сучасних цивільно-правових, сімейних і земельних відносинах. Письменник розглядав звичаєве право у тісному зв'язку з нормами місцевого самоврядування, досліджував архівні документи, етнографічний матеріал правового характеру, практику роботи судів, органів самоврядування. У його наукових розвідках порушена проблема впливу звичаєвого права на перші писані пам'ятки українського права. Він закликав досліджувати звичаєве право українського народу і використовувати ці знання в процесі законотворення. «Численні факти, де уявлення народу про право увійшли в конфлікт з австрійськими законами, призводячи до дуже прикрих і фатальних наслідків для цього народу, стали, як здавалося, досить сильним поштовхом до вивчення цих народних уявлень про право в усій їхній повноті», – зауважував І. Франко¹².

І. Франко розглядав правовий звичай не як фіксовану норму, а як модель поведінки, яка відображає усвідомлення народу про праве і неправе. У своїх дослідженнях він чітко виділяв історичне співвідношення між правовим звичаєм і законом. Початково право виражалось практично виключно у формі правових звичаїв – це т.зв. період панування звичаєвого права. Але поступово державна влада, забезпечуючи свій захист одним правовим звичаєм і відмовляючи у цьому захисті всім іншим, здійснює власний відбір між звичаями. Період спільної дії звичаю та закону характеризується тим, що відповідні органи держави видають у вигляді законів колишні звичаї. Проте в подальшому настає етап повного панування закону, в якому виражена воля влади, і утиць силою авторитету звичаєвого права. Вчений не заперечував, що закон здатний служити засобом свідомого влаштування життя на основі розумного і справедливого. Водночас І. Франко підкреслював, що не завжди закон виконує це призначення, подекуди його дія призводить до абсолютно протилежного результату. На його думку, правові звичаї в історичній послідовності передують законодавчій діяльності. Правові звичаї встановлювались шляхом постійного, однорідного дотримання людьми правил поведінки.

У питаннях звичаєвого права відображаються різноманітні аспекти культурного, соціально-економічного та політичного розвитку суспільства. Віддзеркалення звичаєвого права, як регулятора поведінки людей, спостерігається у повсякденному житті. І. Франко звертав особливу увагу на значення вітчизняного звичаєвого права для процесу становлення національної правової системи. Він вважав, що норми звичаєвого права глибоко вкорінені в історію українського народу. Навіть у періоди бездержавності саме звичаєве право було власне українським, воно не тільки регулювало поведінку людей, а й слугувало формою збереження національних ідеалів, характерних рис ментальності українського суспільства. Звичаєве право І. Франко розглядав як джерело правової культури народу та продукт етнотворчості. Він аналізував відображення звичаєвих норм у законодавчих збірниках, а також його дію в різних галузях права.

На необхідність вивчати звичаєве право І. Франко звернув увагу в статті «Суд громадський в селі Добрівлянах», надрукованій в українській газеті «Світ» у 1882 році. Учений наголошував на відмінностях між державними законами та розумінням права простими людьми. Він писав: «... звісна річ, що всі тонкості нашого бюрократичного праводавства не швидко можуть вміститися і вжитися в чий-небудь здоровий і пустою діалектикою та казуїстикою не перекручений розум, тим менше мож було сього надіятися по наших мужиках». Письменник проаналізував громадську книгу вироків села Добрівлян Дрогобицького повіту і не виявив у ній жодного посилання на чинне законодавство. Більше того, розгляд усіх цивільних і кримінальних спорів вирішувалися «... по „божим приказанням“ та по „справедливості“, т.е. по унаслідженім з діда-прадіда правним поняттям народним...»¹³.

Особливе місце у системі правових поглядів І. Франка займають міркування про джерела права. Вчений детально охарактеризував особливості звичаїв та нормативно-правових актів. І. Франко виходив за межі суто юридичних уявлень про звичаєве право, він розглядав його не тільки як джерело правової культури народу, а також як продукт народної самосвідомості. В останньому випадку норми звичаєвого права, як підкреслював учений, стають цікавими для дослідників з різних галузей знань: істориків, етнографів, літературознавців і юристів. Правовий звичай у розумінні І. Франка – це швидше модель поведінки, яка відображає усвідомлення народу про правильне та неправильне. Він також досліджував вплив вітчизняного звичаєвого права на становлення національної правової системи.

У питанні співвідношення правового звичаю і закону І. Франко вказував, що правовий звичай набагато давніший від закону, який встановлюється державною владою. Звичай, як генетичне джерело права, бере свій початок ще з додержаного періоду існування людей. Але найбільший парадокс правової еволюції проявляється у тому, що і на найвищих її стадіях співіснування правового звичаю і встановлених людською владою законів не припиняється, а набуває тільки нових різновидів і характеристик. Зрівняння всіх учасників правових відносин в користуванні правами (природними) за допомогою законів держави стане найвищим ступенем еволюції і розвитку права від правового звичаю до правового закону. Саме тоді право буде справедливим і відповідатиме своєму істинному призначенню.

У Галичині у XIX ст. найпопулярнішими були соціологічна теорія права і теорії відродженого природного права. Соціологічна юриспруденція в Австро-Угорській державі існувала у вигляді руху за «вільне право». Його засновником був правознавець та соціолог Є. Ерліх. Вчений різко виступив проти пануючого в той час формалістичного підходу до права. Він приділяв велику увагу вивченню законодавства, дослідженню звичаєвого права, судової практики, явищ господарського життя. Видатний соціолог права збирав обширний фактичний матеріал, на основі якого намагався дати «нове» теоретичне обґрунтування існуючого права. Є. Ерліх вважав, що правові установи ґрунтуються не тільки на правових нормах. Мораль, релігія, звичаї, пристойність та ін. проникають і в право. Позитивне право, зазначав він, нездатне охопити всю багатогранність правового життя. Точками дотику поглядів І. Франка та Є. Ерліха, на нашу думку, можна вважати такі: заперечення тотожності права і закону; розуміння права як вчорашнього звичаю і звичаю – як права завтрашнього.

Що ж до розповсюджені в Австро-Угорщині теорії відродженого природного права, то варто зазначити, що окремі ідеї про природні права характерні для вчень стародавнього світу. Цілісна теорія природного права була сформована в XVII ст. для захисту від феодального свавілля. Представниками цієї школи права були Ж.-Ж. Руссо, Дж. Локк, Б. Спіноза, Г. Гроцій, Ф. Вольтер, П. Пестель, Г. Сковорода. Франкові імпонували погляди цих мислителів і у своїх дослідженнях він неодноразово посилався на їхні праці.

І. Франко у розвідці «Університети в Росії» (1887 р.), описуючи процес «християнізування» Казанського університету імператором Олександром I на початку XIX ст., зауважував: «Реакція все поперевертала догори ногами. Професора природного права, яке для реакції найбільше було сіллям в оці, змусили викладати за реакційним підручником. Утворено кафедру конституційного права, але не з тою метою, щоб доводити необхідність конституційного порядку, а виключно для того, щоб очорнювати і висміювати цей порядок і будь-яке прагнення до нього. Замість римського права викладалося візантійське. Ректора університету професора Сольцева ретрогради звинуватили в тому, що він, йдучи за «Критикою чистого розуму» Канта, природне право виводив не з священного писання, а з чистого людського розуму»¹⁴. Ці зміни І. Франко називав «поворотом до гіршого», а апогеєм такої ситуації він вважав звільнення з посади професора Петербурзького університету, російського юриста О. Куніцина за його твір «Право природи», тисяча примірників якої було конфісковано.

Характеризуючи здобутки XVIII ст., І. Франко наголошував: «Вік той, що породив знамениті трактати Руссо о вихованні нормальної одиниці людської („Emili“) і о повороті людей на лоно природи, що оголосив „Права чоловіка“ яко основу цілої суспільної будови, мусив безмірно піднести вагу одиниці людської»¹⁵.

І. Франко вважав, що право, як міра справедливості, було первинним відносно права позитивного. У праці 1913 р. «Азбучна війна в Галичині 1859 р.» письменник наголошував: «Те правило, що практика попереджає теорію, служить також для інших наук: уперед були народи, держави та правительства, ніж письменники про штучку, панування, адміністрацію та права народів. Уперед були суди та вимір справедливості, ніж писані статuti та судові процедури»¹⁶. На його думку, право, в реальному і практичному прояві, постає насамперед як визначена вимога або правило корисного і справедливого вирішення конфлікту заінтересованих у його вирішенні сторін. В якості вимог або правил право містить у собі визначену міру свободи у поведінці сторін. На відміну від права, закон – це письмово фіксований формальний припис верховної влади в

державі, які діють у її межах. Всі, хто підпадає під формальні і абстрактні вимоги закону, стають пов'язаними вимогами держави.

Питання праворозуміння І. Франко порушує у праці «Юрій Брандес» (1899 р.). Аналізуючи головні ідеї діяльності Ю. Брандеса, І. Франко подає своє розуміння поглядів Ф. Ніцше – представника ірраціоналізму і волюнтаризму в філософії, який визнавав владу найбільшою цінністю у суспільстві і метою існування людства. Політику, право, державу і законодавство Ф. Ніцше відносив до суспільних сфер буття. Право він розглядав як похідне від волі до влади, критикуючи теорії і природного права, і вчення про рівність і свободу людей. Джерело права він вбачав у силі й перевагах надлюдини. І. Франко критикував ставлення Ніцшевської надлюдини до законів. Він зауважував: «...Ніцше і ніцшеанці бачать кожний у собі самим такого героя, вважають кожний сам себе вищим понад усі закони, понад усякий суспільний розвій, жадають від суспільності для себе всього, не даючи їй за те нічогосінько»¹⁷.

І. Франко вважав, що діючі писані правові норми не є виключно твором законодавця чи юристів. Позитивне право є наслідком довговікового розвитку, що відбувається під впливом потреб життя. Саме цей розвиток правових норм відбувається часто проти волі влади, і його напрям визначається самим життям. У 1891 р. у студії «Ворог народу» вчений стверджував, що абсолютної правди немає, оскільки людина існує не задля якоїсь абстрактної правди. Все зовсім навпаки: будь-яка правда є наслідком певних суспільних і духовних людських стосунків»¹⁸. Вчений неодноразово звертав увагу на невідповідність приписів законів реально існуючим суспільним відносинам.

Отже, правова спадщина минулого привертає особливу увагу сучасних дослідників. Ретельне вивчення, неупереджений розгляд та історично виважений підхід до поглядів видатних мислителів, безумовно, сприяє глибшому та всебічному розумінню суспільних потреб сьогодення. Багатоджерельність світогляду І. Франка збагатила ерудицію письменника, надала їй енциклопедичного характеру, сприяла формуванню власних поглядів на взаємодію людини і суспільства, походження права. З його точки зору право є соціальним витвором, що складається під впливом моралі, традицій, звичаїв, відображає потреби та інтереси людини і тому є первинним щодо закону держави, позитивного права.

Необхідно пам'ятати про вплив різних теорій виникнення права на позицію мислителя, а також еволюційну змінність його поглядів. Існуючі в Галичині на зламі XIX–XX ст. ст. теорії праворозуміння певною мірою відобразилися на Франкових поглядах щодо сутності права. Це ускладнює однозначну оцінку його тверджень у межах певної концепції. Учений розмежовував поняття «право» та «закон», розумів право як таке, що пронизане ідеями гуманності та справедливості, регулює відносини між людьми, забезпечує волю і недоторканність особи. У поглядах І. Франка щодо сутності права визначальним є прикладний аспект.

Мислитель, не вдаючись до оцінки типів праворозуміння, виявляв схильність до поєднання елементів природно-правового, соціологічного і формально-догматичного праворозуміння. Права людини він розглядав як природне явище, захищав гідність людини незалежно від соціального становища, національної і релігійної приналежності. Соціальне середовище І. Франко вважав системою сфер, у яких відбувається формування права в процесі спілкування і співпраці людей. А державі, її уповноваженим органам, відводив відповідальну роль у формалізації права, санкціонуванні, встановленні, зміні чи відміні правових норм, корисних і потрібних для людей.

¹ Андрусяк Т. Г. До питання про співвідношення праворозуміння та правової думки / Т. Г. Андрусяк // Альманах права. – 2011. – Вип. 2. – С. 66–68. – С. 67.

² Рабінович П. Правовий світогляд (соціально-природна інтерпретація) / П. Рабінович, Т. Бачинський // Вісник Національної академії правових наук України. – 2014. – № 2. – С. 5–17. – С. 5.

³ Кармазіна М. С. Ідея державності в українській політичній думці (кінець XIX – початок XX ст.) / М. С. Кармазіна. – К., 1988. – 350 с. – С. 122.

⁴ Рабінович П. Вказана праця. – С. 11.

⁵ Шемшученко Ю. С. Праворозуміння / Ю. С. Шемшученко // Юридична енциклопедія: в 6 т. / [редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. – К.: Укр. енцикл., 2003. – Т. 5. – С. 48–49.

⁶ Андрусяк Т. Г. Вказана праця.

⁷ Тихолоз Б. Іван Франко – філософ (До характеристики стилю та еволюції мислення) / Богдан Тихолоз // Сучасність. – 2002. – № 12. – С. 106–119. – С. 111.

⁸ Франко І. Мислі о еволюції в історії людськості / І. Франко // Зібрання творів : у 50 т. / редкол. : Є. П. Кирилюк (голова) та ін. – К. : Наук. думка, 1976–1986. – Т. 45. – С. 109.

⁹ Скакун О. Ф. Іван Франко / О. Ф. Скакун. [Серія «Из истории политической и правовой мысли»] – М., 1987. – 128 с. – С. 80.

¹⁰ Франко І. Данте Аліг'єрі / І. Франко // Зібрання творів : у 50 т. / редкол. : Є. П. Кирилюк (голова) та ін. – К. : Наук. думка, 1976–1986. – Т. 12. – С. 17.

¹¹ Скакун О. Ф. Вказана праця. – С. 86.

¹² Франко І. «Громада» і «задруга» серед українського народу в Галичині і на Буковині / І. Франко // Зібрання творів : у 50 т. / редкол. : Є. П. Кирилюк (голова) та ін. – К. : Наук. думка, 1976–1986. – Т. 44. – Кн. 1. – С. 487.

¹³ Франко І. Суд громадський в селі Добрівлянах / І. Франко // Зібрання творів : у 50 т. / редкол. : Є. П. Кирилюк (голова) та ін. – К. : Наук. думка, 1976–1986. – Т. 26. – С. 198.

¹⁴ Франко І. Університети в Росії / І. Франко // Зібрання творів : у 50 т. / редкол. : Є. П. Кирилюк (голова) та ін. – К. : Наук. думка, 1976–1986. – Т. 46. – Кн. 1. – С. 496.

¹⁵ Франко І. Переднє слово [до видання «Перебенді» Т. Г. Шевченка, Львів, 1889] / І. Франко // Зібрання творів: у 50 т. / редкол. : Є. П. Кирилюк (голова) та ін. – К. : Наук. думка, 1976–1986. – Т. 27. – С. 288–289.

¹⁶ Франко І. Азбучна війна в Галичині 1859 р. / І. Франко // Зібрання творів: у 50 т. / редкол. : Є. П. Кирилюк (голова) та ін. – К. : Наук. думка, 1976–1986. – Т. 47. – С. 573.

¹⁷ Франко І. Юрій Брандес / І. Франко // Зібрання творів: у 50 т. / редкол. : Є. П. Кирилюк (голова) та ін. – К. : Наук. думка, 1976–1986. – Т. 31. – С. 382.

¹⁸ Франко І. Ворог народу / І. Франко // Зібрання творів: у 50 т. / редкол. : Є. П. Кирилюк (голова) та ін. – К. : Наук. думка, 1976–1986. – Т. 28. – С. 216.

Резюме

Бунчук О. Б. Праворозуміння Івана Франка.

У статті, на підставі аналізу окремих філософських, політичних, економічних, історичних і літературознавчих праць І. Франка, розглянуто особливості праворозуміння письменника. Існуючі в Галичині на зламі XIX–XX ст. ст. теорії праворозуміння певною мірою відобразилися на Франкових поглядах щодо сутності права. Учений розмежовував поняття «право» та «закон», розумів право як таке, що пронизане ідеями гуманності та справедливості, регулює відносини між людьми, забезпечує волю і недоторканність особи. У поглядах І. Франка щодо сутності права визначальним є прикладний аспект. Мислитель, не вдаючись до оцінки типів праворозуміння, виявляв схильність до поєднання елементів природно-правового, соціологічного і формально-догматичного праворозуміння.

Ключові слова: І. Франко, право, джерела права, правовий звичай, закон, праворозуміння.

Резюме

Бунчук О. Б. Правопонимание Ивана Франко.

В статье, на основании анализа отдельных философских, политических, экономических, исторических и литературных работ И. Франко, проанализированы особенности правовопонимания писателя. Существующие в Галичине на грани XIX–XX в.в. теории правовопонимания некоторым образом отобразились на взглядах И. Франко о сущности права. Ученый разделял понятия «права» и «закона», понимал под правом явление, которое пронизано идеями гуманизма и справедливости, регулирует отношения между людьми, обеспечивает свободу и неприкосновенность лица. Во взглядах И. Франко о сущности права выражен прикладной аспект. Мыслитель, не оценивая типы правовопонимания, был склонен к объединению элементов природно-правового, социологического и формально-догматического правовопонимания.

Ключевые слова: И. Франко, право, источники права, правовой обычай, законы, правовопонимание.

Summary

Bunchuk O. Ivan Franko's understanding of law.

In the article it is considered the features of Ivan Franko's understanding of Law on the basis of the analysis of individual philosophical, political, economic, historical and literary works of the writer. The theories of understanding of law which were existed in Halychyna at the turn of XIX and XX centuries, to a certain extent, were reflected in Franko's views on the essence of law. The scientist distinguished between the concepts of «law» and «act», understood the Law as permeated with the ideas of humanity and justice, that regulated relations between people, ensured the will and inviolability of the individual. The applied aspect of I. Franko's views on the essence of law is decisive. Without resorting to the evaluation of the types of legal thinking, the philosopher displayed tendency to combine elements of natural-legal, sociological and formal-dogmatic understanding of law.

Key words: I. Franko, law, law sources, customary law, acts, understanding of law.

УДК 34.01

Л. В. ВАКАРЮК

Людмила Василівна Вакарюк, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

ДО ПИТАННЯ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ КАТЕГОРІЇ «ПРАВОВИЙ РЕЖИМ» В ЮРИДИЧНІЙ НАУЦІ

Незважаючи на те, що вчені, особливо вчені-теоретики та вчені-адміністративісти, досить давно займаються дослідженнями проблем правового режиму, єдиних підходів щодо сутності даного явища в юридичній науці так і не склалося. Варто зазначити, що процес формування спеціальних понять, які відображають інструментальні характеристики правової форми, такі як «правове регулювання», «механізм правового регулювання», «метод правового регулювання», «правовий режим» тощо, до сих пір не завершився, а сутність і зміст вказаних понять залишається дискусійним. У зв'язку з цим одним із пріоритетних завдань є подальший розвиток понятійного апарату, зокрема і поняття «правового режиму».

Проблемам правового режиму приділяли увагу відомі вчені як теорії права, так і галузевих наук, зокрема: С. С. Алексєєв, М. І. Байтін, Д. М. Бахрах, В. В. Белєвцева, В. М. Горшенєв, В. Б. Ісаков, А. М. Колодїй, О. В. Малько, М. І. Матузов, В. Я. Настюк, С. П. Погребняк, П. М. Рабінович, О. С. Родіонов, І. С. Самощенко, І. О. Соколова, Ю. О. Тихомиров, Е. Ф. Шамсумова та інші.

Метою статті є з'ясування підходів до розуміння категорії «правовий режим» та подальша теоретична розробка цього поняття.

Начала дослідження поняття «правовий режим» з'явилися ще в середині минулого століття в працях Н. Г. Александрова, С. Г. Березовської, І. С. Самощенко, в яких категорія «режим» використовувалася виключно для характеристики законності¹. Разом із тим дана концепція була сприйнята далеко не всіма вченими. Проти отождолення законності в якості режиму виступили такі вчені, як М. С. Строгович², О. С. Іоффе, М. Д. Шаргородський, В. В. Борисов³. Згодом В. Б. Ісаков у своїх працях, спеціально присвячених характеристиці правового режиму⁴, висвітлює його як соціальний режим деякого об'єкта, закріпленого правовими нормами і забезпеченого сукупністю юридичних засобів⁵.

Як зазначають Е. Ф. Шамсумова та Т. П. Мінка, своїм виникненням категорія «режим» зобов'язана політиці, державі та праву⁶. У їх сукупності і в силу свого багатства і різноманіття він (режим – вид. мною Л.В) зумів відбити функціональний стан даної сукупності⁷. До останнього часу поняття «режим» найчастіше пов'язувалося лише з одним єдиним явищем, яке називається «політичний режим», що, безумовно, абсолютно точно вказує на вельми широкий політологічний аспект⁸.

Вчені, які досліджували правовий режим, у більшості підкреслюють, що термін «режим» започаткувався в теорії держави і спочатку мав виключно державно-політичний характер, а «перенесення даного поняття в юридичну науку і його різні інтерпретації пов'язані насамперед з феноменом держави, а точніше, з системою прийомів і способів здійснення державної влади»⁹.

У сучасній юридичній науці, зауважують українські вчені В. Я. Настюк та В. В. Белєвцева у своєму спільному монографічному дослідженні, поняття «режим» частіше розглядається як одна із найважливіших категорій юрисдикції. Підтримуючи теорію С. С. Алексєєва, вчені підкреслюють: коли при вивченні системи прав з'ясувалося, що для кожної його галузі характерний свій специфічний режим регулювання і саме в цьому режимі якраз концентрується юридична своєрідність галузі, то стало очевидним, що це поняття виражає визначальні, вузлові сторони правової дійсності¹⁰.

Досліджуючи у своєму дисертаційному дослідженні адміністративно-правові режими, Т. П. Мінка акцентує увагу на тому, що сутнісні ознаки галузей права визначають їх правовий режим, який органічно поєднує лише йому властиві предмет, метод, мету правового регулювання¹¹. Правовий режим науковець розглядає як органічну частину державного та політичного режимів. Водночас саме за допомогою правових режимів утверджуються та реально здійснюються політичні й державні режими. При цьому правові режими, як правило, безпосередньо відображають важливі елементи правової політики держави. Т. П. Мінка зауважує, що правовий режим – це невід'ємна якість влади, її устрою, функціонування, соціальної спрямованості¹². Разом із тим, говорячи про правовий режим як невід'ємну якість влади, передусім необхідно зазначити, що використання терміна «влада» з огляду на поділ влади не конкретно відображає суб'єктивну форму цієї самої влади, а отже, і правовий режим як невід'ємну якість влади, тим паче, коли йдеться про правовий режим відповідної галузі. Адже публічні і приватні інтереси різняться між собою. А інтерес визначає певний стимул до досягнення і реалізації мети, яка забезпечується відповідним правовим режимом. До речі, сама вчена зауважує, що зміст суспільних відносин і мета правового регулювання публічного та приватного права зумовлюють різний характер способів, прийомів правової регуляції (методів регулювання), а тому їхні правові режими є різними¹³. А як можуть різнопланові інтереси, що забезпечуються різними правовими режимами, характеризувати якість влади? Чи можна взагалі говорити про державний інтерес? Так, Ю. А. Тихомиров виокремлює державний інтерес лише тоді, коли йдеться про реалізацію національного суверенітету, національного інтересу. Публічний інтерес, в свою чергу, виражається у службі держави громадянському суспільству, захисту його інтересів і інтересів приватних осіб¹⁴. Таким чином, держава захищає публічний інтерес (інтерес особи і суспільства – вид. мною Л.В.) на внутрішньодержавному рівні, а в міжнародних відносинах відстоює національні інтереси свого народу¹⁵. Тільки в цьому випадку здійснюється гармонізація публічного і приватного інтересів і, відповідно, публічного і приватного режимів.

Критикуючи позицію І. С. Розанова, який визначає поняття правового режиму як сукупність правових актів, І. О. Соколова зауважує, що правовий режим не може бути зведений до системи нормативно-правових актів, юридичних актів у цілому, оскільки виступає їх змістовною характеристикою, з чим ми також повністю погоджуємося¹⁶. Так, І. О. Соколова підкреслює, що правовий режим характеризує спрямування правового регулювання, виступає його «властивістю», «порядком», «напрямом», «характером», що визначає змістовні особливості всіх елементів механізму правового регулювання, у тому числі й відповідних правових актів, через їх приналежність до певного типу правового регулювання, домінування тих чи інших методів та способів правового регулювання. З даним твердженням можна погодитися частково. Дійсно, правовий режим виступає властивістю правового регулювання його порядком, характером. Разом із тим викликають певні зауваження положення про те, що правовий режим характеризує спрямування правового регулювання, виступає його напрямом.

На нашу думку, правовий режим характеризує більшою мірою не формальну ознаку – напрям правового регулювання, а більше матеріальний критерій – ступінь сприятливості чи несприятливості, відповідний

клімат, в якому реалізуються права і обов'язки і забезпечуються інтереси учасників суспільних відносин. Так, С. С. Алексєєв з цього приводу зауважує, що кожен правовий режим є все ж таки «режим», і його поняття несе в собі основні сенсові відтінки цього слова, в тому числі й те, що правовий режим виражає ступінь жорсткості юридичного регулювання, наявність відомих обмежень і пільг, допустимий рівень активності суб'єктів, межі їх правової самостійності¹⁷.

Як стверджує Н. Д. Гетьманцева, правовий режим повинен забезпечити бажаний соціальний ефект, оскільки саме він втілений у відповідних способах, засобах і прийомах, тобто методи правового регулювання, який, завдяки впливу на свідомість і поведінку суб'єктів, показує спосіб і шлях до відповідного, як правило, результату¹⁸. Тому саме правовий режим, поряд з методом правового регулювання, дозволяє дати відповідь на питання про те, завдяки чому і як право регулює суспільні відносини.

Розмежовуючи правовий і юридичний режим, С. С. Алексєєв підкреслює, що в основі юридичних режимів лежить той чи інший спосіб правового регулювання, а в рамках правового режиму завжди беруть участь усі способи правового регулювання. Наведене положення вченого заслуговує на увагу, адже коли йдеться про галузевий юридичний режим, то законодавець програмує в законах та інших нормативних актах мету, завдання і визначає, шляхом відповідного способу регулювання, сферу державного чи договірної впливу. Таким чином, задається і відповідний режим стосовно певної групи суспільних відносин чи об'єкта регулювання, який втілюється у відповідні способи, що є складовою методу правового регулювання і визначає «лице» правового регулювання, створює специфічну направленість, настрій у регулюванні. Тобто, втілюючись у відповідний спосіб правового регулювання – імперативний (державний) чи диспозитивний (договірний) юридичний режим відповідної галузі забезпечує саме той бажаний соціальний ефект, клімат, умови, які необхідні для досягнення кінцевої мети, запрограмованого законодавцем результату. Тому цілком доречним є вислів О. І. Соколової про те, що правовий режим покликаний забезпечити настання бажаного соціального стану, є не стільки результатом, скільки врегульованим правовими нормами шляхом до досягнення результату¹⁹.

Досліджуючи адміністративно-правові режими, Н. В. Коваленко зазначає, що інструментом динамічних змін мають бути адміністративно-правові режими, як сукупність нормативно-правових приписів і юридично закріплених прав і обов'язків, що забезпечують такий порядок діяльності державних органів і громадських об'єднань, який найбільш адекватно відповідає інтересам забезпечення громадянської безпеки і охорони належного порядку в конкретній сфері адміністративно-публічного управління²⁰. Навряд чи можна зводити адміністративно-правові режими виключно до сукупності нормативно-правових приписів і юридично закріплених прав і обов'язків. Із таким підходом важко погодитися, оскільки юридичний (правовий) режим галузі визначає змістовні особливості всіх елементів методу правового регулювання, а правовий режим (об'єктом якого є правове життя суспільства) визначає змістовні особливості всіх елементів механізму правового регулювання, «у тому числі й відповідних правових актів, через їх приналежність до певного типу правового регулювання, домінування тих чи інших методів та способів правового регулювання». «Правовий режим не може бути зведений до системи нормативно-правових актів, юридичних актів в цілому, оскільки виступає їх змістовною характеристикою»²¹.

Дослідивши правовий режим з точки зору теоретичного виміру, Г. С. Беляєва дійшла висновку, що правовий режим можна визначити як особливий порядок правового регулювання суспільних відносин, що ґрунтується на певному поєднанні правових засобів і способів правового регулювання, гарантій і принципів, що створює сприятливі (несприятливі) умови для задоволення інтересів суб'єктів права і направлений на досягнення оптимального соціально-значущого результату²². При цьому виникають певні питання: як можуть гарантії і принципи створювати не тільки сприятливі, а й несприятливі умови для задоволення інтересів суб'єктів права; і чи можуть бути задоволені інтереси суб'єктів права та досягнуті соціально-значущі результати при постановці такого питання.

Д. Д. Коссе, проаналізувавши значення та сутність правового режиму у правовій системі України, дійшов висновку, що правовий режим можна розглядати як порядок регулювання, який виражений у різнонаправленому комплексі правових засобів, що характеризують особливе поєднання взаємодіючих між собою дозволів, заборон, а також позитивних зобов'язань, які створюють особливу спрямованість правового регулювання²³. Автор акцентує увагу саме на різнонаправленому комплексі правових засобів. При цьому не зрозуміло, що саме автор вкладає в дане поняття і чому комплекс правових засобів є різнонаправлений. Навряд чи таке трактування словосполучення «різнонаправлений комплекс правових засобів» охоплює суть і основні параметри проблеми. Адже системний характер правового регулювання передбачає єдину мету.

Як бачимо, існують різні форми інтерпретацій досліджуваного правового явища і відповідний плюралізм думок дослідників. Це пояснює лише багатогранний аспект даної проблеми, її складність та науковий інтерес до досліджуваного явища. Існування такого різноманіття щодо поняття і сутності правового режиму різних представників юридичної науки є абсолютно не випадковим. Адже на визначення правового режиму впливають як об'єктивні, так і суб'єктивні фактори, серед яких чільне місце посідають роль і місце держави в політичній системі суспільства, її мета і завдання перед суспільством, що зумовлені формою правління, державного устрою, історичними, економічними, соціальними, культурними чинниками, правовою культурою, правовою свідомістю суспільства, його ментальністю. На визначення галузевого режиму впливають зокрема такі чинники, як предмет, метод, принципи правового регулювання галузі права, вид об'єкта, правовий статус суб'єкта тощо.

Звичайно, в численних монографіях, дисертаційних дослідженнях, навчальних посібниках і наукових статтях як з теорії права, так і галузевих наук, як радянського періоду, так і більш пізнього, а відтак сучасного періоду розвитку юридичної науки, пропонуються і деякі інші варіанти визначення одного із ключових понять юридичної науки, яким є правовий режим, але всі вони в цілому зводяться до того, що правовий режим є порядком регулювання, що й виступає квінтесенцією будь-якого визначення даного терміна.

Отже, можемо зробити висновок, що «режим», як категорія юриспруденції, досліджується і розкривається в трьох основних аспектах: на теоретико-правовому, державно-правовому і галузевому рівнях. На теоретико-правовому рівні режим найчастіше досліджується в рамках теорії правового регулювання та режиму законності. На державно-правовому рівні режим досліджується і розкривається в рамках теорії форми держави і ототожнюється, як правило, з поняттям відповідної форми правління держави та нерідко трактується як політико-правовий, або державно-правовий режим. Вказані дослідження пов'язуються, як правило, інституціональним і соціологічним підходами. Галузевий аспект досліджує і розкриває правові режими, що функціонують в окремих сферах суспільних відносин, врегульованих відповідними нормами права (конституційного, адміністративного, земельного, екологічного, цивільного, сімейного, трудового, фінансового, процесуального, кримінального та інших галузей права).

Різні підходи до дослідження, інтерпретації та розкриття такого правового явища, як «режим», повинні розглядатися як такі, що доповнюють один одного і виявляють, власне, недоліки один одного. Але усі вони виходять із об'єктивно існуючої суспільно-економічної формації держави і відповідних етапів у розвитку громадянського суспільства. Саме тому при розкритті і формулюванні правового режиму обов'язково беруться до уваги історичні, економічні, політичні, соціальні, культурні фактори, ментальність самого народу зокрема і правова система суспільства загалом.

¹ Александров Н. Г. Право и законность в период развернутого строительства коммунизма / Н. Г. Александров. – М.: Госюриздат, 1961. – С. 107.

² Строгович М. С. Основные вопросы советской социалистической законности / М. С. Строгович. – М.: Наука, 1966. – С. 16.

³ Иоффе О. С. Вопросы теории права / О. С. Иоффе, М. Д. Шаргородский. – М.: Госюриздат, 1961. – С. 260–274; Борисов В. В. Социалистическая законность и правопорядок советского общества / В. В. Борисов. – Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1962. – 67 с.

⁴ Исаков В. Б. Правовые режимы и их совершенствование / В. Б. Исаков // XXVII съезд КПСС и развитие теории права. – Свердловск, 1982. – С. 34–39.

⁵ Исаков В. Б. Механизм правового регулирования и правовые режимы / В. Б. Исаков // Проблемы теории государства и права: учеб. – М., 1987. – С. 258–259.

⁶ Шамсумова Э. Ф. Правовые режимы (теоретический аспект): дисс. ... канд. юрид. наук / Э. Ф. Шамсумова; Уральский юрид. институт МВД России. – Екатеринбург, 2001. – С. 14; Мінка Т. П. Адміністративно-правові режими та їх забезпечення органами внутрішніх справ: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.07 / Т. П. Мінка. – Дніпропетровськ: Дніпропетровський держ. ун-т внутр. справ, 2011. – С. 49.

⁷ Там само.

⁸ Шамсумова Э. Ф. Вказана праця. – С. 18.

⁹ Султыгов М. М. Конституционно-правовой режим ограниченной государственной власти: дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Мочха Магомедович Султыгов. – СПб., 2005. – С. 23–24.

¹⁰ Настюк В. Я. Адміністративно-правові режими в Україні: моногр. / В. Я. Настюк, В. В. Белевцева. – Х.: Право, 2009. – С. 11.

¹¹ Мінка Т. П. Адміністративно-правові режими та їх забезпечення органами внутрішніх справ: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.07 / Т. П. Мінка. – Дніпропетровськ, Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2011. – С. 100.

¹² Там само.

¹³ Там само. – С. 105.

¹⁴ Тихомиров Ю. А. Публичное право: падение и взлеты / Ю. А. Тихомиров // Государство и право. – 1996. – № 1. – С. 5.

¹⁵ Матейкович М. С. Законные интересы в конституционном праве / М. С. Матейкович, В. А. Горбунов. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2011. – С. 65.

¹⁶ Соколова І. О. Правовий режим: поняття, особливості, різновиди: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 / Ірина Олександрівна Соколова. – Х., 2011. – С. 34.

¹⁷ Алексеев С. С. Собрание сочинений: в 10 т. Справоч. том. / С. С. Алексеев. – М.: Статут, 2010. – Т. 6: Восхождение к праву: Поиски и решения. – С. 186.

¹⁸ Гетьманцева Н. Д. Правове регулювання трудових відносин в сучасних умовах господарювання: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.05 / Ніна Дмитрівна Гетьманцева. – К., 2016. – С. 34.

¹⁹ Соколова І. О. Вказана праця. – С. 27.

²⁰ Коваленко Н. В. Адміністративно-правові режими: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.07 / Наталія Володимирівна Коваленко. – Запоріжжя, 2017. – С. 115.

²¹ Гетьманцева Н. Д. Вказана праця. – С. 34.

²² Беляева Г. С. Правовой режим в общетеоретическом измерении: моногр. / Г. С. Беляева. – М.: Юрлитинформ, 2013. – С. 40.

²³ Коссе Д. Д. Значення та сутність правового режиму в правовій системі України / Д. Д. Коссе // Часопис Київського університету права. – 2010. – № 2. – С. 28.

Резюме

Вакарюк Л. В. До питання інтерпретації категорії «правовий режим» в юридичній науці.

Стаття присвячена висвітленню розуміння категорії «правовий режим» представниками юридичної науки. Автором наголошується, що різні підходи до дослідження, інтерпретації та розкриття такого правового явища, як «режим», повинні розглядатися як такі, що доповнюють один одного і виявляють, власне, недоліки один одного.

Ключові слова: режим, державний режим, політичний режим, правовий режим, порядок регулювання.

Резюме

Вакарюк Л. В. К вопросу интерпретации категории «правовой режим» в юридической науке.

Статья посвящена освещению понимания категории «правовой режим» представителями юридической науки. Автором отмечается, что различные подходы к исследованию, интерпретации и раскрытию такого правового явления, как «режим», должны рассматриваться как дополняющие друг друга и обнаруживающие, собственно, недостатки друг друга.

Ключевые слова: режим, государственный режим, политический режим, правовой режим, порядок регулирования.

Summary

Vakaryuk L. On the question of interpretation of the category «legal regime» in legal science.

The article is devoted to the clarification of the understanding of the category «legal regime» by representatives of legal science. The author emphasizes that different approaches to the study, interpretation and disclosure of such a legal phenomenon as a «regime» should be regarded as complementary and reveal, in fact, the shortcomings of each other.

Key words: regime, state regime, political regime, legal regime, regulation.

УДК 340

В. А. СІЧЕВЛЮК

*Володимир Антонович Січевлюк, докторант
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького
НАН України*

ЕТАПИ ЕВОЛЮЦІЇ КАТЕГОРІЇ «ПРАВОВА СУБ'ЄКТНІСТЬ»

Свого часу Геракліт Ефеський, який вважається першим діалектиком в історії філософії, зазначив, що космос завжди був, є та буде вічно живим вогнем, таким, що мірами запалюється та мірами згасає¹. Тим самим великий грецький філософ підкреслював рухливий та високоенергетичний, як вогонь, характер буття, властивий природі та суспільству, а також логосу, скерованого на їх когнітивне опанування, на пізнання людини та на саморефлексію.

Правова реальність, як і юридична наука, також позначена відбитком постійних та взаємопов'язаних змін. Останні, як вважається, є прогресивними, тобто відбуваються вони у вигляді ускладнення і поступального якісного розвитку системи правових явищ; відповідним чином розвивається і пізнання правової реальності. Воно, починаючи з другої половини XIX ст., досягло наукового рівня загальної теорії права, ядро якої утворили категорії (концепти найвищого рівня узагальнення, що визначають змістовне наповнення та системні взаємозв'язки менш абстрактних понять кожної науки). Серед них однією з ключових постала категорія «правова суб'єктність», якою конкретизується абстрактний статус існування певного індивіда чи спільноти власне як суб'єкта права.

Застосування категорії «правова суб'єктність» дає змогу дослідити особливості кожного суб'єкта права через висвітлення специфіки змісту, обсягу та способу використання легітимно доступного йому правового ресурсу. Розкриття розуміння та методологічного потенціалу цієї категорії може мати місце у межах загальної теорії права (і тоді деталізуються абстрактні характеристики загального, особливого та окремого суб'єкта права безвідносно до його індивідуальної галузевої належності), а може відбуватися й на рівні галузевої доктрини, зокрема шляхом теоретичного осмислення прикладної специфіки галузевої суб'єктності, що «виростає» із відповідного законодавства та з інших галузевих джерел права. Зауважимо, що для галузевих доктрин є характерним оперування власними системами категорій та підпорядкованими їм сукупностями понять, і досить часто їх розуміння не до кінця кореспондується із сутнісними абстрактами загальної теорії права.

Слід відзначити буттєву стабільність правової суб'єктності як реального явища, що, демонструючи різноманітні форм об'єктивізації, постійно зберігало та зберігає у ньому первинну ідентичність своєї сутності. Аналогічною ознакою наділене також і ідеальне відображення цього предмета пізнання у сфері гносеологічно-правової реальності, втілене у вигляді категорії «правова суб'єктність». Таку ситуацію добре характеризує інший широко відомий вислів Геракліта про кожен раз нові хвилі єдиної річки, які набігають на людину, що увійшла до неї².

Метою цієї статті є опис та пояснення свого роду еволюційних хвиль, або, іншими словами, етапів еволюції категорії «правова суб'єктність» на тому рівні розвитку пізнання правових явищ, коли відповідні пошуки стали відзначатися систематичністю теоретичного підходу у межах свідомо виділеного предмета, яким постало власне право як самобутній об'єкт реальності. Зокрема, на нашу думку, етапи еволюції категорії «правова суб'єктність» є такими:

– прикладний термінологічний опис феномена правової суб'єктності в контексті енциклопедії права як навчальної дисципліни та джерела спеціальних знань для юристів-практиків, а також, на завершальному етапі свого розвитку – як свого роду консолідованої науки, що спробувала охопити собою всі окремі напрями юридичних знань та логічно систематизувати їх зміст (Г. Дурантіс, К. Лагус, Г. Гунніус, Я. Форбург, «Енциклопедія законодавства» К. Неволіна, С. Трубецької та інші енциклопедисти права);

– світоглядні теоретичні дослідження поняття правової суб'єктності у європейській філософії права XVII–XVIII ст. ст. (німецькі ідеалісти І. Кант, Й.-Г. Фіхте, Г. Гегель, Ф. Шеллінг, утилітаризм Д. Бенґама, аналітична юриспруденція Д. Остіна, історична концепція Г. Гуго тощо);

– пізнання правової суб'єктності як одного із предметів науки теорії права (спеціалізоване, системно-теоретичне, із зверненням до прикладних аспектів), що розпочалося приблизно з другої половини XIX ст. у працях представників позитивістського крила юридичної науки (А. Меркель, К. Бергбом, потім – Г. Кельзен та інші) і продовжується дотепер у доктрині шкіл, різних за своїм світоглядним розумінням права. На цьому етапі теоретичні результати систематичної наукової діяльності, скерованої на дослідження правової суб'єктності, позбавилися форми контекстного термінологічно-понятійного висвітлення, характерного для енциклопедії права і філософії права, та у складі науки теорії права набули виділеного категоріального закріплення.

На перших двох етапах (у енциклопедії права і філософії права) правова суб'єктність та її термінологічно-понятійне відтворення не артикулювалися як самостійні, а тим більше, як ключові предмети відповідних онтологічних та гносеологічних пошуків. Останні ґрунтувалися на своїх методологічних парадигмах, оперували доступними їм засобами у межах культурних реалій відповідних історичних епох та відбувалися з метою вирішення актуальних практично-наукових (енциклопедія права) та світоглядних (філософія права) завдань.

Зокрема, для енциклопедії права в цілому характерною є скерованість на внутрішньо-наукову систематизацію переважно, однак не виключно, емпіричних знань, накопичених доктринами різних галузей права, починаючи з римського періоду. Найбільш ранні енциклопедисти (наприклад, Г. Дурантіс, «*Speculum iudiciale*», 1275 р.) цілеспрямовано здійснювали тільки емпіричну кодифікацію римського та канонічного права з метою забезпечення ефективної участі юристів-практиків у процесі судочинства. По справжньому енциклопедична література з права, як зазначає М. Коркунов³, виникає лише у XVI ст., і першим її прикладом стала праця німецького юриста К. Лагуса «*Methodica juris utriusque tradition*», що вийшла в світ у 1543 році. У цій книзі обсягом у 830 сторінок, яку видавець назвав «першим за останні чотири століття компендіумом усього відомого права»⁴, висвітлено не тільки приватне та публічне право, а й має місце аналіз його поділу на позитивне та природне. У своєму дослідженні К. Лагус певним чином торкається також і питань виникнення, реалізації та припинення правосуб'єктності, оскільки у процесі проведеного ним аналізу окремих інститутів права стосовно кожного із них ставляться та вирішуються чотири питання: 1) кому належить право? 2) як воно набувається? 3) як воно втрачається? 4) як воно охороняється? Згодом естафету енциклопедичної систематизації наукових знань підхопили Г. Гунніус («*Encyclopaedia juris universi*», 1638 р.), Я. Форбург («*Encyclopaedia juris publici, privatae, civilis, criminalis, feudalis*», 1640 р.). У 1675 р. вийшла у світ книга Й. Унферферта «*Paediae Jurisprudentiae*», взагалі присвячена не викладу знань про окремі сфери юриспруденції, а загальним питанням науки про право.

Таким чином, первинний енциклопедичний світогляд, який ґрунтувався на спробі систематизації емпірики римського та канонічного права, поєднаний із формально-юридичним інструментарієм шкіл глосаторів (XI ст. – XIII ст.) та коментаторів (XIII ст. – XV ст.), під впливом потреби Нового часу у раціональному (тобто у критичному, а не витончено-догматичному) осмисленні тодішніх правових реалій поступово рухався до більшої чи меншої мірою системно-теоретичного пізнання і права загалом, і його основних інститутів зокрема. Метою учених-енциклопедистів було досягнення енциклопедією права статусу універсальної та єдиної юридичної науки.

Однак ідея енциклопедії права як всеохоплюючої науки про право не витримала перевірки часом, і подальший розвиток енциклопедичної традиції сприйняття права у пізніших її викладах (XVIII ст. – XIX ст.) відбувався у вигляді дихотомічного протистояння двох основних парадигм, загалом властивого рівню тодішньої науки, що можуть бути умовно названі як позитивістська та метафізична. При цьому позитивістський підхід у сфері енциклопедії права призвів, з одного боку, до появи творів, насичених прикладним змістом та позбавлених методологічних аспектів (наприклад, Й. Пюттер, «*Entwurf einer juristischen encyclopaedie, nebst etlichen Zugaben*», 1757 р.), а метафізичний, з іншого боку – до енциклопедій більш світоглядних, з елементами методології та з філософським обґрунтуванням (наприклад, Д. Неттельбладт, «*Praecognita universae eruditionis generalis*», 1748 р., та «*Systema elementare universae jurisprudentiae naturalis usui systematis jurisprudentiae positivae accomodatam*», 1749 р.). Науковий потенціал останніх виявився більш потужним, і тому найкращі енциклопедії права XIX ст. – початку XX ст. за своїм змістом часто досягали рівня робіт з теорії права, переставши бути конспективно викладеною емпірикою юридичних знань, почерпнутих із різних юридичних наук.

Найближче до втілення ідеї про переформатування енциклопедії права в універсальну теорію права підійшли енциклопедисти дореволюційної російської держави. Зокрема, Є. Трубецькой (який тривалий час працював у м. Києві в Імператорському Університеті Святого Володимира) у перших рядках своєї «Енциклопедії права» (вийшла у світ в 1901 р.) вказує, що «основне завдання юридичної енциклопедії полягає у визначенні самого поняття про право»⁵. Цей автор, який, до речі, відомий також і своїми філософськими творами, фундаментально досліджує саме теоретичні питання сутності права, аналізує різноманітні погляди на його походження та значення, звертається до дослідження суб'єктів та об'єктів права. Під впливом природно-правової доктрини людина у розумінні Є. Трубецького дуже часто ототожнена із суб'єктом прав (суб'єктивних), а юридична особа переважно постає як суб'єкт права (об'єктивного). Правоздатність він визначає як «здатність особи мати права, незалежно від того, набула вона права та чи має їх у дійсності». У свою чергу, «під дієздатністю розуміється здатність здійснювати юридичні дії, тобто установлювати власною волею свої правовідносини». Цікаво, що Є. Трубецькой, не розмежовуючи обсяг абстрактної правової суб'єктності, належної особі, та міру її конкретної реалізації у правовідносинах, вважав правосуб'єктність не однаковою мірою властивою різним людям, а як на причину такого стану вказував на власне людську природу: «не всі однаково розумні, однаково обдаровані волею; не всі досягають однакового розвитку і розумового, і морального... Тим більше, зрозуміло, не можна урівняти людей у відношенні їх дієздатності»⁶. Описуючи правову суб'єктність юридичних осіб, Є. Трубецькой підкреслює, що «юридичні особи володіють правоздатністю та дієздатністю в різному обсязі залежно від тих цілей, котрим вони слугують». Також залежно від мети діяльності він поділяє юридичних осіб на публічно-правові та приватноправові види⁷.

Таким чином, енциклопедія права постала першою, початковою формою наукового пізнання права, у якій емпіричні правові здобутки та первинні теоретичні уявлення про право були зведені до вигляду системно побудованого корпусу знань. Дослідження правової суб'єктності в енциклопедії права відбувалися у контексті опису особливостей правового статусу учасників цивільних, процесуальних та інших правовідносин, переважно фізичних осіб, однак, не зважаючи на теоретичну форму викладу, не досягли категоріального рівня. Проте на пізніх етапах у руслі енциклопедії права здійснювався достатньо системний аналіз структурних елементів правосуб'єктності (зокрема, правоздатності та дієздатності) різноманітних суб'єктів приватного та публічного права, включаючи фізичних осіб, юридичних осіб та державу.

Наступний прогрес юридичної науки вимагав поглибленого розуміння її теоретичних підвалин шляхом формування та застосування системи спеціально-наукових категорій, понять, принципів та інших абстракцій, властивих дійсно науковому пізнанню реальності, зокрема, правової, з можливістю їх практичної апробації та конкретизації. Когнітивним ресурсом, який збагатив юридичну думку і тим самим створив необхідні умови для того, щоб вона у другій половині XIX ст. сформулировала, а у XX ст. розвинула та істотно конкретизувала систему науково обґрунтованих категорій та інших теоретичних концептів, стала німецька ідеалістична та в цілому європейська філософія права XVIII ст. та XIX століття.

Для німецької класичної ідеалістичної філософії категорії «об'єкт», «об'єктивність», «суб'єкт» та «суб'єктивність» були ключовими. Ідея суб'єкта, активного по відношенню до об'єкта, червоним рядком проходить через весь класичний німецький ідеалізм, хоча й інтерпретується його представниками по-різному. У І. Канта об'єкт залишається самотньою «річчю самою по собі», знання про яку продукуються у сфері суб'єктивного; Й.-Г. Фіхте сприймав об'єкт як продукт діяльності суб'єкта; Ф. Шеллінг при створенні «трансцендентального ідеалізму» схилився до визначальної ролі об'єкта по відношенню до активного суб'єкта; Г. Гегель пояснював буття через рух пізнання у напрямі досягнення тотожності об'єкта та суб'єкта у абсолютному понятті. Філософське дослідження суб'єкта у його відношенні до об'єкта загалом здійснювалося ними відповідно до принципів раціоналістичного пізнання світу, яким розум визнається і засобом, і джерелом пізнання.

Зазначимо, що всі класики німецького класичного ідеалізму зверталися до проблематики філософії права (І. Кант, «Метафізичні зачатки вчення про право», 1797 р.; Й.-Г. Фіхте, «Основи природного права відповідно до принципів науковчення», 1796 р.; Ф. Шеллінг, «Нова дедукція природного права», 1796 р.; Г. Гегель, «Філософія права», 1820 р.). Їх розуміння права ґрунтувалося на природному визнанні свободи волі людини, про що Ф. Шеллінг у «Системі трансцендентального ідеалізму» (1800 р.) писав так: «свобода повинна бути необхідністю, а необхідність – свободою»⁸.

І. Кант у своїй метафізиці права звертався переважно до питань співвіднесення вільних воель та, відповідно, суб'єктності окремих індивідів у процесі їх практичної взаємодії. Для вирішення пов'язаних із цим проблем вибору він сформулював свій категоричний імператив практичної дії (який зобов'язує кожного вчиняти так, щоб максима його волі могла бути законом для всіх розумних істот); цей імператив був викладений у моральному та у правовому відношенні. Моральний категоричний імператив апелює до внутрішньої сфери суб'єктивних цілей особистості, вимагаючи такого морального вибору, який міг би бути сприйнятий кожним розумним індивідом, в той час як «категоричний імператив права визначає в якості допустимих лише такі вільні зовнішні поступки, котрі не ущемляють аналогічної свободи інших правосуб'єктів, однак не має жодного відношення ні до мотивів, ні до цілей поступків»⁹.

У філософії права Г. Гегеля вільна воля вийшла за межі одиничності, об'єктивувалася та набула всезагального значення. Він вважав, що через долучення до неї шляхом самоусвідомлення індивід стає особистістю (персоною), тим самим досягаючи завершеної форми суб'єктності: «Особистість істотно відмінна від суб'єкта, тому що суб'єкт – це лише можливість особистості, оскільки кожна жива істота є суб'єктом».

У властивому йому стилі німецький філософ вказує, що особистість є «одичністю свободи в чистому для-себе-бутті»¹⁰. Саме «особистість містить загалом правоздатність» та утворює собою абстрактну основу формального права¹¹. У свою чергу, орієнтоване на особистість формальне право Г. Гегель розуміє як перший ступінь у ієрархії форм буття права, у межах якої більш конкретні форми права надбудовуються над абстрактнішими елементами системи права та «знімають» у собі їх потенціал. Кожен рівень наявного буття права (абстрактне право особистості, мораль як особливе право, сім'я, громадянське суспільство та держава), за Г. Гегелем, демонструє ступінь дійсності втілення ідеї права як абсолютного поняття свободи.

У свою чергу, поняття «діездатність» ми бачимо іманентно присутнім у всій німецькій класичній ідеалістичній філософії, оскільки остання в якості предмета для своїх світоглядних пошуків приймала людину як творче та діяльне «Я». Досить образно про це висловився Й.-Г. Фіхте у роботі «Призначення людини»: «Цей світ – виключно сфера наших дій, і нічого більше!»¹². Аналогічний принцип зустрічаємо і у філософії права Г. Гегеля, який вважав, що «всеохоплююча тотальність зовнішньої діяльності, життя, не є чимось стороннім по відношенню до особистості, котра є цією тотальністю та безпосередньо такою»¹³.

Доцільно зазначити і специфічне розуміння методу наукового пізнання дійсності, що розвивалося у німецькій ідеалістичній філософії та значною мірою було сприйняте позитивною юридичною наукою. Зокрема, пізнання людиною сутності явищ розумілося класиками німецької ідеалістичної філософії як процес та одночасно наслідок коректного застосування системи форм мислення (категорій), властивих людському розуму. Для І. Канта категоріальна структура поставала власне як апіорна основа «чистого розуму», позбавленого випадковостей чуттєвого сприйняття і хаотичних нашарувань досвіду, що походить від «речей самих по собі». Ф. Шеллінг у статті «Про конструкції у філософії» (1802 р.) описав триєдину структуру філософських абстракцій через співвіднесення тези і антитези та злиття суперечливих понять у синтезі. Г. Гегель відповідно до розвинутого ним діалектичного методу розумів пізнання як постійний рух внутрішньої ідеальної сутності (абсолютної ідеї) у середовищі явищ її матеріального буття з метою досягнення, за його висловом, «звільнення у понятті»¹⁴.

Зазначимо, що суб'єктність (позначена як «суб'єктивний дух», «Я», «абсолютна ідея», «Бог» тощо) постійно була центром уваги класичного німецького ідеалізму, а її понятійні відображення слугували, серед іншого, також і для осмислення феномена права.

Початок ХІХ ст. був ознаменований появою та наступним стрімким розвитком у європейському інтелектуальному просторі позитивної правової теорії, завершеним втіленням якої у ХХ ст. став так званий «нормативізм». Із німецькою ідеалістичною філософією права правовий позитивізм був поєднаний ідеєю про атрибутивне значення свободи волі для розуміння сутності людини, однак його представники категорично спростовували існування природного права (яке оголошувалося шкідливою спекулятивною помилкою, оскільки не мало емпіричного базису); також вони не сприймали мораль як особливу форму існування права, визнаючи єдиним та істинним джерелом права виключно закон.

Крім німецької класичної ідеалістичної філософії, потужним ідеологічним «каталізатором» для розвитку правового позитивізму з другої половини ХІХ ст. стала масштабна позитивістська течія у європейській філософії (О. Конт, Г. Спенсер та інші), що виникла як філософська рефлексія на революційні успіхи природничих наук тогочасного періоду. Але належить підкреслити, що континентальна філософія не була єдиним світоглядним ресурсом для розвитку теоретичних досліджень правових феноменів, включаючи правову суб'єктність. По своєму розуміла правові феномени «острівна», тобто англійська емпірична філософія права кінця ХVІІІ ст. – першої половини ХІХ ст., представлена Д. Бенґамом та Д. Остіном. Створені ними концепції постають як пошук філософського обґрунтування для правотворчої та практичної юридичної діяльності, а тому вони набули вигляду своєрідного синтезу філософського та юридичного елементів.

У своїй концепції «утилітаризму» Д. Бенґам тлумачив правосуб'єктність у контексті вирішальної ролі інтересу індивіда, який прагне щастя та намагається уникати страждань. Власне, і право він сприймав як результат реалізації волі суверена, наділеного верховною правовою суб'єктною творця права, а закон, у свою чергу, визнавав ідеальною формою права. Для поглядів Д. Бенґама характерним є апелювання до обов'язку законодавця добрими законами забезпечити постійність суб'єктивного переживання щастя для більшості громадян країни, з одного боку, а з другого – виключити, наскільки це можливо, все, що прагне зменшити це щастя. Він вважав, що коли народ задоволений законом, він охоче сприяє його виконанню, дотримуючись обов'язків з метою набуття бажаних прав. З його погляду, правова суб'єктність індивідів повинна бути рівною та створювати для різних людей рівні можливості.

Творчість Д. Бенґама, у якій поєднувалися філософсько-правові («Вступ до основ моральності та законодавства», 1789 р.), загальноправові («Про закони загалом», 1782 р., «Принципи законодавства», 1802 р.) і галузево-правові аспекти («Про судові докази», 1823 р., «Про судострій та кодифікацію», 1828 р.), послугувала предтечею появи так званої «аналітичної юриспруденції» Д. Остіна, що ґрунтувалася на постулаті про необхідність системного, однак позбавленого оцінок, аналізу формально-правових категорій та понять у такому вигляді, в якому вони закріплені у законі. У книзі «Лекції про юриспруденцію, або філософія позитивного закону» (1869 р.), що була видана вже після смерті ученого внаслідок впорядкування залишених ним лекційних текстів його дружиною та Р. Кемпбеллом, у індуктивному ключі дається роз'яснення низки юридичних понять, як-от «право», «обов'язок», «санкція», «річ», «зобов'язання», «факт», «подія», «особа» тощо. Д. Остін відрізняв «персон» (іншими словами, правосуб'єктних фізичних та юридичних осіб), поперше, від речей («речі є тими постійними об'єктами, що, постаючи не персонами, є відчутними та сприй-

нятливими через почуття»¹⁵), а, по-друге, від простих людських істот, вказуючи, що фізичні особи як особи є тільки тими людськими істотами, які наділені статусом у вигляді сукупності прав та/чи обов'язків¹⁶.

Аналітичну юриспруденцію, яка тлумачить право як воно є, Д. Остін відмежовував від нормативної юриспруденції, предметом якої поставала критична оцінка права з позицій того, яким воно повинно бути.

У своїх роботах Д. Остін стояв на тому, що право є реальним фактом та існує у вигляді сукупності наказів (*commands*) як актів суверена, забезпечених загрозою застосування санкцій. Під сувереном розумівся монарх, тобто верховний носій законодавчої та іншої влади. Достатньо очевидно, що такого роду теоретична модель найбільше кореспондується із галузями публічного права та не пояснює правові явища, що відбуваються у сфері дії приватного права. У її межах передбачається спрощена система існування двох видів правової суб'єктності – абсолютної (властивої особі, яка панує), та залежної (властивої підданам суверена). Другий вид правосуб'єктності реалізується на основі звички осіб, які знаходяться у залежному статусі, підкоряються юридичному волевиявленню суверена. Крім цього, Д. Остін по суті відмовляється від нормативності права, зазначаючи, що «кожна норма, або правило (взяте у найбільш широкому розумінні, що може бути належно дане цьому терміну), є різновидом команди»¹⁷.

У філософії права німецького вченого Г. Гуго («Підручник природного права, як філософії позитивного права, особливо – приватного права», 1798 р.), який вважається засновником історичної школи права, відзначаємо ключову ідею про роль народу як суб'єкта правотворення та правозастосування. Критикуючи природно-правове розуміння права, Г. Гуго, поряд із тим, підкреслював суб'єктність народу як духовно єдиного цілого, об'єднаного історією, звичаєвим правом, мовою та традиціями. З його погляду, сутність права, історично створеного народом, є священною та недоторканою для держави, компетенція якої в частині продукування правових норм повинна бути скерована на підтримання суспільного порядку.

З другої половини XIX ст. юридична думка, представлена різноманітним школ (позитивна, природно-правова, психологічна, соціологічна школи) та розвинутих у їх рамках концепцій, досягає завершеного вигляду власне юридичної науки, наділеною розгалуженою категоріально-понятійною системою та озброєною належним методологічним інструментарієм. У силу методологічних особливостей найбільшу увагу до категоріальної складової науки теорії права, включно з категорією «правова суб'єктність», надавали континентальні правознавці-позитивісти. У свою чергу, найбільш яскравими представниками юридичного позитивізму на зламі XIX ст. та XX ст. в континентальній Європі були німецькі вчені К. Бергбом («Юриспруденція і філософія права», 1892 р.) та А. Меркель («Юридична енциклопедія», 1902 р.), пізніше – Г. Кельзен («Чисте вчення про право», 1934 р., 1960 р.). Ідеї правового позитивізму були розвинуті в Росії – Г. Шершеневичем, в Бельгії – Е. Рогеном, в Італії – Н. Боббіо, а у Франції – А. Есменом. Останній підкреслював значення рівності громадян, яку він розумів як однакову за обсягом правоздатність. Однак, що цікаво, при цьому у якості винятку А. Есмен заперечував надання виборчих прав жінкам, а також відстоював ценз осілості та віковий ценз для виборців, оскільки, за його переконанням, виборчі прав можуть здійснювати тільки «здібні» громадяни.

У російській дореволюційній юридичній науці кінця XIX ст. – початку XX ст. теоретичні дослідження правової суб'єктності та розкриття відповідних понять відбувалися, як вже було зазначено вище, у контексті варіантів енциклопедії права, що викладалися в університетах. Також теоретичні пошуки загальноправового рівня мали місце у роботах з теорії цивільного права, постійно виходячи за межі її галузевого поля, однак не відриваючись від нього остаточно (Г. Шершеневич, «Підручник російського цивільного права», 1907 р.; І. Кістяковський, «Поняття суб'єкта права», 1903 р. тощо). Галузевий цивілістичний світогляд з необхідністю впливав на методологію та результати тих досліджень правової суб'єктності, які завершувалися висновками, що претендували на статус загальнотеоретичних. Зокрема, у теорії російського дореволюційного права отримала розвиток категорія «суб'єкт права», що розкривалася у контексті дослідження елементів цивільного правовідношення; також застосовувалися поняття «правоздатність» (вона розумілася як здатність особи набувати права) та «дієздатність» (описувалася як здатність особи до самостійного розпорядження майном або до прийняття на себе зобов'язань). Характерно, що часто ці поняття змішувалися¹⁸.

Зазначимо, що процес наукового пізнання явища правової суб'єктності не мав чіткого лінійного вигляду, а тому наведена вище еволюційна етапність категоріального відтворення явища правової суб'єктності не повинна сприйматися як хронологія подій, тобто буквально. Тим не менше, історія юридичної науки по відношенню до теоретичного відтворення явища правової суб'єктності демонструє достатньо чітку логіку розвитку. Ми бачимо, як відповідні пізнавальні результати повільно, однак неупинно еволюціонували. Першим етапом був енциклопедичний емпіричний опис виявів правової суб'єктності, що супроводжувався непослідовними спробами понятійних теоретичних узагальнень. На другому етапі засобами ідеалістичної філософії було здійснене повне абстрагування ідеї суб'єктності, в тому числі правової, з різноманітних форм її емпіричного існування. Зокрема, у філософії права здобуло змістовного наповнення поняття «суб'єкт права», і сталося це через оперування зв'язкою понять «правоздатність» та «дієздатність». На третьому етапі загальна теорія права надає «правовій суб'єктності», що раніше була несамостійним та поділеним на частини предикатом категорії «суб'єкт права», цілісності та самостійного категоріального буття.

Еволюція категорії «правова суб'єктність», на нашу думку, ще не дійшла свого завершення та буде продовжуватися у вигляді збагачення її змісту на шляху дійсно наукового пізнання, що підіймається від абстрактного до конкретного, діалектичною метою якого є цілісна теоретична реконструкція обраного предмета (у нашому випадку – явища правової суб'єктності) у суперечливій єдності всіх її загальних, особливих та

окремих виявів. Цей процес є не тільки можливим, він з необхідністю обумовлений дією декількох об'єктивних причин.

Перша із них може бути пояснена у зв'язку з потребою реалізації загальною теорією права, рівно як і юридичною наукою загалом, її практично-прикладної функції. Справа в тому, що реальні форми існування правосуб'єктності уже давно перетнули межі звичних для теорії права категоріально-понятійних стандартів. Ускладнення мережива реальних соціальних зв'язків, що супроводжується відповідним зростанням рівня конкуренції за ресурси (у горизонтальній площині соціального простору) та обсягу владного чи іншого соціального контролю (у вертикальному вимірі), через які вимушена пробиватися цілеспрямована воля великої кількості правосуб'єктних утворень, змусила останніх вдатися до модифікацій форми існування, обсягу та структури їх правосуб'єктного потенціалу. Наприклад, якщо звернутися до правової суб'єктності агентів сучасної економічної діяльності, то виявимо, що в їх господарській практиці набули широкого використання ті види публічно-приватного та іншого партнерства, які ґрунтуються на договорі та не передбачають обов'язкового звернення до завершеної суб'єктності юридичної особи. Хоча такі утворення наділені неповною правосуб'єктністю, остання ще не набула своєї належної ідентифікації у загальній теорії права (можливо, в силу інерції, оскільки стандартною формою буття правової суб'єктності правознавцями звично сприймається статус особи, фізичної або юридичної). Разом із тим існують утворення, які у зовнішніх відносинах діють у якості цілеспрямованих суб'єктів права, однак система їх внутрішньої організації свідчить про протилежне (наприклад, холдингові компанії). Далі, концентрація економічного потенціалу з необхідністю спричинює «концентрацію правосуб'єктності» як атрибуту утворень із складною правосуб'єктністю (наприклад, об'єднання підприємств, добре відомих господарському праву). До наведеного вище доцільно додати, що існують дуже істотні відмінності у обсязі та змісті, здавалося б, уніфікованої правосуб'єктності суб'єктів господарювання різних форм власності та видів діяльності тощо. Тому без розвинутої, змістовної, цілісної та динамічної категорії «правова суб'єктність» устремління юридичної науки пізнати (а, основне, через наступний вихід теорії права у прикладний правотворчий вимір також і адекватно врегулювати) сучасні правосуб'єктні реалії позбавляються саме того гносеологічного інструментарію, який необхідний для його продуктивного втілення.

Друга причина, що зумовлює необхідність фундаментального переосмислення теоретиками права ролі та методологічного потенціалу категорії «правова суб'єктність», має не гносеологічний, а онтологічний характер. У ХХІ ст. стало очевидним те, що завдання стосовно звільнення особистості від «несвободи», породженої становими, професійними, класовими, релігійними та іншими обмеженнями, що були раніше закріплені у феодалному праві, людство у більшості країн світу хоч і по-різному, однак загалом успішно виконало. Раніше пригнічена, а зараз практично повністю звільнена демократією суб'єктивність окремої людини (а також суб'єктивність різноманітних соціальних груп та громадянського суспільства в цілому) діє як реальна соціальна сила; вона, тобто різнорівнева суб'єктивність, так би мовити, стала суб'єктною, набула правових форм та, більше того, посилено захищається сучасною «скромною державою». Кожен день ми у досвіді пересвідчуємося, що людина як суспільний суб'єкт повністю опанувала об'єкт у вигляді природного середовища, а також почала досить ефективно впливати на більш складний об'єкт під назвою «власне соціальне середовище» у його найбільш значимих вимірах, включаючи політику, економіку та релігію. Таким чином, існують емпіричні підстави для висновку про те, що сучасне суспільство, на відміну від минулих формацій, потрапило під інтенсивний тиск власної суб'єктивної сили, і процес набуття різноманітної суб'єктивності, яка здобула своєї правової форми, все більшої потужності, триває та підсилюється, зокрема, розвитком новітніх технологічних мультиплікаторів. Оскільки правова суб'єктність є умовою набуття та реалізації всіх інших видів соціальної суб'єктності, проблема регулювання обсягу правосуб'єктності індивідів, соціальних груп, етнічних спільнот та й навіть держав чи їх об'єднань вже зараз виникла та нагально потребує свого розумного, а основне – правового вирішення. Науковою основою такого, на нашу думку, може та повинна слугувати адекватна теоретична реконструкція явища правової суб'єктності у загальній теорії права.

Підбиваючи підсумки, зазначимо, що:

1. Еволюція категорії «правова суб'єктність», тобто її сталий прогрес в якості результату та одночасно засобу теоретичного пізнання правової реальності, визначається дією сукупності конкретно-історичних факторів, включаючи релігійні, культурні та ідеологічні, під впливом яких перебували та постійно перебувають пізнавальні ресурси суспільства. Зокрема, послідовне та системне дослідження явища правової суб'єктності розпочалося у процесі утвердження в духовному житті Європи (починаючи з ХVІ ст.) методологічної парадигми сучасного наукового пізнання з усім багатством його емпіричного та теоретичного інструментарію, а у сфері юриспруденції – після відходу юридичної думки від тисячолітньої теократичної оболонки та подолання нею схоластичного обов'язку постійного апелювання до непорушних догм римського чи середньовічного права.

2. Етапами розвитку категорії «правова суб'єктність» стали її емпірична фіксація та фрагментарний теоретичний опис у традиції європейської енциклопедії права, світоглядне осмислення правосуб'єктності як атрибуту активного суб'єкта пізнання й дії в контексті європейської філософії права (друга половина ХVІІІ ст. – перша половина ХІХ ст.) та різнорівневі дослідження цієї категорії у складі науки теорії права (починаючи приблизно з другої половини ХІХ ст. і дотепер).

3. Лише з появою теорії права ми бачимо кристалізацію відповідних знань про правову суб'єктність у вигляді виділеного когнітивного фрагмента, який поступово досягнув категоріального рівня існування.

4. Категорія «правова суб'єктність» і надалі еволюційно розвивається, що дасть змогу реалізувати закладений у ній методологічний потенціал до пізнання нових та постійно змінних форм реальної правосуб'єктності. Крім цього, окремої уваги потребує питання про застосування цієї категорії з цільовою прикладною метою – для створення теоретичного обґрунтування міри розумного законодавчого впливу на правову суб'єктність індивідів, соціальних груп та суб'єктів публічної влади, а також на міжнародну правову суб'єктність (за умови існування прийнятної юридичної підстави для здійснення такого впливу).

¹ Антология мировой философии : в 4 т. – М.: Мысль, 1969. – Т. 1: Философия древности и средневековья. Часть 1. – 576 с.

² Там само. – С. 276.

³ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права / Н. М. Коркунов. – 2 изд., стер. – М.: Изд-во Юрайт, 2016. – С. 18. – (Серия «Антология мысли»).

⁴ *Berman Harold J.* Law and revolution, II. The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition. – The Belknap Press of Harvard University Press. – Cambridge, Massachusetts-London, England, 2003. – С. 119.

⁵ Там само. – С. 3.

⁶ Трубецкой Е. Н. Энциклопедия права / Е. Н. Трубецкой. – Нью-Йорк, Chalidze Publications, 1982 (Репринт с издания типографии С. С. Шевченко, Киев, 1901). – С. 196–197.

⁷ Там само. – С. 213.

⁸ Шеллинг Ф. В. Й. Сочинения : в 2 т. / Ф. В. Й. Шеллинг ; пер. с нем. / сост., ред., авт. вступ. ст. А. В. Гулыга. – М.: Мысль, 1987. – Т. 1. – С. 457.

⁹ Туманов А. О способе обоснования Кантом своеобразия права и правовой свободы / А. А. Туманов // Вестник МГТУ. – 2006. – Т. 9. – № 4. – С. 572.

¹⁰ Гегель Г. Ф. В. Философия права / Г. Ф. В. Гегель ; пер. с нем. / ред. и сост. Д. А. Керимов и В. С. Нерсесянц; авт. вступ. ст. и примеч. В. С. Нерсесянц. – М.: Мысль, 1990. – С. 97.

¹¹ Там само. – С. 98.

¹² Фихте И. Г. Сочинения : в 2 т. / И. Г. Фихте ; сост. и примеч. Владимира Волжского. – СПб.: Мифрил, 1993. – Т. II. – 798 с.

¹³ Гегель Г. Ф. В. Философия права / Г. Ф. В. Гегель ; пер. с нем. / ред. и сост. Д. А. Керимов и В. С. Нерсесянц; авт. вступ. ст. и примеч. В. С. Нерсесянц. – М.: Мысль, 1990. – С. 126–127.

¹⁴ Там само. – С. 55.

¹⁵ Там само. – С. 368.

¹⁶ *Austin John.* Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law. – In two vols. – vol. 1. – London. – John Murray, Albemarle street. – 1869. – С. 362.

¹⁷ Там само. – С. 5–6.

¹⁸ Владимиров С. Субъект права в теории дореволюционного права России конца XIX – начала XX в. / С. М. Туманов // Вопросы экономики и права. – 2013. – № 4. – С. 8.

Резюме

Сичевлюк В. А. Етапи еволюції категорії «правова суб'єктність».

У статті досліджено питання, які стосуються етапів еволюції категорії «правова суб'єктність», що мала вигляд її діалектичного та поступального осмислення у європейській інтелектуальній традиції за такими етапами, як енциклопедія права, європейська філософія права (кінець XVIII ст. – перша половина XIX ст.) та, починаючи з другої половини XIX ст. – загальна теорія права.

Ключові слова: категорія «правова суб'єктність», еволюція, енциклопедія права, філософія права, теорія права.

Резюме

Сичевлюк В. А. Этапы эволюции категории «правовая субъектность».

В статье исследованы вопросы, касающиеся эволюции категории «правовая субъектность», которая имела вид ее диалектического и поступального осмысления в европейской интеллектуальной традиции за такими этапами, как энциклопедия права, европейская философия права (конец XVIII ст. – первая половина XIX ст.) и, начиная со второй половины XIX ст. – общая теория права.

Ключевые слова: категория «правовая субъектность», эволюция, энциклопедия права, философия права, общая теория права.

Summary

Sichevliuk V. Stages of the category «legal subjectivity» evolution.

The article examines the questions, concerning the evolution of the category «legal subjectivity», which had the form of its dialectical and progressive comprehension in the European intellectual tradition at such stages as an encyclopedia of law, the European philosophy of law (the end of XVIII cen. – the first half of the XIX cen.) and since the second half of the XIX cen. – the general theory of law.

Key words: category «legal subjectivity», evolution, encyclopedia of law, philosophy of law, general theory of law.

О. В. СОКАЛЬСЬКА

Олена Володимирівна Сокальська, кандидат юридичних наук, доцент, начальник кафедри Інституту кримінально-виконавчої служби

ПОЛЬСЬКІ ПЕНІТЕНЦІАРНІ КОНЦЕПЦІЇ ПОЧАТКУ XIX СТОЛІТТЯ

Перехід до модуляції виправного покарання в кінці XVIII ст. вимагав як ідеологічного обґрунтування якомога ширшого застосування тюремного ув'язнення, так і практичних приписів щодо його реалізації. Тюрма повинна була не стільки карати й спричиняти страждання, як виправляти, давати можливість покаятись і привчати до праці. Серед ідеологів «нової» тюрми загальновідомі імена Дж. Говарда, В. Кроуфорда, А. де Токвіля, Н. Г. Юліуса та ін. Лідерами пенітенціарних перетворень в Європі на початку XIX ст. були Англія, Франція та Швейцарія. У Польщі питання тюремної реформи активно обговорювалися ще за правління С. Понятовського, а впродовж першої половини XIX ст. опубліковано кілька проектів тюремних перетворень. У кінці XVIII – на початку XIX ст. Польща була державою з потужною національною елітою. Видання однієї з перших європейських конституцій, безліч прогресивних соціальних проектів, навіть в умовах втрати цілісності держави, є зайвим тому підтвердженням. Звернення польських державних діячів, юристів, публіцистів до проблем реформування тюрем, окрім внутрішньодержавних потреб, пояснюється також бажанням слідувати своєрідному загальноєвропейському тренду – організації якісно нової тюрми, яка б виправляла злочинців.

Праці польських державних діячів кінця XVIII – початку XIX ст. є надбанням європейської пенітенціарної думки і, на наш погляд, незаслужено забуті. Вагомий внесок польських пенітенціаристів у формування нової моделі виправного покарання доводить той факт, що на перших пенітенціарних конгресах Польщу репрезентували 3–4 представники, тоді як Російську імперію, в кращому випадку, один.

Мета статті – визначити та проаналізувати ідеї та концепції польських пенітенціаристів кінця XVIII – початку XIX століття.

Джерельну базу дослідження становлять праці публіцистів та юристів: Ю. Немцевича, Ю. Павліковського, К. Потоцького та Ю. Шимановського, спеціальні розвідки, присвячені польській пенітенціарній думці та історії становлення системи органів виконання покарань Королівства Польського, Ю. Беди¹, К. Павлака², Я. Хейтлера³ та ін.

Представники польського просвітництва, будучи прихильниками ідей Ч. Беккарія, Вольтера, активно виступали за гуманізацію покарання. 1791 р. сформовано урядову комісію, покликану розробити проект кримінального кодексу, визначити нові принципи покарання та реформувати в'язниці⁴. Один із членів комісії, Юзеф Шимановський (Jozef Szymanowski, 1748–1801 pp.) у травні 1794 р. був призначений Т. Костюшко здійснювати нагляд за діяльністю карних судів, виконанням вироків і в'язницями. Серед праць Ю. Шимановського є нарис «O processie kryminalnym», в якому автор акцентував увагу на тому, що особа не може бути затримана, окрім випадків, передбачених законом. Але і в такому разі особа затримана, а не ув'язнена. Позбавлення волі є карою і не може передувати вироку суду. Отже, з затриманим слід поводитися як з невинуватим. У разі, якщо підозрюваного затримано, то слідство має проводитися якомога швидше, щоб скоротити строк попереднього ув'язнення⁵.

1818 р. побачила світ праця Юзефа Павліковського (Jozef Pawlikowski, 1767–1828 pp.) «Про права кримінальні» («O prawach kryminalnych»), у якій відомий юрист та політичний діяч, з-поміж іншого, звертав увагу на становище засуджених. Ю. Павліковський стверджував, що кара повинна відповідати тяжкості проступку, а її метою має бути: виправлення злочинця, забезпечення безпеки суспільства, компенсація шкоди потерпілому та острах для інших членів суспільства. Крізь призму мети покарання автор розглядав види покарань, виступаючи проти клеймування, биття батогами як такі, що не мають сенсу. Найбільше вищезазначеній меті відповідало б тюремне ув'язнення. Автор пропонував, відповідно до категорій злочинів (політичні, шкідливі для суспільства та головні (тяжкі та особливо тяжкі)), такі місця ув'язнення: політичні в'язниці, виправні будинки для осіб, які вчинили крадіжки, побої, хабарництво тощо, та в'язниці для особливо небезпечних злочинців. У політичних в'язницях умови утримання були б найлегші: засуджені могли бачитися з родичами, однак не мали права залишати установу й зобов'язані були працювати. Для карних злочинців ув'язнення мало бути більш тривалим і в суворих умовах. З родичами вони могли бачитися не частіше ніж раз на рік. Засуджені повинні були утримуватися з прибутків від в'язничного виробництва. Місця ж ув'язнення особливо небезпечних злочинців мали б вселяти страх: їжа та одяг – найпростіші, лише для підтримання життєдіяльності, побачення з родичами не дозволялися. Засуджених слід було використовувати на найтяжчих роботах на потребу краю. Періодично таких злочинців слід було показувати публічно з табличками, де зазначалися злочини, які вони вчинили, щоб люди бачили їх страждання. Таке покарання ганьбило особу й мало бути гіршим за смерть. Ю. Павліковський виступав проти смертної кари не лише з гуманістич-

них засад. Після страти, вважав він, про злочин і злочинця забувають, суворе ж ув'язнення з демонстрацією засуджених – найефективніше забезпечувало б загальну превенцію⁶.

На тлі трагічних для Польщі подій у кінці XVIII – на початку XIX ст. тюремна реформа залишалась актуальним питанням у тій частині країни, що зберегла державність. Одним із перших з цілісною концепцією реформування місць ув'язнення виступив політичний діяч, письменник та історик Юліан Урсин Немцевич (Julian Ursyn Niemcewicz, 1757–1841 pp.).

Активний учасник повстання під проводом Т. Костюшка та його ад'ютант Ю. Немцевич у грудні 1794 р. був ув'язнений росіянами і два роки утримувався в Петропавлівській фортеці. Після звільнення він виїхав до США, де спочатку оселився у Філадельфії, а пізніше подорожував східними штатами. Ю. Немцевич неодноразово відвідував нові американські тюрми, докладний огляд устрою яких підготував після повернення на Батьківщину 1807 року. За дорученням короля Саксонії й глави Герцогства Варшавського Фрідріха Августа Ю. Немцевич розробив проект реформування саксонських та польських в'язниць на кшталт американських⁷. Однак через політичні причини реформи не судилося здійснитися.

До питання тюремних перетворень повернулися лише 1818 р., після інспектування Олександром I польських карних закладів. Тоді ж Ю. Немцевич запропонував власний проект реформи й опублікував працю «O więzieniach publicznych, czyli Domach Pokuty rzecz krótka» (розширена назва «Про дома покути в Північно-Американських штатах, які в Королівстві Польським можуть бути запроваджені»)⁸. Праця Ю. Немцевича складалася з двох частин: перша – огляд устрою американських виправних тюрем, на прикладі зведеної 1796–1797 рр. в'язниці Ньюгейт у Нью-Йорку, друга – аналіз стану польських тюрем, порівняно з американськими, з конкретними пропозиціями щодо реформування вітчизняної в'язничної системи.

Юліан Немцевич виступав за обмеження смертної кари та заміну її позбавленням волі. Реформування тюрем, на його думку, слід було починати зі зміни ставлення до кари. Головною метою будь-якого покарання Ю. Немцевич вважав запобігання злочинам. Для досягнення цієї генеральної мети слід звертати увагу на такі аспекти: основний – виправлення злочинця, далі – страх перед покаранням та компенсація спричиненої шкоди. Виправленню злочинця мали сприяти: гідні умови утримання у в'язницях, гуманне ставлення з боку професійних наглядачів, обов'язкове залучення до праці та навчання ремеслу, здоровий спосіб життя, чіткий розпорядок дня, моральне й релігійне виховання та навчання.

Необхідною умовою ефективно організації відбування покарання Ю. Немцевич уважав розділення в'язнів за статтю, віком, рецидивом тощо. Окремо повинні були утримуватися: 1) невинуваті злочинці (рецидивісти); 2) особи, які отримали в молодості добре виховання, однак пізніше вчинили злочини; 3) особи, які вчинили злочин уперше. Заклади для утримання особливо небезпечних злочинців слід було розміщати поблизу копалень, місць видобутку руди та каміння, де б використовували працю засуджених⁹. За дрібні злочини передбачалося короткотермінове позбавлення волі «на хлібі й воді». Для злочинців, які вчинили більш тяжкі правопорушення, умови утримання мали бути не такі суворі, але тривати воно мало не менше трьох років¹⁰. Помилування або дострокове звільнення могло бути застосоване лише за умови, що засуджений виправився.

Юліан Немцевич був прихильником одиночного утримання. Оскільки вважав, що це б унеможливило втечі, бунти та негативний вплив злочинців один на одного. Обов'язковою складовою виправлення мала стати оплачувана праця в загальних майстернях та навчання ремеслам. Публічні роботи автор вважав такими, що ганьблять честь¹¹. Духовну опіку засудженим повинен був надавати священник, а в жіночих закладах – черниці-наглядачки.

Особливе значення Ю. Немцевич надавав судовому нагляду за виконанням покарання у виді позбавлення волі та вимогам до тюремних службовців. Наглядачі повинні були отримувати достойну винагороду за свою працю, досконало знати свої обов'язки, поблажливо й справедливо, без ненависті та злоби ставитися до засуджених. Опіку (патронат) по завершенню строку ув'язнення публіцист вважав обов'язковою складовою постпенітенціарного нагляду.

У своїй праці Ю. Немцевич поставив питання, яке й сьогодні залишається актуальним, а чи не занадто поблажливі умови у пропонуваніх ним тюрмах і чи є це, власне, покаранням за зло (злочин)? Такі умови, як вважав автор, створюються для того, щоб зі злого чоловіка зробити доброго, працюючого, побороти основні вади суспільства, що призводять до злочинів: пияцтво, гульняйство, брак боязні Божої та ледарство. «Яка користь від ув'язнення, – писав Ю. Немцевич, – яке ще більше псує злочинця? До в'язниці потрапляє зіпсований, а виходить – непоправний»¹².

Проекти Ю. Немцевича щодо перебудови польської в'язничної системи не були реалізовані на практиці, однак вони мали значний вплив на формування польської пенітенціаристики, започаткували розвиток пенітенціарної думки в Королівстві Польському та багато в чому визначили її напрям.

У результаті роботи урядової комісії з підготовки проекту тюремних перетворень, яку очолював один із авторів Кримінального кодексу 1818 р. (Kodeks karzący Krolestwa Polskiego), суддя Вищого суду Королівства Польського Францішек Ксаверій Потоцький (Franciszek Ksawery Potocki, 1775–1837 pp.) було підготовлено Проект загального та практичного поліпшення управління та стану державних тюрем у Королівстві Польським 1819 р. (Projekt ogólnego i szczególnego ulepszenia administracji i stanu więzień publicznych w Krolestwie Polskiem). Дослідники зазначають, що саме ідеї К. Потоцького щодо системи виконання покарань лягли в основу цього Проекту¹³. Також він підготував зауваги до Проекту, що доповнювали нормативні приписи, містили роздуми автора, а також розлогі цитати з праць англійських тюремних реформаторів і приклади з практики функціонування тюрем у США, Австрії та Пруссії¹⁴.

На формування поглядів К. Потоцького неабиякий вплив мали праці Дж. Говарда та І. Бентама. Він запозичив у них, а також у Ю. Немцевича, багато дефініцій¹⁵. Однак К. Потоцький розробив власну концепцію виконання покарань щодо видів позбавлення волі, передбачених Кримінальним кодексом 1818 року.

Ксаверій Потоцький визначав тюрму як місце перебування тих, хто відповідно до закону позбавлений особистої свободи за вироком суду чи на період досудового слідства. Таке коротке й просте визначення, на думку автора, мало б указувати, що тюрма – це лише місце, де відбувають покарання у виді позбавлення волі (чи як запобіжний захід), і перебування у ній не повинно передбачати будь-яких додаткових кар, обмежень і поневірянь, зокрема голоду, холоду, знущань з боку наглядачів тощо. Він наголошував, що в приписах Кримінального кодексу щодо видів покарання ніде не йдеться про моральне розтління або позбавлення здоров'я засуджених. Отже, в'язниця не повинна призводити до цього¹⁶. Таке утримання було б страшніше за смерть і не відповідало б тяжкості проступку. Також воно не слугувало б меті залякування інших, оскільки вони не були свідками цього. Основною метою покарання у виді позбавлення волі К. Потоцький називав виправлення злочинця. Робити ж з нього жертву для залякування інших вважав хибою.

Автор визначив три основні складові системи виконання покарань у виді тюремного ув'язнення: 1) безпека й охорона; 2) фізичний і моральний стан засуджених; 3) економічна доцільність. Це так звані «три кити» гуманістично-прагматичної концепції К. Потоцького. Причому перші два елементи можливо реалізувати лише за умови економічної спроможності, бажано з мінімальним навантаженням на державну скарбницю¹⁷. Ця теза не втратила актуальності й сьогодні, коли точаться активні дискусії про приватно-державне партнерство у сфері виконання покарань. Однак К. Потоцький акцентував увагу на тому, що найкраще для організації відбування покарань підходить державна адміністрація. Саме на державні, а не магістратські тюрми, що існували в Польщі ще з часів середньовіччя, покладено було функцію виконання покарань. Місця ув'язнення у Проекті поділялися на досудові, карні тюрми та виправні будинки.

Для забезпечення зовнішньої безпеки слід було зводити міцні кам'яні будівлі тюрем, криті бляхою, оточені високим муром чи глибоким ровом. Автор підтримував думку Дж. Говарда, що розташовувати тюрми слід за містом. Щодо внутрішньої безпеки, то К. Потоцький наводив детальний опис Паноптикуму І. Бентама як найдоречнішого типу в'язничної будівлі, що дає можливість забезпечити нагляд за засудженими.

Найбільш детально автор зупинився на проблемах підтримання фізичного та морального стану засуджених. Для їх доброї фізичної форми слід було утримувати камери та інші приміщення в чистоті, регулярно їх провітрювати й опалювати взимку. Засуджені повинні були забезпечуватися чистим одягом, постільною білизною та їжею. Для хворих – тюремні шпиталі¹⁸.

Ксаверій Потоцький виступав проти утримання засуджених у загальних камерах, оскільки в таких умовах не уникнути змов, втеч і морального розтління. Однак він і не був прихильником суворої одиночної системи, наголошуючи на можливій шкоді для психіки такого ув'язнення. Слушність його думки довели статистичні дані про кількість психічних захворювань серед засуджених одиночних тюрем США та країн Європи, оприлюднені в середині XIX століття. Оптимальним автор називав розміщення в одній камері 3–4 осіб. Різні категорії засуджених повинні були утримуватися окремо. Автор описував пруську практику розділення засуджених на три класи: клас кари, клас випробування і клас тих, хто став на шлях виправлення.

Значну увагу К. Потоцький приділяв проблемі харчування в'язнів. Їжа повинна бути в достатній кількості, щоб підтримувати добрий фізичний стан, здорова, однакова для всіх і, що важливо, дешева. Найбільше, на його думку, для тюремного харчування підходив так званий «суп Румфорда», апробований у пруських робітничих будинках і тюрмах. Водночас, зазначав автор, більшість засуджених – бідняки, і для них регулярне тюремне харчування вже краще, ніж на свободі.

Однаковим повинен був бути й одяг засуджених. Їм слід було видавати один комплект верхнього одягу та білизни, черевики або боти й два головні убори (літній і зимовий). К. Потоцький навіть розписав, з якої тканини та якого кольору має бути одяг у різних установах виконання покарань.

Важливим фактором як фізичного, так і морального здоров'я мала стати праця засуджених. Якщо звичайна людина змушена працювати для того, щоб забезпечувати себе, то тим більше злочинець, який утримується державою, повинен працювати. Однак автор зауважував, що не слід працю перетворювати на кару. Вона є природною потребою людини й розрадою для засудженого. «Праця – мати чеснот і добробуту, тоді як неробство породжує моральний занепад і правопорушення»¹⁹. Праця, з одного боку, була необхідна для виправлення засудженого, боротьби з лінощами, здобуття навичок та ремесел, що могло б допомогти після звільнення. З іншого, передбачалося, що прибутки з виробництва будуть використовуватися на утримання в'язниці, що зменшило б тягар на державний бюджет. Засуджених пропонувалося використовувати як на внутрішніх роботах, так і за межами в'язниці, де вони могли залучатися до громадських робіт або працювати за наймом.

Відповідний моральний стан повинен був підтримуватися завдяки роздільному утриманню (за статтю, віком, рецидивом), чітким правилам і розпорядку дня, праці, релігійному впливу та навчанню у вихідні дні. Говорячи про моральне виховання, К. Потоцький особливу увагу звертав на поведінку тюремної адміністрації. У ставленні до в'язнів не мало бути ані нелюдської строгості, ані безкарної поблажливості. Засуджений не лише сам повинен був чемно поводитися, подібною мала бути й поведінка представників адміністрації. Особливо автор наголошував на подвійному контролі за відбуванням покарань: з боку тюремної адміністрації та судових органів.

Новаторськими на той час були пропозиції К. Потоцького про скорочення строку ув'язнення засудженим, які проявили дієве розкаяння та довели, що виправилися. Він також пропонував надавати малозабезпе-

ченим засудженим по закінченню строку ув'язнення грошову допомогу з коштів, зароблених ними під час відбування покарання. Для таких осіб пропонувалося організувати спеціальні заклади, де вони могли б працювати відразу після звільнення.

Найсуворішими мали бути умови утримання для тих осіб, які відбували найтяжчий вид тюремного ув'язнення (*wagowane więzienie*): ліжко в камері – зі звичайних дощок без матраца; їжа – лише «хліб і вода». Такі засуджені повинні були використовуватися на найтяжчих роботах, під час епідемій тощо. Отже, щодо особливо небезпечних злочинців тюремне ув'язнення було карою, а не «шляхом до виправлення».

Проект загального та практичного поліпшення управління і стану державних тюрем 1819 р., підготовлений під керівництвом К. Потоцького, на жаль, не був затверджений. Але він спонукав до пошуку нових підходів щодо організації польського в'язництва, реформа якого була розпочата через кілька років по тому Ф. Скарбеком.

Отже, у кінці XVIII – на початку XIX ст. у Польщі спостерігаємо значний інтерес політиків, правників та публіцистів до проблем гуманізації покарання й тюремних перетворень. Окремі питання розмежування попереднього ув'язнення та позбавлення волі як виду покарання було висвітлено Ю. Шимановським. Кризь призму виправлення як основної мети покарання розглядав позбавлення волі Ю. Павліковський, що пропонував організувати місця ув'язнення з різним режимом утримання: політичні в'язниці, виправні будинки та в'язниці для особливо небезпечних злочинців. Перші цілісні концепції організації виконання покарання у виді тюремного ув'язнення у Польщі належали Ю. Немцевичу та К. Потоцькому. В їх основі лежали нові погляди на мету покарання, гуманне ставлення до в'язнів, роздільне утримання різних категорій засуджених, обов'язкове залучення до праці, навчання ремеслам, духовне та моральне виховання. Вищезазначені концепції враховували новітній зарубіжний досвід і були досить прогресивними для свого часу. Авторами не лише було визначено загальні засади функціонування системи виконання покарань, а й сформульовано багато практичних приписів щодо устрою тюрем, принципів утримання, харчування, морального та фізичного впливу, залучення засуджених до праці, постпенітенціарної опіки, вимог до персоналу та організації нагляду за установами виконання покарань, що не втратили актуальності і донині.

¹ Bieda J. Decyzje centralnych organów rządowych w procesie kształtowania systemu organizacji więziennictwa Królestwa Polskiego na tle wybranych polskich koncepcji penitencjarnych początku XIX wieku / J. Bieda // *Studia Prawno-Ekonomiczne*. – 2015. – T. 94. – S. 11–29.

² Pawlak K. Za kratami więzień i drutami obozów: (zarys dziejów więziennictwa w Polsce) / K. Pawlak. – Kalisz, 1999. – 152 s.; Pawlak K. Polski biograficzny słownik penitencjarny / K. Pawlak. – Kalisz, 2008. – 114 s.

³ Haytler J. Mirosław Henryk Nakwaski jako penitencjarysta (1800–1876) / J. Haytler // *Przegląd Więziennictwa Polskiego*. 1937. № 2. S. 246–270; № 4. S. 633–648; 1938. № 1. S. 30–60.

⁴ Pawlak K. Za kratami więzień i drutami obozów: (zarys dziejów więziennictwa w Polsce) / K. Pawlak. – Kalisz, 1999. – 152 s.; Pawlak K. Polski biograficzny słownik penitencjarny / K. Pawlak. – Kalisz, 2008. – S. 15–16.

⁵ Szymanowski J. Wierszem i prozą pisma różne, Warszawa 1803, wyd. w: Pisma rozmaite współczesnych wierszem i prozą. T. 1. Edycja T. Mostowskiego. – Warszawa, 1803. – 464 s. – S. 247–248.

⁶ Pawlikowski J. O prawach kryminalnych / J. Pawlikowski. – Warszawa. 1818. – 125 s. – S. 65–67.

⁷ Pawlak K. Polski biograficzny słownik penitencjarny / K. Pawlak. – Kalisz, 2008. – S. 70.

⁸ Niemcewicz J. U. O więzieniach publicznych, czyli Domach Pokuty rzecz krótka / J. U. Niemcewicz. – Warszawa. Krzemieniec: Drukarnia przy Nowolipiu, 1818. – 70 s.

⁹ Niemcewicz J. U. O więzieniach publicznych... S. 61.

¹⁰ Pawlak K. Za kratami więzień i drutami obozów: (zarys dziejów więziennictwa w Polsce) / K. Pawlak. – Kalisz, 1999. – S. 25.

¹¹ Bieda J. Decyzje centralnych organów rządowych w procesie kształtowania systemu organizacji więziennictwa Królestwa Polskiego na tle wybranych polskich koncepcji penitencjarnych początku XIX wieku / J. Bieda // *Studia Prawno-Ekonomiczne*. – 2015. – T. 94. – S. 18.

¹² Niemcewicz J. U. O więzieniach publicznych, czyli Domach Pokuty rzecz krótka / J. U. Niemcewicz. – Warszawa. Krzemieniec: Drukarnia przy Nowolipiu, 1818. – S. 56.

¹³ Pawlak K. Polski biograficzny słownik penitencjarny / K. Pawlak. – Kalisz, 2008. – S. 81.

¹⁴ Potocki K. Uwagi do projektu ogólnego i szczególnego ulepszenia administracji i stanu więzień publicznych w Królestwie Polskiem (w): Księga jubileuszowa więziennictwa polskiego 1918–1928, red. Z. Bugajski. Warszawa. 1929. S. 22–43.

¹⁵ The Political Context of Law: Proceedings of the Seventh British Legal History Conference. – Canterbury, 1985. – 164 p. – P. 116.

¹⁶ Potocki K. Uwagi do projektu ogólnego... S. 23.

¹⁷ Там само. – S. 22–23.

¹⁸ Там само. – S. 24–26.

¹⁹ Там само. – S. 30.

Резюме

Сокальська О. В. Польські пенітенціарні концепції початку XIX століття.

У статті визначено та проаналізовано погляди польських державних діячів кінця XVIII – початку XIX ст., зокрема Ю. Немцевича, Ю. Павліковського, К. Потоцького та Ю. Шимановського, на систему виконання покарань у виді позбавлення волі. Автором уперше в українській історіографії розглянуто пенітенціарні концепції Ю. Немцевича та К. Потоцького, їх погляди на загальні засади функціонування системи виконання покарань, приписи щодо устрою тюрем та режиму утримання,

морального і фізичного впливу, організації праці засуджених, вимоги до персоналу та організації нагляду за установами виконання покарань тощо.

Ключові слова: Юліан Немцевич, Ксаверій Потоцький, Польща, тюремне ув'язнення, реформа, виправні тюрми.

Резюме

Сокальская Е. В. Польские пенитенциарные концепции начала XIX века.

В статье проанализированы взгляды польских государственных деятелей конца XVIII – начала XIX вв. (Ю. Немцевича, Ю. Павликовского, К. Потоцкого и Ю. Шимановского) на систему исполнения наказаний в виде лишения свободы. Автором впервые в украинской историографии рассмотрено пенитенциарные концепции Ю. Немцевича и К. Потоцкого, их взгляды на общие принципы функционирования системы исполнения наказаний, предписания относительно устройства тюрем и режима содержания, нравственного и физического воздействия, организации труда осужденных, требования к персоналу и организации надзора за учреждениями исполнения наказаний.

Ключевые слова: Юлиан Немцевич, Ксаверий Потоцкий, Польша, тюремное заключение, реформа, исправительные тюрьмы.

Summary

Sokalska O. Polish Penitentiary Concepts at the Beginning of the XIXth Century.

The article analyzes the views of Polish state figures of the late XVIII – early 19th centuries (J. Niemcewicz, J. Pavlikovski, K. Pototski and J. Shimanovski) on the system of execution of sentences in the form of imprisonment. The author for the first time in Ukrainian historiography examined the prison sentences of J. Niemcewicz and K. Potocki, their views on the general principles of the functioning of the system of execution of sentences, the regulations on the device of prisons and the regime of content, moral and physical influence, the organization of labor convicted, the requirements for personnel and the supervision of penitentiary institutions.

Key words: Julian Ursyn Niemcewicz, Franciszek Ksawery Potocki, Poland, imprisonment, reform, correctional prisons.

УДК 347.44

І. М. ШАРКОВА, Н. І. СПАСІБУХОВ

Ірина Миколаївна Шаркова, кандидат юридичних наук, доцент, доцент ДВНЗ «Київський національний економічний університет ім. Вадима Гетьмана»

Нікіта Ілліч Спасібухов, магістрант ДВНЗ «Київський національний економічний університет ім. Вадима Гетьмана»

ІСТОРИЧНІ ВИТОКИ ТА СУЧАСНА РЕЦЕПЦІЯ ТРЕТЕЙСЬКОГО СУДОЧИНСТВА EX AEQUO ET BONO

Принцип ex aequo et bono є недостатньо дослідженим і досить рідко застосовується на практиці, хоча й закріплений у регламентах більшості арбітражних установ. Для кращого розуміння даного виду третейського судочинства та виявлення його правової природи варто звернути увагу на процес становлення ex aequo et bono у міжнародному праві, котрий бере початок ще з часів Римської імперії.

Для оцінки ступеня розробленості теми дослідження необхідно виділити праці, які присвячені проблемам розгляду справ ex aequo et bono, таких авторів, як: С. М. Задорожна, О. В. Київець, О. О. Гайдулін та низки іноземних дослідників: М. Panezi, А. Aderemi, L. Trakman, А. Belohlavek, Sh. Shakti, G. Born. Вбачається, що вітчизняних праць на дану тему досить мало, до того ж більшість із наведених науковців розглядають ex aequo et bono в контексті інших тем, а отже, існує об'єктивна потреба у проведенні дослідження.

Метою статті є дослідження історичних витоків принципу ex aequo et bono та його сучасної рецепції для подальшого вдосконалення арбітражного законодавства.

Форма третейського судочинства існувала у Римі ще в давні часи, до встановлення державного суду та інституту преторів. Третейське судочинство Риму базувалося на двох угодах: угоді між сторонами та третейським суддею (resertum) та угоді між сторонами, відповідно до якої вони зобов'язувались підкоритися рішенням третейського судді (compromissum).

Якщо особа, яка безпосередньо здійснювала судочинство, призначалася претором для кожної справи, то вона ставала державним суддею. На відміну від звичайного судді (iudex), який був підпорядкований претору і судив на підставі ius strictum, арбітр був вільний від відповідальності, хоча не мав права ухилитися від ведення справи або призначати замість себе іншу особу¹.

Уже на час видання законів XII таблиць арбітрам доручалося ведення справ про розподіл між спадкоємцями спільної спадщини (actio familiae erciscundae), про відновлення порушених меж (actio finium regundorum), про направлення дощових стоків (actio aquae pluviae arcendae) тощо.

Третейський суддя (арбітр) вирішував справу *ex aequo et bono* (по справедливості і добру) і *totius rei habet arbitrium et facultatem* (мав безумовний простір і можливість дії).

Слід зазначити, що судочинство *ex aequo et bono* вже в ті часи набуло міжнародного характеру. До арбітрів, котрі розглядали справи, ускладнені іноземним елементом, належали рекуператори (*recuperatores*). Вони розглядали спори між римлянами та іноземцями (перегріними).

Число рекуператорів, які брали участь в суді, була непарна: або 3, або 5, або 11, причому, кожна сторона вибирала по 1, 2 або 5, до яких приєднувався третій, п'ятий або одинадцятий член, за призначенням претора.

Найчастіше розгляд справи вівся трьома рекуператорами. Норми, якими керувалися рекуператори, були змішані, запозичені частково з римського, частково з перегрінського права, втім, рекуператорам надавалася велика свобода судити за внутрішнім переконанням, вирішуючи справу по справедливості *ex aequo et bono* і за індивідуальними умовами кожного окремого процесу. Таким чином, арбітр мав змогу відступити від букви закону та винести рішення, керуючись принципом справедливості².

Згодом, через те, що права римлян та перегринів були зрівняні, рекуператорські суди зникли, проте розгляд *ex aequo et bono* надалі набув значного поширення у судочинстві.

Принцип справедливості знайшов своє віддзеркалення у канонічному праві. Каноністи тлумачили його як «канонічну справедливість».

На думку науковців, «канонічна справедливість» (*aequitas canonica*) наприкінці XI – початку XIII ст. навіть переважає над цивільним юридичним правом глосаторів³.

Пізніше розгляд справ *ex aequo et bono* набув популярності у розгляді міжнародних комерційних спорів між купцями. Такій тенденції сприяло поширення *lex mercatoria*.

Розквіт *lex mercatoria*, що став своєрідною реакцією купецького співтовариства на нездатність римського права ефективно регулювати міжнародні комерційні відносини, припав на XIII–XIV ст. ст. і передував виникненню системи суверенних європейських держав.

Старе *lex mercatoria* створювалося не політичною владою, а самими середньовічними купцями під впливом існуючої на той момент комерційної практики у спеціальних купецьких судах – *curiae mercatorum*. Це право було уніфікованим – його положення були ідентичними в різних країнах, а норми – деталізованими і досконалими.

Джерелами старого *lex mercatoria* стали статuti купецьких гільдій, торгові звичаї і прецедентне право купецьких судів. Купецькі суди намагалися виносити свої рішення відповідно до принципу *ex aequo et bono* (тобто по справедливості) і в максимально короткий відрізок часу, що на той період було дуже важливо, враховуючи швидкість, з якою велася торгівля. Найбільшого поширення норми *lex mercatoria* отримали в містах-республіках Північної Італії і «консульських» містах півдня Франції, тобто там, де не було сильної феодальної влади⁴.

Нині судовий розгляд *ex aequo et bono* нормативно закріплений у Типовому законі ЮНСІТРАЛ щодо міжнародного торговельного арбітражу 1985 р. та Арбітражним регламентом ЮНСІТРАЛ 1976 року⁵.

Відповідно до ч. 3 ст. 28 Типового закону ЮНСІТРАЛ щодо міжнародного торговельного арбітражу, арбітражний суд приймає рішення *ex aequo et bono* або в якості «доброго посередника» тільки у тому разі, коли сторони прямо уповноважили його на це⁶.

Ідентичне формулювання знайшло своє відображення в ч. 3 ст. 28 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24 лютого 1994 року⁷.

Крім того, ч. 2 ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН наділяє суд правом розглядати справу *ex aequo et bono*, якщо сторони з цим згодні⁸.

Даний принцип дає суду можливість корегувати норми позитивного права та певною мірою відступати від них, враховуючи індивідуальні особливості кожної конкретної справи.

На підставі загальних принципів права справедливості та розумності досить часто вирішувалися міжнародні спори щодо меж реалізації суб'єктами свого права (справи міжнародного суду ООН щодо островів Менк'є та Ейкріхос, щодо храму Преах-Віхеар, низка справ щодо делімітації континентального шельфу, справа Буркуна Фасо проти Малі 1986 р.) як джерело ідей права прав людини у справах щодо Південно-Західної Африки, у справах «Індія проти Пакистану» 1968 р., «Лівія проти Мальти» 1985 р. тощо.

Найвідомішими прикладами застосування принципу справедливості є рішення судді Гудзона 1937 р. в спорі між Голландією та Бельгією, у якому суддя вказав, що принцип справедливості є частиною міжнародного права: «Відповідно до ст. 38 Статуту або незалежно від цієї статті суддя має певну свободу розглядати принцип справедливості в межах міжнародного права, яке повинно бути застосоване»⁹.

Узагальнюючи праксіологічні аспекти проблеми, що досліджується, доречно приєднатися до висновків, до яких дійшов О. О. Гайдулін, який з'ясував сутність римсько-правового інституту *iudicia bonae fidei*.

1. Сучасним суддям явно бракує досвіду застосування аналогії права, зокрема принципу добросовісності, який у судовому процесі доброї совісті стародавні римляни використовували переважно для подолання прогалів у матеріальному та процесуальному праві.

2. Заслугує на увагу те, що в процесі здійснення правосуддя моральні приписи мали перевагу над буквою закону. Це має значення для розвитку сучасного інституту суддівського розсуду (*discretio*).

3. Виходячи з того, що застосування правосуддя доброї совісті виявилось продуктивним передусім при вирішенні справ, пов'язаних зі зловживанням правом, у сучасних умовах вивчення процедури *ex aequo et bono* необхідно приділити особливу увагу¹⁰.

Отже, проведеного дослідження можна зробити висновок, що розгляд справ по справедливості (ex aequo et bono) бере свої витoki з римського права. Третейський суд зародився у давні часи і завжди був ефективним інструментом при вирішенні спорів. Такий спосіб розгляду справ зародився у межах національного права і згодом набув міжнародних масштабів. Нині суди керуються принципом справедливості при вирішенні спорів, проте сам розгляд ex aequo et bono на практиці застосовується досить рідко і лише за згодою сторін. Однак, виходячи з того, що судочинство ex aequo et bono і судочинство по добрій совісті (iudicia bonae fidei) мають однакову природу, то концептуальні положення римсько-правового інституту, що досліджується, мають бути враховані під час реалізації принципу добросовісності.

¹ Грабарь В. Э. Римское право в истории международно-правовых учений: элементы международного права в трудах легистов XII–XIV вв. / В. Э. Грабарь. – Юрьев : Типография К. Маттисена, 1901. – 305 с.

² Підпригора О. А. Римське право : підруч. / О. А. Підпригора, Є. О. Харитонов ; 2-ге вид. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – 528 с. – Бібліогр.: с. 487–491.

³ Задорожна С. М. Міжнародно-правова природа принципу ex aequo et bono / С. М. Задорожна : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://intllegalmanac.net/v14/4.pdf>

⁴ Лозовицький А. В. Lex mercatoria як феномен правової дійсності / А. В. Лозовицький : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.essuir.sumdu.edu.ua/bitstream/123456789/57609/7/Lozovitskiy_Lex_mercatoria.pdf

⁵ Типовий закон ЮНСІТРАЛ щодо міжнародного торговельного арбітражу : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_879

⁶ Про міжнародний комерційний арбітраж : Закон України від 24 лютого 1994 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4002-12>

⁷ Статут Організації Об'єднаних Націй і Статут Міжнародного Суду : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_010/page2

⁸ Сайт Міжнародного Суду ООН : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org>

⁹ Гайдулін О. О. Судочинство по добрій совісті (iudicia bonae fidei): історичні витoki та перспективи дослідження / О. О. Гайдулін // Вісник господарського судочинства : офіційний друкований орган Вищого господарського суду України. – К. : Юрінком Інтер. – 2012. – № 6. – С. 176–180.

Резюме

Шаркова І. М., Спасібухов Н. І. Історичні витoki та сучасна рецепція третейського судочинства ex aequo et bono.

У статті розглядається правова природа принципу добросовісності та судочинства по добрій совісті, а також інститут арбітражу в Стародавньому Римі. Для більш глибокого з'ясування проблеми здійснено аналіз інституту судочинства ex aequo et bono в римському приватному праві.

Ключові слова: добросовісність, судочинство, iudicia bonae fidei, судочинство ex aequo et bono.

Резюме

Шаркова І. М., Спасібухов Н. І. Исторические истоки и современная рецепция третейского судопроизводства ex aequo et bono.

В статье рассматривается правовая природа принципа добросовестности и судопроизводства по доброй совести, а также институт арбитража в Древнем Риме. Для более глубокого уяснения проблемы осуществлен анализ института судопроизводства ex aequo et bono в римском частном праве.

Ключевые слова: добросовестность, судопроизводство, iudicia bonae fidei, судопроизводство ex aequo et bono.

Summary

Sharova I., Spasibukhov N. Historical sources and modern reception of the arbitration procedure ex aequo et bono.

The article considers the legal nature of the principle and procedure of good faith, institution of arbitration in Ancient Rome. For a better understanding of the problem, the institute of legal proceedings ex aequo et bono in Roman private law was analyzed.

Key words: good faith, procedure, iudicia bonae fidei, proceedings ex aequo et bono.

Н. О. КЛЕЩЕНКО

*Наталія Олександрівна Клещенко, аспірант
Національного педагогічного університету імені
М. П. Драгоманова*

УНІФІКАЦІЯ ЮРИДИЧНОЇ ТЕРМІНОЛОГІЇ ЯК КРОК ДО УПОРЯДКУВАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА

Сучасні тенденції розвитку національного законодавства характеризуються насамперед швидкістю його прийняття. Проте, як відомо, швидкість, на жаль, не означає якість. І, на наш погляд, першим кроком на шляху до якісного законодавства є уніфікація юридичної термінології.

Останніми роками феномен юридичної мови, зокрема змісту юридичного тексту і його основного інструментарію – правової термінології, став об'єктом особливої уваги українських і зарубіжних правознавців. Це пов'язано насамперед із збільшенням інформаційних потоків у сучасному суспільстві, що неминуче призводить до збільшення кількості термінів і потреби формулювання та дотримання відповідних правил їх використання. Крім того, різноманітність норм національних законодавств, що ускладнює співробітництво держав в економічній та інших сферах, змушує звертатися до спеціальних способів їх зближення у процесі нормотворення. Йдеться про уніфіковані правові норми, які або однаково регулюють суспільні відносини на заміну норм національних законодавств, які не збігаються, або створюють основу для знаходження їх спільності¹.

Проблематика юридичної термінології висвітлена у праць вчених-правознавців, серед яких О. Богачова, М. Вербець, О. Зайчук, О. Копиленко, О. Кушнар'ова, Ю. Шемшученко, І. Шутак та багато інших.

Метою статті є з'ясування місця уніфікації юридичної термінології для покращення якості упорядкування законодавства.

У процесі законотворення певну роль відіграють термінологія в цілому, а також кожен термін, кожне поняття зокрема. Вони покликані обмежувати одне нормативне судження від інших, прагнуть надати їм потрібну змістовність, форму, спрямованість. Вони: 1) служать зовнішньої «оболонкою» того юридичного змісту, яке опосередковує законодавство, насамперед оформляють ті приписи, які адресуються державою громадянам та іншим суб'єктам суспільних відносин; 2) персоніфікують вказані приписи, пов'язують їх з волею держави і якоюсь мірою надають їм офіційність².

У зв'язку із впровадженням новацій у тактику і техніку побудови закону, збільшенням нормативного масиву суттєво зросло значення форм і змісту юридичного тексту, а отже – нормативної правової термінології. Це обумовило посилення уваги представників теоретичного правознавства, а також фахівців практичного рівня, діяльність яких безпосередньо пов'язана з розробкою проектів нормативних правових актів, їх прийняттям, тлумаченням, застосуванням. Разом із тим детальний аналіз законодавчих та інших правових актів України (законів, указів Президента, постанов Кабінету Міністрів та ін.) свідчить про те, що в ряді випадків нормативна термінологія, яка стосується одного й того ж предмета правового регулювання, не уніфікована і відрізняється при цьому від вживаної в інших нормативно-правових актах України. У законодавчих текстах нерідко вводяться нові поняття без їх легальних визначень, що призводить до колізії норм права, які регулюють одні й ті ж або схожі відносини³.

Тезаурус законодавства має бути універсальним, а саме загальним та обов'язковим для всіх актів. Недопустиме розходження термінологічного ряду у законах неминуче призводитиме до колізійних помилок: неоднакового тлумачення однопорядкових термінів або навпаки – тотожного розуміння термінів, що розходяться за змістом. Сучасна вітчизняна практика застосування законодавства постійно переконується у необхідності вжиття певних заходів з внутрішньої гармонізації законодавства саме за результатами неможливості застосування того чи іншого положення законодавства через незрозумілість тлумачення певних понять⁴.

Варто зазначити, що актуальною для вдосконалення законотворчості є проблема уніфікації юридичної термінології. Дослідження інструментарію законотворчості, опрацювання дефініційного апарату є одним із нагальних завдань відділу теорії та практики законотворчої діяльності та Української школи законотворчості Інституту законодавства Верховної Ради України⁵.

Дійсно, уніфікація юридичної термінології допоможе навести у ній лад, належним чином її упорядкувати.

Як зауважує М. Вербець, «за тривалий період мовознавчих досліджень в Україні не було жодної спроби системного перегляду юридичної термінології з огляду на комунікативну стратегію національної мови, а також порівняльний україно-іншомовний аспект, за винятком зіставного опису української і російської юридичних терміносистем»⁶.

Основним структурним елементом будь-якої термінології виступає термін. Відповідно, для сфери права юридичну термінологію становить система юридичних термінів⁷. Термін – це слово або словосполучення, яке застосовується для позначення певного поняття або явища (у нашому випадку – юридичного).

Демократичні перетворення в суспільстві України привели до істотного збільшення обсягу та видового масиву чинного законодавства, що регулює суспільні відносини. На практиці дана ситуація означає, що з'явилися безліч понять і категорій, виражених у відповідних термінах, зміст яких вимагає уточнення. Отже, необхідно, щоб найбільш важливі терміни, які закріплюються в законодавстві, могли бути якісно інтерпретовані учасниками правовідносин, адже відомо, що право як регулятор людської поведінки тим ефективніше виконує свою роль, чим більш правильно концептуально і лінгвістично виражені його констатації, розпорядження, дозволи і заборони, чіткіше описуються ознаки правової поведінки⁸.

Абсолютна більшість термінів, що використовуються в різних юридичних документах, «приходить» із нормативно-правових актів або доктринальних джерел. Системність термінології в нормативно-правовому акті зумовлюється використанням слова на позначення ключових елементів норми права, відносин з іншими термінами, тенденцією до однозначного вживання, відсутністю емоційно-експресивних і стилістичних синонімів, проявом оцінного чинника⁹.

Не доводиться заперечувати, що численні розбіжності законодавчих визначень юридичних понять, насамперед міжгалузевого характеру, різного роду термінологічні розбіжності тощо про юридико-технічну досконалість законодавства не свідчать. Водночас правомірним є питання про «природність» такого стану справ для сучасного періоду нашого права. Можна, звичайно, говорити про неузгодженість нормотворчих процесів, відсутність механізмів координації і серйозних експертних систем у цій галузі, врахувати треба і суб'єктивний фактор¹⁰. Юридичний термін, який створюється і функціонує у правовій науці, може не фіксуватися в нормативно-правових актах, а мати лише наукову дефініцію чи кілька наукових дефініцій, які представляють різні наукові підходи й школи, різні аспекти вивчення одного й того самого правового поняття¹¹.

Будь-яка форма уніфікації припускає насамперед ліквідацію багатозначності застосованих у правотворчості слів і словосполучень, їх анахронізму та розпливчастості з метою впровадження в текст нормативного акта єдиної, універсальної термінології, що становить невід'ємну частину уніфікованого циклу і багато в чому відображає його юридичну природу. Не можна вважати уніфікованими правові акти, у яких відсутня єдина термінологія¹².

Вживання юридичної термінології впливає на стиль законодавства, його якісні характеристики та внутрішню будову. З'явилася потреба в точному формулюванні правових приписів, однаковому їх розумінні і застосуванні, створенні інформаційно-пошукової мови для сучасних технічних засобів. Ці вимоги є основою процесу уніфікації законодавства¹³.

Досконалість юридичних текстів і їх термінологічна чистота багато в чому визначаються «інтелектуальною озброєністю» законодавців, вчених, розробників, експертів. На жаль, коло спеціальних словників і довідників, орієнтованих на потреби законодавчої практики, досить вузький¹⁴.

Сьогодні вкрай актуальною є проблема уніфікації термінології, яка вживається у законодавстві. Тому основну вимогу до використання терміна можна висловити у вигляді формули: терміни мають вживатися в законодавчому акті в одному загальноприйнятному або встановленому законодавством значенні; для позначення одного й того ж об'єкта (явища) має вживатися один термін¹⁵. І тут не можна не погодитися з думкою Ю. Шемшученка про те, що вихідним пунктом гармонізації законодавства України з європейським правом є уніфікація термінології, яка використовується в цих двох правових системах. Без цього важко досягнути праворозуміння в правовій сфері¹⁶.

Проблема уніфікації нормативно-правової термінології охоплює як науку мовознавства, так і правові науки. Тому її дослідження вимагає одночасно і лінгвістичного, і юридичного аналізу. Одна з причин слабкої вивченості мови законодавства полягає у тому, що розробники законопроектів (юристи) не використовують повною мірою правила лінгвістики, а лінгвісти, у свою чергу, явно недостатньо досліджують проблему стилю законодавчої літературної мови¹⁷. Тому задля вирішення даної проблеми необхідно певним чином забезпечити однакове застосування юридичної термінології як в межах окремого нормативно-правового акта, так і в рамках усього галузевого законодавства. І, на наш погляд, найоптимальніше досягнути поставленої цілі можливо за допомогою всієї уніфікації правотворчої системи законодавства. А найпершим кроком на шляху до поставленої мети має стати уніфікація нормативно-правової термінології, яка використовується у процесі законотворчої та правотворчої діяльності.

Всі ми розуміємо, що основою будь-якого нормативно-правового акта є юридичний термін. І для того, щоб навести лад у всій правотворчій діяльності, необхідно починати з «кореня» проблеми. Тобто для того, щоб створити якісний нормативний акт у подальшому, для початку потрібно впорядкувати юридичну термінологію. І ми вважаємо, що для цього уніфікація є найбільш підходящим способом.

Оскільки уніфікація юридичної термінології визнається однією з умов створення єдиного нормативно-правового поля, доцільним є: узагальнення термінологічних розробок – створення «Реєстру термінів української правничої мови, які мають застосовуватися при розробці законів та інших нормативно-правових актів»; періодичне видання «Словника термінів і понять, що вживаються у законах та інших нормативно-правових актах» на базі названого Реєстру; підтримка комп'ютерних мережних баз даних; поповнення української юридичної термінології новими термінами та визначеннями понять, запровадження обов'язкової мовно-термінологічної експертизи проектів законів (для цього доцільно створити спеціалізовану Державну мовно-термінологічну комісію); спрощення одержання розробниками проектів законів результатів досліджень, що проводяться¹⁸.

Наближення вітчизняної загальноправової термінології до термінології європейського права є послідовним процесом узгодження основних понять, підходів та концепцій розвитку національного законодавства України на основі загальноєвропейських цінностей, стандартів і принципів права. Таким чином, наближення загальноправової термінології виступає методологічною передумовою та підґрунтям реформування окремих галузей права, розробки положень кодексів і законодавчих актів, які забезпечували б реалізацію прав людини на засадах верховенства¹⁹.

Отже, проаналізувавши погляди вчених стосовно даної проблематики, можна дійти висновку, що уніфікація юридичної термінології є не просто бажаною або рекомендованою, вона є необхідною. Юридична термінологія – основа будь-якого нормативного акта, і це вже є підставою стверджувати про необхідність її уніфікації задля покращення якості правотворчої діяльності.

¹ Кушнарєва О. В. Поняття і природа уніфікації нормативно-правової термінології / О. В. Кушнарєва // Юридична психологія та педагогіка. – 2011. – № 2 (10). – С. 58–61.

² Баймаханов М. Т. Терминология и термины как атрибуты законотворчества / М. Т. Баймаханов // Актуальные проблемы государства и права: сб. материалов научной конференции, 10 декабря 2013 г. / редкол.: Ударцев С. Ф., Наурызбай А. Ж., Жумадилова А. Б. и др. – Астана: ТОО «КазГЮУ Консалтинг», 2014. – Вып. 2. – 110 с. – С. 7–8.

³ Кушнарєва О. В. Уніфікація нормативної правової термінології у процесі нормотворення: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01. – К.: Національна академія внутрішніх справ, РІК. – 21 с.

⁴ Правова наука та законодавча практика: аналіз дисертаційних досліджень (2002–2008) / за ред. В. О. Зайчука. – К.: Ін-т законодавства Верховної Ради України, 2009. – Вип. 1. – 148 с.

⁵ Законопроекткування: сучасні реалії та тенденції розвитку: моногр. / О. Л. Копиленко, О. В. Зайчук, О. В. Богачова та ін.; за ред. О. В. Зайчука, О. В. Богачової. – К.: Ін-т законодавства Верховної Ради України; Кам'янець-Подільський: ТОВ «Друкарня Рута», 2014. – 232 с.

⁶ Вербенець М. Б. Юридична термінологія української мови: історія становлення і функціонування: автореф. дис. ... канд. філол. наук: спец. 10.02.01 / М. Б. Вербенець; Київ: нац. ун-т ім. Т. Шевченка, Ін-т філології. – К., 2004. – 15 с.

⁷ Любченко М. І. Юридична термінологія: поняття, особливості, види: моногр. / М. І. Любченко. – Х.: ТОВ «ВИДАВНИЦТВО ПРАВА ЛЮДИНИ», 2015. – 280 с.

⁸ Головкин Р. Б. Некоторые синтаксические проблемы интерпретации дефиниций правовых понятий / Р. Б. Головкин, И. Л. Петрова // Законодательная дефиниция: логико-гносеологические, политико-юридические, морально-психологические и практические проблемы: Материалы Международного «круглого стола» (г. Черновцы, 21–23 сентября 2006 г.) / под ред. В. М. Баранова, П. С. Пацуркивского, Г. О. Матюшкина. – Нижний Новгород: Нижегородский исследовательский научно-прикладной центр «Юридическая техника», 2007. – 1456 с. – С. 232–240.

⁹ Шутак І. Д. Юридична техніка: курс лекцій / І. Д. Шутак. – Івано-Франківськ: Лабораторія академічних досліджень правового регулювання та юридичної техніки. – Дрогобич: Коло, 2015. – 228 с.

¹⁰ Тарасов Н. Н. К вопросу о юридических понятиях и дефинициях / Н. Н. Тарасов // Законодательная дефиниция: логико-гносеологические, политико-юридические, морально-психологические и практические проблемы: Материалы Международного «круглого стола» (г. Черновцы, 21–23 сентября 2006 г.) / под ред. В. М. Баранова, П. С. Пацуркивского, Г. О. Матюшкина. – Нижний Новгород: Нижегородский исследовательский научно-прикладной центр «Юридическая техника», 2007. – 1456 с.

¹¹ Шутак І. Д. Вказана праця. – 228 с.

¹² Осика І. В. Роль уніфікації в систематизації законодавства / І. В. Осика // Вісник. – Запоріжжя, 2005. – № 2 – С. 24–28.

¹³ Там само. – С. 27.

¹⁴ Исаков В. Б. Правовые словари и терминосистемы / В. Б. Исаков // Законодательная дефиниция: логико-гносеологические, политико-юридические, морально-психологические и практические проблемы: Материалы Международного «круглого стола» (г. Черновцы, 21–23 сентября 2006 г.) / под ред. В. М. Баранова, П. С. Пацуркивского, Г. О. Матюшкина. – Нижний Новгород: Нижегородский исследовательский научно-прикладной центр «Юридическая техника», 2007. – 1456 с. – С. 86–101.

¹⁵ Законопроекткування: сучасні реалії та тенденції розвитку: моногр. / О. Л. Копиленко, О. В. Зайчук, О. В. Богачова та ін.; за ред. О. В. Зайчука, О. В. Богачової. – К.: Ін-т законодавства Верховної Ради України; Кам'янець-Подільський: ТОВ «Друкарня Рута», 2014. – 232 с.

¹⁶ Шемшученко Ю. Теоретичні проблеми гармонізації законодавства України з європейським правом / Ю. Шемшученко // Вісник академії правових наук. – 2004. – Вип. 3 (38). – С. 108–109.

¹⁷ Кушнарєва О. В. Поняття і природа уніфікації нормативно-правової термінології / О. В. Кушнарєва // Юридична психологія та педагогіка. – 2011. – № 2 (10). – С. 58–61.

¹⁸ Законопроекткування: сучасні реалії та тенденції розвитку: моногр. / О. Л. Копиленко, О. В. Зайчук, О. В. Богачова та ін.; за ред. О. В. Зайчука, О. В. Богачової. – К.: Ін-т законодавства Верховної Ради України; Кам'янець-Подільський: ТОВ «Друкарня Рута», 2014. – 232 с.

¹⁹ Трихліб К. О. Гармонізація законодавства України і законодавства ЄС: наближення загальноправової термінології: моногр. / К. О. Трихліб. – Х.: Право, 2015. – 224 с.

Резюме

Клещенко Н. О. Уніфікація юридичної термінології як крок до упорядкування законодавства.

Стаття присвячена дослідженню ролі уніфікації юридичної термінології при упорядкуванні законодавства. Звертається увага на те, що юридичний термін є основою нормативно-правового акта, і таким чином його уніфікація слугує першим кроком для подальшої уніфікації всього національного законодавства.

Ключові слова: юридична термінологія, правотворча діяльність, уніфікація, нормативно-правовий акт.

Резюме

Клещенко Н. А. Унификация юридической терминологии как шаг к упорядочению законодательства.

Статья посвящена исследованию роли унификации юридической терминологии при составлении законодательства. Обращается внимание на то, что юридический термин является основой нормативно-правового акта, и таким образом его унификация служит первым шагом для дальнейшей унификации всего национального законодательства.

Ключевые слова: юридическая терминология, правотворческая деятельность, унификация, нормативно-правовой акт.

Summary

Kleshchenko N. Unification of legal terminology as a step to streamline legislation.

The article is devoted to the study of the role of unification of legal terminology when streamlining the legislation. Attention is drawn to the fact that the legal term is the basis of a legal act, and thus its unification serves as the first step for the further unification of all national legislation.

Key words: legal terminology, law-making activity, unification, normative-legal act.

УДК 340.15

М. С. ПИРТКО

Михайло Сергійович Пиртко, аспірант Львівського національного університету імені Івана Франка

ХАРАКТЕРНІ РИСИ РОЗВИТКУ АВСТРІЙСЬКОЇ ДЕРЖАВНОСТІ (XVII–XVIII СТ.)

У сучасних умовах розвитку України як суверенної, демократичної, правової й соціальної держави важливим є подальша демократизація її політичної системи та входження у європейську спільноту. У зв'язку з цим велике значення має дослідження і узагальнення історичного досвіду інтеграційних процесів, що відбувалися в державотворенні насамперед європейських країн. Значну наукову цінність, пізнавальне і практичне значення має вивчення історичного державотворчого досвіду становлення і розвитку Республіки Австрія. Такий досвід для державотворчого процесу в Україні є надзвичайно корисним і важливим, оскільки має першорядне значення для аналізу західноєвропейської державності загалом, тенденції її розвитку, соціально-політичної систем, західної демократії, інститутів прав і свобод людини тощо.

У XVII–XVIII ст. відбувався подальший розвиток австрійської державності. Уособленням ефективного управління Австрійської держави на початку XVIII ст. вважався принц Євгеній Савойський (1663–1736), князь Савойї, а пізніше П'ємонту. Рід Савойських упродовж XVI–XVII ст. вів боротьбу за збереження свого впливу в регіоні, лавіруючи поміж французькими Бурбонами й австрійськими Габсбургами. Саме тим і варто пояснювати перехід на службу австрійського імператорського дому. Він увійшов в історію не тільки як видатний полководець, а й як мислячий політик, лояльний до імператорського двору. Принц вважав себе зобов'язаним імператорові й австрійському дворові, користувався довірою станів. Євгенію Савойському довіряли усі імператори – від Леопольда I до Карла VI. Після його смерті в монархії Габсбургів тривалий час не було полководця рівня принцу Євгенієві¹.

Якщо всередині держави так і не вдалося цілком подолати внутрішню дезінтеграцію й зміцнити імперію, то на міжнародній арені Австрія укріпила свої позиції. Тогочасне гасло держави «*Austriae est imperatura orbi universe*» – «Австрії дано керувати світом» відповідало устремлінням імператорського двору². Упродовж 1620–1720-х рр. за імперією Габсбургів закріпилася роль великої держави, котра спершу протистояла протестантській Реформації, а потім турецькій експансії. Як вважає більшість дослідників, особливо підняла авторитет дому Габсбургів героїчна оборона Відня у 1683 р., коли у спілці з польським військом та українськими козаками вдалося зупинити просування Османської імперії на європейський континент³. Тому другу половину XVII–XVIII ст. нерідко називають «героїчною епохою» Австрії, беручи до уваги передусім військові успіхи принца Євгенія Савойського. Втім, частина дослідників таки схильна піддавати сумніву історико-правову концепцію, згідно з якою Австрія (як конгломерат слабо централізованих регіонів) набула неповторної ідентичності в результаті воєн з Туреччиною⁴.

Після Тридцятилітньої війни (1618–1648 рр.) і до середини XVIII ст. австрійські Габсбурги брали участь у постійних війнах з Францією і Туреччиною та досягли zenіту свого піднесення на міжнародній арені. Так, під час військового протистояння з турками австрійські війська зайняли Трансильванію, котра перебувала у васальній залежності від Османської імперії. За Карловицьким мирним договором 1699 р. Трансильванія, в якій поряд із румунським населенням проживали угорці та німці, була включена до складу імперії Габсбургів як окреме князівство з власним внутрішнім управлінням та особливим представництвом при установах імператорського двору.

Економічна і політична влада у приєднаному регіоні належала переважно багатому угорському дворянству. Після інкорпорації Трансільванії своїх прав були позбавлені представники східнороманської народності – волохи, чисельність яких в регіоні зростає за рахунок міграцій з Волоського та Молдовського князівств. Станом на початок XVIII ст. волохи становили вже більшу частину населення Трансільванії. Єдиною соціальною і, до певної міри, політичною структурою, що об'єднувала волохів Трансільванії і Угорщини (передусім Банату), була православна церква. Однак, на відміну від католицької церкви, її офіційно трактували лише «терпимою». На початку XVIII ст. уперше були висунуті волоські вимоги, що стосувалися надання права займати державні посади, відкривати власні національні школи. Втім, у 1744 р. Державні збори Трансільванії відкинули усі ці петиції⁵.

За час правління Карла VI (1711–1740) головна увага імператорського двору була зосереджена на боротьбі за іспанський престол і вирішенні проблеми юридичного наслідування габсбурзьких земель⁶. Габсбурги вважали як дві гілки однієї родини: одна поширювала свою владу над Іспанією та її американськими колоніями, інша – над Священною Римською Імперією. Заінтересовані держави чекали смерті бездітного короля Іспанії Карла II Зачарованого – останнього представника старшої лінії іспанських Габсбургів. Причому ці розмови, зважаючи на хворобливість правителя Іспанії, тривали не один рік поспіль. У 1700 р. припинила своє існування іспанська гілка Габсбургів, що спонукало австрійських правителів втрутитися у війну за іспанську спадщину⁷.

Займаючись питанням успадкування вакантного іспанського престолу, Габсбурги зайшли у суперечність з династією французьких Бурбонів. По суті, у той час відбувалося протистояння двох ідей: ідеї рівноваги та ідеї гегемонії (приєднавши іспанські землі, чи то Франція, чи Австрія, могли претендувати на гегемонію в Європі). План австрійських Габсбургів полягав у тому, щоби юридично знову утвердити дві лінії – австрійську на чолі зі старшим сином імператора Леопольда I та іспанську – на чолі з його молодшим братом⁸.

Після смерті Карла II у 1700 р. на його «спадщину» – крім власне Іспанії, це також землі в Італії, Південних Нідерландах, Північній та Південній Америці, Африці – претендували Франція та Австрія. У результаті міжнародних інтриг французької дипломатії, перед смертю Карл II заповів свої володіння французькому претендентові, – але не синові Людовіка XIV, а його другому онукові Філіпу Анжуйському, до того ж за умови, що іспанська та французька корони ніколи не з'єднаються в одних руках. Та як тільки його внук Філіп V посів іспанський престол, Людовік XIV став управляти від його імені Іспанією. Тодішня традиція приписує французькому королеві знамениту фразу: «Піренеїв більше немає» (*«Il n'y a plus de Pyrénées»*)⁹. Аби підірвати франко-іспанське зближення, Англія ініціювала створення «Великого Гаазького альянсу», до якого крім Англії увійшли Голландія, Священна Римська Імперія та декілька дрібних держав. Вільгельм III Оранський мотивував антифранцузькі дії захистом «системи європейської безпеки»¹⁰. Коли Франція відмовилася, Англія та Голландія підтримали претензії імператора Леопольда I Габсбурга на іспанський престол. У результаті розпочалась війна за «іспанську спадщину» (1701–1714 рр.), події якої розгортались в Італії, Іспанії Нідерландах та у прикордонних з ними районах Німеччини і Франції.

Представник австрійської лінії правлячої династії Карл VI, як і його іспанський родич, не залишив після себе спадкоємців чоловічої статі. Історія демонструвала, що як тільки в тій чи іншій країні вимирає правляча династія, ця подія слугувала сигналом для великих держав Європи пред'явити «юридично обґрунтовані претензії» щодо перерозподілу володінь. Проте питання такого характеру вирішувалися не в суперечці юристів, а на полях битв. Юридична складова слугувала не більше, ніж звичайним приводом до воєнних дій. Очевидно, мав рацію Євгеній Савойський, котрий скептично звернув увагу імператора Карла VI (і мав у тому рацію), що гарантією дотримання будь-яких домовленостей щодо престолонаслідування можуть бути тільки «міцна фінансова система й армія»¹¹.

Намагаючись запобігти ситуації, яка спіткала Іспанію, австрійський імператор ініціював підписання 12 вересня 1703 р. Договору про взаємне успадкування (*«Pactum mutuae cessionis et successions»*), покликаною врегулювати питання престолонаслідування в Австрії. Головним задумом цього документа виступало збереження єдності *Casa de Austria*. В майбутньому у відносинах успадкування між двома гілками династії (австрійської та іспанської) мало діяти право первородства, коли при згасанні чоловічої лінії однієї з гілок, право успадкування переходило до іншої. Якщо серед двох гілок не було спадкоємців чоловічої статі, то всі володіння переходили до старшої дочки останнього чоловіка-Габсбурга. Цей сімейний договір до 1713 р. залишався таємним, склавши згодом основу «Прагматичної санкції»¹².

Варто відзначити, що подібний крок мав вагомий юридичний наслідок для функціонування Габсбурзької імперії, хоч для багатьох європейських правителів з юридичної точки зору трактувався звичайною декларацією¹³. У престолонаслідуванні більшості країн Священної Римської Імперії упродовж Середньовіччя і раннього Нового часу діяв так званий Салічний закон, укладений ще на початку VI ст. германським племенем франків. Згідно з нормами цього закону жінки не мали права успадковувати землю, а відтак не могли претендувати і на трон.

Імператор Карл V до кінця свого життя сподівався на народження сина, однак, припускаючи, що цього може і не трапитися, вдався до заміни закону про престолонаслідування на користь однієї зі своїх доньок. У монаршій сім'ї народжувалися одні лишень дівчата, а син Леопольд, котрий народився 1716 р., прожив тільки шість місяців і помер від невідомої хвороби. Коли ж у Карла VI і його дружини Єлизавети Кристини Брауншвейгської 13 травня 1717 р. народилася майбутня імператриця Марія Терезія, батько розчаровано промовив: «Це лишень дівчинка...»¹⁴.

У жодному з документів корони, як і в договорах з неавстрійськими територіями, не йшлося про можливість успадкування престолу жінкою. У випадку, якщо б Карл VI помер і не залишив спадкоємця чоловічої статі, то складові частини імперії могли заявити про свій вихід. Зважаючи на це, у 1710 р. імператор ініціював перемовини між короною і землями про новий принцип престолонаслідування. За результатами переговорів, у 1713 р. Карл VI проголосив «Прагматичну санкцію» (*Pragmatische Sanktion*) – правову хартію Габсбурзької імперії і запровадив спадкоємство по жіночій лінії. Цей документ фактично підтвердив положення Сатмарського миру 1711 р. і залишався основним правовим актом, що визначив взаємовідносини правлячої династії з її володіннями та зберігав юридичну силу аж до розпаду Австро-Угорської імперії у 1918 році¹⁵.

Право престолонаслідування за «Прагматичною санкцією» визначалося на основі старшинства, тобто встановлювався принцип спадкоємства трону по прямій лінії. Положення «Прагматичної санкції» передбачали неподільність земель Габсбургів у широкому розумінні того слова – в межах Священної Римської імперії («*indivisibiliter ac inseparabiliter*»). Підписанти документа зобов'язувалися зберігати єдиними і цілісними землі корони, передусім австрійські, чеські й угорські, незалежно від того, хто перебуватиме на троні – чоловік чи жінка¹⁶. Принцип неподільності земель імперії вимагав реформи у напрямі централізації. Колегіальні органи влади, на зразок Таємної канцелярії чи Надвірної канцелярії, діяли дуже повільно і не надто ефективно.

Для юридичного підсилення «Прагматичної санкції» Карл VI ініціював її ратифікацію провінційними сеймами. Першим ландтагом, який 1712 р. визнав цей документ, був хорватський ландтаг. Ця позиція хорватської аристократії пояснювалася побоюваннями угорського зазіхання на їхні землі, тому в Австрії хорвати вбачали можливість захисту від своїх безпосередніх сусідів. У 1720–1721 рр. «Прагматичну санкцію» прийняли земельні стани більшості неугорських земель (наприклад, Богемії), 1723 р. – Угорщини, 1724 р. – Бельгії.

Успіхом для Карла VI в його імперській політиці можна вважати визнання у 1732 р. «Прагматичної санкції» рейхстагом, хоч курфюрсти Баварії, Пфальцу і Саксонії виступили проти. Позиція Баварії пояснюється тим, що тамтешній курфюрст Карл Альберт був одружений на дочці Йосифа I Габсбурга – старшого брата Карла VI, і вважав, що його дружина має більше прав на «австрійську спадщину»¹⁷. Тирольський земельний сейм також прийняв Прагматичну санкцію з певним зволіканням. Підтвердження угорським станово-представницьким органом документа затягнулося через бажання місцевої аристократії урочисто підтвердити «права, свободи і привілеї, імунітети, прерогативи і визначені звичаї». Однак ухвалення «Прагматичної санкції» угорським станово-представницьким органом відіграло важливу роль у майбутньому, слугуючи аргументом на користь того, що угорці добровільно погодилися на союз з Віднем. На думку А. Дж. Тейлора, «Прагматична санкція» таким чином містила в собі фундаментальну суперечність: для Габсбургів – це була правова основа єдності їхньої імперії, а для угорців – визнання привілеїв й окремішнього існування, а отже, і роз'єднання імперії¹⁸.

Значно проблемнішим стало прийняття «Прагматичної санкції» європейськими державами (зокрема, німецькими), які були зацікавлені в децентралізації Габсбурзької імперії. Фактично після 1713 р. зовнішня політика Карла VI характеризувалася намаганням добитися міжнародного визнання цього документа. З одними довелось домовлятися за рахунок певних поступок, з іншими взагалі не вдалося порозумітися. Так, влада Пруссії вважала «Прагматичну санкцію» всього-на-всього «клаптиком паперу»¹⁹.

Ухвалення «Прагматичної санкції» збіглося із завершенням війни за «іспанську спадщину» й укладення Утрехтського миру 1713 р., який підсумовував перебіг воєнних дій²⁰. Престол у Мадриді посів представник династії Бурбонів, герцог Анжуйський, Філіп V, котрий відмовився включити у майбутньому Іспанію до своїх династичних володінь. Австрійський імператор Карл VI залишився невдоволеним перебігом переговорів і планом територіальних надбань на користь Габсбургів, відкликавши своїх дипломатів з Утрехта. У 1714 р. він уклав з Францією окремішній – т.зв. Раштатський мирний договір, за яким визнавав французькими території, закріплені Вестфальським, Німвегенським і Рісвікським мирними договорами. Натомість Франція погоджувалась звільнити німецькі міста на правому березі Рейну і зруйнувати прирейнські фортеці. В Італії Карл VI зберіг за собою Сардинію, Іспанські Нідерланди, Міланське герцогство, Неаполітанське Королівство, Мантую і частину Тоскани.

Однак ці надбання не стали постійними: у 1735 р. Карл VI вимушено відмовився від прав на Лотарингію на користь Франції, а Неаполітанського королівства – на користь іспанських Бурбонів. Відень був не проти обміняти Бельгію на Баварію, яка дісталася династії Віттельсбахів, однак інші великі держави такому обмінові противилися. Річ у тім, що оборона Бельгії, як зрештою Неаполя із Сардинією, була витратною для імперії, приносячи більше збитків, ніж прибутків. Водночас у 1716–1718 рр. Австрія поширила свою юрисдикцію на Банат, частину Сербії з Белградом, частину Боснії²¹. Фактично за декілька десятиліть австрійська держава перетворилася на велику європейську імперію, володіння якої простягалися від Бельгії й Сілезії на півночі, до Боснії й Італії на півдні. Частина австрійських (німецькомовних) земель у межах монархії Габсбургів стала ще меншою, а потреба централізації державного управління перетворилася на невідкладну. Таким чином, завдяки війнам початку XVIII ст. було повністю завершено перетворення Австрії на велику державу; невелика пізньосередньовічна країна перетворилася на велику багатонаціональну імперію, до думки якої прислухалися у Європі.

У 1733 р. після смерті короля Августа II розпочалася війна за т.зв. «польську спадщину», втягнувши у протистояння великі європейські держави. Франція підтримувала, як претендента на престол, Станіслава Лещинського, натомість Росія й Австрія – Августа III (був одружений з представницею Габсбургів). Польські

справи виявилися радше ширмою, за якою Париж і Відень продовжували з'ясовувати стосунки і визначати долі окремих європейських територій. Однак варто зазначити, що ця війна фактично виключила Польщу з активної європейської політики. У результаті мирного договору австрійська влада відмовилася від Неаполя і Сицилії, які передавалися бічній лінії іспанських Бурбонів, а натомість отримувала Парму, П'яченцу і деякі інші землі в Ломбардії²². По суті, позиції Габсбургів на Апеннінському півострові в першій третині XVIII ст. були достатньо слабкими, оскільки їх намагалися підірвати французькі Бурбони. Зрештою, через десять років – у 1748 р., Австрія втратила території, набуті в результаті мирного договору після війни за «польську спадщину»²³.

У лютому 1736 р. було укладено шлюб доньки Карла VI Марії Терезії і Франца Стефана – герцога Лотаринзького (племінника французького короля Людовіка XV). Перед весіллям молодята пообіцяли, що не претендуватимуть на престол, якщо в імператора все-таки народиться син. Вони також зобов'язалися відмовитися від політичної спадщини, якщо в їхньому шлюбі не народиться син, але спадкоємець чоловічої статі з'явиться на світ в сім'ї Марії Анни – молодшої сестри Марії Терезії. Окремо сторони домовилися, що Франц Стефан не отримає жодних прав успадкування земель династії Габсбургів²⁴.

Одночасно зі спробами вирішити питання внутрішньої централізації, на період правління Карла VI припадають перші зусилля Австрії у напрямі зовнішньої колонізації. Зокрема відбулися спроби активізувати діяльність створеної 1725 р. торговельної компанії в Остенде (нині місто в Бельгії), заснувати факторії на східному узбережжі Індії (Садатпатнам 1719 р.), в гирлі річки Ганг. Індійські опорні пункти проіснували до середини XVIII століття²⁵. Ця торговельна компанія володіла монопольним правом вести торгівлю в Ост- та Вест-Індії, на Африканському узбережжі, укладати договори, набувати нові території в Бенгалії, де закладалися австрійські факторії. Роль центрів левантійської торгівлі відводилося Трієсту і Рієці (тодішній порт Фіуме). Ці порти також планувалося перетворити на місця дислокації військово-морського флоту імперії. Утім, діяльність торговельної компанії в Остенде виглядала ефемерною, до того ж, за два роки під зовнішнім тиском Відень був змушений згорнути її роботу²⁶. Планам Карла VI завадили енергійні дії таких морських держав, як Англія, Нідерланди та Венеція, позиції яких у вказаних регіонах світу утверджувалися не один рік.

Невдачі габсбурзького імператорського двору у змаганнях у сфері колоніальної політики, на нашу думку, зумовлювалися нестачею фінансів на дорогі експедиції та слабкістю державної системи Австрії. Адміністративно-територіальний поділ володінь Габсбургів здійснювався без урахування національних інтересів народів, які у той чи інший час втратили державну незалежність. Водночас офіційний Відень довгий час був не в стані уніфікувати право окремих провінцій в єдину систему, по суті нівелюючи тим самим засадниче положення «*iustitia fundamentum regnorum*»²⁷ («Правосуддя – основа держави»). Приєднання низки територій з різними історичними, культурними і державницькими традиціями призвело до формування складної державно-правової ситуації в монархії.

Процес підпорядкування захоплених Габсбургами земель розтягнувся на декілька століть. Найвищою посадовою особою в Австрії був монарх із династії Габсбургів, який володів титулом імператора Священної Римської імперії німецької нації. Крім того, варто зазначити, що глава дому австрійських Габсбургів виступав у декількох іпостасях: він був ерцгерцогом спадкових земель Австрії (Нижня, Верхня, Передня Австрія, Тіроль, Штірія, Карінтія), правителем нідерландських володінь (Бельгії), виборним королем Чехії та Угорщини (обирався станами цих країн). Фактично до XVI ст. окремі землі і країни, що входили до складу володінь Габсбургів, об'єднувалися лише навколо монаршої особи. Це відображалося в офіційному титулі імператора: «Римський імператор, розширювач імперії, король і курфюрст чеський, апостольський король угорський, крайнський і сілезький, маркграф моравський і лужицький, граф тірольський, горицький та істрійський»²⁸.

Найвищою державною інституцією в державі з XVI ст. після монарха виступала Таємна рада (*Geheimrat*), яка складалася із шести осіб, котрі дораджували монархові. Саме Таємна рада перебувала на офіційній вершині всієї адміністративної системи імперії Габсбургів. Крім того, ще імператор Фердинанд прагнув відродити Імперську придворну раду, як вищий судовий орган під своїм безпосереднім контролем. Найвищою юридичною установою виступала Придворна рада (*Hofrat*), діяльність якої через спротив Угорщини обмежувалася винятково спадковими землями. Питаннями Священної Римської імперії відала Райхсканцелярія; австрійські землі перебували у компетенції Гофканцелярії, а Угорщина, Чехія, Трансільванія (з 1693 р.) та італійські землі (з 1713 р.) мали власні регіональні канцелярії²⁹. Починаючи з 1620 р. в системі органів габсбурзької монархії існувала Надвірна канцелярія (*Hofkanzlei*). До її компетенції належали окремі питання зі сфери координування правосуддя, а також окремі аспекти закордонної політики.

Особливу роль в централізації імперії відігравала Придворна військова рада (*Hofkriegsrat*), створена ще 1556 р. з метою організувати відсіч турецької експансії. Військові справи вимагали найретельнішої централізації, тож немає нічого дивного, що саме в цій сфері державного управління австрійський імператорський двір досяг найбільших успіхів. При Придворній військовій раді у 1711 р. імператор Йосиф I наказав започаткувати архів «дуже важливих документів» з військової історії. З часом архів став акумулювати документи юридичного характеру, на зразок визнання спадщини, а також картографічний матеріал³⁰.

Менш централізованим було господарство імперії. За фінансові питання відповідала Надвірна палата (*Hofkammer*), однак її функції не були достатньо чіткими³¹. У 1680 р. з посади президента Надвірної палати звільнено графа Георга Людвіга Цінцендорфа, причиною чого була неналежна робота на займаній посаді. Після цього для установи створили новий регламент, однак зрушення відбулися з 1703 р., коли її очолив граф Гундакар фон Штархемберг.

Децентралізація могла загрожувати існуванню імперії Габсбургів, адже кожна територія прагнула зберегти власну незалежність, права станово-представницьких інституцій і привілеї своїх аристократичних верств. Угорщина, Трансильванія, Хорватія, Бельгія та італійські володіння, в яких влада частково зосереджувалася в руках станових ландтагів, володіли обмеженою автономією і намагалися впливати на політику Відня, відштовхуючись від своїх інтересів. Ідея неподільного союзу всіх земель монархії Габсбургів, хоч і не відразу, однак посилила думку про австрійську єдність (*oesterreichische Gesamtstaatsidee*). Складовими цієї ідеї з другої половини XVII ст. стали абсолютизм та державна централізація, які реалізовувалися упродовж всього наступного століття. Поняття «батьківщина» стало вживатися не лише стосовно таких провінцій, як Нижня та Верхня Австрія, Тіроль, а й Австрії загалом. Жителі Тіролю чи Каринтії все більше послуговувалися самоназвою «австрієць»¹.

Імператорський двір намагався долати спротив регіонів, причому відбувалося це все по-різному: в одних випадках – завдяки поступкам, в інших випадках – вдаючись до силових методів впливу². Найперше силові методи Відень застосував до Чехії – важливої території для монархії, адже вона платила найбільше податків у казну і відправляла найбільшу кількість вояків до імператорської армії. Зміни в управлінні Чехією відбулися під час Тридцятилітньої війни, коли ця країна піддавалася спустошенню, що спричинило зменшення кількості місцевого населення. Національний склад чеської аристократії змінився – в ньому почали домінувати приїжджі німці. Селяни були прикріплені до землі і позбавлені права подавати скарги імператору. Школа перейшла під контроль єзуїтів³. Конституційне право, запроваджене в Чехії 1627 р., а через рік в Моравії, набрало форми крайового статуту. Ці правові зміни поклали край королівським виборам, забезпечивши спадкоємство чоловікам з лінії Габсбургів. Найвищу посаду в Чехії – бургграфа Карлштайна – було скасовано, а в станово-представницьких органах перевагу отримали католицькі священники. Із 30 королівських міст, які надсилали своїх делегатів до органу станового представництва, залишилося лише чотири. Законодавчу ініціативу передано королю, а чиновники мали присягати лише йому, а не станам, як колись. Німецьку мову прирівняли до чеської в усіх державних установах, започаткувавши процес онімечення чеського суспільства.

У 1723 р. Карл VI коронувався як чеський король у Празі. Це, безумовно, був важливий крок на шляху правового зміцнення державної єдності. Проте тридцять років правління цього імператора відзначалися стагнацією у більшості галузей суспільного життя. Попри благородні наміри, практичні кроки імператора не приносили бажаних результатів. Можемо констатувати, що за час його правління Австрія і Священна Римська імперія суттєво внутрішньо ослабли. Його донька, майбутня імператриця Марія Терезія, коментуючи той спадок, що отримала від батька, констатувала: «Виявилось, що в мене немає ні грошей, ні солдатів, ні радників»⁴.

Останнім етапом становлення Габсбурзької монархії було відвоювання Угорщини у турків. Політичний лад Угорського королівства не давав Габсбургам легальних можливостей для утвердження сильної монархічної влади⁵. Там діяла станова конституція королівства, згідно з якою король поділяв законодавчу владу з Державними зборами. Угорщина залишалася виборною монархією, а сейм, що складався з двох палат, володів усіма тими прерогативами, які втратили інші провінції⁶. Цей державний орган затверджував підписані монархом договори, що стосувалися Угорщини, пожиттєво обирав голову місцевої адміністрації – палатина (щоправда, винятково із кандидатур, запропонованих монархом)⁷.

Палатин (*Palatin*) був вищою після короля державною посадою Угорського королівства (формально аж до середини XIX ст.) й інколи іменувався віце-королем. Його обирали на Сеймі Угорського королівства з-поміж авторитетних аристократів. Палатин суміщав функції прем'єр-міністра і верховного судді Королівства. Габсбурги намагалися обмежити повноваження палатина, а іноді, як за Леопольда I чи Карла VI, ця посада залишалася вакантною⁸.

Габсбурги керували Угорщиною як королі, обрані угорськими станами. Згідно з актом *Diploma Leopoldina* 1691 р. князівський титул перейшов до Габсбургів і став спадковим. Документ в основному зберіг існуючу національно-релігійну багатоманітність. Характерно, що австрійці не посягали на основи місцевої автономії. Продовжував діяти трансильванський уряд – *gubernium*, який складався з президента (губернатора), юридичні повноваження якого нагадували компетенції колишнього воєводи) та 12 радників, які представляли різні національні і релігійні громади. Загалом, повноваження трансильванської влади залишалися достатньо широкими; до того ж, було створено окрему канцелярію і скарбницю. Територію південно-східної Угорщини під назвою Банат перетворили на окремий район. Крім того, Відень сприяв укладенню унії місцевої православної церкви з католицькою.

Таким чином, до XVII ст. австрійський правлячий дім досяг незначних успіхів у державному будівництві: політична єдність розрізнених земель залишалася хиткою, а спроби централізації впиралися у спротив станів окремих земель (Чехія, Угорщина). Династичне правління Габсбургів у кожній окремо взятій провінції базувалося на відмінній адміністративно-правовій основі, а складові імперії об'єднувалися на основі персональних уній. Під час Тридцятирічної війни населення Габсбурзької імперії зазнало величезних втрат. Соціально-політична ситуація в Габсбурзькій імперії вимагала формування централізованої державної влади, яка б здатна була утримати лідерські позиції у тогочасній Європі.

¹ Цьолнер Е. Історія Австрії / Е. Цьолнер ; пер. з нім. – Л.: Літопис, 2001. – С. 265.

² Веджсвуд С. Тридцятилітня війна / С. Веджсвуд ; пер. с англ. – М.: АСТ: Астрель: Полиграфиздат, 2012. – С. 33.

- ³ *Grodziski S.* Habsburgowie. Dzieje dynastii. Wydanie drugie poszerzone. – Kraków: Polska Akademia Umiejętności, 2013. – S. 140.
- ⁴ *Вандич П.* Ціна свободи. Історія Центрально-Східної Європи від Середньовіччя до сьогодення / П. Вандич. – К.: Кри-тика, 2004. – С. 108.
- ⁵ *Roman E.* Austria-Hungary and the Successor States: A References Guide from the Renaissance to the Present. – New York: InfoBase Publishing, 2003. – P. 574.
- ⁶ *Aelschker E.* Maria Theresia im Erbfolgekriege. – Wien: Alfred Hödler, 1879. – S. 12.
- ⁷ *Grodziski S.* Habsburgowie. Dzieje dynastii... – S. 144.
- ⁸ *Воцелка К.* История Австрии. – Москва: Весь Мир, 2007. – С. 183.
- ⁹ *Grodziski S.* Habsburgowie. Dzieje dynastii. Wydanie drugie poszerzone. – Kraków: Polska Akademia Umiejętności, 2013. – S. 141.
- ¹⁰ *Grand Alliance, 1701 // English Historical Documents, 1660–1714.* Edited by A. Browning and M. A. D. Litt. – London; New York: Routledge, 2006. – P. 858.
- ¹¹ *Grodziski S.* Habsburgowie. Dzieje dynastii. Wydanie drugie poszerzone. – Kraków: Polska Akademia Umiejętności, 2013. – S. 144.
- ¹² *Шмидт Г.* Иосиф I (1705–1711) / Г. Шмидт // Шиндлинг А., Циглер В. Кайзеры (Священная Римская империя, Австрия, Германия) ; пер. с нем. – Ростов-на-Дону: Феникс, 1997. – С. 235.
- ¹³ *Grodziski S.* Habsburgowie. Dzieje dynastii. Wydanie drugie poszerzone. – Kraków: Polska Akademia Umiejętności, 2013. – S. 144.
- ¹⁴ *Ермановская А.* Загадки истории Империи Габсбургов / А. Ермановская. – Х.: Фолио, 2017. – С. 165.
- ¹⁵ *Кульчицький В.* Історія держави і права України / В. Кульчицький, Б. Тищик. – К.: ІнЮре, 2007. – С. 234.
- ¹⁶ *Huber A.* Österreichische Reichsgeschichte: Geschichte der Staatsbildung und des öffentlichen Rechts. – Prag; Wien: F. Temp-sky; Leipzig: G. Freytag, 1895. – S. 134.
- ¹⁷ *Ермановская А.* Загадки истории Империи Габсбургов / А. Ермановская. – Х.: Фолио, 2017. – С. 166.
- ¹⁸ *Тейлор А. Дж.* Габсбурзька монархія 1809–1918. Пер. з англ. – Л.: ВНТЛ–Класика, 2002. – С. 16–17.
- ¹⁹ *Пристер Е.* Краткая история Австрии... – С. 220.
- ²⁰ *Treaty of Utrecht, 1713 // English Historical Documents, 1660–1714...* – P. 869.
- ²¹ Австрійська монархія Габсбургів // Історія країн Західної Європи та Північної Америки Нового часу (кінець XV – початок XIX ст.): навч. посіб. / за ред. З. А. Баран. – К.: Знання, 2015. – С. 313.
- ²² *Kęder W.* Wojna sukcesyjna Polska 1733–1735 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://opoka.org.pl/biblioteka/I/IN/1733-35.html> [14.11.2017].
- ²³ *Grodziski S.* Habsburgowie. Dzieje dynastii. Wydanie drugie poszerzone. – Kraków: Polska Akademia Umiejętności, 2013. – S. 147.
- ²⁴ *Ермановская А.* Загадки истории Империи Габсбургов / А. Ермановская. – Х.: Фолио, 2017. – С. 169.
- ²⁵ *Цьолнер Е.* Історія Австрії / Е. Цьолнер ; пер. з нім. – Л.: Літопис, 2001. – С. 279.
- ²⁶ *Wereszycki H.* Historia Austrii... – S. 114.
- ²⁷ *Godlewski W.* Austriackie prawo procesowe cywilne. Podręcznik systematyczny dla nauki i praktyki / Włodzimierz Godlew-ski. – Lwów: Nakładem K. S. Jakubowskiego, 1900. – S. 2.
- ²⁸ *Pelesz J.* Geschichte der Union der ruthenischen Kirche mit Rom von den ältesten Zeiten bis auf Gegenwart. – Wien, 1880. – T. 2. – S. 42.
- ²⁹ Австрійська монархія Габсбургів // Історія країн Західної Європи та Північної Америки Нового часу (кінець XV – початок XIX ст.): навч. посіб. / за ред. З. А. Баран. – К.: Знання, 2015. – С. 314.
- ³⁰ *The Hofkriegskanzleiarchiv* : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.oesta.gv.at/site/6155/default.aspx> [30.01.2017].
- ³¹ *Huber A.* Österreichische Reichsgeschichte: Geschichte der Staatsbildung und des öffentlichen Rechts. – Prag; Wien: F. Temp-sky; Leipzig: G. Freytag, 1895. – S. 155.
- ³² *Huber A.* Österreichische Reichsgeschichte: Geschichte der Staatsbildung und des öffentlichen Rechts. – Prag; Wien: F. Temp-sky; Leipzig: G. Freytag, 1895. – S. 115–116.
- ³³ *Веджвуд С.* Тридцатилетня війна / С. Веджвуд ; пер. с англ. – М.: АСТ: Астрель: Полиграфиздат, 2012. – С. 150.
- ³⁴ *Шмидт Г.* Иосиф I (1705–1711) / Г. Шмидт // Шиндлинг А., Циглер В. Кайзеры (Священная Римская империя, Австрия, Германия) ; пер. с нем. – Ростов-на-Дону: Феникс, 1997. – С. 257.
- ³⁵ Австрійська монархія Габсбургів // Історія країн Західної Європи та Північної Америки Нового часу (кінець XV – початок XIX ст.): навч. посіб. / за ред. З. А. Баран. – К.: Знання, 2015. – С. 315.
- ³⁶ *Huber A.* Österreichische Reichsgeschichte: Geschichte der Staatsbildung und des öffentlichen Rechts. – Prag; Wien: F. Temp-sky; Leipzig: G. Freytag, 1895. – S. 170.
- ³⁷ *Pálffy G.* The Kingdom of Hungary and the Habsburg Monarchy in the Sixteenth Century. Boulder: Center of Hungarian Studies and Publications, 2009. – P. 164.
- ³⁸ *Srbik H.* Der Staatliche Exporthandel Österreichs von Leopold I bis Maria Theresia. – Wien: Braumüller, 1907. – S. 158.

Резюме

Пиртко М. С. Характерні риси розвитку австрійської державності (XVII–XVIII ст.).

У статті проаналізовано характерні риси розвитку австрійської державності (XVII–XVIII ст.). Зазначено особливості розвитку централізованої австрійської держави у досліджуваний період. Автор акцентує увагу на тому, що у XVII–XVIII ст. австрійська влада досягла значних успіхів у державному будівництві.

Ключові слова: державність, державний лад, децентралізація, юрисдикція, Габсбурзька монархія.

Резюме

Пиртко М. С. Характерные черты развития австрийской государственности (XVII–XVIII вв.).

В статье проанализированы характерные черты развития австрийской государственности (XVII–XVIII вв.). Показаны особенности развития централизованной австрийского государства в исследуемый период. Автор акцентирует внимание на том, что в XVII–XVIII вв. австрийская власть достигла значительных успехов в государственном строительстве.

Ключевые слова: государственность, государственный строй, децентрализация, юрисдикция, Габсбургская монархия.

Summary

Pyrtko M. Characteristic features of the development of the Austrian statehood (XVII–XVIII centuries).

The article analyzes characteristic features of the development of the Austrian state (XVII–XVIII). The peculiarities of the development of a centralized Austrian state during the study period. The author focuses on the fact that the XVII–XVIII century the Austrian government has made considerable progress in nation building.

Key words: statehood, state system, decentralization, jurisdiction, Habsburg monarchy.

УДК 340.1

І. Д. ТКАЧУК

*Іванна Дмитрівна Ткачук, науковий співробітник
Національної академії внутрішніх справ, здобувач
Національної академії внутрішніх справ*

**СПІВВІДНОШЕННЯ РЕЛІГІЇ ТА ПРАВА ЯК ФОРМ
РЕГУЛЯЦІЇ СУСПІЛЬНИХ ВІДНОСИН**

В усі часи релігія посідала чільне місце у житті людства. Будучи своєрідною світоглядною системою, що включає суспільно-моральні установки, релігія впливає на свідомість людини, її життєві цілі та поведінку в соціумі. З цього приводу німецький філософ Гегель зазначав, що «в самому понятті релігії закладене те, що вона є не просто знанням про бога, про його якості, наше відношення і відношення світу до нього, а також нетлінності нашої душі, вона не є просто історичне чи розсудливе знання, в ній зацікавлене серце, вона має вплив на наші почуття та на визначення нашої волі, завдяки їй наші обов'язки і закони набувають великої сили, будучи представлені нам як закони бога...»¹. Тому, окрім світоглядної, комунікативної, компенсаційної, легітимуючої та консолідууючої (інтеграційної), релігія також може виконувати регулятивну функцію, а отже, їй не чуже співіснування з правом.

Серед зарубіжних та вітчизняних науковців, які досліджували споріднену чи опосередковано пов'язану тематику, слід назвати В. А. Бачиніна, Р. А. Папаяна, Д. О. Вовка, С. П. Рабіновича, І. М. Луцького, Б. Ф. Чміля, Д. В. Лук'янова та ін. Заслужують на увагу дисертаційні дослідження Н. С. Черник, М. М. Косьмія, Т. М. Федоренко тощо.

До релігійно-ціннісної проблематики зверталися сучасні філософи та релігієзнавці: А. М. Колодний, В. Є. Єленський, Л. О. Филипович, О. Н. Саган, П. Л. Яроцький, А. В. Арістова, В. І. Лубський, А. О. Баумейстер, Б. О. Лобовик та ін.

Існує думка, що на стадії першовиникнення права значний (можливо, найбільший) його обсяг становлять насамперед релігійні норми. Перенесені у чинне право шляхом санкціонування, вони стають офіційними, одержують захист з боку державної влади². Зокрема, Лейбніц і Фюстель де Куланж, проводячи паралель між юриспруденцією і богослов'ям, стверджували, що право народилося навіть не з ідеї справедливості, а просто з релігії³.

Як історично первісний суспільний регулятор релігія своїм авторитетом закріплює певні масштаби дозволеної або небажаної для суспільства поведінки, надаючи їм характеру належного. На цей момент звернув увагу ще Ш. Л. Монтеск'є, вказуючи, що оскільки певні відносини вважалися «нечистими» чи забороненими і одночасно були потрібні (йдеться про шлюбні стосунки), доводилося звертатися до релігії, щоб в одних випадках їх узаконити, а в інших — заперечити. На думку Я. М. Магазинера, уся маса належної (у тому числі правової з сучасної точки зору) поведінки у первісних державах мала релігійне забарвлення. Спираючись на божественну легітимацію, Біблія, Коран, Тора, Авеста, інші сакральні тексти встановлюють основи регулювання особистих, майнових та інших відносин усередині соціуму. Вже після утворення держави і системи позитивного права остання тривалий час поповнюється нормативними конструкціями, що визріли у надрах рабинського права в іудаїзмі, канонічного або церковного права у християнстві. Ці норми разом з «правовими» блоками у сакральних текстах у літературі одержали назву «релігійне право»⁴.

Як і право, релігія є важливим соціальним регулятором поведінки не лише окремих особистостей, а й широких народних мас, спрможних визначати вектор розвитку подій як в тому або іншому регіоні держави, так і на всій його території. Право присутне в найбільш значущих сферах суспільного регулювання. Водночас релігія пронизує весь спектр людських відносин та знаходить своє відображення в праві⁵. Юридичні закони фіксують тільки зовнішню сторону поведінки, однак вони не можуть регулювати помисли, допомогти в індивідуальному стражданню, надії, покаяння – усе те, що передбачає релігійні почуття, що пов'язане з внутрішнім світом людини⁶. Ми погоджуємося з думкою Д. Вовка про те, що відсутність у суспільстві релігійного або еквівалентного регулювання зазвичай призводить до релятивізації регулювання морального і правового та девальвації суспільних цінностей. Автор наводить вдалий приклад, де це яскраво виражено, а

саме відому формулу одного із героїв роману Ф. М. Достоевського «Брати Карамазови»: «Якщо Бога немає, то усе дозволено»⁷.

Історія надала нам безліч свідчень безпосереднього чи опосередкованого виникнення права з релігії як на Заході, так і на Сході. Власне, не було жодної системи давнього писаного права, яка не мала б окремих норм, що виникли на основі релігійних приписів⁸. Відтак, прикладом поєднання релігії та права є система мусульманського права, особливість якого полягає в тому, що воно випливає з релігійних законів ісламу, що й досі формує моральні цінності та світогляд народу країн Сходу. З усіх світових релігій іслам найбільше пов'язаний з державою та правом.

Індуїзм також містив систему правил, що регламентували все суспільне життя, приписували певний спосіб життя. Поведінка давнього індійця тисячоліттями регулювалася релігійно-моральними настановами, що їх із розвитком класових відносин поступово витіснили норми права, а в більшості випадків зросталися з ними⁹. Божественні приписи для індусів містяться у ведах, роль яких полягає не в тому, щоб регулювати конкретні суспільні відносини, а в ідеологічному підґрунті для створення інших джерел. Конкретні правові норми, що визначають, як повинна поводитися людина, містяться в смритах, які являють собою релігійні, наукові й правові трактати окремих авторитетних учених і священнослужителів. Смрити (у пер. зі санскритського «завчене напам'ять») коментують веди.

Особливо помітно вплинула релігія на законодавство країн Стародавнього Сходу. Так, єврейська правова система є нерозривною складовою частиною іудаїзму – однієї з найдавніших релігій світу. Слід зазначити, що єврейське право і право Ізраїлю – це різні правові системи. Ізраїль не є теократичною державою, однак і повного відділення релігії від держави в ньому також не існує¹⁰.

Співвідношення єврейського права й релігії зумовлюються декількома чинниками. По-перше, спільним походженням і збігом джерел права і джерел релігії. Відповідно до основ єврейської віри джерелом єврейського права й релігії є Божественне одкровення. Релігійні установки, що визначають ставлення людини до Творця, дотримання суботи і свят, закони кошерності та інші, є одночасно і правовими нормами, і релігійними. По-друге, з єдності релігійних і правових норм випливає суворий обов'язок єврея дотримуватися не тільки суто релігійних приписів, а й юридичних законів іудаїзму, оскільки їх порушення – не менш тяжкий гріх. По-третє, право й релігія поєднані однією системою правозастосування всіх норм. Ті самі органи й особи, які вирішували питання щодо релігійних відносин, вирішували й питання, пов'язані з суто правовими відносинами – майновими спорами, трудовими відносинами, конфліктами щодо купівлі й продажу тощо¹¹.

У теорії іудейського права відсутнє чітке розмежування між поняттями «закон» і «норма». У Талмуді і трактатах релігійних правознавців навіть окремі правила поведінки, що мають Божественне походження, іменуються «закон». Це пояснюється можливістю виведення з однієї заповіді, шляхом інтерпретації, кількох правил поведінки. Заповідь виступає як логічна моральна узагальнююча основа. Співвідношення заповіді і виведених з неї нових правил поведінки сприймається як співвідношення загального і окремого. Норми, створені таким чином, у перекладах часто мають назву «закон»¹².

Основні правила поведінки містяться в єврейській Біблії, що має назву «Танах» (скорочення, що позначає всі три групи книг – Тора, Невіім і Ктувім). Єврейська Біблія стала найбільш впливовою книгою в історії людства – і в іудаїзмі, і у християнстві її вважають одним із своїх найважливіших релігійних текстів. Її ідеї лягли в основу всієї західної цивілізації, а за твердженням окремих учених, у Торі навіть закладено засади для розвитку конституціоналізму.

Прикладом переплетення права і релігії була поява на межі XI–XII ст. ст. такого феномена, як канонічне (церковне) право. До XII ст. термін «канонічне право» практично не застосовувався, бо не існувало окремої системи норм права, які б відрізнялися від суто релігійних норм, що регулюють питання віри, культу тощо. Норми права і норми релігії були тісно переплетені. При цьому в християнстві завжди була присутня ідея про богоугодний характер права, його всеприсутності в божественній світобудові. Тому порушення норм права завжди розглядалося як гріх. Грецький термін «канон» спочатку означав усяке знаряддя для проведення прямих ліній або для рівняння площин, але згодом його зміст змінився і ним почали називати правила християнської віри і життя. У вузькому – юридичному значенні цей термін почали вживати для позначення правил поведінки (норм), прийнятих церквою для упорядкування суспільних відносин усередині християнської громади.

До появи в Європі позитивного права (початок XIX ст.) зміст чи не всіх нормативно-правових актів базувався на богословських канонах і правилах. Досить згадати нашу національну правову пам'ятку – Руську Правду, на якій виховувався давньоукраїнський народ упродовж тривалого часу, надавши Європі зразки високої правової культури і національної духовності¹³. У XIII ст. навіть було зроблено спробу кодифікації канонічного права. У кодексі канонічного права сімейно-шлюбні відносини, наслідування, десятина (податок на користь церкви), інші правила і приписи мали релігійно-мирські форми в тому сенсі, що окремі декрети вселенських зборів і пап регулювали цілком світські відносини, а деякі навіть отримували державну підтримку¹⁴.

На даний час канонічне право застосовується набагато вужче, ніж у середні віки, залишаючись панівною системою тільки для однієї країни – Ватикану (Святий Престол, також Держава-Місто Ватикан). Більшість країн, у яких діяли великі християнські громади й застосовувалося канонічне право, насамперед країни Європи, проголосили принцип відділення церкви від держави. Відповідно до нього церква має право регулювати тільки внутрішньоцерковні відносини, а її норми розглядаються виключно як корпоративні й не

можуть суперечити законодавству. Нині лише деякі держави визнають чинність канонічного права на своїй території¹⁵. Наприклад, згідно зі ст. 111 Конституції Кіпру будь-яке питання щодо заручин, шлюбу, розлучення, судового поділу або реституції подружніх прав чи сімейних відносин повинно регулюватися правом греко-православної церкви або відповідно церкви іншої релігійної групи, яке застосовувалося на 1960 р., і має бути підсудним судам такої церкви. Більше того, Конституція забороняє законодавчій владі втручатися у зазначену сферу¹⁶.

Варто зауважити, що канонічне право з кінця XVII ст. було обов'язковою навчальною дисципліною на юридичних факультетах університетів, які функціонували на українських землях. У Західній Європі канонічне право, поряд з правом римським, обов'язково викладалося в середньовічних університетах і суттєво впливало на загальне правове мислення середньовічних юристів. Шведський дослідник Е. Аннерс зазначає, що у Середні віки канонічне право чинило навіть більшу дію на правопорядок, суспільне життя європейських країн, ніж римське право. Під його впливом склалися правові системи європейських королівств, вільних міст, з'явилося торговельне, муніципальне та феодалне право¹⁷.

Ми погоджуємося з думкою, що юрист повинен знати не лише державне (світське) право, а й церковне законодавство. Духовне право церкви має бути первинним для юриста. Оскільки воно має передусім профілактичний, випереджувальний характер, запобігає зловживанню позитивним правом. Духовне право є першоджерелом формування особистісних цінностей і професійної правосвідомості. Адже у процесі правозастосовної практики юрист використовує як законодавчі базу, так і власну правосвідомість, своє внутрішнє переконання. Саме духовне начало, яке лежить в основі канонічного права, може виправити фатальний рівень неповаги до права в Україні¹⁸.

Сучасна традиція європейського права тісно пов'язана з християнським ученням. У наукових працях багатьох дослідників аргументовано доводиться, що християнство, зокрема канонічне право, є одним із стовпів, на якому ґрунтується романо-германське право, а отже, і правові системи багатьох європейських країн¹⁹.

Підсумовуючи, можна констатувати, що релігія постійно вступає у взаємодію з правом, зокрема в сучасних умовах вона стає окремим чинником розвитку публічної сфери суспільства та держави. Релігійні погляди все частіше впливають на прийняття публічно-правових рішень, на формування правосвідомості та правової культури суспільства тощо. Водночас релігія (її зовнішня частина) стає окремим предметом правового регулювання.

¹ Гегель. Работы разных лет : в 2 т. / сост., общая ред. и вступ. статья А. В. Гулыги. – М.: Мысль, 1970. – Т. 1. – С. 49.

² Вовк Д. О. Право і релігія: загальнотеоретичні проблеми співвідношення: моногр. / Д. О. Вовк. – Х.: Право, 2009. – С. 64–65.

³ Спекторский Е. В. Христианство и культура / Е. В. Спекторский ; сост., вступ. статья и примеч. П. Е. Бойко, Л. А. Бойко. – М.: Центр стратегической конъюнктуры, 2013. – С. 230.

⁴ Вовк Д. О. Вказана праця. – С. 121–122.

⁵ Кириченко В. С. Релігія та право – історія соціального регулювання, окремі аспекти. Релігійний чинник в історії права, держави та юридичної думки: матеріали XXXIV Міжн. істор.-прав. конф. (м. Тисмениця, 27–29 трав. 2016 р.) / В. С. Кириченко ; ред. кол. : І. Б. Усенко, А. Ю. Іванова та ін. – Київ-Херсон: ФОП Грінь Д. С., 2016. – С. 55–62. – С. 55.

⁶ Букреев В. И. Этика права: От истоков этики и права к мировоззрению: учеб. пособ. / В. И. Букреев, И. Н. Римская. – М.: Юрайт, 1998. – С. 35. – 336 с.

⁷ Вовк Д. О. Право і релігія: загальнотеоретичні проблеми співвідношення: моногр. / Д. О. Вовк. – Х.: Право, 2009. – С. 64–65. – 224 с.

⁸ Філософія права: навч. посіб. / О. О. Бандура, С. А. Бублик, М. Л. Заїнчковський та ін.; за заг. ред. М. В. Костицького, Б. Ф. Чміля. – К.: Юрінком Інтер, 2000. – С. 242.

⁹ Там само. – С. 256.

¹⁰ Лук'янов Д. В. Релігійні правові системи в сучасному світі : моногр. / Д. В. Лук'янов. – Х. : Право, 2015. – 352 с.

¹¹ Там само. – С. 157.

¹² Калинина Е. В. Основы государственно-правового учения иудаизма. Ветхозаветная и талмудическая теория : моногр. / Е. В. Калинина. – М. : Юрист, 2012. – С. 255.

¹³ Трофанчук Г. І. Канонічне право. Курс лекцій : навч. посіб. / Г. І. Трофанчук. – К. : Юрінком Інтер, 2015. – С. 9.

¹⁴ Філософія права: навч. посіб. / О. О. Бандура, С. А. Бублик, М. Л. Заїнчковський та ін.; за заг. ред. М. В. Костицького, Б. Ф. Чміля. – К.: Юрінком Інтер, 2000. – С. 242–243.

¹⁵ Лук'янов Д. В. Вказана праця. – С. 165.

¹⁶ Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / отв. ред. докт. юрид. наук, проф. А. Я. Сухарев. – М. : НОРМА, 2003. – С. 365.

¹⁷ Трофанчук Г. І. Канонічне право. Курс лекцій : навч. посіб. / Г. І. Трофанчук. – К. : Юрінком Інтер, 2015. – С. 8.

¹⁸ Там само. – С. 9.

¹⁹ Лук'янов Д. В. Вказана праця. – С. 292.

Резюме

Ткачук І. Д. Співвідношення релігії та права як форм регуляції суспільних відносин.

У даній статті аналізуються окремі аспекти співвідношення релігії та права на прикладі ісламу та мусульманського права, індуїзму, іудаїзму та єврейської правової системи, а також канонічного права.

Ключові слова: релігія, право, іслам, індуїзм, іудаїзм, канонічне право.

Резюме

Ткачук И. Д. Соотношение религии и права как форм регуляции общественных отношений.

В данной статье анализируются отдельные аспекты соотношения религии и права на примере ислама и мусульманского права, индуизма, иудаизма и еврейской правовой системы, а также канонического права.

Ключевые слова: религия, право, ислам, индуизм, иудаизм, каноническое право.

Summary

Tkachuk I. Correlation of religion and law as forms of regulation of social relations.

The article analyzes certain aspects of the correlation between religion and law on the example of islam and muslim law, hinduism, judaism and the jewish legal system, canon law.

Key words: religion, law, islam, hinduism, judaism, canon law.

UDK 34.023

O. SHRAMOVA

Oleksandra Shramova, PhD student of Taras Shevchenko National University of Kyiv

THE RIGHT TO HEALTH OF THE CHILD IN PRENATAL STAGE

Introduction. Was it possible to raise an issue of legal capacity of a child before birth one century ago and is it possible now? What about particular rights, such as right to health? This article is an attempt to answer these questions, and to unveil some details of what is happening right now, when such right is not legally recognized. The issue of consequences of such state of affairs is also touched, and some suggestions of what could be done to improve current situation are made as well.

Formulation of the problem. In a twosome of pregnant woman and her baby both are subject to influence of numerous factors, which affect their health. The difference between those two is that right to health of a woman is protected and guaranteed, whereas this right of a child is not recognized. Consequently, the child in prenatal stage is deprived of legal protection of its right to health.

Easy to say, but more difficult to define, what exactly is meant by the right to health of the child in prenatal stage, to what kind of violations it is exposed now and their impact on further child's life. Another objective of this paper is to suggest measures that should be taken in order to not only declare, but also to provide for protection of health of the child in prenatal stage.

Dimensions of the right to health: negative right to health and positive right to healthcare. What is meant by right to health? Legal science has filled this concept with a specific content. Numerous sources accentuate, – the right to health should not be equalized with the right to be healthy¹. E. Riedel notes: “Good health cannot be ensured by a state, nor can states provide protection against every conceivable cause of human ill health. Thus, genetic factors, individual susceptibility to ill health or the adoption of unhealthy or risky lifestyles, albeit important, cannot be attributed to the state”².

According to the Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, everyone has the right to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health. In the General Comment no. 14, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights notes, that right to health, like all other human rights, imposes three types or levels of state obligations: the obligations to *respect*, *protect* and *fulfil*³.

The obligation to respect, according to the General Comment No. 14, requires States parties to refrain from interfering directly or indirectly with the enjoyment of the right to health. This is a negative obligation, which requires the States to restraint from violations of the person's right.

Obligations to protect and fulfil, in turn, are considered as positive obligations of the state, as they require active efforts from the States parties. Obligation to protect requires States to take necessary measures to prevent violations from the third parties, e.g. private actors. Obligation to fulfil requires States to adopt appropriate legislative, budgetary, judicial, promotional and other measures toward the full realization of the right to health⁴.

The European Convention on Human Rights does not provide for the right to health straight out. However, its Article 8, which provides for the right to respect for private and family life, encompasses physical and moral integrity of the person.

As right to health has various dimensions, it can be concluded, that it already has its structure, established by international and national legal systems. Within this structure the components of the right to health could be clearly distinguished. In this regard, the freedom of enjoying the right to be healthy is in its nature negative, natural and absolute, whereas the right to healthcare is positive, legal and relative.

It means that every human being has an absolute right to enjoy his/her right to health without any extrinsic negative influences. However, right to healthcare is relative, as it is being protected to the extent, established by international and national standards.

Terminology. To date, science has not developed a unified interdisciplinary approach concerning terminology used for naming the child during the period between conception and birth. It can be called *an embryo* or *a fetus*, *unborn*, *nasciturus*, *baby* or even *fetal/abortion materials* if the child was aborted. These terms all have some specific meanings, which do not fit to the whole period from conception till birth.

In medicine the period of 40 weeks which starts from fertilization and ends with the baby's birth is called prenatal stage⁵. Not going deeply into this issue, as it is not a subject of this article, it is only necessary to denote that here in this article human at any stage between fertilization and delivery will be called *the child in prenatal stage*.

Discussion on the issue of human life beginning. European Court of Human Rights in the case of Vo v. France in 2004 pointed to the 'diversity of views on the point at which life begins'⁶. Natalia Besedkina, Russian PhD in law, in her dissertation named 'Constitutional and legal protection of the rights of unborn child in Russian Federation', wrote: 'it seems like the child who is unborn and who is already born are only stages of development of the same person. Respectively, it is acceptable to treat unborn child like a natural phase of human development, which starts in the period of foetus development in a womb, and ends with achievement of full age'⁷. Agreeing in general with the way of thinking of this researcher, it necessary to clarify, that 'the child in prenatal stage' is a broader concept than 'the foetus', as it includes earlier embryonic period. Moreover, development of the child in prenatal stage is not limited to the development in a womb only in the cases of conception *in vitro* with the use of reproductive technologies.

Hitherto legal doctrine has developed several approaches to determining initial moment of human life.

Majority of states for now have accepted the concept, where human life is considered to begin at the moment of birth. This approach is usually called *natusial* (from lat. *natus* – birth), or liberal⁸. As Russian professor S. Shyndyapin has noted, "One can say with confidence, that followers of this concept have applied liberal approach to a determinately wrong problem"⁹. Another Russian author O. Reznik in her dissertation "Right to life: civil aspects" also called this approach unsubstantiated, because it leads to ascertaining of the circumstance, that life already exists, but right to it has not emerged yet"¹⁰. Joining this opinion, it should be noted, that this approach should be considered as temporary, such as is being used by science until the legal status of the child in prenatal period is defined. Back in 1986 the Council of Europe has adopted Recommendation 1046 on the use of human embryos and fetuses for diagnostic, therapeutic, scientific, industrial and commercial purposes, where in points 5 and 6 there was stated: "Considering that, from the moment of fertilisation of the ovule, human life develops in a continuous pattern, and that it is not possible to make a clear-cut distinction during the first phases (embryonic) of its development, and that a definition of the biological status of an embryo is therefore necessary... progress has made the legal position of the embryo and foetus particularly precarious, and that their legal status is at present not defined by law"¹¹.

Moving further on the time criterion of the moment of human life beginning, one can distinguish the next approach. According to it, human life begins when the child in prenatal stage becomes viable – that is, able to live autonomously outside its mother's womb. This notion comes from famous US Supreme Court decision *Roe vs. Wade* (1973), where the Court explained 'viable' as 'potentially able to live outside the mother's womb, albeit with artificial aid'¹². Approximate term of pregnancy, when a child achieves viability, is 22 weeks.

Other researches in a search for a compromise solution associate beginning of human life with the development of nervous system. This point of view, notes O. Kashyntseva, emerges from a settled in medicine concept of biological death, which comes with fading of the cerebral cortex¹³. In classical embryology formation of the nervous system of the child in prenatal stage is associated with the beginning of the embryonic period, when the nerve plate appears and the axial complex of organs is laid¹⁴. However, followers of this approach usually take as criteria certain stage of nervous system development – the moment of grey matter formation (6–8 weeks of pregnancy), stage of cerebral cortex formation (25–32 weeks of pregnancy), or the completed stage of brain structuring (32–36 weeks of pregnancy).

Next approach derives from the notion of *clinical death*, which in medical science is defined as heart failure. Followers of this approach associate beginning of life of a child in prenatal stage with the beginning of heartbeating. During the recent years USA have experienced the series of heartbeat protection acts (laws) – (Ohio in 2011, Arkansas and Texas in 2013, South Carolina in 2015 etc.). Initiators of those laws note, child's heartbeating is worth to be heard and consider this criteria as a compromise between pro-lifers and pro-choicers.

According to the next approach beginning of human life is associated with the end of proembryonic stage of prenatal development. Proving his position, the French scientist Etienne Bohle, in particular, stated: "During the first two weeks, the embryo cannot be considered an individual (individuals who cannot be divided), since at this stage it can share and form twins, and at the time of fertilization, from unknown so far for science reasons – instead of an embryo, there might develop a tumor – chorioepithelioma"¹⁵. However, these circumstances do not hamper calling human life as "human life", although describe some peculiarities of its initial stage.

Finally, according to the *embryonic* concept, which gets increasingly more followers (O. Krylova, L. Lyubytch, S. Shyndyapin, O. Vinglovska etc.), human life is believed to begin with the moment of conception. Due to the humanistic orientation of the modern society development, this approach is the most promising one.

Links between maternal and prenatal rights to life and health. Maternal and newborn lives and health are closely linked¹⁶. In the case of Brüggenmann and Scheuten the Commission acknowledged that "... pregnancy cannot

be said to pertain uniquely to the sphere of private life. Whenever a woman is pregnant her private life becomes closely connected with the developing foetus¹⁷.

By the means of current legislation life and health of the child in prenatal stage is under the absolute maternal power, likewise a century ago life and health of any human was under absolute power of a state. However, any maternal lifestyle, which is harmful for the baby, is harmful for the mother also. Even decision to interrupt pregnancy negatively affects maternal health and can eventually result in absolute reproductive dysfunction, or death.

Whereas a woman has recognised and protected absolute rights to life and health, and relative right to health-care, the child in prenatal stage does not have, from the point of view of law, none of those. Law is written by human adults, but from the point of view of natural rights the issue is quite arguable. If the child in prenatal stage is not a human, then who is it? Science does not know any case, when a human can give birth to somebody else but human.

This dilemma can be solved through the variation of degree of absolutism of the right. For example, until the child achieves its viability, its right to life is relative and not absolute. This is due to the absolute maternal rights to life and health. In a case of threat to her life or health, her absolute rights will be given a priority. However, if mother exercises her relative right to privacy by abusing substances during pregnancy, the relative right to health of the child in prenatal stage should be given priority.

The true reason for keeping silence on this issue is leaving women alone with their decision whether to keep their pregnancies or not. However, besides this, there are many problems which can be associated with the rights of the child in prenatal stage, e.g. the problem of maternal/newborn morbidity and mortality, and stillbirths.

Women's lifestyles during pregnancy as the cause of mortality and morbidity. According to The Lancet, an estimated 2–6 million stillbirths occur annually, and most of them are preventable¹⁸. Indeed, among the risk factors of stillbirths there are nutrition and lifestyle factors. In high-income countries, 90 % of stillbirths occur in the antepartum period, often associated with preventable lifestyle factors such as obesity and smoking¹⁹.

Besides obesity and smoking, an enormous danger to both maternal and prenatal life and health is imposed by substance abuse. According to the Healthline²⁰, using drugs during pregnancy in general result in miscarriage, stillbirth, small size, low birth weight, premature birth, birth defects, sudden infant death syndrome and drug dependency in the baby.

Harold Kalter in his book 'Mortality and Maldevelopment: Part 1. Congenital Cardiovascular Malformations' had stressed, that one of the categories of extrinsic causes of cardiovascular malformations is the maternal lifestyle. The latter includes things like cigarette smoking, caffeine, cocaine, marijuana, alcohol, etc.²¹

In general substances that can cause congenital defects are called *teratogens*. Let's consider briefly the most dangerous teratogens and their impact on the mother and her baby.

Cigarette smoking. The smoker's body is imposed to the impact of cigarette smoke, which has complex chemical composition. There were found over 150 of various toxic, carcinogenic and other chemical compounds. Among these ingredients the most dangerous are nicotine and carbon monoxide²².

Smoking has a detrimental effect on the woman's body. This effect includes toxic influence of smoking components on the reproductive function of a woman: smoking woman has only 67 % of possibility of getting pregnant of a non-smoking woman²³.

Maternal cigarette smoking was proven to increase infant mortality in a terrible way. Recently infant deaths were found it to be 40 % higher in offspring of smokers than of nonsmokers, and smoking accounted for 5 % of all infant deaths in the US²⁴.

It was found, that the placenta is well permeable to nicotine. It is assumed that smoking women have a multifactorial basis for placenta damage and fetal growth disorders²⁵. Maternal cigarette smoking especially during about the 3rd trimester of pregnancy decreases mean birthweight and increases the frequency of LBW, in a nonlinear manner, even when associated risk factors are discounted; mostly due to retarded fetal growth and less to early delivery²⁶.

Another maternal smoking effect which was a subject of scientific research is cardiovascular malformations. Though some scientists say that connection between cigarette smoking and heart defects was disproven²⁷, others are of totally contrary opinion²⁸. Some researches prove that maternal smoking during pregnancy is associated with septal and right-sided obstructive defects. This association was stronger for mothers who reported heavier smoking during this period²⁹.

International Classification of Diseases includes fetus and newborn affection by maternal use of tobacco (P04.2).³⁰

Alcohol. The impact of alcohol on the fetus was first described in the scientific literature in the middle of XX century by P. Lemoine and co-authors (1968), who examined 127 children, who were born in families of alcoholics and had various abnormalities. In more detail this phenomenon was researched by K.L. Jones and co-authors (1973), who named it 'Fetal Alcohol Syndrome'.

Ethanol may affect the developing fetus in a dose dependent manner. With very high repetitive doses there is a 6–10 % chance of the fetus developing the fetal alcoholic syndrome manifested by prenatal and postnatal growth deficiency, specific craniofacial dysmorphic features, mental retardation, behavioural changes and a variety of major anomalies. With lower repetitive doses there is a risk of "alcoholic effects" mainly manifested by slight intellectual impairment, growth disturbances and behavioural changes³¹.

Alcohol is considered to be the most common preventable cause of congenital disorders³². Again, this fact is disputable, as some scientists and researches deny association between alcohol consumption during pregnancy and risk of congenital heart defects³³.

International Classification of Diseases includes fetus and newborn affection by maternal use of alcohol (P04.3)³⁴ and fetal alcohol syndrome (Q86.0)³⁵, which includes fetal hydantoin syndrome (Q86.1), dysmorphism due to warfarin (Q86.2) and other congenital malformation syndromes due to known exogenous causes (Q86.3).

Drugs. Drugs under international control include amphetamine-type stimulants, coca/cocaine, cannabis, hallucinogens, opiates and sedative hypnotics³⁶. There are two main international conventions concerning drug control: the Single Convention on Narcotic Drugs of 1954 as amended by the 1955 Protocol³⁷ and the Convention on Psychotropic Substances of 1971³⁸.

Cannabis (marijuana) is a tobacco-like material and its smoke has many of the same chemicals as tobacco smoke and may increase chances of developmental problems of the child in prenatal stage. Some researches show that using marijuana while pregnancy can cause health problems in newborns – including low birth weight and developmental problems³⁹.

Use of cocaine during pregnancy leads to decreasing of uterine blood flow, which can cause the onset of fetal hypoxia. Besides that, cocaine destroys monoaminergic neurotransmitters, and that influences negatively development of brain areas, which provide for executive functions, attention and memory⁴⁰. Cocaine use also may cause the placenta to pull away from the wall of the uterus before labor begins. This condition, placental abruption, can lead to extensive bleeding and can be fatal for both the mother and her baby⁴¹.

Ecstasy, or MDMA (which stands for 3,4-methylenedioxyamphetamine) is a synthetic drug that produces feelings of euphoria and emotional warmth in users. Taking the club drug Ecstasy while pregnant can interfere with the baby's motor development after birth. There have not been any studies on how widespread Ecstasy use is in pregnant women⁴².

Hallucinogens, or “psychedelics”, are drugs that alter users' state of consciousness and produce different kinds of hallucinations. The main types of hallucinogens are d-lysergic acid diethylamide (LSD), phencyclidine (PCP), hallucinogenic amphetamines, mescaline and psilocybe mushrooms⁴³. Although research is scarce, taking hallucinogens during pregnancy may affect the development of the baby, and increase the chance of miscarriage⁴⁴.

Heroin addiction is a major health and social problem that has wide ranging adverse consequences. It is known that around one third of heroin addicts in treatment are female and nearly 90 % of them are of childbearing age. Heroin misuse in pregnancy can have an adverse impact on a woman (obstetric and non-obstetric effects) and, because heroin easily crosses the placental barrier, the baby as well. Non-obstetric adverse effects include physical (malnutrition, poor dental hygiene, infections, etc.), psychological (feelings of blame and guilt, self-harm, depression, etc) and social (relationship difficulties, domestic violence, involvement in crime, etc). Specific obstetric complications could include antepartum haemorrhage, low birth weight, and higher neonatal mortality; and non-specific complications include premature rupture of membranes, premature birth, and intrauterine growth retardation. Ongoing heroin use during pregnancy has also been shown to be associated with use of other illicit drugs, poor engagement with antenatal services, frequent use of emergency care facilities, and social adversity. Although heroin and other opioids have no specific teratogenic potential, 48–94 % of children exposed in utero will have opioid withdrawals at birth or neonatal abstinence syndrome (NAS)⁴⁵.

Methamphetamine is part of the group of drugs called amphetamine-type stimulants (ATS). Methamphetamine (MA) is one of the most commonly used illicit drugs in pregnancy, yet studies on MA-exposed pregnancy outcomes have been limited because of retrospective measures of drug use, lack of control for confounding factors: other drug use, including tobacco; poverty; poor diet; and lack of prenatal care. MA use during pregnancy is associated with shorter gestational ages and lower birth weight, especially if used continuously during pregnancy⁴⁶.

International Classification of Diseases includes fetus and newborn affection by maternal use of drugs of addiction (P04.4)⁴⁷ and neonatal withdrawal symptoms from maternal use of drugs of addiction (P 96.1)⁴⁸.

Other lifestyle factors. There are other preventable lifestyle factors of maternal and newborn morbidity and mortality, and stillbirths. International Classification of Diseases includes foetus and newborn affection by maternal use of nutritional chemical substances (P04.5)⁴⁹, foetus and newborn affection by maternal exposure to environmental chemical substances (P04.6)⁵⁰, foetus and newborn affection by other maternal noxious influences (P04.8)⁵¹ and foetus and newborn affection by maternal noxious influence, unspecified (P04.9)⁵².

Causal links between various lifestyle factors listed above and others which were not mentioned in this article, and further morbidity and/or mortality of a woman and/or of her child definitely require more sound interdisciplinary scientific researches. However, existing data is sufficiently credible for recognition of certain factors (smoking, alcohol and drugs) as unacceptable during pregnancy.

Ways of legal protection of maternal and prenatal life and health

Legal restriction of harmful maternal lifestyles. Despite of all the harmful effects of described maternal lifestyles, in most states harm to the child in prenatal stage is not prohibited by law. The reason for that is absence of recognition of legal personhood of the child in prenatal stage. Thus persuasion is the only method for prevention of such factors that cause wide range of negative consequences for mothers themselves and their babies. Unfortunately, this method is too vague and not effective enough.

However, there are some examples of legal responses to harmful maternal lifestyles. These experiences are so valuable, that definitely should be taken into consideration.

US experience

The most rich practice of legal restriction of maternal lifestyles is in the US. It is worth of noting, that unlike other international human rights treaties, American Convention on Human Rights in its Article 4 protects right to life of every person in general from the moment of conception⁵³.

In 2003 the Keeping Children and Families Safe Act was adopted and enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America. The purpose of this Act was “to amend the Child Abuse Prevention and Treatment Act to make improvements to and reauthorize programs under that Act, and for other purposes”⁵⁴. This act requires health care professionals to notify social services if they believe an infant has been affected by illegal drug abuse or is experiencing withdrawal symptoms. While states do not have to change their existing prenatal drug abuse laws to comply with this new federal act, states must require health care professionals to identify and report children believed to be affected by prenatal drug abuse to child protective services⁵⁵.

In 2004 the Federal Unborn Victims of Violence Act was passed after Scott Peterson was convicted and sentenced to death for the murder of his wife and their unborn child. The Act provides in part that:

(1)(a) Whoever engages in conduct that violates any of the provisions of law listed in subsection (b) and thereby causes the death of, or bodily injury (as defined in section 1365) to, a child, who is in utero at the time the conduct takes place, is guilty of a separate offense under this section. (2)(a) Except as otherwise provided in this paragraph, the punishment for that separate offense is the same as the punishment provided under Federal law for that conduct had that injury or death occurred to the unborn child’s mother⁵⁶. Congress recently took up this issue again, driven generally by legislators’ desire to address the problems associated with increased use of opioids and specifically by a media report on the uneven application of the federal Child Abuse Prevention and Treatment Act (CAPTA) requirements around the country. The Comprehensive Addiction and Recovery Act (CARA), discussed earlier in this section, includes provisions amending CAPTA’s eligibility criteria so that, in order to receive grants, states must engage in more rigorous monitoring of provider reporting and referrals of infants determined to be affected by substance use at birth⁵⁷.

The USA case law on this issue has emerged much earlier. The first woman who was prosecuted for prenatal drug abuse was a Florida woman named Jennifer Johnson in 1989. It happened after she gave birth, on two separate occasions, to drug exposed infants⁵⁸. She was charged with one count of child abuse and two counts contributing drugs to minors (her children). This case prompted the state of South Carolina to require mandatory arrests of women who test positive for drugs directly after giving birth. The Johnson case set a precedent and was a gateway for future cases regarding prenatal drug abuse⁵⁹.

However, law enforcement practice in USA demonstrates, that in cases of livebirths punishment of mothers for substance abuse with long imprisonment causes quite a controversial reaction from society. The latter is due to leaving babies without maternal care, even if mother has repented and rehabilitated. Psychological consequences for such a child could be even more severe, comparing to the consequences from maternal substance abuse during pregnancy⁶⁰. Moreover, the implication of this legislation may destroy the doctor-patient relationship for women who believe that they cannot be honest with their doctors for fear of punishment, or they may avoid prenatal care altogether⁶¹.

The Committee Opinion from the American College of Obstetricians and Gynecologists is as follows:

Drug enforcement policies that deter women from seeking prenatal care are contrary to the welfare of the mother and foetus. Incarceration and the threat of incarceration have proved to be ineffective in reducing the incidence of alcohol or drug abuse. Obstetrician–gynecologists should be aware of the reporting requirements related to alcohol and drug abuse within their states. They are encouraged to work with state legislators to retract legislation that punishes women for substance abuse during pregnancy⁶². Learning the lesson from the USA experience of restricting maternal lifestyles, it is important to outline the following drawbacks that reduce positive effect from such restriction:

Punitive nature of legal response to maternal harmful lifestyles. Women in USA who expose their children in prenatal stage to drugs are prosecuted for child abuse or child neglect and exposure a minor to drugs. It seems quite possible to agree that this is a crime indeed and it is grave. However, due to the links between a mother and her baby, it is impossible to punish mother without punishing her baby. In this way, the child, initially in prenatal stage, then newborn, toddler and so on is punished twice and without guilt. First time the child is punished by exposing it to harmful substances, thus violating its absolute right to health – right to be free from extrinsic influences which are harmful to its health. Second time the child is punished by deprivation of breastfeeding, closeness with its mother, living in a family in love. Therefore it is necessary to recall, what are the functions of legal responsibility and which place punishment takes between these functions. C. Palmer wrote, ‘legislative action should be directed away from punitive measures and toward increasing the variety of treatment opportunities available, including, most importantly, treatment on demand’⁶³.

Term of punishment. The issue is dealing with proportionality of gravity of the offence and responsibility of the offender. Usually women, accused of prenatal drug abuse, are punished with a very long imprisonment – up to 12 years. However, sometimes there are no severe consequences of their harmful behaviour or no causal link between their behaviour and consequences. For example, in South Carolina, Regina McKnight suffered a stillbirth. She was charged with homicide by child abuse, as the state alleged that McKnight caused the stillbirth as a result of her cocaine use. McKnight was sentenced to twelve years in prison. In 2008, as a result of postconviction relief proceedings, the South Carolina Supreme Court unanimously overturned her conviction, concluding that she had received ineffective assistance of counsel at her trial⁶⁴. Another example is Amber Briana Smith, mother of seven children. For money, Smith bounced between stints at Waffle House, McDonald’s, and Arby’s. Occasionally, she stripped. She was accused of exposing four of her children to drugs – meth and cocaine, and sentenced to six years in prison and five on probation for felony child neglect. Her court records say that she “neglected the victim by using methamphetamines” during her pregnancy⁶⁵.

Prison conditions. Women are being incarcerated not only after giving birth to their children, but also during pregnancy. That is called ‘protective incarceration’ – pregnant woman can be held in confinement for the duration of her pregnancy in order to protect the fetus from drug exposure⁶⁶. Prisons in USA are typically designed for male inmates, perhaps due to the fact that women only make up about ten percent of the prison population. Prisons always do not provide female prisoners (and the fetuses they may be carrying) with proper nutrition, physical activity and with adequate healthcare⁶⁷.

After giving birth, the infant does not typically have the opportunity to bond with its mother during the first important months of its life because the mother is usually only given between twenty-four to seventy-two hours after delivery to spend with her child. After delivery, the child is often sent to live with a foster family or a family member. Thus, mothers cannot spend time with their children even if they wish to do so. The infant is also denied health benefits. For instance, an infant cannot breastfeed if his mother is incarcerated⁶⁸.

The question is whether prison itself is an appropriate place for a pregnant woman, who is not aware, not willing or not able to organise her life in a way that fits best interests of her child. The answer is obvious and clear – even if prison conditions are improved and adjusted for pregnant women and women with newborns, prison is certainly not the best place for a woman waiting for a baby, as well as for a baby as its first home.

Nevertheless, critics of current US policy do not challenge the need for solution of the prenatal drug abuse issue, stressing that it is possible to produce more positive results with less punitive measures⁶⁹.

Other countries’ experience

Some European countries have already made some steps toward legal regulation of treatment of children in prenatal stage. According to the Article 202 of the Romania Criminal Code, harming the fetus during birth and during pregnancy is a criminal offence, punishable by no less than 3 and no more than 7 years of imprisonment. However, harming the fetus during birth by a mother who is in a state of mental disorder shall be punished by the penalty reduced to one-half. Furthermore, a fetus injury during pregnancy by a pregnant woman is not punishable under Art. 202 of the Romania Criminal Code⁷⁰.

Article 304A of the Greek Penal Code also defines physical harm to the fetus or newborn as a criminal crime⁷¹.

Solution offered. Taken into consideration all the experiences available, it is possible to offer solution of the problem of prenatal substance abuse, which is based on the following crucial points:

- prenatal substance abuse is a problem and it requires recognition and adequate legal response;
- due to the inextricable link between a mother and her baby in utero, measures taken to restrict mother from harmful lifestyles should not be of punitive nature. However, if maternal harmful behaviour led to child’s death, no matter prenatal, during birth or after it, measures should be punitive;
- legal response to maternal harmful behaviour should not be optional and depend on woman’s request for help. These measures should be loyal, but obligatory and coercive;
- measures should be taken both for the interest of mother and her child in prenatal stage;
- after giving birth and after finishing of coercive measures woman should be observed by state social services for necessary period to prevent a relapse.

Forcing a pregnant woman to give up harmful lifestyles for the sake of her child in prenatal stage is possible only through restriction of her liberty. However, as it was discussed above, imprisonment of a pregnant woman is inappropriate as such, all the more so for the sake of her baby.

To avoid negative effects of imprisonment and public condemnation, but restrict women from harmful maternal lifestyles, states should create special institutions, implying providing necessary and adequate assistance and care to pregnant women in decent conditions, with restriction of their liberty for a necessary period of time.

This solution besides rights to life and to health of the mother and the child, touches such rights, as right to privacy (Article 8 of the European Convention on Human Rights), right to freedom from torture (Article 3 of the European Convention on Human Rights), and right to liberty and security of person (Article 5 of the European Convention on Human Rights). Let’s consider whether offered solution is in line with international human rights standards.

As it was mentioned before, right to privacy, protected by the Article 8 of ECHR, is not absolute. It means that exercise of this right can be interfered by public authority if such interference is “with accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of ... public safety ... prevention of disorder or crime ... for the protection of health or morals, or for the protection of rights and freedoms of others”⁷². This means, that in case of states’ recognition of prenatal legal personhood, restriction of maternal harmful lifestyles will be lawful and legal from the point of view of international human rights law.

Article 3 of the ECHR provides for absolute prohibition of torture, inhumane or degrading treatment or punishment. This provision deals with conditions in institutions, where pregnant women with harmful lifestyles will be placed in obligatory manner. In order to prevent possible violations of the right to freedom from torture, inhumane or degrading treatment, states should provide decent and comfortable conditions, with adequate nutrition, medical care, physical activities and psychologically friendly atmosphere.

Right to liberty, protected by Art. 5 of the ECHR, means that no one shall be deprived of his liberty. This right also is not absolute, as para. 1 of Article 5 of ECHR gives an exhausting list of a given general rule.

The second limb of Article 5 § 1 (b) allows for detention only to “secure the fulfilment” of any obligation prescribed by law. There must therefore be an unfulfilled obligation incumbent on the person concerned and the arrest and detention must be for the purpose of securing its fulfilment and not punitive in character⁷³. This limb corres-

ponds to the assumed restriction of liberty of pregnant women: if their obligation to lead a healthy lifestyle during pregnancy will be established by law and unfulfilled, restriction of their liberty will be legal.

Article 5 § 1 (e) of the Convention also allows for detention of alcoholics and drug addicts. The ECHR emphasized, that “Article 5 § 1 (e) of the Convention should not be interpreted as only allowing the detention of “alcoholics” in the limited sense of persons in a clinical state of “alcoholism”. There is nothing in the text of Article 5 to suggest that this provision prevents that measure from being applied by the State to an individual abusing alcohol, in order to limit the harm caused by alcohol to himself and the public, or to prevent dangerous behaviour after drinking. On this point, the Court observes that there can be no doubt that the harmful use of alcohol poses a danger to society and that a person who is in a state of intoxication may pose a danger to himself and others, regardless of whether or not he is addicted to alcohol. Therefore, under Article 5 § 1 (e) of the Convention, persons who are not medically diagnosed as “alcoholics”, but whose conduct and behaviour under the influence of alcohol pose a threat to public order or themselves, can be taken into custody for the protection of the public or their own interests, such as their health or personal safety. At the same time, it means that Article 5 § 1 (e) of the Convention does not permit detention of an individual merely because of his alcohol intake”⁷⁴.

It seems like there is no necessity to determine which limb of Article 5 should be applied in this case. Firstly, Article 5 was designed without consideration of possible restriction of liberty of pregnant women because of their lifestyles being harmful for their children in prenatal stage. Secondly, these limbs could be taken in conjunction.

Medical responsibility. Another direction of improving health – and life-relating issues concerning children in prenatal stage, is responsibility of doctors for their mistakes or wilful crimes in relation to children in prenatal stage.

Currently doctors are responsible only for harm to a woman or a baby who was already born (with exception of given examples of countries, which have already established special criminal offences for that). If harm was caused to the child before it was born, in most cases there is no responsibility for medics at all or only disciplinary responsibility.

In a famous ECHR case *Vo v. France* as a result of confusion and doctor’s mistake the pregnancy of Ms. Vo was interrupted and her child, who was in prenatal stage at that moment, between 20 and 21 weeks old, weighed 375 grams, was 28 centimetres long, healthy and viable, did not breath after delivery and died. Desperately looking for justice, Ms. Vo tried to accuse doctor of unintentional homicide, but absolutely unsuccessfully. Having lost the case in France, Ms. Vo applied to the ECHR, but lost this case as well⁷⁵.

However, in another case, which is more recent, *Aydogdu v. Turkey*, the Court decided in favour of two applicants – Ms. and Mr. Aydogdu, who have lost their small newborn daughter as a result of medical negligence. Ms. Aydogdu was at the 30th week of pregnancy, when there appeared signs of premature childbirth. She went to the hospital, where it was decided to make immediate caesarian operation. In such a way she gave birth to a girl of 970 g weight and 37 cm height. The girl was suffering from respiratory distress due to hyaline membrane disease, and needed special and intensive treatment, such as neonatal mechanical ventilation. This treatment wasn’t given in proper and timely manner, and the newborn girl died. The actions of doctors were qualified as medical negligence⁷⁶.

So what was the difference between these two cases, which led to opposite outcomes? In first case the pregnancy term was 20–21 weeks, whereas in second case it was 30 weeks. What is even more important, in the first case the baby didn’t breath after delivery, so it was born already dead. Contrariwise, in the second case it was born alive and needed treatment, which doctors failed to deliver. This demonstrates, that qualification in cases of medical negligence depends on the stage where the child was at the moment of injury – prenatal or postnatal. However, in both cases babies died as a result of medical negligence.

Very similar situation we can see in Ukrainian jurisprudence. In 2001 Judicial Chamber on Criminal Cases of the Supreme Court of Ukraine passed a decision where the defendant – the obstetrician-gynecologist was finally acquitted. When performing caesarian section the defendant has caused severe bodily injury to the baby by damaging its left eye and skin with a scalpel. The Chamber came to a conclusion that in this situation there was an incident (case), the occurrence of which was not caused by the intention or carelessness of defendant and which excludes criminal responsibility of the latter for her actions⁷⁷.

There are other decisions of lower-level Ukrainian courts, where doctors were held criminally responsible for harm caused during childbirth. For instance, Saratsky district court in Odeska oblast in 2016 held the doctor, obstetrician-gynecologist, as she conducted unjustified intensification of childbirth, which led to a surgery in a form of a caesarian section and led to grievous consequences to both a woman and her newborn. Severe bodily harm to the baby was a part of qualification⁷⁸.

In another court decision, on a case of causing severe bodily harm, the baby was born prematurely because of a knee-jerk. The guilty person was not a doctor, but the reasoning of the court is very interesting for the issue that is being considered. The court held the defendant guilty for causing severe bodily harm to a woman, whose pregnancy was interrupted. The baby was born alive, but died in 35 hours after delivery. There was a proven causal link between the knee-jerk and the baby’s death, occurred as a result of multiple internal hemorrhages. However, the court did not find the defendant guilty of an unintentional homicide of the baby, because ‘the initial moment of life as an object of criminal assault is the beginning of physiological childbirth. Therefore, encroachment on the fetus after the onset of the labor process is an attack on human life. It is not important that a child, which I being born, has not yet started an independent extrauterine life and has not even separated from its mother’s womb... In it’s turn, encroachment on the fetus before the childbirth process has started is not an encroachment on human life (regardless of the age of the fetus) and could not be qualified as a murder’⁷⁹.

This case demonstrates, that in Ukraine any harm caused to a baby's health and life in prenatal period before the childbirth process has started, does not constitute a crime. It appears that such approach, perhaps convenient for law enforcement, does not correspond to the principles of humanity, justice and equality.

Russian professor L. O. Ertel in her post-doctorate dissertation in medical sciences 'Autonomy of the child as a patient in pediatrics and neonatology', being a medic, offered to complement some Russian legislation with provisions, establishing rights of embryo and fetus: right for protection from clinical trials, right for delayed compensation for damage inflicted in the womb, and right for delayed compensation for damage inflicted during childbirth⁸⁰.

Recognition of legal personhood of the child in prenatal stage is a necessary prerequisite for adequate responsibility for intentional or unintentional harm, caused by doctors to children in prenatal stage.

Conclusion. The right to health is multi-dimensional, it includes negative and absolute right to health, as well as and positive and relative right to healthcare. Though discussion on the issue of the moment when human life begins is still ongoing, we can definitely say that maternal and prenatal lives and health are closely interconnected by numerous links. Any influence on mother has its unavoidable effect on her child being in prenatal stage.

The other fact which could not be denied is that a range of maternal lifestyles – cigarette smoking, alcohol and drugs use, other harmful lifestyles, such as use of nutritional chemical substances, – affect prenatal development of a baby and influence its health not only during its life in a womb, but also the rest of its after-birth life. The consequences of such lifestyles include miscarriage, stillbirth, small size, low birth weight, premature birth, different kinds of malformations, fetal alcohol syndrome, birth defects, sudden infant death syndrome and drug dependency in the baby, as well as newborn and maternal morbidity.

Some European countries, such as Greece and Romania, have already criminalized offences against the child in prenatal stage. Apparently, this is not enough and does not constitute unanimity in European community. For this reason the emerging ECHR case law (*Vo v. France*, *Aydogdu v. Turkey*) is quite uncertain.

The most comprehensive experience of protection of children's rights before they are born is given by the US, as American Convention on Human Rights in its Article 4 protects right to life of every person in general from the moment of conception. In the US, there is an extensive practice of prosecuting women for child abuse or child neglect by exposure them to drugs or other harmful substances during pregnancy. This approach, however, has its drawbacks, such as: a) punitive nature of legal response to maternal harmful lifestyles, b) lack of proportionality when setting a term of punishment; c) poor and unsuitable prison conditions.

Taken into consideration all the experiences available, states should address problem of violations of the right to health of the child in prenatal stage by restricting women from harmful maternal lifestyles. For this purpose there is a need of special institutions, aimed at providing necessary and adequate assistance and care to pregnant women in decent conditions, with restriction of their liberty for a necessary period of time.

Another direction of reacting to the issue raised is addressing medical negligence during pregnancy and delivery. In Ukraine any harm caused to a baby's health and life in prenatal period before the childbirth process has started, does not constitute a crime. It appears that such approach, perhaps convenient for law enforcement, does not correspond to the principles of humanity, justice and equality.

One of the determinants of this problem is lack of legal recognition of the child's in prenatal stage legal personhood and certainty in this matter.

¹ CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12) (Adopted at the Twenty-second Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 11 August 2000, para. 8; *Jayawickrama N.* 'The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence', USA: Cambridge University Press, 2002, p. 883 and others.

² *Riedel E.* 'The Human Right to Health: Conceptual Foundations', in Clapham, A., Robinson, M., Mahon, C., and Jerbi, S. (eds), *Realizing the Right to Health*, Swiss Human Rights Book Vol III, Zürich: Rüffer & Rub, 2009, p. 28.

³ CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12) (Adopted at the Twenty-second Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 11 August 2000, para. 33.

⁴ *Ibid*, para. 33.

⁵ *Mazur-Mosiewicz A., Dean R. S.* (2011) *Prenatal Period, Stages of*. In: Goldstein S., Naglieri J. A. (eds) *Encyclopedia of Child Behavior and Development*. Springer, Boston, MA.

⁶ Case of *Vo v. France*, § 82 (Application no. 53924/00) 08 July 2004 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["child"\],"kpthesaurus":\["449","624","625","632","77","553","50","554","318","555","595","231","4","84","111","335","394","496"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-61887"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

⁷ *Беседкина Н. И.* Права неродившегося ребенка: личные неимущественные и имущественные // *Право и жизнь*. – 2005. – № 82 (5). – С. 3.

⁸ *Шиндятин С. Э.* К вопросу о моменте признания правоспособности эмбриона человека // *Вестник Тамбовского университета. Серия: Гуманитарные науки*. – 2014. – № 12 (140). – С. 1–2.

⁹ Там само. – С. 2.

¹⁰ *Резник Е. С.* Право на жизнь: гражданско-правовые аспекты [Електронний ресурс]: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук (12.00.03). – Екатеринбург, 2007. – Режим доступу: <http://www.dissertcat.com/content/pravo-na-zhizn-grazhdansko-pravovye-aspekty>

¹¹ Recommendation 1049 (1986) [Electronic source]. URL: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=15080&lang=en>

- ¹² Roe vs. Wade (1973) No 70-18 [Electronic resource]. – Retrieved from: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>
- ¹³ *Кашинцева О. Ю.* Проблеми визначення статусу ембріона: етико-правовий аспект / О. Ю. Кашинцева // Вісник Академії адвокатури України. – 2007. – Число 3. – С. 69. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vaau_2007_3_8
- ¹⁴ *Баранов В. С., Кузнецова Т. В.* Цитогенетика ембріонального розвитку человека: Научно-практические аспекты / Баранов В. С., Кузнецова Т. В. – СПб.: Издательство Н-Л, 2006. – С. 41.
- ¹⁵ *Болье Етьен.* Реакция – агрессивность // Требования биоэтики: медицина между надеждой и опасением. – К.: Сфера. – 1999. – С. 12.
- ¹⁶ WHO factsheet: Maternal mortality [Electronic source]. URL: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs348/en/>
- ¹⁷ Brüggemann and Scheuten v. Germany, no. 6959/75, para. 59.
- ¹⁸ ‘Ending preventable stillbirths: An Executive Summary for the Lancet’s Series’, January, 2016, p. 2.
- ¹⁹ ‘Ending preventable stillbirths: An Executive Summary for the Lancet’s Series’, January, 2016, p. 4.
- ²⁰ Alcohol, Drugs, and Babies: Do You Need to Worry? [Electronic source]: Healthline. URL: <http://www.healthline.com/health/pregnancy/alcohol-drugs#overview1>
- ²¹ *Kalter H.* Mortality and Maldevelopment: Part 1. Congenital Cardiovascular Malformations. Springer, 2007. – P. 17.
- ²² *Нугманова Ж. М.* Влияние курения на беременность и плод // Журнал Национального научного центра хирургии им. А. Н. Сызганова. – 2012. – С. 61.
- ²³ Там само.
- ²⁴ *Kalter H.* Mortality and Maldevelopment: Part 1. Congenital Cardiovascular Malformations. Springer, 2007. – P. 163.
- ²⁵ *Нугманова Ж. М.* Вказана праця. – С. 61.
- ²⁶ *Kalter H.* Mortality and Maldevelopment: Part 1. Congenital Cardiovascular Malformations. Springer, 2007. – P. 15.
- ²⁷ *Kalter H.* Mortality and Maldevelopment: Part 1. Congenital Cardiovascular Malformations. Springer, 2007. – P. 163.
- ²⁸ *Сафиуллина А. Р., Яковлева, Л. В.* Анализ факторов риска развития врожденных септальных пороков сердца // Современные проблемы науки и образования. – 2012. – № 4. (Электронный журнал) URL: www.science-education.ru/104-6678
- ²⁹ Malik S1, Cleves MA, Honein MA, Romitti PA, Botto LD, Yang S, Hobbs CA; National Birth Defects Prevention Study. Maternal smoking and congenital heart defects (2008). URL: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/18381510>
- ³⁰ ICD-10 Version: 2010 [Electronic source]. URL: <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2010/en#/P04.2>
- ³¹ *Asher Ornoy, Zivanit Ergaz.* Alcohol Abuse in Pregnant Women: Effects on the Fetus and Newborn, Mode of Action and Maternal Treatment (2010). URL: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2872283/>
- ³² “Facts about FASDs”. cdc. gov. United States Centers for Disease Control and Prevention (CDC). April 16, 2015. Retrieved February 14, 2016.
- ³³ *Kalter H.* Mortality and Maldevelopment: Part 1. Congenital Cardiovascular Malformations. Springer, 2007. – P. 165; Zhongyuan Wen, Di Yu, Weiyang Zhang, Changfeng Fan, Liang Hu, Yu Feng, Lei Yang, Zeyu Wu, Runsen Chen, Ke-jie Yin, and Xuming Mo ‘Association between alcohol consumption during pregnancy and risks of congenital heart defects in offspring: meta-analysis of epidemiological observational studies’ (2016) [Electronic source]. URL: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4739085/>
- ³⁴ ICD-10 Version: 2010 [Electronic source]. URL: <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2010/en#/P04.3>
- ³⁵ ICD-10 Version: 2010 [Electronic source]. URL: <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2010/en#/Q86.0>
- ³⁶ Types of drugs [Electronic source]. URL: <https://www.unodc.org/drugs/en/get-the-facts/types-of-drugs.html>
- ³⁷ The Single Convention on Narcotic Drugs of 1961 [Electronic source]. – URL: https://www.unodc.org/pdf/convention_1961_en.pdf
- ³⁸ The Convention on Psychotropic Substances of 1971 [Electronic source]. URL: https://www.unodc.org/pdf/convention_1971_en.pdf
- ³⁹ What You Need to Know About Marijuana Use and Pregnancy [Electronic source]: Centers for Disease Control and Prevention. – URL: <https://www.cdc.gov/marijuana/factsheets/pregnancy.htm>
- ⁴⁰ *Чернов Д. Н.* Социокультурная обусловленность языковой компетенции ребенка: проблемы и перспективы решения. Монография. – М.: ТЕЗАУРУС, 2013. – С. 49.
- ⁴¹ Cocaine Use During Pregnancy (2002) [Electronic source]. URL: http://www.tgorski.com/Prevention/cocaine_use_during_pregnancy.htm
- ⁴² *Pappas S.* Ecstasy in Pregnancy Is Bad for Baby, Study Finds (2012) [Electronic source]. – URL: <https://www.livescience.com/18943-ecstasy-pregnancy-development.html>
- ⁴³ Hallucinogens: What are they? [Electronic source]. URL: <https://www.unodc.org/drugs/en/get-the-facts/hallucinogens.html>
- ⁴⁴ Hallucinogens [Electronic source]: Centre for Addiction and Mental Health. – URL: http://www.camh.ca/en/hospital/health_information/a_z_mental_health_and_addiction_information/hallucinogens/Pages/default.aspx
- ⁴⁵ *Namboodiri V., George S., Boulay S., Fair M.* Pregnant heroin addict: what about the baby? BMJ Cse Rep. (2010). URL: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3029977/>
- ⁴⁶ *Wright T. E., Schuetter R., Tellei J., Sauvage L.* Methamphetamines and Pregnancy Outcomes // J. Addict Med. – 2015. – Mar-Apr; 9 (2):111–117.
- ⁴⁷ ICD-10 Version: 2010 [Electronic source]. URL: <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2010/en#/P04.4>
- ⁴⁸ ICD-10 Version: 2010 [Electronic source]. URL: <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2010/en#/P96.1>
- ⁴⁹ ICD-10 Version: 2010 [Electronic source]. URL: <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2010/en#/P04.5>
- ⁵⁰ ICD-10 Version: 2010 [Electronic source]. URL: <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2010/en#/P04.6>
- ⁵¹ ICD-10 Version: 2010 [Electronic source]. URL: <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2010/en#/P04.8>
- ⁵² ICD-10 Version: 2010 [Electronic source]. URL: <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2010/en#/P04.9>
- ⁵³ American Convention on Human Rights, “Pact of San Jose”, Costa Rica (1969) [Electronic source]. – URL: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b36510.html>
- ⁵⁴ Keeping Children and Families Safe Act of 2003 [Electronic source]. URL: <https://www.congress.gov/108/plaws/publ36/PLAW-108publ36.pdf>
- ⁵⁵ *Coleman E. E., Miller M. K.* Assessing legal responses to prenatal drug use: can therapeutic responses produce more positive outcomes than punitive responses? // 20 J.L. & Health 35 (2006–2007). – P. 45.

- ⁵⁶ Boudreaux J. M., Thompson Jr. Maternal-Fetal Rights and Substance Abuse: Gestation Without Representation // The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law. – 2015. – Vol. 43. № 2. – P. 139.
- ⁵⁷ Pregnant women and substance use. Jacobs Institute of Women's Health (2017). – P. 51.
- ⁵⁸ Dorothy E. Roberts, KILLING THE BLACK BODY: RACE, REPRODUCTION, AND THE MEANING OF LIBERTY 162-63 (1997).
- ⁵⁹ Coleman E. E., Miller M. K. Assessing legal responses to prenatal drug use: can therapeutic responses produce more positive outcomes than punitive responses? // 20 J.L. & Health 35 (2006–2007). – P. 43.
- ⁶⁰ Khazan O. States are jailing mothers for drug addiction and taking their children away [Electronic resource]: The Atlantic. – 2015. – May, 8. – Access from: <http://www.theatlantic.com/health/archive/2015/05/intothebodyofanother/392522/>
- ⁶¹ Boudreaux J. M., Thompson Jr. Maternal-Fetal Rights and Substance Abuse: Gestation Without Representation // The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law. – 2015. – Vol. 43. № 2. – P. 140.
- ⁶² ACOG Committee Opinion No. 473: Substance abuse reporting and pregnancy: the role of the obstetrician-gynecologist. Obstet Gynecol 117:200. – 1, 2011.
- ⁶³ Palmer C. S. The Risk of State Intervention in Preventing Prenatal Alcohol Abuse and the Viability of an Inclusive Approach: Arguments for Limiting Punitive and Coercive Prenatal Alcohol Abuse Legislation in Minnesota // 10 Hastings Women's L.J. (1999). – P. 44.
- ⁶⁴ McKnight v. State, 661 S.E.2d 354, 358 n.10 (S.C. 2008).
- ⁶⁵ Khazan O. Into the Body of Another // The Atlantic (May 2015). – P. 3.
- ⁶⁶ Coleman E. E., Miller M. K. Assessing legal responses to prenatal drug use: can therapeutic responses produce more positive outcomes than punitive responses? // 20 J.L. & Health 35 (2006–2007). – P. 50.
- ⁶⁷ Coleman E. E., Miller M. K. Assessing legal responses to prenatal drug use: can therapeutic responses produce more positive outcomes than punitive responses? // 20 J.L. & Health 35 (2006–2007). – P. 57.
- ⁶⁸ Coleman E. E., Miller M. K. Assessing legal responses to prenatal drug use: can therapeutic responses produce more positive outcomes than punitive responses? // 20 J.L. & Health 35 (2006–2007). – P. 57.
- ⁶⁹ Coleman E. E., Miller M. K. Assessing legal responses to prenatal drug use: can therapeutic responses produce more positive outcomes than punitive responses? // 20 J.L. & Health 35 (2006–2007). – P. 59.
- ⁷⁰ Law No. 286 of July 2009 of the Criminal Code [Electronic source]. URL: http://www.legislationline.org/download/action/download/id/5895/file/Romania_Criminal_Code_am2012_EN.pdf
- ⁷¹ Greek Penal Code [Electronic source]. – URL: <http://www.c00.org/p/greek-penal-code.html>
- ⁷² Para. 2 of the Article 8 of the European Convention on Human Rights [Electronic source]. – URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf
- ⁷³ Guide on Article 5 of the Convention: Right to Liberty and Security [Electronic source]: Council of Europe/ European Court of Human Rights, 2014, p. 13. – URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf
- ⁷⁴ Kharin v. Russia, app. no. 37345/03 (2011), para. 34.
- ⁷⁵ Vo v. France, app. no. 53924/00 (2004).
- ⁷⁶ Aydođdu c. Turquie, req. no. 40448/06 (2016).
- ⁷⁷ Decision of Judicial Chamber on Criminal Cases of the Supreme Court of Ukraine (extract) dated 01.11.2001 [Electronic source]. – URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsen.nsf/0/C8C38F5F5B6CBA2DC2256D2500436EB9?OpenDocument>
- ⁷⁸ Вирок Саратовського районного суду Одеської області від 18 травня 2016 року [Електронний ресурс]: Єдиний державний реєстр судових рішень. – URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57807726>
- ⁷⁹ Вирок Овідіопольського районного суду Одеської області від 11.08.2015 р. [Електронний ресурс]: Єдиний державний реєстр судових рішень. – URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/48674428>
- ⁸⁰ Эртель Л. А. Автономия ребенка как пациента в педиатрии и неонатологии // Автореф. дисс. ... докт. юрид. наук (14.00.52). – Волгоград, 2006. – С. 278.

Резюме

Шрамова О. С. Право на здоров'я дитини на пренатальній стадії розвитку.

Право на здоров'я дитини у пренатальний період на сьогодні не є визнаним. У статті досліджується право на здоров'я та його складові, зв'язки права на здоров'я та життя вагітної жінки з правами на здоров'я та життя її дитини в утробі. Розглянуто вплив шкідливих факторів на здоров'я дитини, що перебуває на пренатальній стадії розвитку: тютюнопаління, вжиття алкоголю, наркотичних речовин та ін. Досліджено досвід зарубіжних держав, зокрема США, Румунії та Греції у протидії порушенням права дитини на здоров'я у пренатальний період, практику Європейського суду з прав людини з даного питання. Аналізуються підходи до вирішення судових справ про медичну недбалість щодо дитини на пренатальній стадії розвитку. Пропонується визнання правоздатності дитини на пренатальній стадії розвитку як передумова захисту її суб'єктивного права на здоров'я.

Ключові слова: дитина на пренатальній стадії розвитку, ненароджена дитина, плід, права дитини, пренатальні права, право на здоров'я, медична недбалість.

Резюме

Шрамова А. С. Право на здоров'я ребенка на пренатальной стадии развития.

Право на здоровье ребенка в пренатальный период на сегодняшний день не является признанным. В статье исследуется право на здоровье и его составляющие, связи права на здоровье и жизнь беременной женщины с правами на здоровье и жизнь ее ребенка в утробе. Рассмотрено влияние вредных факторов на здоровье ребенка, находящегося на пренатальной стадии развития: курения, употребления алкоголя, наркотических веществ и др. Исследован опыт зарубежных государств, в частности США, Румынии и Греции в противодействии нарушениям права ребенка на здоровье в пренатальный период, практика Европейского суда по правам человека по данному вопросу. Анализируются подходы к решению судебных дел о медицинской халатности в отношении ребенка на пренатальной стадии развития. Предлагается признание правоспособности ребенка на пренатальной стадии развития как предпосылка защиты ее субъективного права на здоровье.

Ключевые слова: ребенок на пренатальной стадии развития, нерожденный ребенок, плод, права ребенка, пренатальные права, право на здоровье, медицинская халатность.

Summary

Shramova O. The right to health of the child in prenatal stage.

The right to health of the child in prenatal stage to date is not recognized. In this article there are considered such issues as the right to health and its elements, links between maternal and prenatal rights to health and life. Such harmful factors, as cigarette smoking, alcohol use, drugs abuse, and other maternal harmful lifestyles and their impact on the child in prenatal stage are also considered in this article. Foreign countries' experience, such as the USA, Greece and Romania, in resisting violations of the right to health of the child in prenatal stage, as well as the ECHR case law on this issue. The approaches of courts when resolving the cases on medical negligence, which have caused harm to health of the child in prenatal stage, were also analyzed in this article. The recognition of the child's in prenatal stage legal personhood is offered as a prerequisite of protection of its subjective right to health.

Key words: the child in prenatal stage, unborn child, fetus, rights of the child, prenatal rights, right to health, medical negligence.

УДК 342.728

Н. П. ГАЄВА

*Надія Петрівна Гаєва, кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

ГРОМАДСЬКІ ОРГАНІЗАЦІЇ В УКРАЇНІ: КРИТЕРІЇ КЛАСИФІКАЦІЇ

Оскільки теоретичні підходи до класифікації громадських організацій були розглянуті автором у попередній публікації¹, то в межах даної статті, яка є логічним продовженням попередньої, досліджуються критерії їх поділу.

Громадські організації в Україні характеризуються різноманітністю видів, що в сукупності із низьким рівнем законодавчої техніки законів, підзаконних нормативних актів, які визначають їх сутність, створює серйозні труднощі при видовій характеристиці. Тому актуальним є питання щодо визначення критеріїв класифікації громадських організацій.

Пошук критеріїв класифікації громадських організацій, як нами уже зазначалось, повинен розпочинатися із легальних класифікаційних критеріїв, а саме: мети (цілей) та напрямів діяльності; суб'єктного складу, можливості участі в цивільному обороті. Та попри це, залишається дискусійним у науковій літературі питання щодо визначення кола суб'єктів, які входять до переліку громадських організацій. Адже лише суб'єктний склад є головною, істотною ознакою, яку слід передусім враховувати при віднесенні тих чи інших громадських об'єднань до громадських організацій.

Класифікація, яка здійснюється за головними, істотними ознаками, в логіці називається природною². Сприймавши цю тезу, зазначимо, що можливість природної класифікації громадських організацій була використана такими науковцями, як М. В. Менджул³, М. Н. Мискіна⁴, А. І. Прігожин⁵ та ін. Однак вони по-різному підходять до назви даного критерію – суб'єкт діяльності (М. Е. Мискіна), тип членства (А. І. Прігожин), суб'єктний склад (М. В. Менджул). Слід також констатувати, що М. В. Менджул, поділяючи громадські організації за даним критерієм на дитячі, молодіжні, жіночі, організації інвалідів, ветеранів, підприємців тощо, розкриває його зміст – вік, професія, стать та ін. До того ж авторка пропонує поряд із критерієм «суб'єктний склад» такі критерії, як спосіб обліку членів та кількість членів, які, на нашу думку, є другорядними і можуть бути враховані в межах критерію «суб'єктний склад».

У науковій літературі класифікація громадських організацій проводиться й за іншими критеріями. Серед них: відмінність у суспільних сферах діяльності (Л. І. Кормич та Д. С. Шелест)⁶, спрямування та зміст (А. Ф. Колодій)⁷, залежність від характеру спрямованості діяльності на правозахист (М. М. Новіков)⁸, функції (П. А. Дігтяр)⁹, ступінь участі в державно-політичному житті (В. І. Курило та І. В. Рамазанова)¹⁰, організаційно-правові властивості (М. М. Тищенко)¹¹, внутрішньо-організаційна структура (В. В. Лисенко)¹², визначення статусу та порядку створення і діяльності громадських організацій окремими законами (Н. В. Богашева)¹³, нормативне регулювання їх діяльності (М. Ю. Віхляєв)¹⁴. Але жоден окремий критерій, як було зазначено, не дає чіткого уявлення про правову природу громадських організацій. Тому більшість дослідників, моделюючи відповідні критерії класифікації громадських організацій, у своїх працях використовують комплекс критеріїв.

Доктринальна класифікація громадських організацій з урахуванням комплексу критеріїв дала змогу В. М. Кравчук об'єднати їх в такі групи: 1) за напрямами діяльності (права людини, професійна діяльність, поліпшення соціально-економічного становища країни, сім'я та діти, захист здоров'я населення та екології, освіта, культура); 2) за соціальною підставою утворення та залежно від характеру потреб, для задоволення яких утворюються (суспільно корисні організації та приватно-корисні організації); 3) за сферами діяльності (політичні/економічні, екологічні, антивоєнні, профспілкові, культурно-просвітницькі, конфесійні, етнічні); 4) за складом (професійні, жіночі, молодіжні); 5) за значенням у процесі формування громадянського суспільства та правової держави (організації, створені для захисту професійних та інших прав громадян, орга-

нізації, що діють у загальних, суспільно корисних цілях; організації взаємної вигоди та задоволення соціальних потреб); 6) за територіальним принципом (міжнародні, всеукраїнські, громадські організації з місцевим статусом)¹⁵. Щодо останнього критерію, то враховуючи те, що він був запропонований в період чинності Закону України «Про об'єднання громадян», на сьогодні уже не є актуальним. Однією з новел Закону України «Про громадські об'єднання» є відмова від територіального статусу об'єднань, яка сформульована як загальне положення, що містить назву та стислий опис сутності принципу вільного вибору території діяльності. Водночас Законом збережено поняття «всеукраїнський статус». За такого підходу громадські організації відповідно поділяються на ті, що мають всеукраїнський статус, і ті, що його не мають.

Водночас до традиційних критеріїв класифікації громадських організацій науковці додають нові. Так, Р. Мошинський з огляду на вплив громадських організацій на національну безпеку пропонує об'єднати їх у такі групи: 1) громадські організації, статутна діяльність яких безпосередньо пов'язана з різними аспектами національної безпеки; 2) громадські організації, статутна діяльність яких опосередковано стосується національної безпеки, такі як професійні союзи, жіночі, молодіжні організації; 3) громадські організації, статутна діяльність яких не припускає вирішення проблем національної безпеки¹⁶.

Також слід сказати, що класифікація може бути багаторівневою, оскільки кожен із однорідних класифікаційних утворень може бути піддано класифікації. До класифікаційних утворень зазвичай відносять рід, тип, вид, підвид. Дослідники громадських організацій намагаються обмежити застосування класифікаційних утворень вказівкою на вид громадської організації, що не виключає можливості його подальшого внутрішнього поділу за іншими критеріями, однак у рамках загальноновидової ознаки їх поділу, який має охоплювати всі більш дрібні класифікації (підвиди). Що стосується категорій «рід», «тип», то вони, на наш погляд, мають застосовуватися для позначення більш повної за обсягом групи громадських об'єднань, об'єднань громадян та інших утворень (неурядових, недержавних, невідприємницьких організацій), складовими елементами яких виступають громадські організації. А це дасть можливість не лише узагальнити існуючу інформацію щодо видів громадських організацій, а й відкрити їхні нові властивості для глибшого усвідомлення природи діяльності таких утворень та чітко визначити їх місце в системі громадських формувань (утворень).

Отже, з огляду на наведене подальший поділ громадських організацій відбувається в межах їх видів. Слушним з цього приводу є міркування вчених щодо визначення критеріїв класифікації молодіжних громадських організацій (далі – МГО). Наприклад, у науковій літературі зустрічаються такі критерії їх поділу: характер діяльності¹⁷; функції, які виконують ці організації¹⁸; сфера діяльності¹⁹; масштаб діяльності²⁰; місце молодіжних організацій у суспільстві та характер відносин із державними інститутами²¹.

Проілюструємо запропоновані в науковій літературі підходи до класифікації МГО кількома прикладами. Так, у соціології можемо зустріти класифікацію МГО залежно від соціальних функцій, які вони виконують. За таким критерієм О. Т. Бень поділяє їх на п'ять груп, а саме: 1) МГО, що займаються вихованням молоді; 2) МГО, які допомагають вирішувати соціальні питання; 3) МГО, які функціонують у сфері культури; 4) МГО, які є частиною політичної системи суспільства; 5) МГО, що діють в економічній сфері²². Такий підхід, звісно, можливий, однак він є дещо умовним (з цим погоджується і автор), оскільки на практиці МГО, як правило, виконують кілька із наведених вище функцій. Авторський підхід щодо класифікації МГО залежно від мети (цілі), що ставлять перед собою ці організації, пропонує О. В. Кулініч. На думку науковця, їх можна поділити на дві великі групи: 1) організації взаємної вигоди (за американською класифікацією *issue-oriented*), діяльність яких орієнтована на саму себе, тобто на власних членів; 2) організації суспільної користі (*policy-oriented*), діяльність яких спрямована «зовні», тобто на інших.

Натомість окремі науковці пропонують застосовувати комплекс критеріїв для виокремлення підвидів МГО, що дає можливість розглядати їх у багатоплощинному вимірі. Для прикладу, В. Якушик на базі методології та загальнонотеретичних підходів, що були ним використані при аналізі політичних партій, запропонував згрупувати головні критерії класифікації МГО у п'ять блоків: 1) соціальна база; 2) специфіка генези (процесу виникнення), організаційних принципів та структури; 3) особливості системи здійснюваних функцій; 4) місце в суспільстві; 5) характер впливу на суспільні процеси²³. Зазначена позиція щодо комплексного критерію класифікації МГО сприйнята і О. Чернецьким, який переконаний, що для більш повної картини організованого молодіжного руху доцільно структурувати ці організації за такими критеріями: за однорідністю суб'єкта: поліморфні та ізоморфні (організації сільської, працюючої, студентської молоді тощо); за масовістю: великі та нечисленні (малі); за структурованістю: централізовані, розмиті та дифузні; за ціннісною орієнтацією: державницькі, індивідуалістичні, космополітичні²⁴.

З позицією авторів щодо необхідності застосування комплексного (плюралістичного) критерію в частині пошуку підвидів МГО однозначно погоджуємося, оскільки має місце ціла низка особливостей, що виділяються за різними критеріями. На доцільності застосування комплексного критерію наголошує і І. Т. Темех для виокремлення конкретних підвидів правозахисних громадських організацій. На його думку, вони поділяються: 1) за організаційно-правовою формою; 2) за сферою суспільного життя; 3) за рівнем офіційного визнання; 4) за порядком легалізації; 5) за масштабом та територією діяльності; 6) за організаційною структурою; 7) за характером членства; 8) за об'єктом захисту; 9) за суб'єктом захисту; 10) за напрямками діяльності²⁵. Водночас слід констатувати, що комплексний підхід є придатним для характеристики критеріїв класифікації й інших видів конкретних громадських організацій.

Не менш важливо й те, що комплексний критерій виокремлення конкретних видів, підвидів громадської організації є системним утворенням і акумулює, на наш погляд, в собі такі компоненти: перший – критерії,

які залишаються незмінними протягом тривалого часу, оскільки вони закріплені в статуті громадської організації (наприклад, мета (цілі), напрями діяльності, суб'єкти, джерела надходжень тощо); другий – критерії, які змінюються залежно від конкретних суспільно-політичних обставин (наприклад, участь у державно-політичному житті, формуванні громадянського суспільства, правової держави тощо).

Є й інші підходи до класифікації громадських організацій. Так, для прикладу, О. О. Бесплюбняк у колективній монографії «Громадські організації у дискурсі демократизації суспільства» наводить три рівні громадських організацій, кожен з яких містить відповідні критерії та показники. Для виокремлення громадських організацій першого рівня пропонуються такі критерії: унормовані та неунормовані; легалізовані та нелегалізовані; джерело фінансування. Для другого рівня – локальні за напрямом діяльності; за групами представництва інтересів; за організаційною побудовою; за територіальним статусом. Критерії третього рівня характеризують види громадських організацій згідно із законодавством (законами) України: благодійні організації; політичні партії; громадські організації загального спрямування; громадські рухи; кооперативи; органи самоорганізації населення²⁶. Такі «макропідходи» до класифікації громадських організацій навряд чи можна назвати продуктивними. Прагнення втиснути все розмаїття громадських формувань (політичні партії, кооперативи, органи самоорганізації населення) у систему громадських організацій та підвести під поняття «громадська організація» невиправдане. Це тільки перешкоджає виявленню специфіки громадських організацій та їх класифікації.

Викликає науковий інтерес і той факт, що в міжнародній правовій літературі також існують різні підходи стосовно класифікації та класифікаційних критеріїв щодо громадських організацій. Відразу зазначимо, що в міжнародній практиці відсутній єдиний термін, який би характеризував громадські організації. Як правило, використовується декілька термінів (неурядові організації, неприбуткові організації), які є надзвичайно широкими і охоплюють громадські організації. Потри розмаїття неурядових організацій в університеті Джона Гопкінса (США) було розроблено їх класифікацію, яка отримала назву Міжнародної класифікації неприбуткових організацій ООН (ICNPO). Відповідно до неї неурядові організації розподіляються за такими категоріями: культура і відпочинок; освіта і наукові дослідження; охорона здоров'я; соціальні служби; довкілля; розвиток і житлова сфера; політична, правозахисна та інша громадська діяльність; філантропія та заохочення добровільної діяльності; міжнародна діяльність; бізнес і професійні асоціації, союзи²⁷. Підтримуючи думку вітчизняних дослідників про те, що запропонована класифікація є корисною²⁸, важко погодитися з позицією, що вона «представляє фактично весь спектр сфер і напрямів, в яких діють громадські організації»²⁹. Адже будь-яка класифікація завжди буде неповною, оскільки неможливо заздалегідь охопити всі сфери та потенційні напрями діяльності громадських організацій, оскільки та чи інша сфера та напрям їх діяльності, які є дієвими сьогодні, можуть стати недієвими завтра і навпаки.

Деяко іншу класифікацію неурядових організацій пропонують британські науковці, які виокремлюють шість видів їх діяльності за метою: філантропія – форма благочинної діяльності, яка передбачає певну соціальну відстань між надавачем та отримувачем допомоги; посередництво – бюрократичні функції розвитку, надання послуг іншим організаціям, встановлення та підтримка зв'язків, представницькі функції; мобілізація – визначення фінансових джерел або добровольців для виконання певних справ; соціальна солідарність – надання допомоги цільової аудиторії; зміна – метою діяльності є зміна поведінки або ставлення до інших; самовираження – мета висловлення власної позиції посеред інших³⁰.

Є й інші підходи до класифікації неурядових організацій в міжнародній правовій доктрині. Так, Комісія Європейського Союзу згрупувала критерії їх поділу залежно від функцій, які вони виконують: надання послуг; захист; самопоміч чи взаємодопомога; ресурси та координація³¹.

На основі наведеного можна зробити висновок, що міжнародно-правові класифікації неурядових організацій пов'язані із такими критеріями, як мета, функції, сфери (напрями) їх діяльності. Ці критерії, як уже зазначалося, набули широкого застосування й у вітчизняній доктрині при класифікації громадських організацій. Втім, їх недостатньо для виявлення істотних ознак громадських організацій, які визначають їх сутність, зміст, юридичні властивості, та для ідентифікування громадських організацій як системи на самостійні види і підвиди.

Слід також констатувати, що не вносить ясності в ситуацію Реєстр громадських об'єднань³² (далі – Реєстр), котрий був створений на виконання положень Закону України «Про громадські об'єднання», та Порядок ведення Реєстру громадських об'єднань³³ (далі – Порядок), що визначає процедуру його створення та ведення. У них не закладено єдиних підходів щодо критеріїв класифікації громадських об'єднань (а, отже, й громадських організацій). Так, згідно з Реєстром класифікаційними критеріями (параметрами пошуку) виступають статус, спрямованість та види. Відповідно за статусом громадське об'єднання може бути: всеукраїнським, міжнародним, місцевим, обласним, первинним, регіональним та республіканським. За спрямованістю громадські об'єднання бувають дитячими, жіночими, із захисту населення від наслідків аварії на ЧАЕС, козацького спрямування, молодіжні, 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, освітньо- або культурно-виховні, правозахисні, професійні, творчі об'єднання, фізкультурно-спортивні та інші, тобто перелік не є вичерпним. Такий підхід, обраний законодавцем, вважаємо продуктивним, адже однозначно визначити громадські об'єднання за спрямованістю неможливо, оскільки вони функціонують у різноманітних сферах суспільного життя. За видом громадські об'єднання класифікуються на асоціації кредитних спілок, відокремлені підрозділи іноземної неурядової організації, громадську органі-

зацію, громадську спілку, об'єднання організацій роботодавців, об'єднання профспілок, організації профспілок, організації роботодавців та профспілку.

Водночас такий підхід заперечується змістом п. 8 Порядку, за яким виокремлюються такі види громадських об'єднань: громадська спілка, громадська організація, місцевий осередок зі статусом юридичної особи, відокремлений підрозділ громадського об'єднання, відокремлений підрозділ іноземної неурядової організації (абз. 4 пп. 1). А за статусом громадське об'єднання зі статусом юридичної особи може бути дитяче, молодіжне, всеукраїнське. При цьому виділяються ще й такі види: екологічне, правозахисне тощо (абз. 5 пп. 2).

Зазначені розбіжності у Реєстрі та Порядку свідчать про відсутність у законодавстві адекватних підходів щодо критеріїв класифікації громадських об'єднань (а, отже, і громадських організацій), що породжує певні проблеми в правозастосуванні. Прикладом першого кроку для їх подолання може бути, як слушно стверджується у правничій літературі, визначення в Реєстрі двох видів громадського об'єднання: громадської організації та громадської спілки з наступним наповненням відповідно громадської організації та громадської спілки залежно від засновницького складу та складу учасників таких об'єднань³⁴. Сказане повною мірою стосується й Порядку, який визначає процедуру створення та ведення Реєстру. У такий спосіб закладаються єдині підходи до класифікації громадських об'єднань (а, отже, й громадських організацій).

Підбиваючи певні підсумки наведеному вище, необхідно вказати на існування різних підходів у вітчизняній та міжнародній правовій доктрині щодо класифікації громадських організацій. При цьому розмежування громадських організацій на ті чи інші різновиди виключно за одним критерієм не вирішує неоднозначної ситуації з проблемами їх класифікації. Специфіка громадських організацій полягає у тому, що їм притаманна ціла низка особливостей, які виділяються за різними критеріями. Найбільш значимими (основоположними) критеріями, на нашу думку, є: мета та напрями діяльності, суб'єктний склад, можливість участі в цивільному обороті, джерела фінансування, відносини з органами державної влади та органами місцевого самоврядування. Наша позиція базується на тому, що класифікація громадських організацій повинна розпочинатися із легальних класифікаційних критеріїв. Пропозиція Н. В. Богашевої³⁵, з якою ми погоджуємося, встановити на законодавчому рівні критерії віднесення та офіційну форму фіксації належності громадської організації до відповідного виду сьогодні, на жаль, є передчасною із-за відсутності чіткого зрозумілого визначення самої категорії «громадська організація» в Законі України «Про громадські об'єднання». І, нарешті, класифікація громадських організацій не може бути простою через складність феномена, але вона має бути логічною, багаторівневою, оскільки кожен із елементів класифікації також може бути піддано класифікації.

¹ Гаєва Н. П. Класифікація громадських організацій: теоретичні підходи / Н. П. Гаєва // Часопис Київського університету права. – 2017. – № 3. – С. 83–86.

² Жеребкін В. С. Логіка: підруч. для юрид. вузів та ф-тів / В. С. Жеребкін; 2-ге вид. – Х.: Основа; К.: Знання, 1998. – С. 60–61.

³ Менджул М. В. Види громадських організацій в Україні / М. В. Менджул // Часопис Київського університету права. – 2009. – № 1. – С. 184–185. – С. 184–188.

⁴ Мыскина М. Н. Правовой статус общественных объединений в государствах – членах СНГ / М. Н. Мыскина // Ежегодник сравнительного правоведения. 2001. – М.: Изд-во НОРМА, 2002. – С. 120–121. – С. 119–136.

⁵ Пригожин А. И. Современная социология организаций: учеб. / А. И. Пригожин. – М.: Интерпракс, 1995. – С. 226. – 295 с.

⁶ Кормич Л. І. Громадські об'єднання та політичні партії сучасної України: навч. посіб. / Л. І. Кормич, Д. С. Шелест. – Одеса: Юрид. літ., 2002. – С. 19. – 200 с.

⁷ Колодій А. Ф. На шляху до громадянського суспільства. Теоретичні засади й соціокультурні передумови демократичної трансформації в Україні: моногр. / А. Ф. Колодій. – Л.: Червона калина, 2002. – С. 206. – 276 с.

⁸ Новіков М. М. Об'єднання громадян у механізмі взаємодії держави і громадянського суспільства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / М. М. Новіков. – Х., 2002. – С. 10. – 18 с.

⁹ Дігтяр П. А. Громадські організації в суспільно-політичній системі сучасної України: стан і перспективи розвитку / П. А. Дігтяр : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.ela.kpi.ua/bitstream/123456789/3608/1/Dikht.pdf

¹⁰ Курило В. І. Адміністративно-правові засади діяльності громадських об'єднань в Україні: моногр. / В. І. Курило, І. В. Рамазанова. – К.: БУБІП України, 2016. – С. 34. – 209 с.

¹¹ Адміністративне право України: підруч. / Ю. А. Битяк, В. М. Гаращук, О. В. Дьяченко та ін.; за ред. Ю. А. Битяка. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 120. – 544 с.

¹² Лысенко В. В. Права на объединение и виды общественных объединений в РФ / В. В. Лысенко // Конституционное и муниципальное право. – 2001. – № 3. – С. 12. – С. 11–15.

¹³ Богашева Н. В. Класифікація громадських організацій: проблема правових критеріїв / Н. В. Богашева // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2011. – № 1. – С. 24. – С. 22–27.

¹⁴ Віхляев М. Ю. Види громадських об'єднань в Україні: питання законодавчої плутанини та теоретичний пошук способів її розв'язання / М. Ю. Віхляев // Науково-інформаційний вісник Івано-Франківського університету імені Короля Данила Галицького. – 2013. – № 7. – С. 203–204. – С. 200–205.

¹⁵ Кравчук В. М. Деякі підходи до класифікації громадських організацій в Україні / В. М. Кравчук // Вибори та демократія. – 2007. – № 1. – С. 48–54.

¹⁶ Мошинський Р. Інститути громадянського суспільства в Україні: соціально-правова спрямованість політичних процесів та їх вплив на національну безпеку / Р. Мошинський // Вісник Національної академії державного управління. – 2013. – № 2. – С. 190. – С. 184–192.

¹⁷ Кулік В. Сучасний організований молодіжний рух в Україні як об'єкт наукового дослідження / В. Кулік : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.politika.org.ua>

¹⁸ Барабаш В. Институціалізація молодіжного руху України / В. Барабаш // Політичний менеджмент. – 2004. – № 3. – С. 98–111.

¹⁹ Половинець А. М. Молодіжні громадські організації: критерії класифікації / А. М. Половинець // Державне управління: теорія та практика. – 2010. – № 2. – С. 4. – С. 1–7.

²⁰ Там само.

²¹ Там само.

²² Бень О. Т. Молодіжні організації: концептуалізація поняття, функції, класифікація / О. Т. Бень // Вісник Львівського університету. – 2008. – № 2. – С. 343. – С. 338–345. – (Серія «Соціологічна»).

²³ Корнієвський О. Молодіжний рух та політичні об'єднання в сучасній Україні / О. Корнієвський, В. Якушик. – К. : Київське братство, 1997. – 248 с.

²⁴ Чернецький О., Ярош Я. Молодь. Політика. Влада / О. Чернецький, Я. Ярош. – Луцьк: Волинська обласна друкарня, 2006. – 148 с.

²⁵ Темех І. Т. Конституційно-правовий статус правозахисних громадських організацій: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / І. Т. Темех. – К., 2010. – С. 7. – 20 с.

²⁶ Громадські організації у дискурсі демократизації суспільства: моногр. / за наук. ред. В. П. Беха; редкол.: В. П. Бех, Г. О. Нестеренко та ін. – К.: Вид-во НІПР імені М. П. Драгоманова, 2011. – С. 487–492. – 680 с.

²⁷ Lester M. Salamon, Helmut K. Anheier. The International Classification of Nonprofit Organisations: INCPO Revision, 1, 1996. P. 26 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://adm-cf.com/jhu/pdfs/CNP_Working_Papers/CNP_WP19.pdf

²⁸ Патура Ю. І. Актуальні питання здійснення класифікації громадських об'єднань / Ю. І. Патура // Право і суспільство. – 2015. – № 4. – Ч. 3. – С. 47. – С. 45–51; Правове регулювання некомерційних організацій в Україні: моногр. / І. В. Спасибо-Фатєєва, В. І. Борисова, О. А. Печений та ін.; за заг. ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. – Х.: Право, 2013. – С. 156. – 480 с.

²⁹ Кравчук В. М. Вказана праця. – С. 50. – С. 48–53.

³⁰ Неурядові організації: досвід Сполученого Королівства / Британська Рада в Україні. – К., 1998. – С. 11. – 146 с.

³¹ Promoting the role of voluntary organizations and foundations in Europe. Communication from the Commission. Com (97) 241 final, 6 June 1997 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://aei.pitt.edu/6976/>

³² Реєстр громадських об'єднань : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://rgo.informjust.ua/>

³³ Порядок ведення Реєстру громадських об'єднань: постанова Кабінету Міністрів України від 19 грудня 2012 р. № 1212 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1212-2012-p/card6#Public>

³⁴ Зозуляк О. І. Непідприємницькі юридичні особи як суб'єкти цивільного права: теоретичний та практичний аспекти: моногр. / О. І. Зозуляк. – Тернопіль: Підручники і посібники, 2017. – С. 272. – 432 с.

³⁵ Богашева Н. В. Класифікація громадських організацій: проблема правових критеріїв / Н. В. Богашева // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2011. – № 1. – С. 26–27. – С. 22–27

Резюме

Гаєва Н. П. Громадські організації в Україні: критерії класифікації.

Стаття присвячена дослідженню критеріїв класифікації громадських організацій. Проводиться аналіз класифікаційних критеріїв громадських організацій, котрі запропоновані в науковій літературі та визначені в вітчизняному законодавстві та міжнародно-правовій доктрині.

Ключові слова: громадська організація, класифікація, критерії класифікації, види громадських організацій, підвиди громадських організацій.

Резюме

Gaeva N. P. Общественные организации в Украине: критерии классификации.

Статья посвящена исследованию критериев классификации общественных организаций. Проводится анализ классификационных критериев общественных организаций, которые предложены в научной литературе и определены в отечественном законодательстве и международно-правовой доктрине.

Ключевые слова: общественная организация, классификация, критерии классификации, виды общественных организаций, подвиды общественных организаций.

Summary

Gaeva N. Non-governmental organizations in Ukraine: criteria for classification.

The article is devoted to the study of criteria for the classification of civic organizations. An analysis of the classification criteria of civic organizations, which are proposed in the scientific literature and defined in domestic legislation and international legal doctrine, are analyzed.

Key words: public organization, classification, criteria of classification, types of public organizations, subspecies of public organizations.

В. С. ЄГОРОВА

Валентина Сергіївна Єгорова, кандидат юридичних наук, доцент Національного технічного університету України «Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»

ПРОЦЕС ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ

Децентралізація – процес перерозподілу або диспергування функцій, повноважень, людей або речей від центрального управління.

Децентралізація влади включає як політичну, так і адміністративну сторони. Децентралізація може бути територіальною – переміщення влади від центрального міста на інші території, і може бути функціональною – шляхом передання повноважень на прийняття рішень з головного органу будь-якої галузі уряду до чиновників нижчих рівнів. Цей процес було названо «новим державним управлінням», який описано як децентралізація, предметне управління, конкуренція урядової і місцевої координації.

За тлумаченням Великого тлумачного словника сучасної української мови, який значною мірою базується на матеріалах одинадцятитомного тлумачного «Словника української мови» (1970–1980) – це система управління, за якої частина функцій центральної влади переходить до місцевих органів самоуправління; скасування або послаблення централізації¹.

Зростання державних витрат, низькі економічні показники і збільшення впливу ідей вільного ринку переконали уряди децентралізувати свою діяльність, щоб укласти договори з приватними фірмами, які працюють на ринку і повністю приватизувати виконання деяких послуг.

В умовах сучасного строкатого та вкрай різноспрямованого у цілях і напрямках діяльності українського політикуму є один програмний пункт, який об'єднує навіть найзапекліших опонентів. Це – розвиток місцевого самоврядування і децентралізація влади в Україні. Про підтримку цього напрямку розвитку Української держави і суспільства постійно заявляють усі наші політичні партії й об'єднання, на цьому аспекті реформування наполягають і наші міжнародні партнери.

З метою інформаційно-комунікаційного супроводу реформи місцевого самоврядування та децентралізації влади в Україні створено офіційний сайт, який, на наш погляд, відображає поточний і перспективний стан процесу реформування. На відміну від багатьох інших офіційних порталів державних програм та інституцій сайт децентралізації містить ґрунтовну інформацію про мету реформи, зрозумілу інструкцію з п'яти необхідних кроків для проведення реформи, широкий спектр ключових матеріалів, що дають змогу усім бажаним простежити зміни і долучитися до цієї важливої реформи влади в Україні.

Головне, учасникам процесу децентралізації – представникам місцевої влади, органів самоврядування і громадським активістам – пропонуються зразки різноманітних документів; посібники і методичні матеріали для організації процесу створення об'єднаних територіальних громад (далі – ОТГ); навчальні та презентаційні відеоматеріали; фахові відповіді на найбільш важливі питання щодо децентралізації; карта донорів, де за конкретним проектом, програмою або напрямом роботи представлений перелік вітчизняних та закордонних фондів і організацій, які готові виступити інвесторами та надати практичну підтримку просуванню реформ².

В Україні процес децентралізації розпочато 2014 р. в межах чинної Конституції з прийняттям Концепції реформи місцевого самоврядування та територіальної організації влади (1 квітня 2014 р.), Законів «Про співробітництво територіальних громад» (17 червня 2014 р.), «Про добровільне об'єднання територіальних громад» (5 лютого 2015 р.) та змін до Бюджетного і Податкового кодексів – щодо фінансової децентралізації.

Цей процес дав змогу формувати відповідно до положень Європейської хартії місцевого самоврядування значний дієвий і спроможний інститут місцевого самоврядування на базовому рівні – об'єднані територіальні громади (ОТГ).

На сьогодні уже створено 665 ОТГ (у 51 ОТГ – вибори 24 грудня 2017 р.), що об'єднали 3 118 громад (27,8 % від загальної кількості місцевих рад станом на 1 січня 2015 р.) та 5,7 млн осіб (13,4 % загальної кількості населення України).

У процесі децентралізації громади здобули ресурс, фінанси, повноваження – значний інструментарій і можливості для забезпечення повноцінного місцевого розвитку.

Головна стратегічна мета реформи – створення комфортного та безпечного середовища для життя людини в Україні – може бути досягнута шляхом побудови ефективної системи влади на всіх рівнях (громада – район – область), передачею максимально можливої кількості повноважень на найближчий до громадянина рівень – громадам. А також створення умов для динамічного розвитку регіонів і надання якісних та доступних суспільних послуг громадянам.

Реформа передбачає відповідальність органів місцевого самоврядування перед виборцями за ефективність своєї роботи, а перед державою – за її законність.

Реформа децентралізації дала поштовх до формування шляхом збільшення територіальних громад дієздатного найбільш наближеного до громадянина інституту влади – місцевого самоврядування.

Добровільне об'єднання територіальних громад дало змогу новоутвореним органам місцевого самоврядування дістати відповідні повноваження та ресурси, що їх раніше мали міста обласного значення.

Інтереси громадян, які мешкають на території об'єднаної громади, тепер представляють обраний голова, депутатський корпус та виконавчі органи ради громади, що забезпечують реалізацію наданих законом повноважень в інтересах громади. У населених пунктах, що увійшли до складу об'єднаної громади, право жителів на місцеве самоврядування та надання послуг громадянам забезпечують обрані ними старости.

Збільшення та об'єднання громад здійснюється шляхом добровільного об'єднання з урахуванням думки громадян. Обов'язковим при плануванні створення громад є визначення потенційних ресурсних можливостей громади для економічного та соціального розвитку і можливості забезпечити надання якісних послуг жителям.

Держава стимулює процес добровільного об'єднання шляхом фінансової підтримки формування необхідної інфраструктури для ОТГ: 2017 р. субвенція на це становила 1,5 млрд грн, 2018 – 1,9 млрд грн. Цим коштом 366 ОТГ реалізували 2017 р. 2 046 проєктів.

Наближення послуг до громадян та доступність забезпечується формуванням мережі центрів надання адміністративних послуг, яких в Україні на сьогодні функціонує 723.

Ефективне місцеве самоврядування та забезпечення ним поступального соціально-економічного розвитку відповідних територій має супроводжуватися збільшенням ресурсної й фінансової бази. Децентралізовані повноваження мають бути забезпечені відповідним ресурсом для якісного виконання.

Тому із внесенням змін до Податкового та Бюджетного кодексів, від 1 січня 2015 р. місцевим самоврядуванням отримано більше фінансів для підвищення економічної спроможності.

Об'єднані громади здобули повноваження та ресурс, які мають міста обласного значення, зокрема – зарахування до місцевих бюджетів ОТГ 60 % податку на доходи фізичних осіб на власні повноваження. Окрім того, на місцях повністю залишаються надходження від податків: єдиного, на прибуток підприємств і фінансових установ комунальної власності та податку на майно (нерухомість, земля, транспорт).

Об'єднані територіальні громади мають прямі міжбюджетні відносини з державним бюджетом. До реформи їх мали тільки обласні та районні бюджети, бюджети міст обласного значення. Для виконання делегованих державою повноважень їм надають відповідні трансферти: дотації, освітня та медична субвенції, субвенція на розвиток інфраструктури громад тощо. Законодавчі зміни також надали право органам місцевого самоврядування затверджувати місцеві бюджети незалежно від дати прийняття закону про Державний бюджет.

Такі зміни вже дали перші результати. Власні доходи місцевих бюджетів від 2014 по 2017 рр. зросли на понад 100 млрд гривень. Темпи зростання місцевих податків та зборів у ОТГ становлять 29,4 % (за 11 місяців 2017 р.), що більше від середнього по Україні на 24,9 %. Зокрема, плата за землю зросла на 20 %, надходження податку на нерухоме майно – на понад 70 %. Видатки бюджету розвитку з розрахунку на одну особу порівняно з минулим роком збільшилися у 1,5 рази³.

Об'єднані територіальні громади, крім зростання власних фінансових можливостей, у результаті децентралізації мають й інші інструменти забезпечення економічного розвитку – здійснення зовнішніх запозичень, самостійне обрання установ з обслуговування коштів місцевих бюджетів відносно розвитку та власних надходжень бюджетних установ. Децентралізовано повноваження у сфері архітектурно-будівельного контролю та удосконалення містобудівного законодавства, органам місцевого самоврядування надано право самостійно визначати містобудівну політику.

Після прийняття низки законів щодо децентралізації повноважень і регулювання земельних відносин громади дістануть право розпоряджатися землями за межами населених пунктів. Верховною Радою України прийнято закони, які надають можливість децентралізувати частину повноважень ЦОВВ щодо надання базових адміністративних послуг: реєстрацію нерухомості, бізнесу, місця проживання особи – передавши їх на рівень громад.

Сьогодні вже готовий законопроект про муніципальну варту, завдяки якому органам місцевого самоврядування буде надано дієвий інструмент наведення порядку на підлеглий території. Муніципальна варта – це структура, яка має стежити за дотриманням правопорядку, опікуватись питаннями благоустрою, незаконних звалищ, місць для паркування тощо. Вона в жодному разі не може займатися кримінальними справами – це виключно компетенція поліції.

Напрацьовують законопроекти, покликані чітко розмежувати повноваження у сфері освіти, охорони здоров'я, дозвілля, соціально-економічного розвитку, інфраструктури між органами місцевого самоврядування та органами виконавчої влади на кожному з територіальних рівнів адміністративно-територіального устрою держави.

Одержані в результаті децентралізації повноваження та ресурси надали органам місцевого самоврядування більше можливостей для розвитку територій, створення сучасної освітньої, медичної, транспортної, житлово-комунальної інфраструктури.

Місцева влада тепер заінтересована в розвитку інвестиційної привабливості своїх територій на благо громади, адже сплачені тут податки підуть на підвищення якості життя мешканців цієї території. Різноманітні дозволи та реєстраційні документи для ведення бізнесу можна буде отримувати на місцях, громади зможуть самостійно залучати інвестиції, сприяючи соціально-економічному розвитку.

Переваги реформи безліч громад відчули вже сьогодні: в їхніх містах, селах і селищах почали приводити до ладу дороги, будувати водогони, ремонтувати медичні та освітні заклади – все те, що десятиліттями перебувало у занепаді.

Реформа дала поштовх до повноцінного розвитку громад, можливість поліпшити життя у кожному населеному пункті та у країні в цілому і дозволяє громадянам – усім, самостійно, господарювати там, де вони живуть.

Добровільне об'єднання територіальних громад протягом 2015–2017 рр. дало значний позитивний результат і зміни на краще. Тому сприяння максимальному подальшому процесу – одне з головних завдань. По всій території України мають бути створені спроможні та дієздатні органи місцевого самоврядування базового рівня – територіальні громади.

Процес добровільного об'єднання територіальних громад створив передумови для трансформації територіального устрою і субрегіонального рівня. Наслідком є те, що на районному рівні одночасно функціонують райдержадміністрація, райрада, виконавчі органи об'єднаних територіальних громад із визначеними законами повноваженнями, переважно дубльованими.

Така ситуація потребує зміни системи органів влади на районному рівні, перерозподілу та розмежування повноважень і ресурсів. Тому наступним важливим кроком подальшої децентралізації є удосконалення територіальної організації влади на субрегіональному рівні. А це потребує подальшої децентралізації повноважень та системного ресурсного забезпечення їх виконання.

Державна політика України у сфері місцевого самоврядування спирається передусім на інтереси жителів територіальних громад і передбачає проведення кардинальних змін та системних реформ, децентралізацію влади, тобто передачу від органів виконавчої влади органам місцевого самоврядування значної частини повноважень, ресурсів та відповідальності. В основу цієї політики закладено положення Європейської хартії місцевого самоврядування та найкращі світові стандарти суспільних відносин у цій сфері.

Необхідність докорінної зміни системи влади та її територіальної основи на всіх рівнях, здійснення реальних кроків до стимулювання розвитку країни, надання гідної відповіді на сучасні виклики потребувало законодавчого забезпечення.

У квітні 2014 р. за ініціативи тодішнього Віце-прем'єр-міністра – Міністра регіонального розвитку, будівництва та ЖКГ України Володимира Гройсмана Уряд схвалив основний концептуальний документ – Концепцію реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади. Після цього був затверджений План заходів щодо її реалізації, які дали старт реформі.

Для реалізації положень Концепції та завдань Плану заходів необхідно було насамперед внести відповідні зміни до Конституції України, а також сформувати пакет нового законодавства.

Зміни до Конституції передусім мали вирішити питання утворення виконавчих органів обласних та районних рад, реорганізації місцевих державних адміністрацій в органи контролю-наглядового типу, дати чітке визначення адміністративно-територіальної одиниці – громади.

Зусиллями вітчизняних фахівців, практиків, науковців, експертів проект змін до Конституції було розроблено та передано на широке публічне обговорення. Важливо, що запропоновані зміни були підтримані суспільством та отримали високу оцінку Венеційської Комісії.

На жаль, певні політичні обставини не дали змоги Верховній Раді України внести подані Президентом України зміни до Конституції щодо децентралізації.

За цей час вже сформований і діє основний пакет нового законодавства, впроваджуються першочергові законодавчі ініціативи. Йдеться про:

– Закони про внесення змін до Бюджетного та Податкового кодексів України. Завдяки цим змінам, місцеві бюджети зросли на 123,4 млрд грн: з 68,6 млрд в 2014 до 192 млрд грн в 2017 році. Частка місцевих бюджетів у зведеному бюджеті України постійно зростає і на кінець 2017 р. наблизилася до 50 % (у 2015 р. – 45,6 %).

– Закон «Про добровільне об'єднання територіальних громад» дав змогу почати формувати спроможний базовий рівень місцевого самоврядування. На кінець 2017 р. створено вже 699 об'єднаних територіальних громад (ОТГ). До складу цих ОТГ увійшли 3264 колишніх місцевих рад. Зараз 6 млн людей проживають в ОТГ. Такі темпи міжмуніципальної консолідації міжнародні експерти називають дуже високими. Закон також запровадив інститут старост в ОТГ, які представляють інтереси сільських мешканців в раді громади. Сьогодні обрано вже понад 600 старост, ще більше 1,7 тисяч осіб виконують обов'язки старост.

– Закон «Про співробітництво територіальних громад». Створив механізм вирішення спільних проблем громад: утилізація та переробка сміття, розвиток спільної інфраструктури тощо). На кінець 2017 р. реалізувалося вже 118 договорів про співробітництво. Цим механізмом скористалися 535 громад.

– Закон «Про засади державної регіональної політики». Державна підтримка регіонального розвитку та розвитку інфраструктури громад за час реформи зросла у 32 рази: з 0,5 млрд в 2014 до 16,1 млрд грн у 2017 році. 21 область прийняла рішення про створення Агенції регіонального розвитку, в усіх областях працюють Центри розвитку місцевого самоврядування, які в тому числі допомагають місцевій владі втілювати регіональні стратегії.

– Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо децентралізації повноважень у сфері архітектурно-будівельного контролю та удосконалення містобудівного законодавства». Нові містобудівні повноваження отримали майже 90 міст та ОТГ.

Пакет законів щодо розширення повноважень органів місцевого самоврядування та оптимізації надання адміністративних послуг. Це дало змогу делегувати органам місцевого самоврядування відповідного

рівня повноваження з надання базових адміністративних послуг: реєстрацію місця проживання, видачу паспортних документів, державну реєстрацію юридичних та фізичних осіб, підприємств, об'єднань громадян, реєстрацію актів цивільного стану, речових прав, вирішення земельних питань тощо.

Нова законодавча база значно посилила мотивацію до міжмуниципальної консолідації в країні, створила належні правові умови та механізми для формування спроможних територіальних громад сіл, селищ, міст, які об'єднують свої зусилля у вирішенні нагальних проблем. Також вже виправдала себе нова модель фінансового забезпечення місцевих бюджетів, які отримали певну автономію і незалежність від центрального бюджету.

Очікується, що 2018 р. стане ключовим у питанні формування базового рівня місцевого самоврядування: до кінця року більшість існуючих малочисельних місцевих рад можуть об'єднатися, а отже, стати спроможними перебрати на себе більшість повноважень, належним чином використовувати ресурси і нести відповідальність за свої дії чи бездіяльність перед людьми та державою. Це створить стійке підґрунтя для наступних кроків реформи місцевого самоврядування, а також сприятиме прискоренню реформ у сфері охорони здоров'я, освіти, соціальних послуг, енергоефективності та інших секторах.

Очікується прийняття таких важливих законів:

– «Про службу в органах місцевого самоврядування» (доопрацьовується у Верховній Раді після пропозицій Президента). Забезпечить рівний доступ до служби в органах місцевого самоврядування, підвищить престижність служби в ОМС, мотивацію місцевих службовців до розвитку громад та власного розвитку.

– «Про засади адміністративно-територіального устрою України» (законопроект готовий до розгляду у Верховній Раді). В рамках чинної Конституції визначає засади, на яких має ґрунтуватися адміністративно-територіальний устрій України, види населених пунктів, систему адміністративно-територіальних одиниць, повноваження органів державної влади та органів місцевого самоврядування з питань адміністративно-територіального устрою, порядок утворення, ліквідації, встановлення і зміни меж адмінтеродиниць та населених пунктів, ведення Державного реєстру адміністративно-територіальних одиниць та населених пунктів України.

Успіхи реформи на першому етапі свідчать, що Україна обрала правильний шлях і треба рухатися ним далі. Зупинятися вже не можна. Але наступним кроком має бути внесення зміни до Конституції щодо децентралізації, які необхідні для подальшого просування реформи та її завершення.

¹ Словник української мови: в 11 т. / ред. колег. І. К. Білодід (голова) та ін. – К.: Наукова думка, 1970–1980. – Т. 1: А-Д [ред. П. Й. Горещкий, А. А. Бурячок, Г. М. Гнатюк, Н. І. Швидка]. – К.: Наукова думка, 1970–1980.

² Центр досліджень Соціальних Комунікацій НБУВ Index Social Communications Research Center CIA3 НЮБ ФПУ : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.nbuviar.gov.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=2853:detsentralizatsiya-v-ukrajini-suchasnij-stan-zakonodavchogo-zabezpechennya-protsepu-reformuvannya&catid=8:golovni-temi&Itemid=350

³ Урядовий портал. Єдиний веб-портал органів виконавчої влади України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.google.com.ua/search?ei=clZ3Wva_N4qisgGGjq7IBA&q=%D0%B4%D0%B5%D1%86%D0%B5%D0%BD%D1%82%D1%80%D0%B0%D0%BB%D1%96%D0%B7%D0%B0%D1%86%D1%96%D1%8F+%D0%B2%D0%BB%D0%B0%D0%B4%D0%B8+%D0%B2+%D1%83%D0%BA%D1%80%D0%B0%D1%97%D0%BD%D1%96&oq=%D0%B4%D0%B5%D1%86%D0%B5%D0%BD%D1%82%D1%80%D0%B0%D0%BB%D1%96%D0%B7%D0%B0%D1%86%D1%96%D1%8F+%&gs_l=psy-ab.1.6.0110.31748.498870268.0.498877029.46.16.1.7.7.0.178.812.7j2.10.0....0...1c.1.64.psy-ab..28.18.962.6..35i39k1j0i131k1j0i67k1j0i10k1.116.JHnwslyS_tw#

Резюме

Егорова В. С. Процес децентралізації влади в Україні.

Статтю присвячено децентралізації влади в Україні, об'єднанню територіальних громад, зростанню власних фінансових можливостей у результаті децентралізації. Аналіз реформування місцевого самоврядування на базовому рівні – об'єднання територіальних громад (ОТГ).

Ключові слова: децентралізація влади, місцеве самоврядування, територіальні громади.

Резюме

Егорова В. С. Процесс децентрализации власти в Украине.

Статья посвящена децентрализации власти в Украине, объединению территориальных громад, повышению собственных финансовых возможностей в результате децентрализации. Анализ реформирования местного самоуправления на базовом уровне – объединение территориальных громад (ОТГ).

Ключевые слова: децентрализации власти, местное самоуправление, территориальные громады.

Summary

Yegorova V. The process of decentralization of power in Ukraine.

The article is devoted to the decentralization of power in Ukraine. Association of territorial communities, increasing their own financial capabilities, as a result of decentralization. An analysis of the reform of local self-government at the basic level – the association of territorial communities (ATC).

Key words: decentralization of power, local government, territorial communities.

З. С. КРАВЦОВА

Зоріна Сергіївна Кравцова, кандидат юридичних наук, асистент кафедри Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**ПОНЯТТЯ І ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА
МЕХАНІЗМУ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ**

У сучасних умовах державотворення та конституційного реформування творення сучасної правової держави потребує оптимальної моделі державного управління, яка має базуватися на ефективному механізмі конституційно-правового регулювання. Відтак, виникає гостра потреба до наукового переосмислення теоретичних основ механізму конституційно-правового регулювання суспільних відносин, оскільки підстави для оцінки такого регулювання не можуть бути сталими, вони час від часу змінюються через вплив різних факторів, особливе місце серед яких посідають суспільні потреби та інтереси.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання розуміння механізму правового регулювання вивчаються вже досить тривалий час. Однак варто зауважити, що категорія «механізм конституційно-правового регулювання» на даний момент належить до числа малодосліджених і неоднозначних у сучасному конституційному праві. Аналіз наукової літератури свідчить, що науково-теоретична основа дослідження вивчена недостатньо. У вітчизняній правовій науці питання галузевого механізму правового регулювання порушувалося неодноразово представниками цивільстики, адміністративного, кримінального, екологічного права та ін. Більшість конституціоналістів, досліджуючи питання щодо механізму конституційно-правового регулювання, зазвичай обмежують своє наукове бачення на конституційному регулюванні тих чи інших суспільних відносин, тим самим залишаючи поза увагою визначення теоретико-правової концепції механізму конституційно-правового регулювання. Ще рідше в науці конституційного права зупиняються на характеристиці юридичних ознак, що дають змогу зрозуміти юридичні властивості механізму конституційно-правового регулювання.

Дослідженню правового регулювання та його механізму завжди приділялася неабияка увага науковців. Основоположне значення для розробки даної проблематики мають праці А. Абрамової, С. Алексєєва, Г. Борисова, Ю. Ведернікова, І. Григор'євої, М. Кельмана, А. Колодія, С. Комарова, В. Копейчикова, М. Кравчука, О. Мурашина, О. Скакун, В. Сухоноса, П. Рабіновича, В. Ткаченка, В. Шабаліна та ін. Дослідженню різних аспектів механізму правового регулювання присвячені праці таких учених, як Ю. Тодика, О. Скакун, В. Федоренко, О. Лютюк, О. Васильченко, С. Нарікова, Л. Морозова, О. Миронов, О. Вітченко, В. Горшенев, Ю. Кривицький, О. Малько, М. Осіпов, В. Шабалін, К. Шундіков, Л. Явіч, О. Бобилев, О. Запорожець, Г. Кичоть, В. Костюк, В. Кравчук, В. Красовська, Н. Кузнецова, Р. Майданик, В. Манько, С. Сарновська, Т. Таранюк та інші.

Метою статті є комплексний аналіз та систематизація науково-теоретичних праць і думок представників різних галузевих наук щодо юридичної категорії «механізм правового регулювання» задля встановлення базових теоретичних конструкцій, що були покладені в основу формування теорії механізму конституційно-правового регулювання, розкриття правової природи та специфічних ознак даного виду механізму правового регулювання.

Правове регулювання у суспільстві є важливою умовою для створення стабільного правопорядку, функціонування державних органів, організацій та установ, які мають забезпечувати охорону та захист прав, свобод і законних інтересів громадян¹.

Будь-яке виникнення нових правовідносин обумовлено встановленням їх особливого правового регулювання. Необхідність визначення окремого механізму правової регламентації спеціальних правовідносин пояснюється тим, що розвиток, ускладнення, комплексний характер суспільних зв'язків та інститутів, застосування нових виробничих і соціальних технологій, світові інтеграційні процеси, кризові явища в процесі нормального господарювання, багато інших факторів визначають важливість, значущість рішень, спрямованих на вибір правового засобу, що використовується для впливу на суспільні відносини².

У літературі з загальної теорії держави і права була висловлена думка про можливість проведення самостійного аналізу механізму регулювання окремої галузі права, оскільки в кожній галузі норми, правовідносини, акти реалізації суб'єктивних прав і обов'язків, будучи пов'язані в єдиний, узгоджено функціонуючий механізм регулювання суспільних відносин, відрізняються своєрідними галузевими рисами³.

Термін «конституційно-правове регулювання» є загальноприйнятим у класичній науковій літературі. Сфера конституційного впливу на суспільні відносини носить всеосяжний і безумовний характер. Конституція є базою правової системи будь-якої держави, закладає і встановлює відправні точки розвитку правового регулювання політичних, економічних, соціальних, духовних, культурних та інших відносин. Аналізуючи зміст чинної Конституції України, неможливо не виявити застарілі й неефективні механізми конституційного регулювання тих чи інших суспільних відносин, вони потребують удосконалення, якісного перезаванта-

ження. Суспільство і право не стоять на місці, вони постійно розвиваються і, як наслідок, виникає необхідність внести корегування в теоретичну конструкцію механізму конституційно-правового регулювання, що склалася, оскільки це, безумовно, накладає відбиток на ефективність функціонування механізму конституційно-правового регулювання суспільних відносин.

Теоретична проблема механізму конституційно-правового регулювання потребує вирішення основних завдань: визначити поняття, його зміст та структурні елементи, з'ясувати його місце та роль в механізмі правового регулювання в цілому, виділити особливості, що дають змогу відмежувати конституційно-правовий механізм від інших галузевих механізмів, виявити фактори, що впливають на його наповнення, виділити й систематизувати стадії, визначити взаємодію механізму конституційно-правового регулювання з іншими правовими явищами і зв'язки залежності в процесі його функціонування.

Розв'язання поставлених завдань науковцями допоможе сформулювати цілісну концепцію механізму конституційно-правового регулювання, яка може стати теоретико-методологічним підґрунтям для подальшої конституційної правотворчості та правозастосовної діяльності з метою нормативно- та організаційно-правового вдосконалення. Вважаємо, що категорія «механізм конституційно-правового регулювання» дає змогу розкрити теоретичні характеристики, правову природу та специфічні ознаки даного виду регулювання, виділити способи та засоби впливу на соціальні відносини, виявити критерії оцінки результативності впливу на регулювання зазначеного механізму.

У зв'язку з цим при аналізі даного поняття вважаємо за необхідне звернутися до теоретичних праць вчених, які досліджували такі загальні категорії, як «механізм», «механізм регулювання», «механізм правового регулювання», «конституційне регулювання».

Спробуємо розкрити розуміння сутності, змісту та характерних особливостей дефініції «механізм» як правової категорії. Очевидно, що поняття механізм як родова наукова абстракція може застосовуватися для характеристики достатньо широкого кола явищ та процесів⁴.

На думку О. Литвинова, термін механізм відіграє в житті людини досить значну роль. Він застосовується практично в усіх сферах життєдіяльності суспільства, але особливо – у сфері суспільних відносин, де, як правило, пов'язується зі здійсненням певного явища, процесу, реалізацією відносин⁵.

Ми підтримуємо позицію О. Єщук, яка зазначає, що фахівцями багатьох галузей знань для визначення взаємодіючих частин цілого застосовується термін «механізм». Він також широко використовується правознавцями на сучасному етапі розвитку юриспруденції⁶.

У вітчизняній правовій науці категорія «механізм» активно використовується для регулювання різних суспільних правовідносин: «механізм держави», «механізм державної влади», «механізм правового впливу», «механізм правового регулювання», «механізм правотворчості», «юридичний механізм управління», «механізм конституційного впливу на акти державно-правового законодавства», «механізм реалізації Конституції, конституційних норм», «механізм реалізації права», «механізм реалізації прав, свобод та обов'язків людини і громадянина», «механізм забезпечення (державою) прав і обов'язків громадян» тощо.

Ю. Тодика вважає: використання категорії «механізм» в юриспруденції пов'язано з усвідомленням того, що недостатньо мати матеріальні норми, розвинену систему законодавства, потрібні й чіткі механізми їх втілення в життя, що повною мірою стосується і конституційно-правової сфери⁷.

Досить вдало, на нашу думку, сформулював бачення сутності правового механізму К. Шундіков, який зазначає, що правовий механізм являє собою необхідний та достатній для досягнення конкретної юридичної цілі системний комплекс юридичних засобів, організованих послідовно і діючих поетапно, відповідно до нормативно заданої схеми (процедури). Зазначене свідчить, що правовий механізм – це певна конструкція, яка передбачає дію послідовно організованих юридичних засобів, які дають можливість досягти конкретну юридичну ціль з дотриманням відповідної процедури. Кожна ланка такого механізму є самостійним комплексом юридичних засобів. Правові механізми притаманні як теорії держави і права, так і різним галузям права. Так, в конституційному праві існує правовий механізм проведення виборів, механізм формування уряду; в кримінально-процесуальному праві – механізм порушення та розгляду кримінальної справи; в цивільно-процесуальному праві – механізм розгляду цивільної справи тощо⁸.

О. Лотюк, аналізуючи правовий механізм, доходить висновку, що число і характеристики компонентів, які становлять правовий механізм, не є постійними величинами і в результаті його функціонування можуть змінюватися. Вивчення статичних станів утворень і структур механізму, які безперервно змінюються, призводить до зменшення обсягу знань про нього як цілісне утворення. Кожному етапу розвитку суспільства і держави відповідає своя система правових стимулів, обумовлена матеріальними і соціально-культурними умовами життя. Зміна матеріальних і соціально-культурних умов життєдіяльності суспільства приводить до модифікації інститутів правового стимулу. Це може виражатися у появі нових видів стимулів, зникненні застарілих, наповненні їх новим змістом, що відображає специфіку державного та суспільного життя⁹.

Поряд з категорією правовий механізм виділяють таку категорію, як механізм правового регулювання. Враховуючи її теоретичну важливість, складність і значення, нашим завданням є визначення і дослідження основних підходів до сутності такого явища, як механізм правового регулювання.

Вперше у юридичній науці було подано до розуміння категорію «механізм правового регулювання» у науковій роботі «Право і законність в період розгорнутого будівництва комунізму» М. Александровим¹⁰. Сама категорія «механізм правового регулювання» виникла в рамках загальної теорії права для відображення руху, функціонування правової форми¹¹.

С. Алексєєв під механізмом правового регулювання визначає взятю у єдності систему правових засобів, за допомогою яких забезпечується регуляторний правовий вплив на суспільні відносини (діяльність їх учасників)¹².

А. Малько визначає механізм правового регулювання як систему правових засобів, організованих найбільш послідовним чином з метою подолання перешкод, що стоять на шляху задоволення інтересів суб'єктів права¹³.

С. Нарикова механізм правового регулювання розглядає як складну, багаторівневу структуру, що проявляється у формі різноманітних юридичних процесів, елементи яких хоча і є вираженням правової статистики, однак не тотожні їй¹⁴.

Механізм правового регулювання допомагає розглядати правову матерію певних галузей, сфер чи секторів суспільних відносин у комплексі, одночасно дає можливість проаналізувати долю кожного правового елемента в забезпеченні спільного результату та залишити за межами аналізованих систем елементи, які привнесені штучно і не забезпечують спільних функцій. Хотілося би зазначити, що категорія механізму правового регулювання була запозичена з механіки, але останнім часом надійно прижилась у теорії юриспруденції¹⁵.

В. Малахов і В. Козаков, вважають, що проблема механізму правового регулювання дуже актуальна і в сучасній правовій науці, оскільки його особливості полягають у тому, що він в єдності охоплює найсуттєвіші елементи правової регламентації поведінки суб'єктів права, пов'язуючи воедино норми, правовідносини і акти реалізації права¹⁶.

Як вказує А. Мильков, важко знайти яку-небудь роботу на правову тему, в якій автор в тому чи іншому контексті не використав би поняття «механізм правового регулювання». Нерідко в такому використанні проглядається отождоження цього поняття з правом або правовою системою¹⁷.

Ю. Арзамасова і Я. Наконечного зазначають про те, що «базове поняття «механізм правового регулювання» стало теоретичною основою, визначено «стартовим майданчиком» для здійснення досліджень механізмів правового регулювання різних галузей та інститутів права і галузей законодавства»¹⁸.

Дослідження механізму правового регулювання як комплексного динамічного явища ускладнено існуванням великої кількості підходів до з'ясування його змісту та сутності, що створює перешкоди для формування узагальнених уявлень про цю складну юридичну категорію. Донині існують складнощі у формуванні єдиного розуміння самого поняття механізму правового регулювання. Це пов'язано з різними підходами до трактування механізму правового регулювання, що висловлюються науковцями.

На основі вищезазначених наукових думок доходимо висновку, що категорія «механізм правового регулювання» є фундаментом, основою для всіх без винятку галузей права.

Особливість конституційно-правового регулювання полягає в тому, що воно має специфічний механізм. Таким чином, варто звернутися до аналізу категорії «механізм конституційно-правового регулювання» за аналогією з механізмом правового регулювання.

Ми погоджуємось з думкою О. Лотюк, яка зазначає що за своєю юридичною природою механізм конституційно-правового регулювання є специфічним, але водночас він є частиною загального механізму правового регулювання, тому йому притаманні ознаки, які характеризують механізм правового регулювання¹⁹.

Таким чином, «механізм конституційно-правового регулювання» є похідним від поняття «механізм правового регулювання», оскільки вони співвідносяться між собою як частина і ціле. Конституційно-правова природа механізму правового регулювання проявляється в тому, що конституційне регулювання служить фундаментом і визначає напрями для подальшого правового регулювання інших галузей права.

В. Колісник під механізмом конституційного регулювання пропонує розуміти систему послідовно організованих юридичних засобів, що доповнюють один одного, за допомогою яких забезпечується упорядкованість суспільних відносин визначального характеру (насамперед відносин владарювання) та досягаються цілі конституційно-правового регулювання. Науковець зазначає, що механізм конституційного регулювання можна розглядати і в контексті різних способів втілення в життя конституційних норм (використання, виконання, дотримання, застосування), і як послідовну зміну певних стадій (етапів) конституційного регулювання²⁰.

Ми підтримуємо думку В. Яроцького, який не погоджується з твердженням про те, що «конституційно-правові норми, що становлять нормативну основу механізму конституційно-правового регулювання, переважно зібрані у межах єдиного нормативно-правового акта (Основного Закону України)... Відповідно досить легко уможливно розмежувати процедурні особливості прийняття конституційних норм та механізм їх дії»²¹.

Доцільно зауважити, що механізм конституційно-правового регулювання діє у будь-якій державі не ізольовано, а в сукупності з іншими елементами правового регулювання: правосвідомістю, правовою психологією, правовою культурою²².

Наголошуємо на тому, що поняття «механізм конституційно-правового регулювання» дає змогу здійснити правовий аналіз конституційної практики регулювання суспільних відносин на найвищому юридичному рівні, визначити його особливості, роль і місце кожного структурного елемента в процесі конституційного регулювання, простежити фактори впливу на суспільні відносини і з'ясувати основні проблеми чинного законодавства на предмет закріплення в ньому зазначеного механізму, що безпосередньо впливають на ефективність реалізації його на практиці.

В. Колісник зазначає, що механізм конституційного регулювання складається з кількох стадій. Їх кількість може бути різною залежно від специфіки певної конституційної норми чи групи взаємопов'язаних конституційних норм, і на кожній із них визначальний регулюючий вплив має певна група юридичних засобів, що в сукупності становлять механізм конституційного регулювання²³.

Таким чином, на основі проведеного аналізу доходимо висновку, що категорія «механізм конституційно-правового регулювання» має самостійну цінність для теорії конституційного права, носить фундаментальний і методологічний характер для галузі права та закономірно визнається класичною для теоретико-правової складової науки. Механізм конституційно-правового регулювання включає в себе найважливіші способи та засоби, за допомогою яких відбувається правовий вплив на суспільні відносини. Особливістю конституційно-правового механізму є його складна і багаторівнева структура.

У сучасних умовах конституційного реформування перед нами стоїть завдання формування ефективного конституційно-правового механізму регулювання й забезпечення суспільних відносин, оскільки аналіз норм Конституції України показує, що в даний час особливості конституційного регулювання потребують переосмислення, адже правові реалії та соціальна практика вносять корективи в теоретичні конструкції, частина яких втратила актуальність.

¹ Красовська В. Г. Механізм правового регулювання як система правових засобів / В. Г. Красовська // Держава і право. Юридичні і політичні науки / Ін-т держави і права НАН України. – К., 2009. – Вип. 43. – С. 81.

² Землянов О. Е. Публично-правовое регулирование: проблема теории и практики : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Олег Евгеньевич Землянов. – Волгоград. – 2011. – С. 3. – 30 с.

³ Морозова Л. А. Конституционное регулирование в СССР / Л. А. Морозова. – М.: Юрид. лит., 1985. – С. 49. – 144 с.

⁴ Шундинов К. В. Правовые механизмы: основы теории / К. В. Шундинов // Государство и право. – 2006. – № 12. – С. 13.

⁵ Литвинов О. М. Соціально-правовий механізм протидії злочинності в Україні : моногр. / Олексій Миколайович Литвинов. – Х. : ХНУВС, 2008. – С. 88. – 446 с.

⁶ Єшук О. М. Механізм адміністративно-правового регулювання / О. М. Єшук // Митна справа (Наукове фахове видання). – 2011. – № 3 (75). – Ч. 2. – С. 264–267.

⁷ Тодыка Ю. М. Конституция Украины – Основной Закон государства и общества: учеб. пособ. / Ю. М. Тодыка. – Х.: Факт, 2001. – С. 337. – 382 с.

⁸ Тарахович Т. І. Механізм дії права, механізм правового регулювання, механізм реалізації права: особливості взаємодії / Т. І. Тарахович // Держава і право. – 2010. – Вип. 50. – С. 12–18.

⁹ Лотюк О. С. Особливості механізму конституційно-правового регулювання громадянського суспільства / О. С. Лотюк // Вісник Вищої ради юстиції. – 2013. – № 1. – С. 92–101.

¹⁰ Александров Н. Г. Право и законность в период развернутого строительства коммунизма : моногр. / Н. Г. Александров. – М., 1961. – С. 35. – 271 с.

¹¹ Абрамова А. А. Эффективность механизма правового регулирования: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / А. А. Абрамова. – Красноярск, 2006. – С. 14. – 206 с.

¹² Алексеев С. С. Общая теория права : Курс: в 2 т. / С. С. Алексеев. – М., 1982. – Т. 2. – С. 310–312.

¹³ Теория государства и права / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. – М.: Юрист, 1997. – С. 625.

¹⁴ Нарикова С. П. Системный подход к исследованию механизма правового регулирования: дисс. ... канд. юрид. наук / С. П. Нарикова. – М., 2006. – 180 с.

¹⁵ Осадчий В. І. Механізм правового регулювання / В. І. Осадчий // Митна справа. – 2013. – № 5 (89). – Ч. 2. – Кн. 2. – С. 336–340.

¹⁶ Теория государства и права / под ред. В. П. Малахова, В. Н. Казакова. – Екатеринбург: Деловая книга, 2002. – С. 135. – 303 с.

¹⁷ Мильков А. В. К вопросу о механизме правового регулирования / А. В. Мильков // Закон. – 2012. – № 3. – С. 147–151.

¹⁸ Арзамасов Ю. Г. Мониторинг в правотворчестве: теория и методология / Ю. Г. Арзамасов, Я. Е. Наконечный. – М.: Изд-во МГТУ, 2009. – С. 163. – 196 с.

¹⁹ Лотюк О. С. Вказана праця. – С. 92–101.

²⁰ Колісник В. Механізм конституційного регулювання та його основні стадії в контексті реалізації виборчого права та формування конституційного ладу / В. Колісник // Вісник Конституційного Суду України. – 2014. – № 5. – С. 44–50.

²¹ Яроцький В. Характеристика основних стадій механізму цивільно-правового регулювання / В. Яроцький // Право України. – 2010. – № 12. – С. 19.

²² Конституційне право зарубіжних країн: підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / А. З. Георгіца ; М-во освіти і науки України, Чернів. нац. ун-т ім. Юрія Федьковича. – Тернопіль : Астон, 2003. – 431 с.

²³ Колісник В. Механізм конституційного регулювання та його основні стадії в контексті реалізації виборчого права та формування конституційного ладу / В. Колісник // Вісник Конституційного Суду України. – 2014. – № 5. – С. 44–50.

Резюме

Кравцова З. С. Поняття і теоретико-методологічна характеристика механізму конституційно-правового регулювання.

Стаття присвячена загальнотеоретичному аналізу поняття «механізм конституційно-правового регулювання». Здійснено комплексний аналіз та систематизацію науково-теоретичних праць і думок представників різних галузевих наук щодо юридичної категорії «механізм правового регулювання» задля встановлення базових теоретичних конструкцій, що були покладені в основу формування теорії механізму конституційно-правового регулювання.

Ключові слова: механізм правового регулювання, конституційно-правове регулювання, механізм конституційно-правового регулювання.

Резюме

Кравцова З. С. Понятие и теоретико-методологическая характеристика механизма конституционно-правового регулирования.

Статья посвящена общетеоретическому анализу понятия «механизм конституционно-правового регулирования». Осуществлены комплексный анализ и систематизация научно-теоретических трудов и мнений представителей различных отраслевых наук по юридической категории «механизм правового регулирования» для установления базовых теоретических конструкций, которые были положены в основу формирования теории механизма конституционно-правового регулирования.

Ключевые слова: механизм правового регулирования, конституционно-правовое регулирование, механизм конституционно-правового регулирования.

Summary

Kravtsova Z. The concept and theoretical and methodological characteristic of the mechanism of constitutional-legal regulation.

The article is devoted to the general theoretical analysis of the concept of the mechanism of constitutional and legal regulation. The complex analysis and systematization of scientific and theoretical works and opinions of representatives of various branch sciences on the legal category of the mechanism of legal regulation for the establishment of the basic theoretical constructions, which were the basis for the formation of the theory of the mechanism of constitutional and legal regulation.

Key words: mechanism of legal regulation, constitutional-legal regulation, mechanism of constitutional-legal regulation.

УДК 342.51; 52; 53

Н. Л. ОМЕЛЬЧЕНКО

Наталія Леонідівна Омельченко, кандидат юридичних наук, доцент, науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ПАРЛАМЕНТАРИЗМ ЯК КОНЦЕПТУАЛЬНА ТА ІНСТИТУЦІЙНА ОСНОВА СУЧАСНОГО ПАРЛАМЕНТСЬКОГО ПРАВА

Одним із фундаментальних понять у сучасній науці конституційного права взагалі та парламентського права зокрема є категорія «парламентаризм» (франц. parlementarisme – парламентська система). Термінологічно, як правильно визначає Ю. С. Шемшученко «парламентаризм» походить від терміна «парламент» і означає систему організації державної влади, яка базується на активній ролі парламенту у здійсненні цієї влади¹. Проте слід зазначити, що парламентаризм є порівняно новою категорією для юридичної науки, яка не отримала єдиного визначення в юридичній літературі і по-різному інтерпретується. Передусім, як підкреслює В. М. Шаповал, це «пов'язано з багатоманітністю парламентської практики в різних країнах як тоді, так і в наші дні». Автор наголошує, що для одних і тих самих цілей вживаються терміни «парламентаризм», «парламентське правління», «парламентський лад», «парламентський режим» та ін. У своєму монографічному дослідженні «Основи теорії парламентаризму» (2015 р.), яке на сьогоднішній день є однією з останніх робіт відповідної проблематики, він правильно робить наголос на тому, що «трактуючи парламентаризм, різні автори фактично розкривають основні характеристики парламентаризму»². Крім того, варто зазначити, що як галузь наукових досліджень парламентаризм поступово виходить за межі політичних і юридичних наук та науки державного управління. Змістом цього інтегративного напрямку стають дослідження теорії, історії і практики парламентаризму як провідної ланки державотворчого процесу; вивчення системи організації міжнародної співпраці у сфері державної влади та державного управління, провідну роль у якій відіграють представницькі колегіальні органи, дослідження їх функцій під час здійснення державної влади тощо³. У зв'язку з цим необхідною умовою дослідження парламентського права є аналіз наукових підходів для розуміння дефініції «парламентаризм» як фундаментальної категорії парламентського права України.

Метою статті є проведення наукового пошуку, виявлення та обґрунтування сутнісних ознак сучасного парламентаризму в контексті формування й розвитку парламентського права України.

Насамперед для більш глибокого проникнення у поняття та сутність парламентаризму варто зробити наголос на історичному контексті, відповідно до якого парламентаризм є історично зумовленим наслідком суспільно-політичного розвитку країн середньовічної Європи. Його формування було пов'язане із становленням сучасної державності цих країн⁴. Адже за винятком Англії, де становлення парламентаризму почалося у XVII ст., такого явища, як парламентаризм, не існувало, хоча вже до того часу кілька століть у ряді країн функціонували станово-представницькі установи, які були предтечею парламентів⁵.

У цей час закладається фундамент доктрини парламентаризму, формується концепція парламентаризму у роботах І. Бентама, Л. Дюгі, А. Есмена, Дж. Локка, Дж. С. Міля, Ш. Монтеск'є, М. Орію та ін. Крім того,

варто зазначити і позиції вітчизняних науковців щодо витоків та становлення українського парламентаризму. У цьому питанні особливої уваги заслуговують праці О. М. Бандурки, М. С. Грушевського, В. М. Дмитрушко, Д. І. Дорошенка, В. Ю. Древалю, Б. О. Кистяківського, О. Л. Копиленка, О. М. Мироненка, В. М. Олуйка, І. Є. Словської, М. В. Шаповала, Ю. С. Шемшученка, С. В. Юшкова та ін. Зокрема, представники однієї групи сучасних дослідників вважали, що витoki парламентаризму беруть свій початок ще до створення першої держави Київської Русі, а саме за часів старослов'янських народів (О. М. Мироненко); друга група доводить, що саме кінець XVIII – початок XX ст. були періодом становлення парламентаризму, набуття ним рис, які повною мірою притаманні сучасному парламентаризмові (Г. С. Журавльова); треті наголошували, що становлення вітчизняного парламентаризму відбулося з появою представницьких інститутів в Австрійській та Російській імперіях середини XIX ст., у складі яких перебували українські землі (О. М. Бандурка, Ю. Д. Древаль). Натомість переважна більшість дослідників, позицію яких підтримуємо і ми, сходяться на думці, що перші паростки зародження парламентаризму (протопарламентаризму) на українських землях з'явилися в епоху розквіту держави Київська Русь (С. Б. Гавриш, І. М. Міщенко), а свою передісторію отримали в добу нетривалого функціонування Центральної Ради. Такі різновекторні погляди свідчать передусім про те, що формування українського парламентаризму відбулося в кілька етапів, які також мають багато спільного зі світовими процесами формування органів народного представництва⁶. Отже, в історичному аспекті парламентаризм визначається як «сукупність поглядів, ідей, практичної діяльності, пов'язаних з реально існуючими законодавчими представницькими структурами – парламентами». У широкому розумінні парламентаризм є науковою категорією, еволюцією міфологічних форм світорозуміння, релігійних ідей та здогадок прадавніх мислителів про особливості організації державної влади до раціональних логічних форм мислення, до ознак теоретичного знання, виникнення політико-правової думки. У вузькому розумінні – як комплекс політико-правових ідей та власне державотворча практика переважно XVII–XVIII ст. ст. (у деяких країнах – у XIX–XX ст. ст.) з чітким розмежування функцій гілок влади з підзвітністю та підконтрольністю громадянському суспільству державних органів, усіх установ та службових осіб⁷. Крім того, парламентаризм розглядається у політологічному контексті, як багатогранний феномен та шкала соціальних цінностей, яку не слід ототожнювати з теорією та практикою функціонування парламенту, тому що наявність останнього не гарантує існування парламентаризму⁸. Зокрема, тут йдеться про номінальні парламенти, а парламентаризм у цьому ключі виступає як політичне вчення.

Разом з тим, в тій чи іншій формі феномен парламентаризму притаманний кожній демократичній країні, незалежно від форми держави і форми правління. Акцентуючи на соціально-культурологічному аспекті в розумінні парламентаризму А. І. Погорелова наголошує, що реальний культурний розвиток парламентаризму можливий лише за ефективної взаємодії держави і суспільства, що вимагає постійної турботи насамперед з боку законодавчої влади про формування повноцінного публічного простору в Україні, розширення доступу громадян до законотворчого процесу⁹.

Безперечно, витoki парламентаризму та парламентів сягають в глибини історії, філософських, соціологічних та культурологічних знань, вчень, проте концептуально задля чіткого уявлення про становлення й розвиток парламентаризму варто звернутися все ж таки до конституційно-правової доктрини як сукупності ustalених та визнаних науковим середовищем ідей, положень, наукових поглядів та теоретичних узагальнень, що в сукупності становлять логічно завершене та внутрішньо узгоджене бачення, розуміння й пояснення сутності, особливостей, головних ознак та закономірностей (або тенденцій) розвитку певного конституційно-правового явища (феномена)¹⁰.

Парламентаризм як суспільно-політичне явище є одним із найвагоміших демократичних надбань цивілізації, безпосередньо пов'язане з визнанням і реалізацією принципів народного суверенітету, пріоритету прав людини, представництвом народу, верховенством парламенту серед органів державної влади. Дедалі частіше в юридичній літературі парламентаризм називають однією з основних цінностей сучасного конституціоналізму.

Зазвичай під парламентаризмом розуміють таку систему організації державної влади, в якій провідну роль відіграє парламент. Схожої позиції дотримуються й автори підручника «Основи вітчизняного парламентаризму» (2011 р.). Так, під парламентаризмом вони розуміють особливу систему державної влади, яка заснована на принципах поділу влади, верховенства закону за провідної ролі парламенту¹¹. Подібний підхід щодо провідної ролі парламенту у змісті категорії «парламентаризм» простежується в роботах М. І. Росенко, на думку якої парламентаризм – «принцип, який має політико-правове значення, соціально-політичне та державно-правове явище, особлива система управління державою, структурно і функціонально засноване на принципах поділу влади, верховенства закону при провідній ролі парламенту в цілях реалізації конституційного закріплення повновладдя народу»¹²; О. О. Реєнта, який вбачає під парламентаризмом такий державний лад, який заснований на верховенстві парламенту в системі органів державної влади, наявності у нього виключних прерогатив і повноважень¹³; П. П. Шляхтуна, який під парламентаризмом розуміє таку форму взаємодії громадянського суспільства і держави, що ґрунтується на визнанні провідної ролі парламенту – загальнонаціонального колегіального представницького органу – у системі організації державної влади¹⁴.

Обґрунтованою і правильною є на сьогодні позиція В. М. Шаповала, який дає визначення сучасного парламентаризму як системи взаємодії суспільства і держави, для якої історично характерними є визнання провідної, а в наш час – особливої і суттєвої ролі загальнонаціонального постійно діючого колегіального представницького органу державної влади – парламенту – в здійсненні державно-владних функцій.

Являє інтерес точка зору В. С. Журавського, який зазначає, що парламентаризм варто розуміти як у широкому, так і вузькому розумінні. Зокрема, у широкому розумінні парламентаризм – це система організації державної влади, яка характеризується вагомою і значною роллю парламенту, передбаченими конституцією можливостями його активного впливу на суспільне життя завдяки наявності демократичних функцій (законодавчої, бюджетної, установчої, контрольної), процедур та механізмів взаємодії з іншими органами державної влади тощо. При цьому автор підкреслює, що у зміст поняття парламентаризму в широкому розумінні входить також сукупність поглядів, ідей, спрямованих на утвердження верховної ролі парламенту в системі організації державної влади. У вузькому розумінні парламентаризм – це система організації і функціонування вищої державної влади, що характеризується поділом законодавчих і виконавчих функцій за зверхності парламенту, наявності у нього виключних прерогатив і повноважень¹⁵. Наведені трактування парламентаризму в цілому не виникають заперечень, проте їх важко розглядати як розкриття концепту сучасного парламентаризму. Адже в умовах сьогодення парламентаризм визначається не верховенством парламенту в системі органів державної влади, а передусім місцем та роллю парламентів, які вони займають у суспільстві й державі та у забезпеченні реалізації взаємодії держави і громадянського суспільства, спроможність ефективно виконувати покладені на нього завдання та функції, бути центральним інститутом демократії, який виражає волю народу і реалізує на практиці народне самоврядування.

Відповідно до викладеного вище варто погодитися з Ю. Г. Барабашом, який зазначає, що «на сучасному етапі державотворення парламентаризм може бути охарактеризований як режим здійснення державної влади, за умов якого парламент є єдиним загальнонаціональним представницьким і законодавчим органом влади, що активно виконує покладені на нього функції з реалізації й захисту інтересів народу, а його рішення мають беззаперечний авторитет серед усіх суб'єктів права, насамперед органів і посадових осіб виконавчої влади»¹⁶. Аналогічний підхід до розкриття концепту парламентаризму у своїх роботах представляє П. П. Пацкан, який під парламентаризмом розуміє систему парламенту та його інституцій, які функціонують в умовах демократичної, правової держави з принципом розподілу влади, системою взаємовідносин парламенту та його інституцій з іншими суб'єктами правовідносин, що має на меті забезпечити повноцінну діяльність парламенту як органу законодавчої влади, насамперед щодо прийняття законів, а також здійснення парламентського контролю за виконанням законів органами державної влади та щодо стану дотримання прав людини в державі¹⁷.

Разом із тим у цьому контексті правильним є визначення сучасного парламентаризму, запропоноване В. Л. Федоренком. Парламентаризм він визначає як особливий конституційно-правовий режим, що забезпечується високим авторитетом парламенту в країні та виявляється в спроможності парламенту ефективно забезпечити народне представництво, своєчасно та якісно здійснювати народне представництво, своєчасно та якісно здійснювати законодавче регулювання всіх сфер життя у суспільстві та державі, утверджувати та гарантувати права і свободи людини, сприяти консолідації нації довкола демократії та верховенства права¹⁸.

Цікавою, але дещо ідеалістичною є позиція Р. Мартинюка, який вважає, що парламентаризм – це «привілей» для країни із розвиненим, політично структурованим громадянським суспільством, заможним середнім класом і розвинутою партійною системою¹⁹.

У результаті системної характеристики парламентаризму у роботах сучасних вчених варто зазначити, що існує поєднання широкого та вузького підходів до дефініції парламентаризму через акценти на такі категорії, як «парламентський лад», «парламентський режим», «система політико-правової організації державної влади», «система парламенту та його інститутів», «суспільно-політичне явище», «багатогранний феномен», «шкала людських цінностей», «принцип», «привілей», «форма взаємодії громадянського суспільства і держави» тощо.

У зв'язку з розкриттям поняття парламентаризму І. Є. Словською як «складної політико-правової категорії, яка опосередковує особливе, пріоритетне місце парламенту в політичній системі та апараті держави, специфічний характер впливу представницького органу на суспільні відносини шляхом реалізації представницьких, законодавчих, установчих, контрольних та інших функцій і повноважень», заслугове на увагу запропонована авторкою система парламентаризму. Так, її становлять не лише організаційні основи (державний лад, що ґрунтується на особливій, пріоритетній ролі парламенту серед інших гілок влади), а й наукові основи (теорія парламентаризму, що включає досягнення вітчизняної та зарубіжної наукової думки). Доповнюють складне політико-правове явище нормативно-правові основи (конституція та законодавство з питань парламентської діяльності), історичні основи (передумови, основні етапи, тенденції еволюціонування парламентаризму), ідеологічні основи (сукупність поглядів, ідей, понять, заснованих на певних наукових і політичних знаннях та уявленнях, які мають за мету вплив на формування і розвиток правової, моральної та політичної культури населення) та основ правової й політичної культури, моральної духовності громадян (легітимність і легальність парламенту в сприйнятті народними масами). При цьому підкреслюється, що «лише взаємозв'язок цих складових породжує парламентаризм»²⁰. Проте така система парламентаризму є неповною, оскільки не включає всі елементи даної системи.

Слід зазначити, що системний характер парламентаризму та законодавчої влади в сучасній Україні, обумовлених її інституціоналізацією взаємозв'язків та взаємозалежностей у механізмі організації і функціонування державної влади та інших інститутів політичної системи суспільства об'єктивно вимагає аналізу еволюції парламентського права та конституційної моделі законодавчої влади, виявлення чинників та умов їх становлення й формування. До того ж реальний парламентаризм виникає не відразу у вигляді цілісної сис-

теми, а спочатку у вигляді певних політико-правових передумов, об'єктивних чинників, які формуються за сприятливих умов. Тому, маючи перед собою певні моделі організації і діяльності Верховної Ради України та її органів, їх взаємовідносин з іншими органами державної влади, насамперед Президентом України, Кабінетом Міністрів України, Конституційним Судом України, які впроваджувалися протягом останніх двадцяти п'яти років, дослідивши злети та кризи парламентаризму та державності в цілому, розглянувши характер стосунків Верховної Ради України і Парламенту України з іншими суб'єктами та інститутами політичної організації суспільства, усвідомлюючи причини трансформації цих взаємовідносин, можна зрозуміти як причини та наслідки різновекторного політико-правового ставлення держави та суспільства до парламентаризму, так і, можливо, особливості сучасної конституційної регламентації статусу Верховної Ради України, її органів, народного депутата України, форм та гарантій їх діяльності, відповідальності і запропонувати деякі магістральні напрями її модернізації.

Це допоможе, по-перше, розглянути еволюцію парламентського права, парламентаризму, законодавчої влади та її конституційної моделі як єдиний процес виникнення, визнання, формування, становлення й розвитку, далекий від монотонності і прямолінійності. По-друге, надасть можливість виділити в загальному русі конституціоналізації інститутів публічної влади, насамперед законодавчої влади, ряд якісно різних етапів з дуже неоднаковими конституційно-правовими та соціально-політичними параметрами. По-третє, незважаючи на те, що розвиток законодавчої влади, у цілому парламентаризму та інститутів парламентського права в суверенній Україні характеризувався доволі різкими змінами парадигм (від консервативної, інституціонально та функціонально закостенілої моделі закріплення Верховної Ради України як вищого органу в ієрархії системи рад, концептуальною основою якої є так званий принцип демократичного централізму, до конституційного визнання принципів парламентаризму та втілення концепції суверенних прав парламенту на самостійне здійснення функцій законодавчої влади), варто оцінювати розвиток законодавчої влади на кожному етапі її генезису як за відповідними йому конституційними та законодавчими нормами, так і станом розвитку доктрини парламентського права та насамперед практики законотворення.

Саме тому особливістю законодавчої влади як відкритої та самостійної системи, яка породжена насамперед демократичними перетвореннями у державі, у силу чого пов'язана з політичною системою суспільства мережею безкінечних прямих та зворотних зв'язків, є циклічно-хвильовий характер його існування та розвитку. Незамкнутість (відкритість) системи сучасного парламентаризму у поєднанні з її універсальною адаптацією та об'ємною, багатогранною сферою прояву парламентського права у сучасному світі значною мірою ускладнюють процес його вивчення. За даних обставин парламентаризм є органічною частиною політичного середовища та втілює в собі всю його багатогранність. Властивість відкритості забезпечує розвиток законодавчої влади як системного явища в умовах, які зумовлюють високий ступінь її життєздатності та керованості, функціональності й відповідальності перед народом. Разом із тим дані моменти відкритості законодавчої влади поєднуються з її нестійкістю в момент розвитку системи як на стадії формування, що, наприклад, пов'язане із характером та протиріччями виборчої системи, яка застосовується при обранні народних депутатів, так і особливостями законодавчого процесу, конституційно-правової відповідальності народних депутатів та парламенту України в цілому тощо.

Такі стани нестійкості, вибору прийнято називати точками біфуркацій. Вони неодмінні у будь-якій ситуації народження нової якості та характеризують межу між новим і старим. Значущість точок біфуркації ще й у тому, що тільки в них можна несиловим, інформаційним способом, тобто навіть найслабкішими впливами, змінювати поведінку системи, впливати на її долю²¹.

Тому, наприклад, якщо вважати законодавчу владу та її єдиний орган – Верховну Раду України правонаступницею Верховної Ради УРСР, про що свідчить еволюційний шлях оновлення чинного у цій сфері конституційного законодавства, то точкою біфуркації у розвитку законодавчої влади, мабуть, і стала ст. 6 Конституції України, згідно з якою державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову, а також ст. 75 Конституції України, яка закріпила, що єдиним органом законодавчої влади в Україні є парламент – Верховна Рада України.

Сьогоднішні тренди у розвитку сучасного парламентаризму багато в чому визначаються глобалізацією та відповідними глобалізаційними процесами. У зв'язку з цим Ю. С. Шемшученко слушно зазначає, що для України «значимість систематичного аналізу глобалізації пояснюється перш за все тим, що наша держава перебуває в процесі входження до глобалізаційного простору, а також відсутністю належного правового механізму, який би забезпечував цей процес». Як складне явище глобалізація залишається розпорошеним та дискусійним поняттям особливо у частині наслідків впливу глобалізаційних процесів, зокрема на парламентаризм. Прикладом таких наслідків є послаблення державного суверенітету та структур держави як передбачень глобалізації (Ульрих Бек); глобалізація взаємопов'язана із детериторизацією як загрозою втрати локальності (наслідком чого є, наприклад, міграційні процеси населення) або глобальною «супратериторіальністю» (транссвітові та транскордонні відносини) (Ян Шолте); створюються нові інтегровані теорії розвитку права, перспективного законопроекування, планування та нормотворення тощо. Все це призводить до пошуків удосконалення діяльності парламенту як органу національного представництва та розвитку парламентаризму у цілому.

Вважаємо, що головними факторами за умов глобального впливу на розвиток сучасного парламентаризму та формування парламентського права в Україні є конкретизація принципів, що детермінують основні напрями розвитку сучасного парламентаризму, сприйняття та ефективного застосування міжнародних стан-

дартів і зарубіжного досвіду щодо специфіки форм та методів здійснення політичної влади у різних країнах на демократичних засадах; статусу парламенту та його місця в умовах конкретної форми правління; впливи різновекторних тенденцій гомогенізації та суверенізації, універсалізації та уніфікації правових норм у законодавчому процесі; розвитку парламентської демократії, аналіз та адаптації цього досвіду до реалій вітчизняного конституційного законодавства, а також проведення конституційної та парламентської реформи, яка спрямована на організацію та діяльність в Україні ефективного парламенту.

¹ Шемшученко Ю. С. Проблеми українського парламентаризму у світлі конституційної реформи в Україні / Ю. С. Шемшученко // Стратегічні пріоритети. – 2008. – № 2. – С. 99.

² Шаповал В. М. Основи теорії парламентаризму: моногр. / В. М. Шаповал. – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 2015. – 136 с. – С. 4.

³ Гошовська В. Специальність «Парламентаризм» у сучасних умовах підготовки керівних кадрів / В. Гошовська // Вісник Національної академії державного управління при Президенті України. – 2012. – Вип. 4. – С. 59–60.

⁴ Шаповал В. М. Парламентаризм і законодавчий процес в Україні. навч. посіб. / В. М. Шаповал, В. І. Борденюк, Г. С. Журавльова. – К.: Вид-во УАДУ, 2000. – 216 с. – С. 8.

⁵ Журавльова Г. Витоки українського парламентаризму / Г. Журавльова // Віче. – 1998. – № 6. – С. 137.

⁶ Парламентаризм та законотворення: вибрані лекції / упоряд. О. Л. Копиленко, Є. Р. Бершеда, Ю. О. Волошин, І. М. Міщак. – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 2017. – 498 с. – С. 169.

⁷ Бандурка О. М. Парламентаризм в Україні: становлення і розвиток / О. М. Бандурка, Ю. Д. Древаль // Університет внутрішніх справ. – Х., 1999. – 288 с.

⁸ Арутюнян Н. Ю. Парламентаризм в трансформації общественно-политической жизни РА: автореф. дисс. ... канд. полит. наук : спец. 23.00.01 / Арутюнян Наира Юрьевна ; Ин-т нац. стратег. исслед. им. Д. Канаяна МО РА. – Ереван, 2013. – 32 с.

⁹ Погорелова А. І. Розвиток культури парламентаризму в Україні / А. І. Погорелова. – К.: Парламентське вид-во, 2012. – 248 с. – С. 8.

¹⁰ Колісник В. П. Поняття конституційно-правової доктрини та формування конституційного ладу / В. П. Колісник // Правова доктрина – основа формування правової системи держави : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 20-річчю НАПрН України та обговоренню п'ятитом. моногр. «Правова доктрина України», Харків, 20–21 листоп. 2013 р. / Нац. акад. прав. наук України. – Х., 2013. – С. 207–210. – С. 208.

¹¹ Основи вітчизняного парламентаризму: підруч. для студ. вищ. навч. закл. : у 2 т. / за заг. ред. В. А. Гошовської ; уклад. : Н. Б. Ларіна та ін. – К. : НАДУ, 2011. – Т. 1. – 408 с.

¹² Росенко М. І. Теоретико-методологічні засади механізмів розвитку парламентаризму в контексті становлення демократичного врядування в Україні: автореф. дис. ... д-ра наук з держ. упр. : 25.00.02 / Росенко Марія Іванівна ; Нац. акад. держ. упр. при Президенті України, Харк. регіон. ін-т держ. упр. – Х., 2012. – 36 с.

¹³ Реєнт О. О. Розвиток парламентаризму в Україні / О. О. Реєнт ; Нац. акад. наук України, Ін-т історії України. – К. : [б.в.], 2005. – 126 с.

¹⁴ Шляхтун П. П. Парламентаризм: Словник-довідник / П. П. Шляхтун. – К.: Парламентське вид-во, 2003. – 151 с. – С. 91.

¹⁵ Журавський В. С. Становлення і розвиток українського парламентаризму (теоретичні та організаційно-правові проблеми) / В. С. Журавський. – К.: Парламентське вид-во, 2002. – 344 с. – С. 105.

¹⁶ Барабаш Ю. Г. Парламентаризм в системі демократичних цінностей сучасного суспільства / Ю. Г. Барабаш // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління і права. – 2004. – № 4. – С. 47–51.

¹⁷ Пацкан В. В. Роль парламентаризму в системі конституційно-правового механізму забезпечення прав і свобод людини: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Валерій Васильович Пацкан ; Ін-т законодавства Верховної Ради України. – К., 2014. – 19 с.

¹⁸ Конституційне право України. В. Л. Федоренко. – С. 320.

¹⁹ Мартинюк Р. Сучасний український парламентаризм: спроба оцінки наявних результатів / Р. Мартинюк // День. – 2008. – № 197. – С. 4.

²⁰ Словська І. Є. Конституційно-правовий статус парламенту – Верховної Ради України : моногр. / І. Є. Словська. – К. : Юрінком Інтер, 2013. – 336 с.

²¹ Синергетическая парадигма. Многообразие поисков и подходов / отв. ред. В. И. Аршинов, В. Г. Буданов, В. Э. Войцехович. – М. : Прогресс-Традиция, 2000. – 536 с.

Резюме

Омельченко Н. Л. Парламентаризм як концептуальна та інституційна основа сучасного парламентського права.

Проаналізовано різні підходи у тлумаченні та розумінні категорії «парламентаризм» в юридичній літературі, що могло визначити зміст та основні властивості парламентаризму. Зазначено, що парламентаризм вживається як юридичний, філософський, політологічний, соціальний та культурологічний феномен. Доведено, що розвиток сучасного парламентаризму багато в чому визначається глобалізацією та відповідними глобалізаційними процесами.

Ключові слова: парламентаризм, парламент, доктрина, глобалізація, парламентське право.

Резюме

Омельченко Н. Л. Парламентаризм как концептуальная и институциональная основа современного парламентского права.

Проанализированы различные подходы в толковании и понимании категории «парламентаризм» в юридической литературе, что позволило определить содержание и основные свойства парламентаризма. Отмечено, что парламентаризм употребляется как юридический, философский, политологический, социальный и культурологический феномен. Доказано, что разви-

тие современного парламентаризма во многом определяется глобализацией и соответствующими глобализационными процессами.

Ключевые слова: парламентаризм, парламент, доктрина, глобализация, парламентское право.

Summary

Omelchenko N. Parliamentary arising as a conceptual and institutional basis of the modern parliamentary right.

Different approaches in the interpretation and understanding of the category "parliamentarism" in the legal literature have been analyzed, which allowed to determine the content and basic properties of parliamentarism. It is noted that parliamentarism is used by the legal, philosophical, political science, social and cultural phenomenon. It is proved that the development of modern parliamentarism is largely determined by globalization and the corresponding globalization processes.

Key words: parliamentarism, parliament, doctrine, globalization, parliamentary law.

УДК 342.7 (479.24)

К. А. РАГИМОВ

Кенан Ахмедаг оглы Рагимов, аспирант Института государства и права им. В. М. Корецкого НАН Украины

ПРАВО ЧЕЛОВЕКА НА ЖИЗНЬ В СИСТЕМЕ НОРМАТИВНЫХ ПРАВОВЫХ АКТОВ АЗЕРБАЙДЖАНСКОЙ РЕСПУБЛИКИ

В современных государствах, позиционирующих себя как правовые, одной из важнейших актуальных задач является обеспечение прав человека, в т.ч. и одного из фундаментальных прав этой категории — права на жизнь.

В Азербайджане основы политики развития прав и свобод человека и их обеспечения были заложены великим общенациональным лидером Гейдаром Алиевым^{1,2}, принимавшим непосредственное участие в разработке первой Конституции независимого Азербайджана и провозгласившего, что «Азербайджанское государство ... считает защиту прав человека своей основной задачей и будет жить и работать над этим принципом»³.

Логическое продолжение постоянно проводимой в Азербайджане системной работы в этом направлении нашло свое воплощение в актах Президента Азербайджанской Республики Ильхама Алиева^{4,5,6}.

Успех реализации государственной политики в сфере формирования механизма правовой защиты, обеспечивающего эффективную защиту прав человека, объективно предопределяет потребность не только в детальном изучении передовых достижений правовой мысли в этой области, но и в практическом их воплощении в национальную законодательную и правоприменительную практики.

Разнообразным аспектам правового регулирования права человека на жизнь в Азербайджанской Республике уделяли свое внимание такие ученые, как А. Абилов⁷, К. Макили-Алиев⁸, А. Мустафаева⁹, Р. Султанов¹⁰ и др. Их исследования преимущественно касались вопросов, связанных с международно-правовым регулированием прав человека и влиянием такого регулирования на национальное законодательство Азербайджана. В то же время, по нашему мнению, вопросы правового регулирования права человека на жизнь в системе нормативных правовых актов Азербайджанской Республики представляют собой нерешенную ранее часть общей проблемы, в связи с чем заслуживают отдельного и пристального внимания.

Целью статьи является исследование правового регулирования права человека на жизнь в системе нормативных правовых актов Азербайджанской Республики, в частности, определение иерархии уровня соответствующих актов, закрепляющих указанное право, и изучение теоретических вопросов относительно возможности его ограничения.

В ст. 148 Конституции Азербайджанской Республики¹¹ (далее – Конституция), принятой на всенародном голосовании (референдуме) 12 ноября 1995 г., определен исчерпывающий перечень нормативных правовых актов, составляющих систему законодательства: 1) Конституция; 2) акты, принятые референдумом; 3) законы; 4) указы; 5) постановления Кабинета Министров Азербайджанской Республики; 6) нормативные акты центральных органов исполнительной власти.

Считаем, что к такому виду нормативных правовых актов, как законы, безусловно, относятся и конституционные законы, принятие которых в силу положений ч. III ст. 7, ч.ч. I, II ст. 93 Конституции находится в исключительной компетенции Милли Меджлиса Азербайджанской Республики, осуществляющего законодательную власть. В пользу такого вывода свидетельствуют, в частности, и некоторые положения Конституционного Закона Азербайджанской Республики «О нормативных правовых актах» от 21 декабря 2010 г. № 21-IVKQ¹² (в редакции Конституционного Закона Азербайджанской Республики от 30 сентября 2016 г. № 304-VKQD¹³). Так, например, ч. 17.1 ст. 17 этого Закона предусмотрено, что в соответствии со ст. 93 Кон-

ституции Азербайджанской Республики нормативные правовые акты Милли Меджлиса Азербайджанской Республики принимаются в форме законов. То есть, по смыслу указанных норм, исходя из критерия формы, понятие «закон» включает в себя и конституционный закон, и кодекс, и, собственно, закон.

Неотъемлемой составной частью системы законодательства Азербайджанской Республики являются международные договоры, участницей которых является Азербайджанская Республика. Согласно положению, предусмотренному ст. 151 Конституции, указанные акты имеют правоприменительный приоритет при возникновении противоречия с нормативными правовыми актами, входящими в систему законодательства Азербайджанской Республики, за исключением Конституции Азербайджанской Республики и актов, принятых путем референдума.

Применительно к праву человека на жизнь отметим, что с учетом положений ст. 12 Конституции обеспечение этого права представляет собой высшую цель государства и применяется это право наряду с другими перечисленными в Конституции правами и свободами человека и гражданина в соответствии с международными договорами, участницей которых является Азербайджанская Республика.

В Нахчыванской Автономной Республике (далее – НАР), которая является автономным государством в составе Азербайджанской Республики (ч. I ст. 134 Конституции), юридическую силу имеют также Конституция и законы НАР, постановления Кабинета Министров НАР. Система законодательства НАР должна соответствовать системе законодательства Азербайджанской Республики.

В аспекте нашего исследования отметим, что, как усматривается из положений ст. 138 Конституции, вопросы правового регулирования права человека на жизнь не относятся к ведению законодательной власти НАР, осуществляемой единственным уполномоченным органом этого автономного государства – Али Меджлисом. Путем принятия законов указанный орган вправе устанавливать общие правила в сфере четко определенного круга вопросов, а именно: выборов в Али Меджлис НАР; налогов; направлений экономического развития НАР; социального обеспечения; охраны окружающей среды; туризма; здравоохранения, науки, культуры.

На уровне Конституции (ч. V ст. 148) закреплено право местных органов исполнительной власти в пределах их полномочий принимать акты нормативного характера, не противоречащие актам, входящим в систему законодательства.

Как следует из положений ч. I ст. 27, ч. I ст. 69 Конституции, в контексте правовой связи лица с государством право на жизнь никоим образом не связано с наличием гражданства и является равным и всеобщим, поскольку гарантируется каждому. Кроме того, находящиеся в Азербайджанской Республике иностранцы и лица без гражданства могут пользоваться всеми правами наравне с гражданами Республики, если иное не предусмотрено законом или международным договором, участницей которого является Азербайджанская Республика. Отметим, что относительно права человека на жизнь никаких особенностей, оговорок или исключений ни национальное законодательство, ни упомянутые выше международные договоры не предусматривают. Следует подчеркнуть, что законодатель допускает потенциальную возможность ограничения прав и свобод иностранцев и лиц без гражданства, которые на постоянной основе проживают или же временно пребывают на территории Республики, при условии соответствия такого ограничения нормам международного права и законам Азербайджанской Республики (ч. II ст. 69 Конституции).

В целом возможность ограничения прав и свобод человека связана с необходимостью жесткого и безусловного соответствия требованиям, предусмотренным ч. III ст. 25, ч.ч. II–III ст. 71 Конституции, ст. 3 Конституционного Закона Азербайджанской Республики «О регулировании осуществления прав и свобод человека в Азербайджанской Республике» от 24 декабря 2002 г. № 404-ПКГ¹⁴. В качестве таких требований законодатель определил:

- общий запрет дискриминационного ограничения прав и свобод человека – по признакам расовой, этнической, религиозной, языковой принадлежности, пола, происхождения, убеждений, политической и социальной принадлежности;
- вид прав и свобод человека, относительно которых допускается потенциальная возможность ограничения, – предусмотренные Конституцией Азербайджанской Республики и международными договорами, участником которых является Азербайджанская Республика;
- единственный субъект, уполномоченный вводить ограничения – государство (в противовес предусмотренному в ч. II ст. 71 Конституции понятию «никто», т.е. никакие иные юридические и физические лица);
- уровень закрепления оснований ограничения – Конституция и законы Азербайджанской Республики;
- самостоятельное основание ограничений – права и свободы других, гарантирование осуществления и защиты прав и свобод других людей;
- исчерпывающий перечень состояний, при объявлении которых возможно введение ограничений – война, военное и чрезвычайное положение, а также мобилизация;
- пределы и срок ограничений – права и свободы могут быть ограничены только частично и только временно;
- примат международного права – допустимость введения ограничений прав и свобод неразрывно связана с необходимостью соответствия международным обязательствам Азербайджанской Республики, что, в свою очередь, является неперенным и обязательным условием ограничений;
- предварительное информационное сопровождение процесса – о предмете ограничения население должно быть извещено заблаговременно;

– вид нормативного правового акта, содержащего ограничения, – права и свободы человека могут быть ограничены исключительно законом;

– определенность ограничений – в законе, которым ограничиваются права и свободы человека, подлежат указанию ограничивающиеся право или свобода и, наряду с этим, соответствующая статья Конституции Азербайджанской Республики;

– сохранность и неизменность сути – при введении ограничений, вводимых в отношении прав и свобод человека, суть последних должна оставаться неизменной;

– целевая направленность ограничений – они должны быть подчинены достижению законной цели, которая предусмотрена Конституцией Азербайджанской Республики (например: социальная справедливость, рациональное использования земель (ч. VI ст. 29 Конституции); предотвращение преступления или выявление истины при расследовании уголовного дела (ч. IV ст. 32 Конституции)) и указанным выше Конституционным Законом (ч. 3.6 ст. 3): интересы государственной безопасности; защита здоровья и нравственности, прав и свобод других лиц; предотвращение преступления; предотвращение беспорядков; защита общественной безопасности; обеспечение общественного порядка; интересы экономического благосостояния страны; обеспечение интересов территориальной целостности государства; защита авторитета или прав других лиц; предотвращение обнародования информации, полученной в секретном порядке; обеспечение авторитета и непредвзятости суда; защита здоровья или нравственности либо прав и свобод других лиц;

– соразмерность – ограничения должны быть соизмеримы с преследуемой целью (представляется, что это должно соответствовать таким критериям, как, в частности, пропорциональность ожидаемому государством результату, подчинение интересам народа Азербайджана, разумность, своевременность, достаточность, оптимальное соотношение).

Однако, несмотря на указанный выше обширный спектр требований и целей, касающихся ограничения прав и свобод человека, в условиях общего режима правового регулирования право на жизнь находится вне пределов возможности его ограничения.

Так, согласно ч. 1.1 ст. 1, ст. 2 Конституционного Закона Азербайджанской Республики «О регулировании осуществления прав и свобод человека в Азербайджанской Республике» от 24 декабря 2002 г. № 404-ПКГ¹⁵, принятого в целях приведения осуществления прав и свобод человека в Республике в соответствие с Конвенцией «О защите прав человека и основных свобод»¹⁶, ни одно положение Конституции Азербайджанской Республики и указанного Закона не может истолковываться или пониматься государственными органами, организациями или отдельными лицами как положение, создающее правовую основу для деятельности или действий, направленных на ликвидацию прав и свобод человека и гражданина или ограничение их в большей степени, чем предусмотрено Конституцией и этим Законом. Предусмотренное ст. 27 Конституции право человека на жизнь (за исключением случаев смерти, произошедших в результате правомерного ведения войны), наряду с такими правами, как право на свободу (ч. I ст. 28), право на не подвержение пыткам и истязаниям, унижающему человеческое достоинство обращению или наказанию, не проведение над человеком без его добровольного согласия медицинских, научных и других опытов (ч. III ст. 46), право на презумпцию невиновности (ст. 63), право на недопущение повторного осуждения за одно и то же преступление (ст. 64), право на невозможность несения ответственности за деяние, которое в момент совершения не признавалось правонарушением, право на применение принятого после совершения правонарушения нового закона, которым ответственность за такие действия устранена или смягчена (ч. VIII ст. 71), относится к группе конституционных прав человека, ограничение которых запрещено и в отношении которых не могут определяться оговорки.

Как усматривается из положений ст. 155 Конституции, в государстве на наивысшем нормативно-правовом уровне – на уровне Конституции – закреплено безусловное ограничение возможности вынесения на референдум предложений, касающихся упразднения права человека на жизнь или об ограничении этого права в большей мере, чем это предусмотрено в международных договорах, участницей которых является Азербайджанская Республика.

По нашему убеждению, учитывая, что в силу положений п. 1 ч. II ст. 3, ст. 152 Конституции принятие изменений в ее тексте возможно только путем референдума, указанное ограничение является надежной и непоколебимой гарантией незыблемости нормативного закрепления права человека на жизнь и невозможности умаления существующих стандартов законодательного регулирования этого права.

Дополнительной гарантией является верховенство Конституции – предусмотрев на случай расхождения закона, указа или иного нормативного правового акта с актом референдума действие акта референдума, законодатель Азербайджанской Республики определил, что в случае расхождения акта, принятого на референдуме, закона, указа или иного нормативного правового акта с Конституцией Азербайджанской Республики действует Конституция Азербайджанской Республики (ч.ч. 2.3, 2.4 ст. 2 Конституционного Закона Азербайджанской Республики «О нормативных правовых актах» от 21 декабря 2010 г. № 21-IVKQ¹⁷ (в редакции Конституционного Закона Азербайджанской Республики от 30 сентября 2016 г. № 304-VKQD¹⁸)).

С учетом изложенного выше считаем возможным сделать следующие выводы относительно правового регулирования права человека на жизнь в Азербайджанской Республике:

1. Нормативными правовыми актами, регулируемыми это право, являются: Конституция Азербайджанской Республики; акты, принятые референдумом (в частности, указанная Конституция); принятые Милли Меджлисом Азербайджанской Республики законы (конституционные законы, кодексы, законы); как

неотъемлемая составная часть системы законодательства Азербайджанской Республики – международные договоры, участницей которых является Азербайджанская Республика.

2. Вопросы правового регулирования права человека на жизнь не относятся к непосредственным полномочиям Президента, Кабинета Министров, центральных органов исполнительной власти, Али Меджлиса и иных государственных органов Нахчыванской Автономной Республики, местных органов исполнительной власти (в аспекте права последних принимать в пределах своих полномочий акты нормативного характера, не противоречащие актам, входящим в систему законодательства).

3. В условиях общего режима правового регулирования право на жизнь находится вне пределов возможности его ограничения.

Считаем перспективным в направлении нашего исследования дальнейшее изучение предусмотренных ч. II ст. 27 Конституции Азербайджанской Республики исключений относительно неприкосновенности права любого лица на жизнь (уничтожение вражеских солдат во время вооруженного нападения на государство, применение смертной казни на основании вступившего в законную силу приговора суда, предусмотренные законом другие случаи).

¹ О мерах в области обеспечения прав и свобод человека и гражданина : Указ Президента Азербайджанской Республики от 22 февраля 1998 г. № 678 : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.zewo.ru/decrees/pr/0678.html>

² Об утверждении Государственной программы по защите прав человека : Распоряжение Президента Азербайджанской Республики от 18 июня 1998 г. № 832 : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://legalacts.az/ru/document/1803/27793>

³ *Рзаев Р.* Документ, который воплощает идею в реальность / Рамиз Рзаев : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://supremecourt.gov.az/post/view/228>

⁴ О модернизации судебной системы в Азербайджанской Республике и применении Закона Азербайджанской Республики «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Азербайджанской Республики» : Указ Президента Азербайджанской Республики от 19 января 2006 г. № 352 (п. 6) : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=10374

⁵ Об утверждении Национального плана деятельности по защите прав человека в Азербайджанской Республике : Распоряжение Президента Азербайджанской Республики от 28 декабря 2006 г. № 1880 : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://www.migration.gov.az/images/pdf/b0f31862c70b31f1472dcde291cb5254.pdf>

⁶ Распоряжение Президента Азербайджанской Республики об утверждении Национальной программы действий по повышению эффективности защиты прав и свобод человека в Азербайджанской Республике от 27 декабря 2011 г. : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://ru.president.az/articles/4089>

⁷ *Абилов А.* Права человека в международном праве и конституционном праве стран-членов СНГ (на примере Конституции Азербайджанской Республики) / Атахан Вели оглы Абилов. – Баку: Изд-во «ЭЛМ», 1999. – 116 с.

⁸ *Макили-Алиев К.* Влияние международного права прав человека на национальные отрасли конституционного права / Камал Намик оглу Макили-Алиев. – Кишинэу: Б.и., 2012. – 562 с.

⁹ *Мустафаева А.* Защита гражданского населения в период вооруженных конфликтов в международном гуманитарном праве и законодательстве Азербайджанской Республики / Айтен Мустафаева // Институт по правам человека Национальной Академии Наук Азербайджана. – Баку: Nurlar, 2008. – 166 с.

¹⁰ Там же.

¹¹ Конституция Азербайджанской Республики, принята на всенародном голосовании (референдуме) 12 ноября 1995 года (с изменениями, принятыми на всенародном голосовании (референдуме): 24 августа 2002 года; 18 марта 2009 года; 26 сентября 2016 года) : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://ru.president.az/azerbaijan/constitution>

¹² О нормативных правовых актах : Конституционный Закон Азербайджанской Республики от 21 декабря 2010 г. № 21-IVKQ (в редакции Конституционного Закона Азербайджанской Республики от 30 сентября 2016 г. № 304-VKQD) // Газета «Азербайджан». – 2011. – 17 февр. – № 37.

¹³ О внесении изменений в Конституционный Закон Азербайджанской Республики «О нормативных правовых актах» : Конституционный Закон Азербайджанской Республики от 30 сентября 2016 г. № 304-VKQD // Собрание законодательства Азербайджанской Республики. – 2016. – № 10 (232). – Ст. 1600.

¹⁴ О регулировании осуществления прав и свобод человека в Азербайджанской Республике : Конституционный Закон Азербайджанской Республики от 24 декабря 2002 г. № 404-ПКГ : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.mecelis.gov.az/?ru/topcontent/84>

¹⁵ Там же.

¹⁶ Конвенция «О защите прав человека и основных свобод» (г. Рим, 4 ноября 1950 г.) : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_RUS.pdf

¹⁷ Там же.

¹⁸ Там же.

Резюме

Рагімов К. А. Право людини на життя в системі нормативних правових актів Азербайджанської Республіки.

Стаття присвячена дослідженню правового регулювання права людини на життя в системі нормативних правових актів Азербайджанської Республіки в аспекті визначення ієрархії рівня відповідних актів, що закріплюють вказане право, і вивчення теоретичних питань щодо можливості його обмеження.

Ключові слова: право людини на життя, Конституція Азербайджанської Республіки, обмеження права, система нормативних правових актів, Міллі Меджліс Азербайджанської Республіки.

Резюме

Рагимов К. А. Право человека на жизнь в системе нормативных правовых актов Азербайджанской Республики.

Статья посвящена исследованию правового регулирования права человека на жизнь в системе нормативных правовых актов Азербайджанской Республики в аспекте определения иерархии уровня соответствующих актов, закрепляющих указанное право, и изучения теоретических вопросов относительно возможности его ограничения.

Ключевые слова: право человека на жизнь, Конституция Азербайджанской Республики, ограничение права, система нормативных правовых актов, Милли Меджлис Азербайджанской Республики.

Summary

Ragimov K. The human right to life in the system of legal acts of the Republic of Azerbaijan.

The article is devoted to legal regulation of the right to life in the system of legal acts of the Republic of Azerbaijan in the aspect of determining the hierarchy level of the relevant acts fixing the right, and explore theoretical questions about possible limitations.

Key words: the human right to life, the Constitution of the Republic of Azerbaijan, limitation of rights, the system of legal acts of the Milli Majlis of the Republic of Azerbaijan.

УДК 342.7

О. О. СПОДИНСЬКИЙ

Олександр Олександрович Сподинський, аспірант Національної академії внутрішніх справ

**ПРОБЛЕМА ПОДВІЙНОГО ГРОМАДЯНСТВА В УКРАЇНІ:
ШЛЯХИ ЇЇ ВИРІШЕННЯ**

Громадянство є виявом суверенітету, демократії та дотримання прав і свобод людини кожної держави світу. Відповідно до того, як будуть врегульовуватись питання громадянства в країні, залежить її подальший розвиток, оскільки фізична особа перебуває в постійному політико-правовому зв'язку з державою, згідно з цим на неї покладаються певні права та обов'язки.

Окремо зазначимо, що окремі питання подвійного та множинного громадянства досліджувалися на рівні таких дисертаційних робіт: Журавка О.В. «Міжнародно-правова характеристика інституту громадянства» (1999), Шкумбатюк К.Л. «Державна політика України у сфері громадянства в контексті європейської інтеграції» (2004), Бедрія Р. Б. «Громадянство України: конституційно-правові основи» (2005), Суржинського М. І. «Громадянство України як конституційно-правовий інститут» (2009), Подими Я. В. «Конституційно-правові принципи громадянства України» (2010), Великоречанін П. О. «Множинне громадянство: конституційно-правове дослідження» (2015), Кулабахова О. В. «Інститут громадянства Європейського Союзу (загальнотеоретичне дослідження)» (2016).

Саме тому однією з провідних тенденцій розвитку сучасного конституційного права є посилення інтеграційних процесів, що спонукає до порівняльно-правових досліджень взаємовідносин між державою і особою. Сюди належать і питання громадянства. Це зумовлено тим, що сфера взаємовідносин «особа – держава» завжди займає центральне місце серед всіх інших правових питань, урегулювання яких значною мірою впливає на інші сфери державно-суспільного життя¹.

Громадянство України – це стійкій, необмежений у просторі правовий зв'язок фізичної особи з Українською державою, заснований на юридичному визнанні державою цієї особи громадянином України, внаслідок чого особа й держава набувають взаємних прав і обов'язків в обсязі, передбаченому Конституцією та законами України².

Слід зазначити, що окремою ознакою зв'язку громадянства є його просторова стійкість, яка проявляється у тому, що громадянство не переривається, не припиняється при перебуванні громадянина за кордонами нашої держави або ж на території інших держав. Такі обставини не позбавляють особу громадянства, не припиняють його, не змінюють правомочності громадянина, вони не зникають та юридично не змінюються. Водночас вони змінюють його фактичні можливості, зокрема, з одного боку, вони звужуються, оскільки особа не може повноцінно користуватись усім колом прав громадянина своєї країни, що зумовлено самим перебуванням не на території держави громадянства, з іншого боку, активізуються ті правомочності громадянина, які не можуть бути активними під час перебування особи на території держави громадянства.

Ми поділяємо думку, що становлення інституту громадянства нерозривно пов'язано з формуванням новітньої української державності. Паралельно відбувається і розвиток множинного громадянства, що не можна не враховувати як конституційно-правові реалії сучасної України³.

Беручи до уваги сучасні тенденції розвитку України як правової держави в контексті набуття та припинення фізичними особами громадянства нашої держави, гостро постає проблема вирішення подвійного громадянства в Україні, шляхів виявлення вказаного факту та подальшого його вирішення.

Найвищий нормативно-правовий акт нашої держави – Конституція України, зазначає: «В Україні існує єдине громадянство. Підстави набуття і припинення громадянства України визначаються законом»⁴.

З моменту прийняття Конституції України встановлення принципу єдиного громадянства в Україні зумовлює однакове розуміння кожною людиною своєї причетності до долі незалежної держави – України. Важливим є те, що зникло підґрунтя політичних і юридичних колізій, які існують у тих державах, де конституціями і законами визнається інститут подвійного громадянства, наприклад США, Канада, Іспанія, Швейцарія та ін. Такий інститут породжує дуже велику кількість суперечностей, законодавчих неузгоджень внаслідок неоднакового обсягу прав і свобод, якими біпатриди (тобто особи з подвійним громадянством) можуть реально користуватися за місцем мешкання, і тими, за яким вони мають право отримувати захист відповідно до правопорядку, що діє на їхній етнічній батьківщині, громадянами якої вони також визнаються. Керуючись такими принципами, у практиці міждержавних відносин склалась тенденція уникати застосування інституту подвійного громадянства, а користуватися ним тільки на основі двосторонніх угод⁵.

Відповідно до цього в Законі України «Про громадянство» у п. 1 ст. 19 визначено одну з підстав втрати громадянства України, а саме: добровільне набуття громадянином України громадянства іншої держави, якщо на момент такого набуття він досяг повноліття⁶. Вказана підстава і зумовлює принцип єдиного громадянства в Україні, метою якого є уникнення біпатризму в державі.

Хоча Європейська Конвенція про громадянство 1997 р. вимагає від держав гарантувати набуття дітьми громадянства обох з батьків і легітимує, таким чином, головну причину виникнення множинного громадянства. Стаття 15 особливо підкреслює, що Конвенція не обмежує право країн, які приєдналися, дозволяти чи запобігати громадянству в інших випадках і відбиває той факт, що множинне громадянство є допущеним в ряді держав Європи, в той час як інші намагаються його уникнути.

Проте на даний час в Україні існує проблема щодо виявлення випадків подвійного громадянства, адже на сьогодні в нашій державі немає чіткого законодавчо врегульованого механізму виявлення вказаних випадків.

Як приклад, можна навести інформацію з прикордонних районів нашої країни, зокрема тих, які межують з такими країнами, як Молдова, Румунія та Угорщина, де за неофіційними даними більше половини громадян України є біпатридами, тобто особами з подвійним громадянством, які крім українського громадянства використовують громадянство тієї країни, з якою межує територія України.

Все це зумовлює політичну, соціальну та економічну напруженість в нашій державі, адже люди, які перебувають у вказаному правовому статусі, неповною мірою здатні усвідомлювати свої обов'язки як громадянина України, оскільки дана особа у разі виникнення будь-якого виду державної нестабільності може в будь-який момент переїхати через кордон та стверджувати, що будь-якого відношення до України не має, оскільки є громадянином іншої держави.

Саме тому шляхи виявлення та вирішення проблеми подвійного громадянства в Україні набувають особливого важливого значення, і це стосується не лише тих осіб, які проживають в прикордонних районах держави, а й осіб, які перебувають на територіях тимчасово не підконтрольних нашій державі, зокрема самопроголошених: Луганській Народній Республіці та Донецькій Народній Республіці. Адже особи, які виявили бажання залишитися на вказаних територіях, набули громадянства самопроголошених республік та також є біпатридами, але в свою чергу користуються правами як України, так і правами іншого отриманого громадянства. У зв'язку з цим постає питання позбавлення громадянства України таких осіб за здійснення підривної діяльності проти основ національної безпеки України, тобто непряме пособництво сепаратизму та тероризму. Адже люди, які вчиняють вказані дії, хоч і не прямим чином, проте опосередковано надають допомогу у здійсненні вказаної діяльності, адже згідні з тією політичною та правовою політикою, яка відбувається на території їхнього місця проживання.

На сьогодні законодавство України щодо громадянства необхідно змінювати. Воно повинно мати на меті скорочення випадків біпатризму (подвійного громадянства). Зокрема, нашою державою було укладено численні міжнародні договори з цього приводу. Одним із прикладів є Договір між Україною та Республікою Узбекистан про запобігання виникненню випадків подвійного громадянства, підписаний 15 грудня 1996 р. та ратифікований 13 липня 1999 року⁷.

У ст. 2 Закону України «Про громадянство України» записано: «Якщо громадянин України набув громадянство (підданство) іншої держави або держав, то у правових відносинах з Україною він визнається лише громадянином України. Якщо іноземець набув громадянство України, то у правових відносинах з Україною він визнається лише громадянином України».

Проте не слід це розцінювати як заборону подвійного громадянства, оскільки втрата громадянства України відбувається не автоматично з набуттям громадянства іншої держави, а виключно з дня видачі Указу Президента України про припинення громадянства щодо певної особи. Навіть якщо громадянин України набув громадянство іншої держави або держав, то не позбавляється при цьому українського громадянства і в правових відносинах з Україною надалі визнається лише громадянином України.

Отже, наявність за громадянином України подвійного громадянства не визнається. Особа, що має подвійне громадянство, перебуваючи на території однієї з держав, у громадянстві якої вона перебуває, як правило, не може посилатися на свої зобов'язання стосовно іншої держави. Кожна держава, у громадянстві якої перебуває біпатрид, має право вважати його своїм громадянином і вимагати від нього виконання відповідних обов'язків⁸.

Для нас є очевидним те, що Україні необхідно терміново розробити і впровадити дієвий механізм щодо виявлення та вирішення питання подвійного громадянства, використовуючи світову та загальноєвропейську практику у вирішенні вказаної проблеми. Одним із шляхів цього є закріплення в Україні на законодавчому рівні інституту позбавлення громадянства особи або ж його втрати.

Щодо втрати громадянства – це припинення громадянства за чітко визначеними в законі підставами, що відповідають загально визнаним правам і свободам людини у демократичному суспільстві.

З приводу «позбавлення громадянства» зазначимо, що цей термін має два значення: перше – безпідставне позбавлення громадянства, яке несумісне із сучасним уявленням про правову, демократичну державу, а друге – позбавлення громадянства за чітко визначеними в законі підставами, які відповідають загально визнаним правам і свободам людини в демократичному суспільстві, тобто втрата громадянства за законом⁹.

Відповідно до міжнародних нормативно-правових актів, зокрема Загальної декларації прав людини (п. 2 ст. 15) та Європейської конвенції про громадянство (п. с) ст. 4), заборона позбавлення громадянства не є абсолютною, забороняється тільки безпідставне позбавлення громадянства.

Під забороною позбавлення громадянства, закріпленого в ч. 1 ст. 25 Конституції України, розуміють виключно заборону безпідставного (довільного) позбавлення громадянства.

У 2016 р. Національні збори Франції конституційно узаконили позбавлення громадянства засуджених за тероризм.

Запровадження системи позбавлення громадянства або прав, пов'язаних з громадянством, відтепер застосовується до всіх французьких громадян, незалежно від того, французьке або натуралізоване, чи одно-, дво- та багатонаціональні. Раніше це було можливо лише щодо засуджених, які мали подвійне громадянство і при цьому французький паспорт вони отримали не за народженням.

Згідно з висновком Європейської комісії за демократію через право «Венеціанська комісія» щодо згаданих поправок, внесених до Конституції Франції, введення системи позбавлення громадянства чи прав, що надаються громадянством, саме по собі не порушує міжнародних стандартів. При цьому у висновку також містилася рекомендація, щоб у Конституції Франції було зазначено, що позбавлення громадянства – це «додаткове покарання», яке, відповідно, має застосовуватися у кримінальних справах на індивідуальній основі в результаті справедливого судового розгляду¹⁰.

Окрім цього, в п. 4 ст. 21 Закону Республіки Узбекистан «Про громадянство Республіки Узбекистан» зазначено, що особа втрачає громадянство Узбекистану в разі, якщо ця особа спричинила значну шкоду інтересам суспільства чи держави, займалась діяльністю на користь іншої держави або вчинила злочини проти миру та безпеки¹¹.

Також, як правовий прецедент, можемо навести рішення Європейського Суду з прав людини від 21 червня 2016 р. щодо справи № 76136/12 «Рамадан проти Мальти», де пана Л. Рамадана було примусово позбавлено мальтійського громадянства¹². ЄСПЛ постановив у справі, що позбавлення людини громадянства не є порушенням Європейської конвенції з прав людини. Таким чином, рішення у цій справі «стало першою справою ЄСПЛ стосовно позбавлення громадянства».

Отже, за результатом аналізу законодавства окремих країни, рішень авторитетних міжнародних інституцій ми дійшли висновку, що інститут позбавлення громадянства в Україні повинен бути впроваджений у правове життя України, оскільки подвійне громадянство порушує оптимальний зв'язок між людиною та державою, призводить до нечіткості та суперечностей у визначенні правового статусу осіб із подвійним громадянством та до конфліктів у міждержавних відносинах. У зв'язку із чим наша держава за допомогою внутрішньодержавних, а також міжнародно-правових засобів повинна унеможливити факт отримання подвійного громадянства громадянами України, спираючись на те, що це призводить до негативних правових наслідків та загрози цілісності й національній безпеці нашої держави.

Тому наявність єдиного громадянства в Україні є запорукою існування міцного правового зв'язку людини з державою, що зумовлено сукупністю їх взаємних прав, обов'язків і відповідальності. Такий зв'язок ґрунтується на визначеній державою наявності в людини, яка проживає в Україні, основних прав і свобод, гарантує повагу до гідності громадянина, що регулюється законом відповідно до міжнародно-правових актів.

¹ Суржинський М. І. Поняття громадянства та конституційне регулювання його основних засад у пострадянських державах (порівняльний аналіз) / М. І. Суржинський // Часопис Київського університету права. – 2013. – № 3. – С. 93.

² Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. – К.: Укр. енцикл., 1998. – Т. 1: А–Г. – С. 73.

³ Великоречанін П. О. Множинне громадянство: конституційно-правове дослідження: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / П. О. Великоречанін; Національний університет «Одеська юридична академія». – Одеса, 2015. – С. 1.

⁴ Конституція України: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

⁵ Толкачова І. Конституційний принцип єдиного громадянства / І. Толкачова // Юридичний журнал «Право України». – 2009. – № 9. – С. 196–197.

⁶ Про громадянство: Закон України від 18 січня 2001 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2235-14>

⁷ Науково-практичний коментар Закону України «Про громадянство України». – К., 2002. – 251 с.

⁸ Бусол О. Подвійне громадянство / О. Бусол : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://nbuviar.gov.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=1453:gromadyanstvo&catid=8&Itemid=350

⁹ Суржинський М. І. Громадянство України як конституційно-правовий інститут : автореф. дис. ...канд. юрид. наук / М. І. Суржинський; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2009. – С. 11.

¹⁰ Venice Commission: improve the framework of the constitutional reform in France in order to comply fully with European standards : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=DC-Pr046\(2016\)&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=DC&BackColorInternet=F5CA75&BackColorIntranet=F5CA75&BackColorLogged=A9BACE&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=DC-Pr046(2016)&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=DC&BackColorInternet=F5CA75&BackColorIntranet=F5CA75&BackColorLogged=A9BACE&direct=true)

¹¹ О гражданстве республики Узбекистан : Закон Республики Узбекистан от 2 июля 1992 г. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://lex.uz/pages/GetAct.aspx?lact_id=4880

¹² Рішення Європейського Суду з прав людини від 21 червня 2016 р. щодо справи № 76136/12 «Рамадан проти Мальти» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2276136/12%22%5D,%22itemid%22:%5B%22002-11223%22%5D%7D>

Резюме

Сподинський О. О. Проблема подвійного громадянства в Україні: шляхи її вирішення.

У статті розглядається поняття громадянства, аналізується процес становлення подвійного громадянства, розкриваються останні світові тенденції щодо запровадження інституту позбавлення громадянства. Окрім цього, запропоновано шляхи вирішення питання існування подвійного громадянства в Україні.

Ключові слова: громадянство, правовий зв'язок, подвійне громадянство, позбавлення громадянства.

Резюме

Сподинский А. А. Проблема двойного гражданства в Украине: пути ее решения.

В статье рассматривается понятие гражданства, анализируется процесс становления двойного гражданства, раскрываются последние мировые тенденции относительно внедрения института лишения гражданства. Кроме этого, предложены пути решения вопроса существования двойного гражданства в Украине.

Ключевые слова: гражданство, правовая связь, двойное гражданство, лишение гражданства.

Summary

Spodynskyi A. The problem of dual citizenship is in Ukraine: ways of its decision.

The concept of citizenship is examined in the article, becoming dual citizenship is analysed, the last world tendencies open up in relation to introduction of institute of revocation of citizenship. Except for it, offered ways of decision of question of existence of dual citizenship in Ukraine.

Key words: citizenship, legal bond, dual citizenship, revocation of citizenship.

УДК: 347.965

Н. М. БАКАЯНОВА

Нана Мезенівна Бакаянова, доктор юридичних наук, завідувач кафедри Національного університету «Одеська юридична академія», адвокат, секретар дисциплінарної палати кваліфікаційно-дисциплінарної комісії Одеської області

СИСТЕМА ОРГАНІВ АДВОКАТСЬКОГО САМОВРЯДУВАННЯ В АСПЕКТІ СУДОВО-ПРАВОВОЇ РЕФОРМИ

Реформа адвокатури протягом тривалого часу залишається актуальним питанням, яке привертає увагу юридичної спільноти. Численні дискусії серед науковців та практиків стосуються насамперед організації адвокатського самоврядування в Україні, розподілу повноважень між органами адвокатського самоврядування.

Проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (нова редакція) та інших пов'язаних законодавчих актів України»¹ (далі – законопроект) пропонує системні зміни в адвокатському самоврядуванні, утворення нових органів адвокатського самоврядування та ліквідацію деяких з тих, що функціонують сьогодні. Положення законопроекту потребують ґрунтовного правового аналізу, виходячи з теоретичних напрацювань юридичної науки, основоположних принципів організації та діяльності адвокатури. Поєднання науки та практики є запорукою законодавчого розвитку інституту адвокатури, правового забезпечення здійснення адвокатської діяльності.

Система органів адвокатського самоврядування розглядалася у працях вітчизняних науковців: різним аспектам цієї проблематики присвячували свої праці Т. В. Варфоломієва, Т. Б. Вільчик, С. О. Іваницький, А. В. Іванцова, К. Г. Книгін, Т. С. Коваленко, М. С. Косенка, Д. В. Кухнюк, та ін. Проте питання системи органів адвокатського самоврядування потребують подальшої наукової розробки, комплексного підходу до їх законодавчої регламентації.

Метою статті є аналіз законопроектних пропозиції щодо системи органів адвокатського самоврядування, визначення концепції розвитку організації адвокатського самоврядування.

Відповідно до ч. 1 ст. 46 діючого Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»² (далі – Закон) організаційними формами адвокатського самоврядування є конференція адвокатів регіону (Автономної Республіки Крим, області, міста Києва, міста Севастополя), рада адвокатів регіону (Автономної Республіки Крим, області, міста Києва, міста Севастополя), Рада адвокатів України, з'їзд адвокатів України. Водночас ч. 2 цієї ж статті встановлює, що адвокатське самоврядування здійснюється не лише через зазначені організаційні форми адвокатського самоврядування, а й через кваліфікаційно-дисциплінарні комісії адвокатури (Автономної Республіки Крим, області, міста Києва, міста Севастополя), Вищу кваліфікаційно-дисциплінарну комісію адвокатури, ревізійні комісії адвокатів регіонів (Автономної Республіки Крим, області, міста Києва, міста Севастополя), Вищу ревізійну комісію адвокатури. У зв'язку з цим виникає цілком обґрунтоване питання, чи не є зазначені комісії адвокатури організаційними формами адвокатського самоврядування? Крім того, поряд з поняттям організаційної форми адвокатського самоврядування, ст. ст. 31, 32, 34, 43, 47, 54 Закону використовують і поняття органу адвокатського самоврядування. Через це постає також питання про співвідношення цих термінів. Як наслідок, можна зробити й загальний висновок, що законодавство про адвокатуру та адвокатську діяльність ще не сформувало чітку термінологію.

З аналізу положень Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» випливає, що терміни «організаційні форми адвокатського самоврядування» та «органи адвокатського самоврядування» вживаються як синонімічні. При цьому поняття організаційної форми адвокатського самоврядування є новелою цього Закону, а поняття органу адвокатського самоврядування, принаймні в науці про адвокатуру, вже використовувалося. Так, на думку А. В. Іванцової, органи адвокатського самоврядування – це органи саморегулюючого співтовариства адвокатів, що формуються цим співтовариством для вираження їх інтересів та здійснюють

покладені на них законом, іншими нормами права повноваження з внутрішнього управління адвокатами з метою забезпечення їх незалежності³.

Згідно з п. 6.2 Статуту Національної асоціації адвокатів України⁴ (далі – НААУ) систему адвокатського самоврядування становлять регіональні відділення НААУ, що діють в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві і Севастополі, національні та регіональні органи адвокатського самоврядування, інші структури, утворені для забезпечення їх діяльності. При цьому у регіональних відділеннях НААУ діють конференції адвокатів, ради адвокатів регіону, кваліфікаційно-дисциплінарні комісії адвокатури та ревізійні комісії адвокатів (п. 6.4 Статуту НААУ); до національних органів самоврядування належать з'їзд адвокатів України, Рада адвокатів України, Вища кваліфікаційно-дисциплінарна комісія адвокатури та Вища ревізійна комісія адвокатури (п. 6.5 Статуту НААУ). З наведених положень Статуту випливає, що НААУ не розглядається як складова системи адвокатського самоврядування, а є базисом, основою, в межах якої власне й здійснюється побудова адвокатського самоврядування в Україні. Частина 1 ст. 45 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» визначає: НААУ є недержавною некомерційною професійною організацією, яка об'єднує всіх адвокатів України та утворюється з метою забезпечення реалізації завдань адвокатського самоврядування. Відповідно до п. 6.1 Статуту НААУ, НААУ організовує, координує та забезпечує діяльність органів адвокатського самоврядування.

Така система адвокатського самоврядування, на наш погляд, породжує низку питань, які потребують вирішення.

Найперше, це проблема цивільно-правової дієздатності НААУ та органів адвокатського самоврядування як юридичних осіб. Згідно з ч. 1 ст. 92 ЦК юридична особа набуває цивільних прав та обов'язків і здійснює їх через свої органи, які діють відповідно до установчих документів та закону. Згідно з ч. 3 ст. 45 Закону НААУ є юридичною особою та діє через організаційні форми адвокатського самоврядування, передбачені цим Законом. Тож органи адвокатського самоврядування фактично є органами НААУ, через які вона діє, хоча Закон прямо її не називає органи адвокатського самоврядування органами НААУ.

Із Закону також випливає, що і НААУ загалом, і деякі окремо визначені органи адвокатського самоврядування (ради адвокатів регіонів, кваліфікаційно-дисциплінарні комісії адвокатури, Вища кваліфікаційно-дисциплінарна комісія адвокатури) є юридичними особами. Така побудова цивільно-правової моделі суб'єктів правовідносин – юридичних осіб, на наш погляд, призводить до нетипової ситуації, за умов якої орган однієї юридичної особи сам є юридичною особою. Така ситуація спричинює передовсім проблему кваліфікації діянь органу адвокатського самоврядування – юридичної особи: чи є вони власними діяннями, що породжують права та обов'язки для органу адвокатського самоврядування як юридичної особи, чи вони є діяннями органу НААУ, внаслідок яких виникають права та обов'язки для НААУ. Невизначеність цього питання, своєю чергою, ускладнює визначення суб'єкта майнових відносин за участі НААУ та органів адвокатського самоврядування, суб'єкта майнової відповідальності у таких відносинах, їх здатності бути позивачами чи відповідачами у суді. Крім того, виникає й питання, через які власне органи сама НААУ як суб'єкт правовідносин набуває майнових прав та обов'язків. Підпункт 15.5 Статуту НААУ передбачає, що розпорядження майном НААУ здійснюють у межах визначеної цим Статутом компетенції відповідні органи НААУ, однак перелік цих органів, очевидно, є спірним.

У зв'язку з наведеним можна зробити висновок, що цивільно-правовий статус органів адвокатського самоврядування не повністю узгоджується з доктриною цивільного права та потребує розвитку та удосконалення.

Демократизація адміністративних відносин в Україні і надання більших повноважень регіонам має збігатися й з тенденціями в адвокатурі. Усі найважливіші питання життєдіяльності адвокатури мають проходити широке публічне обговорення на місцях і лише потім ставати предметом розгляду на з'їзді адвокатів України. Елементи незалежності адвокатського самоврядування мають проявлятися і в тому, що ні центральні, ні регіональні органи НААУ не повинні брати на себе обов'язків, які вони не здатні виконати самостійно і за власні кошти.

При вивченні проблем самоврядування завжди актуальним є питання його територіальної організації. Як зазначив В. І. Шарий щодо місцевого самоврядування, територіальна організація – одне з найважливіших питань формування системи місцевого самоврядування як в окремо взятій державі, так і у світовому масштабі. Вибір оптимальних параметрів території, на якій має реалізовуватися місцеве самоврядування, залежить від різноманітних протилежно діючих факторів, а дослідження у цій сфері є актуальними⁵.

Регіональний та національний рівні системи органів адвокатського самоврядування становлять територіальну організацію адвокатського самоврядування, яка будується на основі адміністративно-територіального устрою. Регіональні органи адвокатського самоврядування побудовані на обласному рівні адміністративно-територіального поділу України, а центральні – на загальнодержавному.

Аналіз законодавства про адвокатуру та адвокатську діяльність виявляє закріплення за загальнонаціональними органами адвокатського самоврядування функцій, які б варто було передати регіональним органам. Так, згідно з п. 2 ч. 4 ст. 55 Закону, п. 1.2 Положення про Раду адвокатів України⁶, Рада адвокатів України визначає квоту представництва, порядок висування та обрання делегатів конференції адвокатів регіонів, з'їзду адвокатів України. Повноваження Ради адвокатів України щодо визначення порядку делегування адвокатів на з'їзд адвокатів є цілком обґрунтованими, адже з'їзд адвокатів є вищим органом адвокатського самоврядування. Проте визначення квоти представництва, порядок висування та обрання делегатів конференцій

адвокатів регіонів мають здійснюватися безпосередньо у регіонах – радами адвокатів регіонів. Крім того, повноваження щодо затвердження регламенту конференції адвокатів регіону, положення про раду адвокатів регіону та її регламент, положення про кваліфікаційно-дисциплінарну комісію адвокатури та її регламент, положення про ревізійну комісію адвокатів регіону та її регламент (п. 5 ч. 2 ст. 55 Закону, п. 1.4 Положення про Раду адвокатів України) більш демократично було б закріпити за конференціями адвокатів регіонів, які є вищими органами адвокатського самоврядування в регіонах.

Законопроект, який викликав певний резонанс в адвокатській спільноті, передбачає таку важливу новачку, як утворення регіональних палат.

Загалом ідея підсилення регіональних органів адвокатського самоврядування заслуговує на увагу. Проте у законопроекті відсутній зв'язок між регіональними палатами та НААУ, що потребує правового аналізу. Так, відповідно до ст. 52 законопроекту адвокатське самоврядування здійснюється через Національну асоціацію адвокатів України та регіональні палати адвокатів (Автономної Республіки Крим, області, міста Києва, міста Севастополя). При цьому Національна асоціація адвокатів України об'єднує всіх адвокатів України, а регіональна палата адвокатів – всіх адвокатів регіону, адреса основного робочого місця яких знаходиться у відповідному регіоні. Таким чином, із тексту ст. 52 випливає, що регіональні палати адвокатів не входять до НААУ.

Аналогічно ст. 53 законопроекту не встановлює будь-якої взаємодії між НААУ та регіональними палатами, зазначаючи, що НААУ діє через національні органи адвокатського самоврядування (ч. 2 ст. 53). У свою чергу, відповідно до ч. 2 ст. 54 законопроекту регіональні палати адвокатів діють через регіональні органи адвокатського самоврядування.

Проте регіональні палати не можуть діяти поза НААУ, членами якої є всі адвокати, що здійснюють діяльність в регіонах та, у тому числі, становлять регіональні палати. Регіональні палати не можуть не бути частиною НААУ, виходячи зі Статуту НААУ та положень інших статей законопроекту, які закріплюють, що НААУ об'єднує всіх адвокатів України (ч. 2 ст. 52), є недержавною невідчужуваною саморегульованою неприбутковою організацією професійного самоврядування адвокатів України (ч. 2 ст. 53). НААУ об'єднує всіх адвокатів України, що обумовлює діяльність адвокатів як членів НААУ з реалізації завдань НААУ, зазначених у Статуті НААУ, у межах НААУ.

Законопроект закладає зміни у системі адвокатського самоврядування, пропонуючи замість кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури утворення кваліфікаційних та дисциплінарних комісій. Проте концепція утворення кваліфікаційних комісій адвокатів виключно як органів з вирішення питань про допуск особи, яка має намір стати адвокатом, містить чимало недоліків з точки зору ефективності та доцільності їх функціонування. Фінансування кваліфікаційних комісій адвокатів та дисциплінарних комісій адвокатів (два самостійних органи адвокатського самоврядування) значно збільшиться порівняно із сучасними кваліфікаційно-дисциплінарними комісіями адвокатури (один орган), тоді як обсяг повноважень кваліфікаційної комісії законопроектом зменшується, зводяться до перевірки даних щодо особи та допуску до складання іспиту. Згідно з ч. 5 ст. 9 законопроекту кваліфікаційні іспити проводяться у спеціально обладнаних для цього приміщеннях, визначених відповідними радами адвокатів регіону, за присутності не менше трьох представників Вищої кваліфікаційної комісії адвокатури. Такі «візні трійки», запропоновані законопроектом, передбачають витрати на відрядження, значний обсяг часу для здійснення повноважень членами Вищої кваліфікаційної комісії при їх виїздах до регіонів. Зазначена процедура набуття статусу адвоката виглядає неефективною та незбалансованою.

Крім того, у ч. 1 ст. 62 законопроекту йдеться про те, що Вища кваліфікаційна комісія адвокатури – це орган адвокатського самоврядування, покликаний забезпечувати організацію та проведення кваліфікаційних іспитів. Проте у ч. 6 ст. 62 визначено, що це також орган, який переглядає рішення з питань організації та проведення кваліфікаційних іспитів. Таким чином, визначення Вищої кваліфікаційної комісії адвокатури у ч. 1 ст. 62 є неповним, неточно відображає її завдання та повноваження.

Слід також зазначити, що поєднання повноважень щодо прийняття рішення та його перегляду в одному органі є невдалим з точки зору принципу інстанційності у процедурі оскарження будь-яких рішень. Наділення Вищої кваліфікаційної комісії адвокатури одночасно повноваженнями з прийняття рішення про видачу свідоцтва про складення кваліфікаційного іспиту та апеляційного перегляду цього рішення є таким, що формує загрозу необ'єктивності процедури набуття статусу адвоката, зловживань у сфері доступу до професії.

Таким чином, аналіз законопроектних пропозицій дає змогу дійти висновку про те, що вони потребують суттєвого доопрацювання. Подальші дослідження доцільно спрямувати на визначення зв'язків між органами адвокатського самоврядування, питання ефективної взаємодії між ними, удосконалення законодавчої регламентації реалізації ними повноважень.

¹ Проект Закону «Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (нова редакція) та інших пов'язаних законодавчих актів України» // Напрацьований робочою групою. Неопубліковане.

² Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI // Верховна Рада України : офіц. веб-портал : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/5076-17> (дата звернення: 30.11.2017).

³ Іванцова А. В. Ознаки та загальні риси адвокатського самоврядування / А. В. Іванцова // Часопис Академії адвокатури України. – 2010. – № 9 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.aau.edu.ua/e-journal/2010-4/10iavras.pdf> (дата звернення: 30.11.2017). – С. 2.

⁴ Статут Національної асоціації адвокатів України: затверджено Установчим з'їздом адвокатів України 17 листопада 2012 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://unba.org.ua/assets/uploads/legislations/inshi-dokumenty/statut_naau.pdf (дата звернення: 30.11.2017).

⁵ Шарий В. І. Територіальна організація місцевого самоврядування: ефективність управління надвеликими агломераціями та мегалополісами / В. І. Шарий // Університетські наукові записки. – 2010. – № 2. – С. 261–269. – С. 261.

⁶ Положення про Раду адвокатів України : затв. Установчим з'їздом адвокатів України 17 листопада 2012 р. // Національна асоціація адвокатів України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://unba.org.ua/assets/uploads/legislations/pologennya/2014.04.26-27-pologennya-pro-rau-pazy.pdf> (дата звернення: 28.11.2017).

Резюме

Бакайнова Н. М. Система органів адвокатського самоврядування в аспекті судово-правової реформи.

У статті проаналізовано законопроектні пропозиції щодо системи органів адвокатського самоврядування в Україні. Автор визначає проблеми законодавчої регламентації форм організації адвокатського самоврядування та характеризує тенденції подальшого розвитку органів адвокатського самоврядування.

Ключові слова: адвокатура, адвокатське самоврядування, органи адвокатського самоврядування, Національна асоціація адвокатів України, судово-правова реформа.

Резюме

Бакайнова Н. М. Система органов адвокатского самоуправления в аспекте судебно-правовой реформы.

В статье проанализированы законопроектные предложения по системе органов адвокатского самоуправления в Украине. Автор определяет проблемы законодательной регламентации форм организации адвокатского самоуправления и характеризует тенденции дальнейшего развития органов адвокатского самоуправления.

Ключевые слова: адвокатура, адвокатское самоуправление, органы адвокатского самоуправления, Национальная ассоциация адвокатов Украины, судебно-правовая реформа.

Summary

Bakayanova N. The system of lawyer's self-government in the aspect of judicial reform.

The article analyzes the legislative proposals on the system of bodies of advocacy self-government in Ukraine. The author defines the problems of the legal regulation of the forms of organization of the lawyer's self-government and characterizes the tendencies of further development of the bodies of advocate's self-government.

Key words: advocacy, lawyer self-government, lawyer's self-government bodies, National Association of Advocates of Ukraine, legal and judicial reform.

УДК 347.73

Д. А. ГЕТМАНЦЕВ

Даниил Александрович Гетманцев, доктор юридических наук, профессор юридического факультета Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

К ВОПРОСУ ЭФФЕКТИВНОСТИ РЕГУЛЯТИВНОЙ ФУНКЦИИ НАЛОГА

Функции налога являются одной из фундаментальных категорий налогового права. Как правило, выделяют две функции налога – фискальную и регулируемую. И если с первой ввиду ее очевидности все по большому счету понятно, вторая вызывает научный интерес не только из-за своего места в перечне функций налога, но и относительно значения налога, как регулирующей категории в целом.

Причина повышенного научного интереса к этому вопросу возникает в виду невозможности использования налогообложения как инструмента управления общественными и экономическими отношениями. Налоговое регулирование в Украине и зарубежных государствах вызывает множество неоднозначных оценок в профессиональной среде.

Проблема эффективности налоговой системы в контексте регулирующей функции налогообложения была исследована в работах Д. Клинингсми¹, Т. Пикетти², И. А. Майбурова, К. С. Григорьевой, Д. Бьюкенена.

Целью данной статьи является дальнейшая теоретическая разработка вопроса эффективности налоговой системы Украины путем анализа данной категории через призму регулирующей функции налога.

Нельзя не согласиться с Дэвидом Клинингсмитом и Скоттом Шейном в их убеждении, что «существующие сведения не содержат понятных либо содержательных данных о том, как налогообложение влияет на предпринимательство»³. Дело в том, что кроме налогообложения на экономическую активность того или иного сектора экономики влияют и другие факторы, начиная от спроса на товары и услуги и заканчивая

валютными рисками, ценовой нестабильностью и даже просто страхом войны. Множественность этих факторов делает тщетными попытки любого точного математического расчета эффективности налогового регулирования.

При невозможности реализовать другие цели регулятивная функция налога из инструмента влияния на социально-экономические процессы в обществе превращается в красивый предвыборный маркетинговый ход, либо в лоббирование интересов тех или иных отраслей экономики (возможно, даже отдельных предприятий) или социальных групп. Показательным примером является последняя налоговая реформа Трампа, значительно облегчившая налогообложение крупного капитала в стране, где по свидетельству Тома Пикетти 10 % самых богатых граждан получают 45–50 % годового национального дохода⁴.

Очевидно, что крупный капитал, имея в распоряжении все доступные ему средства, конструирует господствующую идеологию, создавая правильные нарративы общественного мнения (например, о smart предпринимателе, который обеспечивает доходом все остальное население и потому нуждается в уменьшении налогового бремени, чтобы лучше делать свою работу, принося доход всем). Общественное мнение поддерживает «правильные» предвыборные лозунги, которые приводят к власти «правильных» политиков, уменьшающих налоговое бремя для крупного капитала, перераспределяя в его пользу еще больше общественного богатства, за счет чего крупный капитал получает средства влияния на идеологию и «приобретение» популярных политиков.

Возьмем, к примеру, ставки акцизного налога на алкоголь. Кажется, логичным, чтобы ставка налога в пересчете на единицу спирта, содержащегося в напитках разной крепости, была примерно равна. Однако простой подсчет показывает, что сегодня акциз с пива в пересчете на содержание алкоголя в 6–8 раз меньше, чем акциз с коньяка, водки и других крепких напитков (товарная группа 2208⁵). Почему? Государство хочет сделать более доступным для населения потребление дешевого пива? Возможно, политика в сфере охраны здоровья сместила приоритеты с борьбы с детским алкоголизмом, причиной которого являются дешевые слабоалкогольные напитки? Нет. На самом деле государство не зрит настолько глубоко в суть проблемы, устанавливая ставки акцизного налога. Просто пивное лобби в нашей стране исторически сильнее водочного. А функция налога в данном конкретном случае (как и в большинстве других) состоит не в регулировании социально-экономических процессов в обществе посредством налогообложения, а в регулировании уровня доходов собственников производителей волшебных напитков. Такие же примеры можно найти в акцизном налоге на табак, ренте, экологическом налоге, а также льготах на налогообложение НДС и налогом на прибыль (в меньшей степени) отдельных производств. Стоит отметить, что данная проблема не украинская. Она, как и капитал, не имеет национальности.

Проблему регулирующей функции налога можно рассмотреть и более глобально. С точки зрения того, что государство, как институт, более не влияет позитивно на развитие общества.

Речь идет не столько о «дырявом ведре» государственного бюджета, сколько о том, что социальные отношения в обществе настолько сложны, что, с одной стороны, крайне сложно предугадать последствия многоуровневой деятельности государства в различных сферах, где действия различных органов могут быть направлены на разные цели и противоречить друг другу. С другой стороны, количество неизвестных, влияющих на положительный результат в долгосрочной перспективе настолько велико, что самое неадекватное действие либо полное бездействие правительства может в итоге иметь наибольшее благо для общества. Цепь от принятия решения до его реализации очень длинна и в своей продолжительности подвержена влиянию огромного числа различных факторов (которые невозможно предугадать и в более развитых, чем наша, странах), искривляющих до неузнаваемости первоначальный замысел правительства.

К тому же значение имеет и само понимание блага общества. Что лучше: приватизировать киностудию имени О. Довженко, чем привлечь частные инвестиции в развитие национального кинематографа, или оставить в государственной собственности, обеспечив надлежащее финансирование уникальной материальной базы для съемок отечественного кино? И первое, и второе решение в долгосрочной перспективе может быть одинаково правильным либо ошибочным. Более того, правильность либо ошибочность данного решения будет целиком зависеть от того, кто будет производить оценку спустя время. Таким образом, в современном мире (не во всех, но в большинстве стран) ситуация такова, что лучшее, что государство может сделать для общества, – это не мешать.

Такое состояние обуславливается тем, что государство постепенно (но необратимо) утрачивает свою монополию на власть над обществом, а категория территориального суверенитета отходит в прошлое, делая нас свидетелями уникального исторического явления: рождения нового полисубъектного мира, где государство – не единственный и даже не главный, а лишь один из дееспособных субъектов, действующих как на международной арене, так и внутри ранее суверенной территории. Фрагментарность, отсутствие целостности как системы права, так и монополии государства на власть в обществе соответствует современному постмодернистскому мировоззрению.

И здесь кроется еще одна проблема. Всегда презюмировалась определенная двойственность государства. С одной стороны, государство – как институт, объединяющий общество, а с другой – как институт управления, включающий в себя только небольшую его часть. Сегодня первая сущность этой категории отошла на задний план, полностью вытеснив вторую. Государство, как аппарат, являясь самостоятельным субъектом, фактически преследует свои цели, как субъекта отношений в том числе с обществом, а не интересы того общества, которым оно создано. Иногда интересы государства и общества могут совпадать (как в случае

внешней агрессии), но в большинстве своем – нет. Противоречие очевиднее всего в публичных финансах, где интересы общества и государства сталкиваются вокруг перераспределения собственности. С одной стороны, общество заинтересовано в справедливом перераспределении богатства посредством налоговых механизмов, с другой – государство заинтересовано в том, чтобы в процессе такого перераспределения наибольший объем средств получало само государство, развивая его структуру и расширяя полномочия. Речь в данном случае идет не о коррупции или интересах конкретных чиновников. Государство, как аппарат, не есть совокупностью чиновников – оно новое качество, обладающее собственной волей и интеллектом, как любая относительно стабильная организация.

Почему любое сокращение государственного аппарата со временем ведет к его расширению? Возможно, потому, что субъект не может ограничивать сам себя, а любой политик, через выборы пришедший в государство, становится частью последнего... Такое восприятие государства дает возможность понять природу и цели финансовых решений, принимаемых государством не в интересах общества в целом, а в результате компромисса с другими субъектами, обладающими влиянием внутри страны или на международной арене. В таком контексте знакомая нам регулирующая функция налога заиграет совсем уж неожиданными красками.

Невозможно утверждать, что налоговое регулирование не работает вообще. Бесспорно, налог оказывает существенное влияние на наше общество. Скажем больше – будучи частью культуры, налог влияет на ментальность каждого отдельного плательщика и общества в целом. Но мы утверждаем, что регулировать экономику налогом – это все равно, что использовать топор там, где нужен скальпель.

Регулятивная функция налога существует, и она крайне важна. Любой налог влияет на социально-экономические отношения, и мы должны по мере сил учитывать это влияние, избегая очевидных катастроф. Однако наивно полагать, что современный уровень развития статистики и экономического анализа (особенно в нашей стране) может позволить точно или даже приблизительно спрогнозировать эффект от изменения элементов налога. Примером этому служит провал борьбы с зарплатами «в конвертах» через снижение ставки ЕСВ, как и провал льготирования налога на прибыль в ст. 154 Налогового кодекса Украины редакции редакции 2010 года. По сути, единственное эффективное регуляторное изменение, которое удалось провести за последнее время в Украине – это увеличение поступлений в бюджет за счет увеличения минимальной зарплаты в 2017 году. Но в данном случае речь шла о простой линейной связи, просчитываемой арифметически.

Проблема имеет еще один аспект. Предоставляя налоговую льготу одному налогоплательщику, государство залазит в карманы всех остальных, равномерно распределяя между ними уплату суммы недополученного государством платежа. Ведь затраты государства никогда не стоят в зависимости от суммы предоставленных им льгот. Вместе с тем, любая налоговая льгота имеет свое вполне реальное денежное выражение. Это такие же бюджетные затраты, как и дотация, выплаченная живыми деньгами на определенную цель юридическому либо физическому лицу. Но если во втором случае механизм дотирования определенных программ является четко отлаженным и жестко подконтрольным донору, то в первом денежные средства государства уходят в пропасть, не предполагая учета эффективности их расходования (если не принимать во внимание упрощенный отчет льготников) на цели, предполагаемые законодателем. Более того, существуют налоги, где в принципе такой учет невозможен.

Именно поэтому мы склонны рассматривать как более эффективную альтернативу налоговому регулированию использование механизмов бюджетных трансфертов. Дотируя живыми деньгами ту или иную отрасль экономики (предприятие), государство получает серьезный инструмент контроля за целевым и эффективным использованием средств, а реципиент помощи несет ответственность (в том числе уголовную) за нецелевое использование полученных денежных средств. Для решения этой проблемы необходимо избавиться от иллюзии относительно эффективности регулятивной функции налога.

Следовательно, регулятивная функция налога требует переосмысления с точки зрения ее эффективного влияния на современные социально-экономические отношения. Очевидно, что эффективными, с точки зрения достижения конкретных целей, которые перед собой ставит государство, являются бюджетные трансферты по сравнению с налоговым регулированием.

¹ *Clingingsmith D. How Individual Income Tax Policy Affects Entrepreneurship / D. Clingingsmith, S. Shane. – 2016. – V. 84. – Iss. 6.*

² *Пікетті Т. Капітал у XXI столітті / Тома Пікетті. – К. : Наш формат, 2016. – 696 с.*

³ *Clingingsmith D. Вказана праця.*

⁴ *Пікетті Т. Вказана праця.*

⁵ Податковий кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2011. – № 13-14, № 15-16, № 17. – Ст.112 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2755-17/ed20110420>

Резюме

Гетманцев Д. О. До питання регулятивної функції податку.

Стаття присвячена розкриттю змісту регулюючої функції податку в контексті побудови ефективної податкової системи України. Автор акцентує увагу на невдачах спроб з реформування податкового законодавства України та пропонує не експериментувати з тими чи іншими формами податкового регулювання для стимулювання української економіки, а ефективніше розподіляти публічні фонди-кошти через бюджетні механізми.

Ключові слова: функції податку, регулююча функція податку, податкова система України.

Резюме

Гетманцев Д. А. К вопросу эффективности регулирующей функции налога.

Статья посвящена раскрытию содержания регулирующей функции налога в контексте построения эффективной налоговой системы Украины. Автор акцентирует внимание на неудачах попыток по реформированию налогового законодательства Украины и предлагает не экспериментировать с теми или иными формами налогового регулирования для стимулирования украинской экономики, а эффективнее распределять общественные фонды-средства через бюджетные механизмы.

Ключевые слова: функции налога, регулирующая функция налога, налоговая система Украины.

Summary

Hetmantsev D. On the regulative function of a tax.

The article is devoted to the disclosure of the content of the regulatory function of the tax in the context of building an effective tax system in Ukraine. The author focuses on the failures of attempts to reform the tax legislation of Ukraine. The author proposes not to experiment with the tax regulation to stimulate the Ukrainian economy, but rather to distribute public funds more efficiently through budget mechanisms.

Key words: the functions of the tax, the regulatory function of the tax, the tax system of Ukraine.

УДК 349.6

А. Ю. БОЙЧУК

Андрій Юрійович Бойчук, кандидат юридичних наук, суддя Приморського районного суду м. Одеси

ЮРИДИЧНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПРАВОПОРУШЕННЯ У СФЕРІ ОХОРОНИ ВОДНИХ ОБ'ЄКТІВ: ДО ПИТАННЯ ІДЕНТИФІКАЦІЙНОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ

Природа існування водних об'єктів у онтологічному розумінні є ще недостатньо вивченою. Разом з тим аксіологічна природа їх існування і функціонування носить об'єктивний характер і є більш усвідомленою, адже зникнення будь-якого водного об'єкта може стати фатальним для життєвого циклу. Виходячи із зазначених чинників, біологи, гідрологи та екологи дійшли висновку, що сьогодні охорона водних об'єктів в Україні є однією з найбільш актуальних проблем, яку необхідно негайно вирішувати нашому народу та владним інституціям держави. Адже досі ведення водного господарства здійснюється переважно екстенсивним шляхом, що є недоліком і призводить до скорочення водних об'єктів, їх знищення, забруднення, засмічення, часткового або повного виснаження, до ухилення відповідних служб від проведення очисних заходів, послаблення охорони водних об'єктів. Саме з цією метою слід інтенсифікувати вивчення стану різних водних об'єктів, а також здійснити заходи, спрямовані на відпрацювання екологічної стратегії, покликаної запобігати порушенню природної гідрологічної рівноваги.

На сьогодні науковою літературою не сформульовано чіткого дефінітиву «правова охорона вод». Представниками екологічної доктрини запропоновано різні точки зору з приводу визначення цього поняття, але ще досі немає єдиного чіткого його визначення. На думку одних авторів – С. А. Боголюбова¹, Ю. А. Вовка², В. К. Попова, М. В. Краснової³, П. І. Лапечука та ін. – правова охорона вод являє собою закріплену в законодавстві систему правових, економічних, організаційних та інших заходів, спрямованих на попередження забруднення, засмічення, виснаження та раціональне використання водних ресурсів для задоволення різноманітних потреб.

На думку ж інших представників екологічно-правової доктрини – А. П. Анісімової⁴, Н. Р. Малишевої⁵, В. В. Петрова⁶, М. В. Шульги⁷ та ін. – зазначена система державних та суспільних заходів правової охорони вод спрямована не лише на попередження, збереження, відновлення та раціональне використання водних ресурсів, а й на ліквідацію цих явищ і покращення стану вод.

Узагальнюючи та інтегруючи доктринальні підходи науковців, правову охорону вод можна охарактеризувати як законодавчо визначену систему (системний критерій. – Авт.) правових, економічних, організаційних та інших заходів (нормативно-управлінський критерій. – Авт.), спрямованих на раціональне використання вод, попередження та запобігання забрудненню, засміченню й виснаженню вод, забезпечення особливого режиму користування водними об'єктами для лікувальних, курортних та оздоровчих цілей, а також ліквідацію негативних явищ та покращення стану вод (телеологічний критерій. – Авт.).

Тому **метою даної статті** є з'ясування сутності та змісту правового регулювання використання та охорони вод в Україні; характеристика поняття юридичної відповідальності за порушення водного законодавства України; розкриття ідентифікаційних особливостей основних видів юридичної відповідальності за порушення водного законодавства України; здійснення дослідження змісту функції контролю у галузі використання та охорони водного середовища.

Відповідальність за порушення водного законодавства України носить досить складний та інтегративний характер, оскільки водночас регулюється кількома галузями права. Так, ст. 68 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25 червня 1991 р. передбачені загальні випадки правопорушень, за які настає юридична відповідальність у екологічній сфері⁸, водним законодавством передбачено правопорушення, за які настає дисциплінарна, адміністративна, цивільно-правова або кримінальна відповідальність. Відповідно до ст. 110 Водного кодексу України, відповідальність за порушення водного законодавства несуть особи, винні:

- 1) у самовільному захопленні водних об'єктів;
- 2) у забрудненні та засміченні вод;
- 3) у порушенні режиму господарської діяльності у водоохоронних зонах та на землях водного фонду;
- 4) у руйнуванні русел річок, струмків та водотоків або порушенні природних умов поверхневого стоку під час будівництва і експлуатації автошляхів, залізниць та інших інженерних комунікацій;
- 5) у введенні в експлуатацію підприємств, комунальних та інших об'єктів без очисних споруд чи пристроїв належної потужності;
- 6) у недотриманні умов дозволу або порушенні правил спеціального водокористування;
- 7) у самовільному проведенні гідротехнічних робіт (будівництво ставків, дамб, каналів, свердловин);
- 8) у порушенні правил ведення державного обліку вод або перекрученні чи внесенні недостовірних відомостей в документи державної статистичної звітності;
- 9) у пошкодженні водогосподарських та гідрометричних споруд і пристроїв, порушенні правил експлуатації та встановлених режимів їх роботи;
- 10) у незаконному створенні систем скиду зворотних вод у водні об'єкти, міську каналізаційну мережу або зливну каналізацію та несанкціонованому скиданні зворотних вод;
- 11) у використанні земель водного фонду не за призначенням;
- 12) у неповідомленні (приховуванні) відомостей про аварійні ситуації на водних об'єктах;
- 13) у відмові від надання (приховування) проектної документації та висновків щодо якості проектів підприємств, споруд та інших об'єктів, що можуть впливати на стан вод, а також актів і висновків комісій, які приймали об'єкт в експлуатацію;
- 14) у порушенні правил охорони внутрішніх морських вод та територіального моря від забруднення та засмічення⁹.

Необхідно акцентувати увагу, що даний перелік не є вичерпним. Законодавством України може бути встановлено відповідальність за інші правопорушення щодо використання, охорони та відтворення водних ресурсів.

Розглянувши за допомогою об'єктно-системного підходу водопорушення, перелічені у ст. 110 Водного кодексу України, а також встановлені Кримінальним кодексом України, Кодексом України про адміністративні правопорушення та іншими нормативно-правовими актами умовно їх можна поділити на три групи:

- а) порушення права власності на води (водні об'єкти);
- б) порушення правил охорони вод;
- в) порушення правил користування водами (водними об'єктами).

Правовідносини водокористування, а, відповідно, і відповідальність за порушення водного законодавства мають свої особливості, зумовлені особливим значенням природних об'єктів, неможливістю швидкого відтворення, факторами, що спричиняють шкоду, віддаленістю прояву екологічної шкоди в часі і просторі¹⁰. Умовою юридичної відповідальності є наявність в законі вказівки про застосування певних заходів відповідальності за протиправну поведінку. Підставою притягнення до юридичної (негативної) відповідальності в галузі екології є екологічне правопорушення, тобто протиправне, винне, суспільно шкідливе або суспільно небезпечне діяння (дія або бездіяльність), яке впливає на встановлений екологічний правопорядок і завдає шкоди навколишньому природному середовищу, за вчинення якого законодавством передбачено юридичну відповідальність.

Отже, юридична відповідальність у сфері довкілля розглядається у чотирьох значеннях: 1) як правовий примус до виконання закріплених у законодавстві вимог; 2) як правовідношення, що виникають між державою та правопорушником у цій сфері; 3) як правовий інститут, що встановлює види, засоби і порядок застосування уповноваженими органами примусових заходів впливу на правопорушників у даній галузі; 4) як обов'язок виконувати певні приписи і нести несприятливі наслідки.

Одним із найпоширеніших видів відповідальності в галузі охорони навколишнього природного середовища, в тому числі й у сфері вод, є адміністративна відповідальність. Цей вид відповідальності є оперативним та ефективним засобом реагування на правопорушників, застосовується, як правило, в адміністративному порядку, інколи – в судовому, її застосування не вимагає підрахунку збитків, суть полягає в застосуванні до порушників екологічного законодавства адміністративно-правових санкцій.

Кваліфікуючими ознаками адміністративної відповідальності є: адміністративне правопорушення (проступок); наявність певного набору адміністративних стягнень; відповідна система органів адміністративної юрисдикції; особливий порядок реалізації адміністративної відповідальності. Підставою для притягнення винних до адміністративної відповідальності за порушення водного законодавства є адміністративне водне правопорушення.

Склад водних правопорушень в основному зосереджено в Главі 7 Кодексу України про адміністративні правопорушення¹¹. Однак вони закріплені також і в інших главах цього кодексу. Склад водного правопору-

шення щодо посягань на власність, затверджений в Главі 6 вищезгаданого кодексу, частина правопорушень які відносяться до посягань в промисловості, будівництві та у сфері використання паливно-енергетичних ресурсів, міститься в Главі 8. Оскільки всі водні правопорушення охоплюють три групи, то згідно з Кодексом України про адміністративні правопорушення до водних правопорушень належать:

1) порушення права власності на водні об'єкти, водні ресурси (група а) – порушення права державної власності на води (ст. 48); порушення права користування водними ресурсами (група б);

2) порушення правил водокористування (ст. 60), пошкодження водогосподарських споруд і пристроїв, порушення правил їх експлуатації (ст. 61), невиконання обов'язків з реєстрації в судових документах операцій зі шкідливими речовинами і сумішами (ст. 62); порушення правил складування, зберігання, розміщення, транспортування, знешкодження, ліквідації та захоронення пестицидів і агрохімікатів, токсичних хімічних речовин та інших препаратів (ст. 83), перевищення лімітів та нормативів використання природних ресурсів (ст. 91-2), недодержання екологічних вимог під час проектування, розміщення, будівництва, реконструкції та прийняття в експлуатацію об'єктів або споруд, не забезпечених рибозахисним обладнанням (ст. 86-1);

3) порушення правил охорони вод (група в) – порушення правил охорони водних ресурсів (ст. 59), порушення вимог щодо охорони територіальних і внутрішніх морських вод від забруднення і засмічення (ст. 59-1), порушення правил охорони та використання територій та об'єктів природно-заповідного фонду (ст. 91), невиконання вимог екобезпеки у процесі впровадження відкриттів, винаходів, корисних моделей, промислових зразків, раціоналізаторських пропозицій, нової техніки, технологій і систем, речовин і матеріалів (ст. 91-1), невиконання законних розпоряджень чи приписів посадових осіб органів, які здійснюють державний контроль у галузі охорони навколишнього природного середовища, використання природних ресурсів, радіаційної безпеки або охорону природних ресурсів (ст. 188-5). Проведення справ про адміністративні екологічні правопорушення передбачено нормами Глави 17 Кодексу України про адміністративні правопорушення та Кодексом адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 року¹².

Важливого значення для правильного застосування норм юридичної відповідальності щодо порушення водного законодавства набуває з'ясування суті та визначення таких понять: «порушення правил охорони вод», «зміна їх природних властивостей», «забруднення водних об'єктів», «виснаження водних об'єктів», «засмічення водних об'єктів», а також наукові розробки з проблем суспільної небезпеки злочину, передбаченого ст. 242 Кримінального кодексу України, обґрунтування кримінальної відповідальності за це діяння, що необхідно для правильної кваліфікації діяння винного і зміцнення законності¹⁴.

Необхідно зазначити, що в існуючих доктринальних джерелах недостатньо розроблені питання стосовно поняття «порушення правил охорони вод», його ознак. У деяких наукових працях висвітлюються окремі питання, що тією чи іншою мірою пов'язані з порушенням правил охорони вод. Серед авторів існують певні розбіжності щодо «змістовного навантаження» та «об'єктного наповнення» пошукованого поняття.

Так, дослідник С.Б. Гавриш під зазначеним поняттям розуміє дію або бездіяльність, що є невиконанням вимог спеціальних нормативних актів щодо екологічної безпеки, які регулюють питання охорони вод (таку діючу бездіяльність бачимо: у порушенні умов розміщення, проектування, будівництва, реконструкції і введення в дію підприємств, споруд та інших об'єктів, що можуть впливати на стан вод; введення в дію нових і реконструйованих підприємств, цехів, агрегатів, комунальних та інших об'єктів, не забезпечених пристроями і очисними спорудами, що запобігають забрудненню, засміченню вод або їх шкідливій дії; скиданні у водні об'єкти відходів, сміття; забрудненні добривами і хімічними речовинами тощо)¹⁴. Дослідник В. І. Антипов під порушеннями правил охорони вод визнає дію або бездіяльність, що є невиконанням нормативно-правових актів з питань екологічної безпеки, які регулюють охорону вод (перевищення лімітів та нормативів ГДС забруднюючих речовин у воді; використання води як сировини основного виробничого призначення; застосування пестицидів, добрив і т. ін. у прибережних смугах тощо)¹⁵. Дослідник О. О. Дудоров розуміє це поняття як дію або бездіяльність, що полягає у невиконанні водокористувачем обов'язку забезпечувати дотримання відповідного санітарного стану на території, де розташовані його об'єкти; скиданні у водні об'єкти шламів, інших технологічних і побутових твердих відходів; митті на водних об'єктах транспортних засобів; скиданні забруднюючих речовин у водні об'єкти тощо¹⁶.

Таким чином, вказані представники екологічної доктрини поряд з поняттям «порушення правил охорони вод» використовують як діяння поняття «забруднення водних об'єктів», яке, на нашу думку, засвідчує, що поняття «порушення правил охорони вод» законодавець поспішив використати у загальному розумінні, хоча воно роз'яснюється через такі поняття, які є діянням як «забруднення», «виснаження» і «засмічення», а це не тільки суперечить логіці та правилам філології, а й загальним канонам чіткої та однозначної нормативізації правопорушень. Наше дослідження, як і наше переконання, підтверджується також тим, що нормативи, нормування заборон не є правилом, а нормами чи нормативами. Крім того, правила стосуються лише поверхневих і зворотних вод, а всі інші нормативно-правові акти не стосуються правил. Тому при застосуванні ст. 242 КК України необхідно, внаслідок того, що диспозиція цієї статті належить до банкетних, звертатися до чинного законодавства та підзаконних актів, що регулюють охорону, використання, відтворення водних об'єктів і користуватися діями чи бездіяльністю, яка в них відображена, а не поняттям, яке їх не узагальнює.

Щодо іншого поняття «зміна їх природних властивостей», то автори його пояснюють таким чином: С. Б. Гавриш зазначає, що це втрата чи значне погіршення їх лікувальної, питної, іншої екологічної цінності внаслідок змін їх фізичних, хімічних, біологічних, лікувальних показників¹⁷; О. О. Дудоров, в свою чергу, наполягає на тому, що це негативні зміни їх біологічного стану, фізичних чи інших характеристик (електро-

магнітних, хімічних, радіаційних, лікувальних, теплових тощо) і що зазначеним поняттям охоплюється і засмічення вод¹⁸; інші наполягають на тому, що це погіршення щодо попереднього стану їх хімічного, фізичного чи біологічного складу.

Системний аналіз зазначених точок зору свідчить, що зміна природних властивостей можлива шляхом антропогенного впливу і властива ознакам забруднення водних об'єктів, і тому законодавець не використав гідрологічних знань, розділивши необгрунтовано забруднення і зміну природних властивостей, яке є лише результатом забруднення, тобто реакцією на забруднення.

Як вже зазначалось, в юридичній літературі недостатньо розроблені питання щодо поняття «забруднення водних об'єктів», його змісту й ознак.

Розглянувши наявні в кримінально-правовій і спеціальній літературі погляди та судження про це явище і поняття, можна зазначити наступне:

1) нерідко вчені, описуючи зміни властивостей водних об'єктів виходять з антропогенного впливу суб'єкта злочину на відносини стосовно використання водоймища і пов'язують їх тільки з суспільно небезпечними наслідками, які відображені законодавцем у ст. 242 КК України та аналогічними злочинами, передбаченими в інших країнах СНД, але тлумачать їх розширено або більш обмежено, залежно від своїх поглядів, не враховуючи правового значення такого діяння, як ознаки об'єктивної сторони цього злочину в поєднанні з джерелами і засобами, за допомогою яких і вчиняється досліджуване нами діяння;

2) одні автори необгрунтовано ототожнюють зазначену зміну води з наслідком антропогенного впливу людини як соціальної істоти, а не як передбачену ст. 242 КК України ознаку об'єктивної сторони складу злочину діяння (дію або бездіяльність) в необхідному взаємозв'язку з іншими обов'язковими ознаками об'єктивної сторони – засобами і джерелами вчинення злочину, які використовуються суб'єктом цього злочину для злочинного забруднення, виснаження та засмічення водних об'єктів;

3) часом дослідники, як свідчить аналіз опублікованих джерел (хочуть вони цього чи ні), пов'язують забруднення, засмічення та виснаження з діянням, але не показують, чим воно відрізняється від такого діяння, яке криміналізує вчинене в ст. 242 КК України, що саме лежить в основі криміналізації такого діяння;

4) деякі автори ототожнюють забруднення зі способами вчинення злочину.

Виходячи з наведеного вище, ми можемо запропонувати наступне авторське визначення забруднення водних об'єктів: «Під загальним поняттям забруднення водних об'єктів слід розуміти їх протиправне наповнення речовинами у твердому, рідкому та газоподібному стані, енергією або шумом, а також теплом у результаті прямого або непрямого впливу людської діяльності з певних джерел, коли вони у кількісному і якісному відношенні перевищують встановлені нормативи, що призводить до зміни їх фізичних, хімічних і біологічних властивостей та складу, а також до істотного зниження їхньої спроможності до самоочищення, відтворення та погіршення чистоти вод, тягне за собою часткову або повну непридатність для певних видів водокористування і стану різноманітних водних біогеоценозів, згубно впливає на формування гігієнічно чистого поверхневого або підземного чи зворотного водного стоку, загрожує відносинам, що забезпечують життя, здоров'я людини і стану навколишнього природного середовища, всього живого, обмежує можливість подальшого розвитку людського суспільства, генофонду людини, як основи життєдіяльності суспільства».

На основі даної авторської концепції можна також запропонувати дефініцію такого забруднення для складу злочину, передбаченого ст. 242 КК України: «Під кримінально-правовим забрудненням водних об'єктів шкідливими для здоров'я засобами і з певних джерел, в межах ст. 242 КК України, слід розуміти умисну або необережну, заборонену кримінальним законодавством дію чи бездіяльність суб'єкта, що полягає у забрудненні водних об'єктів, яке призводить до модифікації фізичних, хімічних чи біологічних властивостей складу вод, а також до загибелі людей або їх захворювань, масової загибелі об'єктів тваринного чи рослинного світу або інші тяжкі наслідки та створює небезпеку для життя й здоров'я людей або для навколишнього природного середовища, чи виснаження водних джерел».

Щодо поняття «виснаження водних джерел», то під ним слід розуміти таке діяння, яке спрямоване на стійке скорочення водних запасів та погіршення якості водних джерел, що створили небезпеку, вказану в ч. 1 ст. 242 КК, або наслідки, зазначені в ч. 2 ст. 242 КК. Таким чином, під кримінально-правовим визначенням забруднення, засмічення та виснаження водних об'єктів слід розуміти умисну або необережну, заборонену Кримінальним кодексом України дію чи бездіяльність суб'єкта, що посягає на встановлені в суспільстві відносини, які забезпечують охорону, раціональне використання, відтворення та оздоровлення водних об'єктів, що полягають у забрудненні, засміченні, виснаженні водних об'єктів переліченими вище засобами та джерелами, що призводить: до модифікації фізичних, хімічних чи біологічних властивостей складу вод, зменшення мінімально допустимого їх стоку; спричинення шкоди здоров'ю людини або людей, загибелі об'єктів тваринного чи рослинного світу; до втрати унікальних і рідкісних об'єктів природи, занесених до Червоної книги України, та спричиняє масове захворювання людей, або масову загибель тваринного, рослинного світу, екологічну катастрофу, спричинення збитків, які в 10 тисяч і більше разів перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян, чи створює небезпеку для життя, здоров'я людей, об'єктів тваринного або рослинного світу¹⁹.

На підставі вищезазначеного та аналізу чинного законодавства під кримінально-правовим порушенням охорони водних об'єктів слід розуміти умисну або необережну, заборонену кримінальним законодавством дію чи бездіяльність суб'єкта, що реалізується такою поведінкою, як забруднення, виснаження водних об'єктів і призводить до загрози безпеки для життя, здоров'я людей чи для довкілля або спричинило такі

наслідки, як загибель або захворювання людей, масову загибель об'єктів тваринного і рослинного світу або інші тяжкі наслідки.

Дисциплінарна відповідальність за порушення водного законодавства настає за порушення винною особою своїх трудових обов'язків. Разом з тим застосування дисциплінарної відповідальності дає набагато більший ефект, ніж застосування інших видів юридичної відповідальності. Дисциплінарна відповідальність – це одна з форм впливу на порушників трудової дисципліни, яка полягає у накладенні дисциплінарних стягнень адміністрації того підприємства, установи чи організації, де працює особа, яка порушує внутрішній трудовий розпорядок або трудові обов'язки. Якщо посадові особи або окремі працівники, порушуючи трудову дисципліну, завдають шкоди водному об'єкту, то до них застосовуються заходи дисциплінарної відповідальності відповідно до Кодексу законів про працю України

Підстави застосування дисциплінарної відповідальності за водні дисциплінарні проступки перелічені ст. 110 Водного кодексу України. При цьому перелік підстав, передбачений цими нормативно-правовими актами, не є вичерпним, тому відповідальність може настати і за інші порушення водного законодавства.

Як і адміністративна, кримінальна та цивільно-правова відповідальності, дисциплінарна відповідальність настає при наявності певних умов, що передбачені відповідним законодавством (протиправність, наявність вини суб'єкта, професійна правосуб'єктність в галузі екології, невиконання чи неналежного виконання екологічних вимог, що становлять службові професійні обов'язки).

Разом з тим слід зазначити, що накладення дисциплінарних стягнень за водні правопорушення використовується не повною мірою – через наявність стереотипу її неефективності. Водночас більшість правопорушників екологічного законодавства не є злісними, тому їх не можна вважати суспільно небезпечними. Власник юридичної особи, відповідаючи перед суспільством за екологічний стан та його вплив на навколишнє середовище загалом і водні об'єкти зокрема, зобов'язаний забезпечувати екологічний правопорядок на підприємстві, всіма доступними і законними засобами реагувати на відповідні звернення державних органів.

У системі різновидів відповідальності за порушення водного законодавства України пріоритет належить цивільно-правовій відповідальності. Цивільно-правова (майнова) відповідальність у сфері екології може застосовуватись самостійно або спільно з іншими видами юридичної відповідальності за екологічні правопорушення.

Суть майнової відповідальності полягає у компенсаційно-відновлювальній функції. Вона передбачена насамперед ст. 69 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища»²⁰.

Існують певні умови застосування цивільно-правової відповідальності, до яких необхідно віднести наступні:

- 1) протиправність поведінки порушника екологічного законодавства;
- 2) наявність шкоди;
- 3) причинний зв'язок між діями (бездіяльністю) правопорушника і шкодою;
- 4) вина правопорушника.

У випадку порушення водного законодавства відшкодування екологічної шкоди зводиться до компенсації завданих збитків, тобто порушники водного законодавства при притягненні до цивільної відповідальності відшкодовують реальну шкоду і упущену вигоду в розмірах, передбачених діючим законодавством України.

Відповідно до ст. 111 Водного кодексу України цивільно-правова відповідальність відшкодовується юридичними та фізичними особами у формі відшкодування збитків²¹. Однак у цьому кодексі не зазначено їх розмір, тому існують нормативно-правові акти, які безпосередньо регулюють це питання, а норми Водного кодексу України в цьому випадку мають посилковий (бланкетний) характер.

Зокрема збитки, заподіяні здоров'ю людини, визначаються нормами Цивільного кодексу України. Збитки, завдані природним об'єктам внаслідок порушення водного законодавства, визначаються, відповідно, нормами земельного, надрового, лісового чи іншого законодавства. Збитки, завдані водним об'єктам, визначаються переважно наказом Міністерства охорони навколишнього природного середовища України «Про затвердження Методики розрахунку розмірів відшкодування збитків, заподіяних державі внаслідок порушення законодавства про охорону і раціональне використання водних ресурсів» від 20 липня 2009 р. № 389²².

Разом з тим при відшкодуванні збитків слід керуватися водним та екологічним законодавством, а при відсутності норм для визначення розміру збитків у водному та екологічному законодавстві необхідно у субсидіарному порядку застосовувати норми цивільного законодавства.

Резюмуючи, на підставі проведеного аналізу можна констатувати наступне:

- порушення законодавства у сфері охорони водних об'єктів співвідносяться з екологічними правопорушеннями як «частина» і «ціле»;
- видами юридичної відповідальності у цій сфері виступають кримінальна, адміністративна, цивільно-правова, дисциплінарна відповідальність;
- на основі системного аналізу суперечливих положень Водного кодексу України, Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» та інших нормативно-правових актів можна зробити висновок, що в Україні відсутній узгоджений підхід до правового регулювання використання та охорони вод;
- нині існує необхідність у посиленні кримінальної, адміністративної, цивільно-правової відповідальності у сфері вод із внесенням відповідних змін і доповнень до нормативно-правових актів профільного характеру.

- ¹ Боголюбов С. А. Актуальные проблемы экологического права: учеб. для магистров / С. А. Боголюбов. – М.: Юрайт, 2011. – С. 263.
- ² Вовк Ю. А. Советское природоресурсное право. Особая часть: учеб. пособ. для юрид. спец. вузов / Ю. А. Вовк, В. К. Попов. – Х.: Вища школа, 1987. – С. 86.
- ³ Попов В. К., Краснова М. В. Правовой режим використання, відтворення та охорони вод в Україні // Екологічне право: Особлива частина: підруч. для студ. юрид. вузів і фак. : Повний академічний курс / Андрейцев В. І. та ін. – К.: Істина, 2001. – С. 356.
- ⁴ Анисимова А. П. Экологическое право России: Курс лекций: учеб. пособ. / А. П. Анисимова. – М.: Приор-издат, 2004. – С. 203.
- ⁵ Малишева Н. Р. Соотношение природоресурсного права и права окружающей среды: новый взгляд на старую проблему / Н. Р. Малишева // Государство и право. – 2007. – № 9. – С. 3–40.
- ⁶ Петров В. В. Экологическое право России: учеб. для вузов / В. В. Петров. – М.: Изд-во БЕК, 1995. – С. 257.
- ⁷ Попов В. К. Екологічне право України (Загальна частина): навч. посіб. / В. К. Попов, М. В. Шульга, С. В. Разметаєв та ін. – Х.: Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого, 1995. – 176 с.
- ⁸ Про охорону навколишнього середовища: Закон України від 25 червня 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 41. – Ст. 546.
- ⁹ Водний кодекс України: Науково-практичний коментар / Н. О. Багай, Н. Р. Кобецька, І. В. Мироненко та ін.; за заг. ред. Н. Р. Кобецької. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 360 с.
- ¹⁰ Кравченко С. Н. Материальная ответственность в системе охраны природы / С. Н. Кравченко. – К.: Вища школа, 1981. – С. 53.
- ¹¹ Кодекс України про адміністративні правопорушення: чинне законодавство зі змінами та доп. станом на 2 січ. 2016 р. (офіц. текст). – К.: Паливода А.В., 2016. – 312 с.
- ¹² Кодекс адміністративного судочинства України: чинне законодавство зі змінами та доп. станом на 15 грудня 2017 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/go/2747-15
- ¹³ Джуган В. О. Правове регулювання використання та охорони вод в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.06 / В. О. Джуган. – К. : Національний університет біоресурсів і природокористування України, 2009. – 19 с.
- ¹⁴ Гавриш С. Б. Кримінально-правова охорона довкілля України: Проблеми теорії, застосування та розвитку кримінального законодавства / С. Б. Гавриш. – К.: Верховна Рада України, Інститут законодавства, 2002. – С. 653.
- ¹⁵ Антипов В. І. Коментар до ст. 242 КК України / В. І. Антипов // Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / за ред. С. С. Яценка. – К.: АСК, 2002. – С. 540.
- ¹⁶ Дудоров О. О. Коментар ст. 242 КК України / О. О. Дудоров // Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 січня 2001 року / за ред. Мельника М. І., Хавронюка М. І. – К.: Канон, 2001. – С. 644–648.
- ¹⁷ Гавриш С. Б. Вказана праця.
- ¹⁸ Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / під заг. ред. Потебенька М. О., Гончаренка В. Г. – К.: Форум, 2001. – С. 427.
- ²⁰ Про охорону навколишнього середовища: Закон України від 25 червня 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 41. – Ст. 546.
- ²¹ Водний кодекс України: Науково-практичний коментар / Н. О. Багай, Н. Р. Кобецька, І. В. Мироненко та ін.; за заг. ред. Н. Р. Кобецької. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 360 с.
- ²² Про затвердження Методики розрахунку розмірів відшкодування збитків, заподіяних державі внаслідок порушення законодавства про охорону і раціональне використання водних ресурсів: наказ Міністерства охорони навколишнього природного середовища від 20 липня 2009 р. № 389 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://studfiles.net/preview/5858166/>

Резюме

Бойчук А. Ю. Юридична відповідальність за правопорушення у сфері охорони водних об'єктів: до питання ідентифікаційної характеристики.

У статті розглянуто основні риси юридичної відповідальності за правопорушення у сфері охорони водних об'єктів як один з видів гарантії законності, охарактеризовано основні аспекти водного законодавства сучасної України та нормативну базу, яка визначає відповідальність за його порушення. Юридична відповідальність громадян держави, підприємств та організацій щодо дотримання норм водного законодавства розглядається як надійна запорука екологічної безпеки розвитку суспільства і важлива складова забезпечення його життєдіяльності.

Ключові слова: юридична відповідальність, водні об'єкти, правова охорона вод, екологічне правопорушення, водне законодавство, адміністративна відповідальність, кримінальна відповідальність, дисциплінарна відповідальність, цивільно-правова відповідальність, порушення правил охорони вод, забруднення водних об'єктів, виснаження водних об'єктів, засмічення водних об'єктів.

Резюме

Бойчук А. Ю. Юридическая ответственность за правонарушение в сфере охраны водных объектов: к вопросу идентификационной характеристики.

В статье рассмотрены основные черты юридической ответственности за правонарушение в сфере охраны водных объектов как один из видов гарантии законности, охарактеризованы основные аспекты водного законодательства современной Украины и нормативная база, которая определяет ответственность за его нарушение. Юридическая ответственность граждан государства, предприятий и организаций относительно соблюдения норм водного законодательства рассматривается как надежная гарантия экологической безопасности развития общества и важная составляющая обеспечения его жизнедеятельности.

Ключевые слова: юридическая ответственность, водные объекты, правовая охрана вод, экологическое правонарушение, водное законодательство, административная ответственность, уголовная ответственность, дисциплинарная ответственность, гражданско-правовая ответственность, нарушение правил охраны вод, загрязнение водных объектов, истощение водных объектов, засорение водных объектов.

Summary

Boichuk A. Legal liability for infringement in the field of water objects: identification characteristics.

An article deals with theme in features of legal liability for violations in the field of water objects protection as one of the types of legal guarantee, describes the main aspects of water legislation of modern Ukrainian the normative base that determines the responsibility for its violation. After all, it is the legal responsibility of citizens of the state, enterprises and organizations to comply with the norms of water legislation is a reliable guarantee of environmental safety of the development of society and an important component of ensuring its life.

Key words: legal responsibility, water objects, legal protection of water, environmental of fenses, water legislation, administrative liability, criminal liability, disciplinary liability, civil liability, violation of the rules of water protection, pollution of waterbodies, depletion of waterbodies objects, littering of water objects.

УДК 347.55

О. О. ГАЙДУЛІН, Ю. Г. КОЗИР

Олександр Олександрович Гайдулін, кандидат філософських наук, кандидат юридичних наук, доцент, професор ДВНЗ «Київський національний економічний університет ім. Вадима Гетьмана»

Юлія Геннадіївна Козир, магістрант ДВНЗ «Київський національний економічний університет ім. Вадима Гетьмана»

ДОКТРИНАЛЬНІ АСПЕКТИ ІНСТИТУАЛІЗАЦІЇ ЕЛЕКТРОННОЇ КОМЕРЦІЇ: РОЗМЕЖУВАННЯ БАЗОВИХ ПОНЯТЬ

Сучасний світ вступив у добу інформаціоналізму, який іноді називають особливою формою демократії – нетократією. Найбільш інтенсивно це проявляється у приватноправових відносинах, диспозитивність та дискреційність яких дають змогу застосовувати новітні форми актів їх виникнення, зміни й припинення та прискорювати реалізацію прав і обов'язків сторін з використанням інформаційно-телекомунікаційних мереж. З огляду на це особливо актуальним видається дослідження статусу електронної комерції як особливого інституту права.

Серед основних наукових робіт у цій галузі необхідно виділити дисертації, які захистили О. В. Кохановська (1998 р. та 2006 р.)¹, М. М. Дутов (2003 р.)², О. А. Присяжнюк (2007 р.)³, К. С. Шахбазян (2009 р.)⁴. Також цю тему досліджували вітчизняні науковці А. В. Вологдін, А. П. Манюшкін, А. В. Солдатіков, А. В. Мартовий та інші вчені.

Визначення предмета регулювання права електронної комерції через порівняння змісту базових понять, які вживаються для з'ясування сутності цього правового інституту, що формується.

У вітчизняній доктрині переважає розуміння електронної комерції (e-commerce, Інтернет-торгівля, електронна торгівля) як широкого набору інтерактивних методів ведення діяльності з надання споживачам товарів та послуг. Отже, під електронною комерцією розуміють будь-які форми ділових операцій, де сторони взаємодіють через електронні технології, а не в процесі фізичного обміну чи контакту⁵. Проте слід зауважити, що науковці у цьому питанні не дотримуються єдиного підходу.

Існуюче розмаїття визначень поняття «електронна комерція» спробували подолати у своєму дослідженні С. Ф. Легенчук та А. С. Скакун. Вони дійшли висновку, що, наприклад, польські дослідники більш одностайні у своєму визначенні і всі вони звертають увагу на те, що електронна комерція – це не лише електронна торгівля товарами та послугами за допомогою електронних засобів, а й увесь процес здійснення такої торгівлі, включаючи відповідальність сторін за невиконання зобов'язань⁶. Окрім того, існують окремі думки щодо визначення електронної комерції як частини господарської діяльності підприємства, яка забезпечує створення нових відносин між організаціями, споживачами, мережами, формами ринків⁷.

На нашу думку, найбільш продуктивним для з'ясування предмета правового регулювання електронної комерції буде не заперечення різноманітних дефініцій заради встановлення одного поняття, а спроба впорядкувати базові, найбільш вживані поняття у цій сфері.

Для цього слід звернути увагу на те, що такі поняття, як «електронна комерція», «електронна торгівля» та «електронний бізнес», – не є тотожними і конкуруючими поняттями. Так, під електронною торгівлею зазвичай розуміють лише відносини купівлі-продажу товарів⁸. Електронна ж комерція – явище за змістом більш широке, ніж електронна торгівля, і охоплює не лише купівлю-продаж, а й надання послуг, виконання робіт тощо. Електронний бізнес – це не лише зобов'язальні правовідносини, що виникають між суб'єктами,

а й усі супутні бізнесу відносини: маркетингові, інформаційні, адміністративні, господарські. На нашу думку, можна побудувати таке співвідношення: електронна торгівля охоплюється поняттям електронної комерції, а електронна комерція охоплюється поняттям електронного бізнесу.-

Офіційна лексика, яку використовують у своїх актах органи, наділені повноваженнями регулювання сфери електронної комерції, це підтверджує. Для більш докладного з'ясування можна розглянути акти, які видає у США спеціальний орган Federal Trade Commission (FTC), що регулюють сферу електронної комерції⁹. Також варто згадати CAN-SPAM Act (2003), який встановив національні стандарти продаж через електронну пошту¹⁰. У Великій Британії створено Financial Services Authority (FSA), який базувався на основі Директиви Європейського Союзу Payment Services Directive (PSD). У Китаї питаннями електронної комерції займається Міністерство промисловості та інформаційних технологій (Ministry of Industry and Information Technology). Причому розвиток електронної торгівлі у її традиційному значенні розпочався у Китаї з прийняттям закону про електронні підписи (The Electronic Signature Law)¹¹.

На нашу думку, важливим аспектом розвитку електронної комерції є культурно-правова традиція, в якій розвиваються дані правовідносини. Зокрема, у англо-американській традиції розвиток відбувається у напрямі не уніфікації, а гармонізації основних положень, створення певного базису для подальшого розвитку. Ліберальна культура спрямована на розвиток особистості (personality), а не на намагання уніфікувати правове регулювання – закон у його широкому розумінні йде в ногу з часом. Тоді як романо-германська традиція передбачає прийняття законодавства, яке може обмежувати або не передбачати здійснення певних видів діяльності. Окрім того, законодавчі акти тут урегульовують ті, які вже об'єктивно існують, і ніколи не передбачають правового регулювання прогнозованих відносин. Тому відбувається лише закріплення існуючих у суспільстві відносин, їх «державне визнання». У сфері електронної комерції це проявляється особливо яскраво, адже завдяки новітнім технологіям ці відносини розвиваються настільки швидко, що легіслатура не встигає за ними.

У сфері електронної комерції, на нашу думку, регулювання має бути спрямовано на розвиток приватно-правового, а не публічно-правового регулювання. Саме тому правовий інститут електронної комерції має формуватися переважно не шляхом створення уніфікованих правил, а через гармонізацію диспозитивних та дискреційних процедур саморегулювання.

Однак «кістяком» цього правового інституту має бути обмежена кількість уніфікованих правил – наприклад тих, які врегульовують звітність, електронні цифрові підписи, порядок реєстрації та документи, що підтверджують право на певні доменні імена та інші фактично існуючі об'єкти.

Найбільш важливим та історично первісним засобом гармонізації норм права електронної комерції є Типовий закон ЮНСІТРАЛ «Про електронну торгівлю» (1996)¹². Найсуттєвішим заповненням прогалин у нормативно-правовому регулюванні електронної комерції слід визнати ухвалення 23 листопада 2005 р. Конвенції Організації Об'єднаних Націй про використання електронних повідомлень у міжнародних договорах¹³. Новітнім актом гармонізації національних інститутів електронної комерції є Типовий Закон ЮНСІТРАЛ від 13 липня 2017 р. про електронні записи, що передаються¹⁴.

Електронна комерція нині стала складовою електронного бізнесу, який являє собою інтегративну систему відносин з приводу купівлі-продажу, маркетингу, менеджменту, звітності та всіх інших супутніх бізнесу відносин між суб'єктами. З огляду на сучасний стан розвитку технологій електронний бізнес займає вагоме місце серед уже традиційних форм торгових відносин, оскільки має великі переваги, серед яких основні – зручність, простота та швидкість використання споживачем. Особливо актуальним на сьогодні постає докладне вивчення сутності електронної комерції в аспекті її відмежування від схожих категоріальних конструкцій. Перспективою майбутніх досліджень може стати місце електронного договору як основної форми здійснення правовідносин у сфері електронної комерції та можливості вдосконалення вітчизняного законодавства у даній сфері.

¹ Кохановська О. В. Цивільно-правові проблеми інформаційних відносин в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Олена Велеонінівна Кохановська; Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2006. – 531 с.

² Дутов М. М. Правове забезпечення розвитку електронної комерції: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Михайло Михайлович Дутов, НАН України; Інститут економіко-правових досліджень. – Донецьк, 2003. – 232 с.

³ Присяжнюк О. А. Основи концепції правового регулювання інтернет-відносин в Україні (загальнотеоретичні аспекти): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Олександр Анатолійович Присяжнюк, Харківський національний ун-т внутрішніх справ. – Х., 2007. – 163 с.

⁴ Шахбазян К. С. Міжнародно-правові основи регулювання відносин в мережі Інтернет: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11 / Карина Суренівна Шахбазян; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2009. – 219 с.

⁵ Маєвська А. А. Електронна комерція і право: навч.-метод. посіб. / А. А. Маєвська. – Х., 2010. – 256 с.; Електронна комерція : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.bizmost.biz> – С. 112.

⁶ Легенчук С. Ф. Сутність електронної комерції: обліковий вимір / С. Ф. Легенчук, А. С. Скакун // Вісник ЖДТУ. – 2011. – № 4 (58). – С. 59–65.

⁷ Jegorowa D. Rozwój segmentów rynku transakcji internetowych: VI Konferencja Informatyki Stosowanej / Dorota Jegorowa / Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa w Chełmie. – Chełm, 2007. – 234 s.

⁸ Організація торгівлі: підруч. / В. В. Апопій, І. П. Мішук, В. М. Ребицький та ін.; за ред. В. В. Апопії. – [2-е вид., перероб. та доп.] – К.: Центр навчальної літератури, 2005. – 616 с. – С. 528.

⁹ Advertising and Marketing on the Internet: Rules of the Road. Federal Trade Commission : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.consumer.ftc.gov/>

¹⁰ Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing (CAN-SPAM) Act of 2003 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.legalarchiver.org/cs.htm>

¹¹ E-commerce. Online goods and services : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://en.wikipedia.org/wiki/E-commerce>

¹² Типовий закон ООН «Про електронну торгівлю» (ЮНСІТРАЛ) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.unictral.org/english/documents/>

¹³ Конвенція Організації Об'єднаних Націй про використання електронних повідомлень у міжнародних договорах від 23 листопада 2005 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_e71

¹⁴ UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records (13 July 2017) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/MLETR_ebook.pdf

Резюме

Гайдюлін О. О., Козир Ю. Г. Доктринальні аспекти інституалізації електронної комерції: розмежування базових понять.

У статті розглядається проблема правового статусу інституту електронної комерції. За результатами аналізу стає зрозумілим, що інституціоналізація права електронної комерції повинна бути реалізована через зближення процедур саморегулювання. Гармонізація цих процедур відбувається переважно під впливом Типового закону ЮНСІТРАЛ про електронну торгівлю (1996), Конвенції Організації Об'єднаних Націй про використання електронних повідомлень у міжнародних договорах (2005), Типового закону ЮНСІТРАЛ про електронні записи, що передаються (2017).

Ключові слова: електронна торгівля, електронна комерція, електронний бізнес, саморегулювання.

Резюме

Гайдюлін А. А., Козырь Ю. Г. Доктринальные аспекты институционализации электронной коммерции: разграничение базовых понятий.

В статье рассматривается проблема правового статуса института электронной коммерции. По результатам анализа ясно, что институционализация права электронной коммерции должна быть реализована через сближение процедур саморегулирования. Гармонизация этих процедур происходит преимущественно под воздействием Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле (1996), Конвенции Организации Объединенных Наций об использовании электронных сообщений в международных договорах (2005), Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронных передаваемых записях (2017).

Ключевые слова: электронная торговля, электронная коммерция, электронный бизнес, саморегулирование.

Summary

Gaydulina O., Kozyr U. Doctrinal aspects of institutionalization of the electronic commerce: differentiation of basic concepts.

The article deals with the problem of e-commerce' legal status. According to the results of analysis, it is clear that the institutionalization of e-commerce law should be realized through the rapprochement of the self-regulation procedures. Harmonization of these procedures progresses predominantly by UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment (1996), United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (2005) and UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records (2017).

Key words: e-Trade, e-commerce, e-business, self-regulation.

УДК 346.6 336.225.4

І. С. ПИРОГА

Ігор Степанович Пирога, кандидат юридичних наук, докторант ДВНЗ «Ужгородський національний університет»

НОВИЙ МЕТОД НАРАХУВАННЯ, СПРАВЛЯННЯ І ВІДШКОДУВАННЯ ПДВ

Податкова система є одним із найважливіших економічних регуляторів, основою фінансово-кредитного механізму державного регулювання економіки. Від того, наскільки правильно побудована система оподаткування, залежить ефективне функціонування всього народного господарства. А ефективність механізму правового регулювання безпосередньо залежить від того, наскільки точно визначено цілі регулювання і наскільки оптимально підібрані засоби для їх досягнення.

Ефективне функціонування податкової системи держави неможливе без того, щоб воля держави, спрямована на регулювання податкових відносин, була строго визначеною і однаково розумілася усіма учасниками відносин. Визначеність податково-правового регулювання – найважливіша умова формування національних систем оподаткування. Досягнення визначеності норм податкового права стикається з численними труднощами, в тому числі техніко-юридичного характеру, через виняткову складність і специфічність правових конструкцій податків і зборів^{1,2}. Ефективний закон повинен містити розумні й науково обґрунтовані цілі і

© І. С. Пирога, 2017

засоби для їх досягнення. Якщо законодавець неправильно визначає цілі, допускає неточності у виборі засобів, закон не дасть очікуваного результату, не буде максимально сприяти виконанню основних завдань держави і суспільства. Будь-яка правова норма приймається для досягнення соціально корисного результату. Іноді ця мета досягається повністю, іноді – лише частково, а іноді встановлюється непередбачений негативний результат. У зв'язку з цим виникає проблема визначення ефективності правових норм і попередження можливих негативних наслідків їх реалізації.

Згідно з Податковим кодексом України (далі – ПКУ) податок на додану вартість (далі – ПДВ) є формою вилучення до бюджету частини доданої вартості, створюваної на всіх стадіях виробництва і реалізації, і визначається як різниця між вартістю реалізованих товарів, робіт, послуг та вартістю матеріальних витрат виробництва й обігу³. В Україні ПДВ фактично не пов'язаний із процесом створення і зростання вартості, що створює численні проблеми при його застосуванні.

Метою роботи є дослідження ефективності правових норм ПДВ, термінологічної визначеності, однозначності тлумачення та застосування відповідно до задуму законодавця.

Однозначність тлумачення норм податкового законодавства є однією з умов його застосування відповідно до задуму законодавця. У зв'язку з цим не можна вітати спроби законодавця змінити тлумачення установлених термінів. Так, у Податковому кодексі України «товар» визначено п.п. 14.1.244 п. 14.1 ст. 14: «товари – матеріальні та нематеріальні активи, у тому числі земельні ділянки, земельні частки (паї), а також цінні папери та деривативи, що використовуються у будь-яких операціях, крім операцій з їх випуску (емісії) та погашення».

Поняття «активи» визначено у ст. 1 Закону України «Про бухгалтерський облік і фінансову звітність»⁴: «активи – ресурси, контрольовані підприємством у результаті минулих подій, використання яких, як очікується, приведе до отримання економічних вигод у майбутньому». Поняття «товар» у ПКУ вживається в значенні «ресурс» і різко відрізняється від визначення, даного в Митному кодексі України⁵.

З метою оподаткування операцій з переміщення майна та енергії через митний кордон України термін «товари» вживається у значенні, даному у п. 57 ст. 4 Митного кодексу України: «Товари – будь-які рухомі речі, у тому числі ті, на які законом поширено режим нерухомої речі (крім транспортних засобів комерційного призначення), валютні цінності, культурні цінності, а також електроенергія, що переміщується лініями електропередачі».

Логіка законодавця не послідовна. На митниці оподатковуються ПДВ товари, а всередині країни – ресурси. Застосування терміна «активи» (ресурси) замість «товар» нам видається спробою законодавця передбачити спосіб використання товару в операціях, що обкладаються ПДВ або використовуються для споживання, тобто йдеться про те, як у подальшому повинен зараховуватися у бюджет сплачений ПДВ – як податковий кредит чи як платіж. У такий спосіб досягнути мети неможливо, бо як усередині країни, так і на митниці відбувається переміщення і товарів (для кінцевого споживача), і ресурсів (для використання у виробництві або для перепродажу). На етапі придбання товарів не завжди зрозуміло, як фактично буде використовуватися товар (ресурс). Пропонуємо узгодити визначення поняття «товар» у Податковому і Митному кодексах України: товар – це будь-який продукт (у тому числі інтелектуальний), який реалізується.

Подвійне визначення товару вимагає подвійного визначення способу передачі – поставка і продаж (реалізація). Ресурси поставляються, а товари продаються (реалізуються). Термін «поставка» визначений у п.п. 14.1.191 п. 14.1 ст. 14 ПКУ: «Постачання товарів – будь-яка передача права на розпорядження товарами як власник, у тому числі продаж, обмін чи дарування такого товару, а також постачання товарів за рішенням суду». Передачі права розпоряджатися товаром як власник відповідають випадки, зазначені п.п. а) і б). Постачання товарів, визначених п.п. в), г) і д), не передбачає передачі права на розпорядження як власника, але також вважаються поставкою. У цих випадках платник податків поставляє товари/послуги собі.

Подвійне визначення понять «товар» (ресурс) і «поставка» (реалізація, продаж) пов'язане зі специфікою справляння податку на додану вартість. ПДВ у варіанті, який передбачений Податковим кодексом, насправді не відповідає змісту поняття «додана вартість», а є податком з обороту, який справляється за дуже високою ставкою з наступним відшкодуванням раніше сплаченого податку у вигляді «податкового кредиту». «Податковий кредит» – це ще одне поняття, зміст якого не відповідає суті самого поняття «кредит» і таким чином принципом кредитування, як: цільове призначення, терміновість надання коштів, повернення коштів позичальником кредитору, забезпеченість позики, платність користування позиченими коштами.

Поняття «податковий кредит» з'явилося у зв'язку з невизначеністю (або подвійною природою) платника податку. Податковий кодекс визначає формального платника податку (постачальника, продавця, виробника), у той час як реальним платником є кінцевий споживач. Формальний платник є по суті податковим агентом, який сплачує ПДВ за рахунок коштів реального платника. В обов'язки формального платника входить також транзит податку до кінцевого споживача на усіх стадіях виробництва і реалізації.

Для забезпечення транзиту ПДВ Податковий кодекс запроваджує податкові правовідносини між платниками податку, що абсолютно не відповідає правовій природі податків. Податкові правовідносини встановлюються лише між державою, з одного боку, і фізичними та юридичними особами, з іншого. Особи не можуть платити податки один одному. Залучення посередника між платниками податку і державою створює усі проблеми, пов'язані з адмініструванням ПДВ. Застосування податкового кредиту дає змогу маніпулювати податковими зобов'язаннями у дуже широких межах і навіть одержувати незаконне відшкодування з бюджету. Порядок обчислення бази оподаткування в разі постачання товарів/послуг визначено ст. 188 ПКУ:

«При цьому база оподаткування операцій з постачання товарів/послуг не може бути нижче ціни придбання таких товарів/послуг, база оподаткування операцій з постачання самостійно виготовлених товарів/послуг не може бути нижче звичайних цін, а база оподаткування операцій із постачання необоротних активів не може бути нижче балансової (залишкової) вартості за даними бухгалтерського обліку, що склалася станом на початок звітного (податкового) періоду, протягом якого здійснюються такі операції (у разі відсутності обліку необоротних активів – виходячи із звичайної ціни)...».

Поняття «звичайна ціна» зовсім абстрактне. Воно взагалі не має відношення до ціни – це виключно маркетингова технологія. Без знижок зазвичай нічого не продається. Типові знижки – від 10 % до 90 %. Де в цьому діапазоні знаходиться звичайна ціна? В Україні ціна формується так, щоб потрібне підприємство (як правило, фіктивне) одержало максимальні податкові зобов'язання (оскільки сплата податку до бюджету взагалі не передбачається), а інше підприємство отримало максимальний податковий кредит для одержання максимальної суми відшкодування з бюджету. З цієї причини державні підприємства не можуть бути прибутковими. Податковий кодекс передбачає їх збитковість. Розмір податкового кредиту визначений п. 3 ст. 198 ПКУ:

«Податковий кредит звітного періоду визначається виходячи з договірної (контрактної) вартості товарів/послуг та складається із сум податків, нарахованих (сплачених) платником податку за ставкою, встановленою пунктом 193.1 статті 193 цього Кодексу, протягом такого звітного періоду у зв'язку з: ...». Класичне визначення «податкового кредиту» – перенесення терміну виконання податкового обов'язку – розкривається через категорії «відстрочки» і «розстрочки» в ст. 100 ПКУ, які у ст. 32 ПКУ представлені як альтернативні способи зміни терміну сплати податку, незалежні від податкового кредиту.

Спосіб зарахування до податкового кредиту не передбачає фактичного несення витрат платником податку, тобто покупець одержує право на податковий кредит, а продавець може не мати податкових зобов'язань. За логікою ці події повинні відбуватися одночасно. Покупець одержує право на податковий кредит тільки після того, як у продавця виникнуть податкові зобов'язання. Ці події можна сумістити в часі лише одним способом, якщо усунути податкові правовідносини між платниками податків (припинити перерахування ПДВ між платниками податків). При здійсненні оподатковуваних операцій оплату покупки пропонується здійснювати так: на рахунок продавця перераховується вартість товару без ПДВ, а сума ПДВ перераховується безпосередньо у бюджет. У цьому випадку сплата ПДВ здійснюється на кожній стадії виробничого циклу, як і передбачалося при запровадженні нового податку. Підтвердженням сплати ПДВ є сплачений банківський рахунок.

Запропонований спосіб сплати ПДВ до бюджету усуває податковий кредит, зникає потреба у податкових накладних і всього, що з ними пов'язано, зокрема і електронний реєстр. Не потрібна навіть податкова звітність, якщо операція здійснюється у легальному секторі економіки. За перерахунок податку до бюджету відповідає банк, у якому здійснюється оплата товарів-послуг або проводиться інкасація готівки. На цьому етапі подальше використання закупленого товару значення не має. Якщо товар буде використано для власного споживання, ПДВ уже сплачений до бюджету. У випадку перепродажу товарів (окремо чи у складі нового товару) ПДВ нараховується тільки на додану вартість, створену продавцем (не важливо, на якій стадії циклу), а вартість усіх покупок разом із ПДВ, сплаченим при їх закупівлі, просто включається в ціну товару, що продається (реалізується). ПДВ, який підлягає сплаті до бюджету, визначається так:

$$\text{ПДВ}_N = \frac{C}{100+C} \cdot (O - I),$$

де C – ставка ПДВ; O – вартість товару, що реалізується і уже включає ПДВ; I – повна вартість (включно зі сплаченим ПДВ) усіх покупок, які використані у виробництві товару, що реалізується. При розрахунку з продавцем покупець сплачує ПДВ_N (нарахований на додану вартість, створену лише на N -й стадії виробничого чи реалізаційного циклів) безпосередньо у бюджет, а вартість товару O мінус сплачений ПДВ_N зараховується на рахунок продавця.

Сплачений до бюджету ПДВ підлягає транзиту до кінцевого споживача і повертається в момент реалізації (продажу) товару. Ця норма зв'язує обігові кошти підприємства на час виробництва і реалізації. Для повернення транзитного ПДВ товар треба продати, що стимулює виробництво і продаж товарів та прискорює обороти обігових коштів. Виручка від реалізації не тільки поповнює обігові кошти, а й забезпечує виплату заробітної плати, сплату єдиного соціального внеску і податку на доходи фізичних осіб.

Сума транзитного ПДВ обмежує наднормативні запаси сировини, матеріалів і комплектуючих у сфері виробництва і/або запаси неререалізованої продукції. Якщо термін виготовлення одиниці товару не перевищує періоду податкової звітності, зв'язування обігових коштів відіграє позитивну роль, оскільки прискорює виробництво і реалізацію. Якщо термін виробництва тривалий, зв'язування оборотних коштів негативно впливає на виробництво. Для таких підприємств зобов'язання з ПДВ перед бюджетом можна оформити як боргове зобов'язання або податкову заставу, що передбачено ст. 88 ПКУ.

Складські запаси неререалізованої сировини, матеріалів, комплектуючих і готової продукції – це заморожені обігові кошти суб'єктів господарювання, які виконують роль інфляційного мультиплікатора. Затримка сировини, матеріалів і комплектуючих у сфері виробництва і обороту негативно впливає на ринковий механізм розподілу ресурсів, вимагає додаткових витрат на зберігання наднормативних запасів і знижує і без того низьку конкурентоспроможність вітчизняних товарів. А податковий кредит у його нинішньому вигляді фак-

тично стимулює цей процес. Накопичення наднормативних запасів створює передумови не тільки для ухилення від сплати податку, а й дає право на незаконне по суті відшкодування з бюджету від'ємного значення ПДВ. Статистика зборів ПДВ з товарів внутрішнього виробництва красномовно свідчить про те, що платники податків ефективно користуються наданим правом.

Запропонований новий спосіб справляння ПДВ має низку переваг:

- 1) скорочує термін перебування матеріальних цінностей у сфері виробництва та обігу;
- 2) знижує матеріальні витрати на зберігання наднормативних запасів;
- 3) прискорює обороти обігових коштів;
- 4) не впливає на ринковий механізм розподілу ресурсів;
- 5) знижує собівартість і підвищує конкурентоспроможність товарів;
- 6) право на відшкодування ПДВ з бюджету виникає тільки в разі здійснення операцій, які оподатковуються за нульовою ставкою;

7) зникає економічна доцільність фіктивної операції (зокрема і експорту), яка дає право на незаконне відшкодування ПДВ з бюджету, оскільки відшкодувати можна тільки те, що фактично було сплачено раніше.

При такому порядку обчислення податкових зобов'язань від'ємне значення ПДВ і право на відшкодування виникає при здійсненні експорту, продажу товарів, які не оподатковуються або звільнені від сплати податку, і лише за умови, що питома вага таких операцій перевищує 50 %.

За нульовою ставкою оподатковуються операції з вивезення товарів за межі митної території України в митному режимі: експорту, реекспорту, безмитної торгівлі, вільної митної зони (ст. 195 ПКУ). «Товари вважаються вивезеними за межі митної території України, якщо таке вивезення підтверджене в порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України, митною декларацією, оформленою відповідно до вимог Митного кодексу України». Наявність митної декларації, на жаль, не є обґрунтуванням експортної операції. Підтвердження експортної операції має передбачати зарахування коштів на рахунок експортера в Україні. Тільки зарахована сума визначає справжню вартість товарів/послуг, що експортуються. Митну декларацію завжди можна оформити, навіть без здійснення реального експорту. Корупційні схеми здійснення фіктивного експорту в Україні використовуються дуже широко. Водночас, поки вартість експортованих товарів не зачислена на рахунок експортера в Україні, насправді немає жодної можливості визначити суму, що підлягає відшкодуванню. Сума відшкодування становить частку у ціні покупки на всіх попередніх стадіях циклу (вартість, створена кінцевим продавцем (експортером), не враховується і на неї не нараховувався і не сплачувався ПДВ). Заявлена до відшкодування сума фактично сплачена до бюджету, а можливість незаконного відшкодування практично виключена:

$$\text{Відшкодування} = I'C/(100 + C),$$

де С – основна ставка ПДВ (сьогодні – 20 %), І – вартість усіх покупок (включає ПДВ), які використані у виробництві товару, що реалізується за нульовою ставкою ПДВ.

Будь-який продукт (у тому числі інтелектуальний), який можна реалізувати, стає товаром у момент реалізації. Саме так визначається поняття «товар» у Податковому кодексі Російської Федерації: «Товаром для цілей цього Кодексу визнається будь-яке майно, що реалізується або призначене для реалізації»⁶. Вживаючи термін «активи» (ресурси) замість «товар», законодавець намагається розмежувати «податковий кредит» від платежу у бюджет. Однак у цьому потреби немає, оскільки реалізація (продаж) передбачає зміну розпорядника товаром як власника і сплату ПДВ до бюджету. З цієї ж причини нема сенсу розрізняти поняття «поставка», «продаж» і «реалізація». Запропонований новий метод адміністрування ПДВ скасовує податковий кредит і податкові правовідносини між платниками.

Отже, робимо висновок, що елементи правового механізму ПДВ передбачають різне тлумачення термінів, які є синонімами: «товар» (актив, ресурс), «поставка» (продаж, реалізація), некоректне використання поняття «податковий кредит» та незаконне встановлення податкових правовідносин між платниками податків. Запропонований новий метод нарахування, сплати і відшкодування ПДВ передбачає сплату податку у бюджет в режимі реального часу на кожній стадії виробництва і реалізації товарів/послуг, скасовує «податковий кредит», усуває податкові правовідносини між платниками податків.

¹ Пансков В. Г. Администрирование НДС: решение принято, но проблемы остаются / В. Г. Пансков // Финансы. – 2010. – № 2. – С. 26–29.

² Иловайский С. И. Косвенное налогообложение в теории и практике / С. И. Иловайский. – Пенза: РИО ПГСХА, 2010. – 339 с.

³ Податковий кодекс України № 2755-17 (редакція від 01.01.2018) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>

⁴ Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні: Закон України № 996-14 (редакція від 01.01.2018) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/996-14>

⁵ Митний кодекс України № 4495-17 (редакція від 03.12.2017) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4495-17>

⁶ Налоговый кодекс Российской Федерации. Часть вторая: от 5 августа 2000 года № 117-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2000. – № 32. – Ст. 3341.

Резюме

Пирого І. С. Новий метод нарахування, справляння і відшкодування ПДВ.

У статті проаналізовано елементи правового механізму ПДВ. Виявлено подвійне визначення термінів «товар» (актив, ресурс), «поставка» (продаж, реалізація) та незаконно встановлені правовідносини між платниками податків як наслідок запровадження «податкового кредиту». Запропоновано новий метод нарахування, сплати і відшкодування ПДВ, що передбачає сплату податку у бюджет в режимі реального часу на кожній стадії виробництва і/або реалізації, скасовує податковий кредит і податкові правовідносини між платниками податку.

Ключові слова: ПДВ, податковий кредит, товар, реалізація, продаж, поставка, активи.

Резюме

Пирого И. С. Новый метод начисления, взимания и возмещения НДС.

В работе проанализированы элементы правового механизма НДС. Выявлено двойное определение терминов «товар» (актив, ресурс), «поставка» (продажа, реализация) и незаконно установленные правоотношения между налогоплательщиками как следствие введения «налогового кредита». Предложен новый метод начисления, уплаты и возмещения НДС, который предусматривает уплату налога в бюджет в режиме реального времени на каждой стадии производства и/или реализации, отменяет налоговый кредит и налоговые правоотношения между налогоплательщиками.

Ключевые слова: НДС, налоговый кредит, товар, реализация, продажа, поставка, активы.

Summary

Pyroha I. New method of calculation, payment and refund of VAT.

The article analyzes elements of the legal mechanism of VAT. A double definition of the terms of goods (asset, resource), supply (sale, sale) and illegal relationships between taxpayers as a consequence of the introduction of a “tax credit” were identified. A new method of calculating, paying and refunding VAT is proposed, which involves paying the tax to the budget in real time at each stage of production and / or implementation, canceling the tax credit and tax relations between taxpayers.

Key words: VAT, tax credit, commodity, sale, sale, supply, assets.

УДК 342.92

Н. С. ФЕДУРУК

Наталія Сергіївна Федорук, кандидат юридичних наук, доцент Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

ПАТЕРНАЛІСТСЬКА ПРИРОДА СУЧАСНОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА УКРАЇНИ ЯК ОДНА ІЗ ПЕРЕШКОД ЙОГО ТРАНСФОРМАЦІЇ

Про необхідність реформування науки та галузі адміністративного права науковці й практики говорять ще з середини 90-х рр. минулого століття. З того часу, як у 1998 р. була затверджена Концепція адміністративної реформи¹, з'явилося чимало наукових розробок, які визначали напрями та принципи реформування сучасного адміністративного права в Україні. Саме завдяки зусиллям вітчизняних вчених в Україні сформувався інститут адміністративних послуг, відродився інститут адміністративної юстиції, удосконалюється діяльність органів виконавчої влади, реформується державна служба, запроваджуються європейські принципи належного урядування та ін.

Тим не менш, реформи, що проводяться, хоч і базуються на європейських стандартах, явно «пробуксовують» та не дають очікуваного результату. Причини цього, на нашу думку, не тільки в опорі певних бюрократичних та олігархічних кіл, які не хочуть міняти старі схеми влади (вирішити це питання мають політики, а не науковці). Проблема полягає також у небажанні авторів наукових розробок та пропозицій до адміністративного законодавства вийти за межі радянської науково-правової традиції.

Якщо проаналізувати зміст сучасних вітчизняних підручників з адміністративного права, можна виділити два напрями (варіанти) розуміння його парадигми.

Перший варіант – суто радянський підхід до розуміння ролі і призначення адміністративного права (В. Б. Авер'янов його коректно називав «неорадянський підхід»). Суть його полягає у чіткому та беззаперечному розумінні адміністративного права як управлінського права, тобто як регулятора управлінських впливів держави на суспільні процеси. Такі підручники, як правило, починаються з характеристики соціального управління та державного управління як його складової частини, після чого обґрунтовується виділення особливої галузі права, яка і покликана здійснювати правове регулювання подібних управлінських відносин². Теоретико-ідеологічна складова таких підручників, за великим рахунком, відрізняється від аналогічних радянських видань лише назвами сучасних органів влади.

Друга група вчених звертає увагу на необхідності зміни доктрини науки адміністративного права за західними стандартами. Для цього, на їх думку, достатньо імплементувати європейську термінологію та принципи європейського адміністративного права. Наприклад, С. Стеценко, погоджуючись із В. Авер'яновим, наголошує на запровадженні людиноцентристської спрямованості дій держави, що неминуче вплине на зміст предмета адміністративного права. Проте запропоноване ним визначення предмета сучасного адміністративного права мало чим відрізняється від радянського і становить «сукупність правових норм, що регулюють суспільні відносини, що виникають у процесі публічного управління економічною, соціально-культурною та адміністративно-політичною сферами життя, а також у процесі забезпечення, реалізації та захисту прав, свобод і законних інтересів фізичних та юридичних осіб з боку органів виконавчої влади та місцевого самоврядування»³.

Про необхідність запровадження людиноцентристського підходу в адміністративному праві говорить Є. Курінний, умовами якого повинні виступати наявність громадянського суспільства та правової держави⁴. Базовою категорією оновленої галузі має стати «державна владна політика», зміст якої формується державою в процесі правоутворення на основі об'єктивно існуючих суспільних потреб, які в свою чергу акумулюють відповідні потреби та цінності, права і свободи людини і громадянина⁵. Проте основною проблемою запровадження такого підходу, як вважає Є. Курінний, є недостатній рівень розвитку громадянського суспільства в Україні.

На думку С. Петкова, оновлення та реформування сучасного права – «гостра життєва потреба, органічно пов'язана з євроінтеграційним вибором нашої країни»⁶. Проте далі сучасні адміністративні відносини визначаються як управлінські відносини влади і підпорядкування, які характеризуються нерівністю сторін (особи і держави) та базуються на імперативному методі⁷.

На жаль, духом неорадянського патерналізму проникнуті навіть найпрогресивніші підручники з адміністративного права. Наприклад, визначення влади дається як «певний стан суспільних відносин, за яким один суб'єкт може примусити іншого суб'єкта зробити те, що останній не зробив би за інших умов. Тобто влада реалізується через подолання фізичного чи психологічного опору об'єкта влади...»⁸. Отже, влада трактується виключно як примус. На нашу думку, неправильно ототожнювати владу і примус, оскільки можливість застосування примусу є лише одним із атрибутів влади, який застосовується у виключних випадках, але аж ніяк примус не є самою владою. Сучасну доктрину публічного права взагалі і адміністративного права зокрема слід будувати на розумінні влади як *повноваження суб'єкта на здійснення певних дій чи прийняття рішень, необхідність яких визнана більшістю учасників суспільних відносин, в яких застосовуються владні повноваження*. Тобто влада – це своєрідний мандат суспільства, наданий певному суб'єкту на прийняття певних рішень та здійснення дій в інтересах усього суспільства, який, в тому числі, включає право на застосування примусу.

Також часто спостерігається протиставлення громадянського суспільства і державної влади як різних, навіть, антагоністичних елементів соціуму⁹. Якщо виходити із західної традиції розуміння держави як вищої форми організації громадянського суспільства, протиставлення її громадянському суспільству виглядає нелогічним, або така держава не може вважатися демократичною.

Отже, більшість сучасних наукових праць, присвячених нібито найсучаснішим проблемам адміністративного права, продовжує базуватися на радянських ідеологічних стереотипах щодо розуміння природи адміністративного права як права державного управління, що аж ніяк не сприяє ефективному реформуванню цієї галузі та запровадженню європейських стандартів адміністративно-правового регулювання. На неможливості пристосування вітчизняної ідеології адміністративного права до існуючих європейських стандартів цієї галузі неодноразово наголошував В. Авер'янов, адже «діюче вітчизняне адміністративне право докорінно відрізняється від адміністративного права європейських країн, насамперед, своїм «духом»: в країнах Європи воно спрямоване на захист та забезпечення прав та інтересів людини, а у нас – на забезпечення потреб держави, державного управління»¹⁰. Тобто, йдеться не про просту імплементацию європейських норм та принципів адміністративного права, а про формування іншого світогляду, нової парадигми адміністративного права.

Механізм формування та трансформації нових наукових парадигм детально описаний американським філософом та істориком науки, одним із лідерів сучасної постпозитивістської філософії науки Т. Куном.

Розвиток науки у Т. Куна виглядає наступним чином: існує нормальна наука, що розвивається в межах загально визнаної парадигми; наслідком цього є зростання кількості аномалій, що в кінцевому підсумку призводить до кризи; а відповідно – наукової революції, яка означає зміну парадигм. Період кризи закінчується тоді, коли одна із запропонованих гіпотез доводить свою здатність впоратися з існуючими проблемами, пояснити невідомі факти та завдяки цьому залучає на свій бік більшу частину вчених. Цю зміну парадигм Т. Кун і називає науковою революцією.

Вчені, які прийняли нову парадигму, починають бачити світ по-новому. Перехід від однієї парадигми до іншої Т. Кун порівнює з переключенням гештальта: наприклад, якщо раніше на малюнку бачили вазу, потрібне зусилля, щоб на тому ж малюнку побачити два людських профілі. Але як тільки це перемикання відбулося, прихильники нової парадигми вже не здатні здійснити зворотнє перемикання і перестають розуміти тих своїх колег, які все ще говорять про вазу. Це явище має психологічну природу і називається *трансформацією сприйняття*.

На якому етапі переходу до нової парадигми знаходиться сучасна наука адміністративного права? Чи є у нас ситуація настільки критичного зростання кількості аномалій, щоб це дозволило говорити про можли-

вість якісної зміни парадигми вітчизняного адміністративного права з подальшою трансформацією його сприйняття?

Якщо базуватися на термінології Т. Куна, парадигма – це всі наукові уявлення та дослідження, які проводяться в межах нормальної науки. У свою чергу, «нормальна наука» – це така система знань, яка в певний період часу вважається істинною та визнається науковим співтовариством. Як правило, основні положення нормальної науки відображені в підручниках¹¹.

Отже, оновлення змісту підручників, яке пропонує Р. Мельник як спосіб впровадження принципу людиноцентризму в адміністративному праві¹², повинно бути завершальною, а не початковою стадією цього процесу. Підручники (якщо використовувати термінологію Т. Куна) є продуктом «нормальної науки», тобто доктрини, яка має достатній рівень теоретичної розробки та знаходить підтримку абсолютної більшості науковців. У ситуації з людиноцентризмом в адміністративному праві ми маємо ситуацію «аномалії», тобто з принципово новими явищами адміністративно-правової дійсності. Отже, для ефективного реформування галузі необхідна «трансформація сприйняття», з якою, на жаль, проблеми. Зокрема, посилюючись на іноземний досвід, сучасні наукові праці з адміністративного права продовжують традиції патерналізму (держава вже не «суворий пан», а «добрий», який іноді навіть прислужує своїм підданам). Розуміння держави як елементу громадянського суспільства, як однієї з форм його організації, не зустрічається в жодній науковій праці з адміністративного права. У жодній праці не аналізуються спільні моменти в інтересах держави і особи, що й становить основу публічного інтересу (тобто розуміння громадянином того, що держава – це і він).

На сьогодні, на жаль, немає єдиної наукової «світоглядної» школи з адміністративного права, що давало б можливість хоча б розробити єдиний понятійний апарат цієї науки. Наслідком цього, наприклад, є підручник «Загальне адміністративне право», кожний розділ якого містить різні, часом протилежні, підходи й поняття до розуміння і тлумачення одних і тих самих явищ¹³. Також розповсюдженою помилкою вчених, які намагаються по-новому сформулювати предмет сучасного адміністративного права, є підміна понять права і законодавства, через яке і пропонують вивести зміст предмета адміністративного права. На нашу думку, такий підхід є помилковим та не може вирішити проблему якісної зміни сучасного адміністративного права, оскільки законодавство є (або, принаймні, повинно бути) похідним від права.

Для того, щоб провести якісну «трансформацію сприйняття» сучасного адміністративного права, слід насамперед поставити питання «яким ми хочемо побачити сучасне адміністративне право?» та «для чого нам необхідно його переосмислити?». Тобто, слід сформулювати саме світоглядні проблеми даної галузі. Адміністративне законодавство, яке всі чомусь видають за предмет адміністративного права, є лише одним із елементів правової дійсності, який ми повинні дослідити та проаналізувати для з'ясування його сутності.

Подолання пострадянського патерналізму вітчизняного адміністративного права слід проводити через «трансформацію сприйняття» змісту таких базових для адміністративного права категорій, як «держава», «публічна влада», «публічний інтерес» та ін. Переосмислення цих понять та наповнення їх справжнім, а не декларованим людиноцентристським змістом, і є ключем трансформації українського адміністративного права відповідно до західної цивілізаційної традиції. Неорадянська патерналістська традиція публічного права взагалі і адміністративного права зокрема може бути подолана шляхом дійсного усвідомлення та сприйняття західної традиції поглядів на державу як на вищу форму організації громадянського суспільства, а не на «суб'єкт управління, який реалізує свою волю однобічно шляхом видання владних приписів об'єктам управління»¹⁴.

Отже, у сучасній науці має місце перейменування радянських понять та категорій адміністративного права без зміни їх змістовного наповнення (наприклад, при характеристиці предмета адміністративного права слова «державне управління» достатньо доповнити фразою «і захист прав осіб» щоби вважати його людиноцентристським). Зробити сучасне адміністративне право справді людиноцентристським також не допоможе сліпе копіювання європейського досвіду шляхом переписування західних підручників, оскільки це не вирішує фундаментальної проблеми сучасної вітчизняної науки адміністративного права, а саме – справжньої зміни парадигми науки адміністративного права, яка насамперед полягає у зміні поглядів на суть та призначення держави в суспільстві та базових принципів взаємодії держави і особи. Саме відхід від радянського, патерналістського, підходу до розуміння держави і повинен стати світоглядною передумовою реформування вітчизняного адміністративного права.

¹ Про заходи щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні : Указ Президента України від 22 липня 1998 р. // Офіційний вісник України. – 1999 – № 21 – С. 32.

² Адміністративне право України : підруч. / Ю. П. Битяк (кер. авт. кол.), В. М. Гаращук, В. В. Богущкий та ін.; за заг. ред. Ю. П. Битяка, В. М. Гаращука, В. В. Зуй. – Х. : Право, 2010. – 624 с.; Алфьоров С. М. Адміністративне право. Загальна частина. Навч. посіб. / С. М. Алфьоров, С. В. Ващенко, М. М. Долгополова, А. П. Купін. – К.: Центр учбової літератури, 2011. – 216 с. та ін.

³ Стеценко С. Сучасний погляд на предмет адміністративного права / С. Стеценко // Публічне право. – 2016. – № 1 (21). – С. 22.

⁴ Курінний С. Об'єкт та предмет українського адміністративного права: змістовна та аксіологічна сутність категорій / С. Курінний // Публічне право. – 2016. – № 1 (21). – С. 48.

⁵ Там само. – С. 49.

⁶ Петков С. Предмет адміністративного права – константа в процесі трансформації суспільно-політичних відносин / С. Петков // Публічне право. – 2016. – № 1 (21). – С. 36.

⁷ Там само. – С. 39.

⁸ Мельник Р. С. Загальне адміністративне право: навч. посіб. / Р. С. Мельник, В. М. Бевзенко ; за заг. ред. Р. С. Мельника. – К.: Ваіге, 2014. – С. 14.

⁹ Там само. – С. 32.

¹⁰ Авер'янов В. Б. Україна та європейська інтеграція: публічно-правові аспекти / за заг. ред. В. Б. Авер'янова, С. Ф. Демченка. – К.: Преса України, 2010. – С. 244.

¹¹ Кун Т. Структура научных революций / Т. Кун. – М.: Прогресс, 1977 – С. 43–45.

¹² Мельник Р. Концепція людиноцентризму в сучасній доктрині адміністративного права / Р. Мельник // Право України. – 2015. – № 10. – С. 161.

¹³ Загальне адміністративне право: підруч. / за заг. ред. І. С. Гриценка. – К.: Юрінком Інтер, 2015. – 568 с.

¹⁴ Петков С. Предмет адміністративного права – константа в процесі трансформації суспільно-політичних відносин / С. Петков // Публічне право. – 2016. – № 1 (21). – С. 39.

Резюме

Федорук Н. С. Патерналістська природа сучасного адміністративного права України як одна із перешкод його трансформації.

У статті аналізується відповідність сучасної вітчизняної науки адміністративного права принципам людиноцентризму як основного орієнтиру її розвитку, на підставі чого обґрунтовується необхідність перегляду парадигми адміністративного права України з метою остаточної відмови від патерналістського розуміння основних понять і категорій цієї науки і галузі права та остаточного переходу до їх людиноцентристського розуміння.

Ключові слова: патерналізм, людиноцентризм, наукова парадигма, державна влада, громадянське суспільство.

Резюме

Федорук Н. С. Патерналистская природа современного административного права как одно из препятствий его трансформации.

В статье анализируется соответствие современной отечественной науки административного права принципам человекоцентризма как основного ориентира его развития, на основе чего обосновывается необходимость пересмотра парадигмы современного административного права с целью отказа от патерналистского понимания основных понятий и категорий этой науки и отрасли права и переход к их человекоцентристскому пониманию.

Ключевые слова: патернализм, человекоцентризм, научная парадигма, государственная власть, гражданское общество.

Summary

Fedoruk N. Paternalistic Nature of Modern Administrative Law in Ukraine as One of the Obstacles to its Transformation.

Renaming of Soviet concepts and categories of administrative law without changing their conceptual meaning is occurring in modern science. The main problem of modern national science of administrative law, namely – a profound change in the paradigm of science of administrative law, which is primarily in transformation of views on the essence and role of the state in the society and the basic principles of interaction between the state and the person.

Key words: paternalism, human centeredness, scientific paradigm, state power, civil society.

УДК:342.9: 349.41

О. В. ШИНКАРУК, Ф. О. ІВАНОВ

Олександра Василівна Шинкарук, кандидат юридичних наук, доцент Національного університету біоресурсів і природокористування України

Філіп Олександрович Іванов, аспірант Національного університету біоресурсів і природокористування України

ОКРЕМІ АСПЕКТИ КЛАСИФІКАЦІЇ СУБ'ЄКТІВ АДМІНІСТРАТИВНО-ДЕЛІКТНИХ ВІДНОСИН У СФЕРІ ВИКОРИСТАННЯ ТА ОХОРОНИ ПРИРОДНИХ РЕСУРСІВ

Адміністративна відповідальність відіграє значну роль у дотриманні законності та правопорядку в суспільстві. Однак сьогодні склалася ситуація розпорошеності законодавства про адміністративну відповідальність за правопорушення у сфері використання та охорони природних ресурсів, їх неузгодженості між собою та колізійності, що ускладнює правове регулювання адміністративно-деліктних відносин. Окремим, не менш актуальним питанням залишається застаріле правове забезпечення суб'єктів адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів.

Сучасні економічні умови України диктують значне розширення суб'єктного складу адміністративно-деліктних відносин. З падінням планової економіки та переходом до ринкової з'явився широкий ряд нових суб'єктів правовідносин, а отже, і адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів. Однак адміністративно-деліктне законодавство наразі не завжди враховує вказані зміни. З огляду на це, на нашу думку, надзвичайно важливим є здійснення класифікації суб'єктів адміністративно-деліктних відносин, що в майбутньому дасть змогу адаптувати законодавство до сучасних умов.

Окремі питання правового забезпечення суб'єктів адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів досліджувалися такими вченими, як: С. Бай, В. Грохольський, С. Діденко, В. Єрмоленко, В. Коваленко, Л. Коваль, В. Колпаков, В. Курило, С. Матчук, С. Петков, С. Подлінув, М. Самбор, О. Стукаленко, О. Харитонова, О. Шем'яков, Є. Шульга, М. Шульга, М. Шиленко та інші. Однак класифікації статусом суб'єктів адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів здійснено не було.

Проблема визначення філософсько-правової категорії «суб'єкт», що є першоосновою таких категорій, як «суб'єкт права», «суб'єкт правовідносин» та «суб'єкт адміністративно-деліктних відносин» почала актуалізуватися на початку ХХ століття. У межах даної актуалізації відомий вчений-класик філософії права М. Алексєєв побудував концепцію дослідження суб'єкта права, правових цінностей, прав та обов'язків на основі феноменологічного методу. Відповідно до концепції поєднання вказаних категорій становить правову структуру, тобто універсальну ідеальну складову права, його «логос» як феноменологічний еквівалент «природного права». Кожен з цих елементів у їх «неподільності» виступає виявом ідеального значеннєвого змісту права. При цьому суб'єктові належить роль «найбільш глибокого елементу правової структури»¹. Схожі думки можна зустріти в працях відомого радянського юриста Є. Пашуканіса про суб'єкт як «атом» юридичної теорії, найпростіший елемент^{2,3}. Все це зайвий раз доводить, що суб'єкт є центральною категорією права.

Суб'єкту в правовідносинах (адміністративних, адміністративно-деліктних) відводиться найголовніша роль, з огляду на їх вольовий зв'язок між собою (правомочними і зобов'язальними суб'єктами), що є носіями суб'єктивних прав, обов'язків, повноважень і відповідальності⁴. Вказаний вольовий зв'язок забезпечується державою через застосування засобів адміністративного примусу.

Звертаючись до вихідних умов сучасної правової доктрини, тобто теорії радянського права та права царської Росії на визначення категорії «суб'єкт права», слід зазначити, що досить довго панувало положення, висловлене у 1844 р. Р. Ієрингом, відповідно до якого «особа» (суб'єкт) — це сукупність юридичних відносин⁵. Нерідко такий погляд на досліджувану дефініцію залишався єдиним. Так, у російській дореволюційній, а також радянській юридичній літературі суб'єкт права звичайно ототожнювався з учасником (суб'єктом) правовідносин та досліджувався у рамках складу правопорушення як його елемент. Цей підхід залишався головним під впливом того, що ні правопорядок царської Росії, ні радянська правова система не передбачали особистість, індивіда як вихідний початок, творця права. Хоча у радянській юридичній науці другої половини ХХ ст. сформувалася ліберальна течія, в межах якої особистість набула визнання як вища правова цінність⁶.

Сучасна правова доктрина розглядає суб'єкт як такий собі центр, довкола якого формуються правові зв'язки (правовідносини). Вказані суб'єкти права для досягнення своїх практичних цілей вступають у правову комунікацію, чим формують не лише власні правові відносини, а й створюють «другу природу» — право. Інтереси суб'єктів не обмежуються лише створенням практичних господарських зв'язків, вони поширюються і на неперсоніфіковані правові зв'язки, які мають вираз закону. Ці нормативні зв'язки суб'єктів права намагаються інституціоналізувати їх загальну волю, усвідомлення того, якою має бути їх взаємодія у рамках реалізації власних цілей. При цьому важливо, щоб втілена у законі воля не відчувалась від них, залишалась їх волею, а зв'язок, який закон установив, залишався їх правовим зв'язком. У законі суб'єкти права повинні бачити себе та свою волю, форму та засоби реалізації своїх інтересів, власний взаємозв'язок з іншими особами⁷. З огляду на це суб'єкти адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів є основоположниками відповідних правовідносин та виступають основними їх елементами.

Суб'єктний склад є відмінною рисою адміністративної відповідальності від інших видів юридичної відповідальності. Особливо це проявляється через осіб, уповноважених на здійснення провадження у даних справах, а також нормативно-правовою основою їх регламентації.

Адміністративно-деліктні відносини відображають специфічні зв'язки між правозастосовними і фізичними або юридичними суб'єктами, що порушують норми права в різноманітних сферах державного управління, при вирішенні першими індивідуально-конкретних справ.

Не можна також не відмітити тієї обставини, що адміністративно-деліктні відносини характеризуються власним суб'єктним складом, що виходить за межі учасників правозастосовних відносин. Суб'єкти включені у сферу правозастосовних відносин незалежно від різноманітності та специфіки, індивідуально-конкретних ситуацій, що підлягають врегулюванню. При цьому слід погодитися з тими, хто пропонує розмежовувати їх на: «1) учасників даних відносин, що безпосередньо зацікавлені в результаті справи; 2) осіб, що уповноважені на вирішення справ, які проте не мають особистого інтересу у спорі або іншому конкретному юридичному питанні»⁸. Оскільки адміністративно-деліктні відносини не обмежуються рамками правозастосовних відносин (стадія адміністративної юрисдикції), проте включають відносини, що передують стадії правозастосування (вчинення делікту, його виявлення та фіксація) або наступної стадії (виконання рішення у справі

про адміністративне правопорушення), то й суб'єктний склад учасників адміністративно-деліктних відносин відповідно буде значно ширшим, втому числі і за рахунок державної адміністрації, що виступає в ролі суб'єкта адміністративної відповідальності.

Суб'єктами адміністративної відповідальності за правопорушення у сфері використання та охорони природних ресурсів відповідно до КУпАП є тільки фізичні особи – громадяни України, іноземні громадяни, особи без громадянства та посадові особи, наділені адміністративною дієздатністю. При цьому згідно зі ст. 12 Кодексу, адміністративній відповідальності підлягають особи, які на момент вчинення адміністративного проступку досягли 16 років і є осудними⁹.

С. Матчук та Т. Кріпостна вказують, що в юридичній літературі дискусійним є питання про адміністративну відповідальність юридичних осіб. Помітною при цьому є тенденція від повного заперечення такої відповідальності до її повного визнання. По суті економічні та інші санкції, що застосовуються до юридичних осіб за порушення екологічного та природоресурсного законодавства, за своєю правовою природою є заходами адміністративної відповідальності¹⁰. Адміністративні санкції до юридичних осіб нині передбачені багатьма Законами України: «Про ветеринарну медицину», «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення», «Про виключну (морську) економічну зону» та іншими. Наприклад, відповідно до Закону «Про виключну (морську) економічну зону» юридичні особи несуть відповідальність за незаконну промислову діяльність (ст. 22), порушення правил безпечної експлуатації споруд (ст. 23), незаконну експлуатацію природних ресурсів (ст. 24), незаконне ведення морських наукових досліджень (ст. 25), забруднення морського середовища (ст. 26)¹¹. Попри те, що законодавець у цьому випадку не називає відповідальність юридичних осіб адміністративною, вона за всіма ознаками є саме такою, оскільки за відповідні правопорушення на юридичних осіб накладаються адміністративні санкції – штрафи, конфіскація засобів і знярядь, із застосуванням яких вчинено правопорушення, конфіскація незаконно добутих природних ресурсів¹².

А ось щодо підприємств, як правопорушників у цій сфері, С. Бай та І. Римар вважають, що екологічна відповідальність підприємства означає відповідальність підприємства перед суспільством, теперішнім та майбутнім поколінням людей, перед кожною конкретною людиною. Найбільш розповсюдженими практиками екологічної відповідальності підприємств в українському середовищі та світі є використання альтернативних джерел енергії; контроль кількості відходів та викидів; ефективне використання природних ресурсів та енергії; участь у програмах безпеки навколишнього середовища; інформаційна робота серед персоналу та населення; моніторинг впливу на довкілля; відмова від діяльності, шкідливої для довкілля; використання та поширення «зелених» технологій; уникнення використання генетично модифікованих організмів; зменшення пакування; сертифікація продукції та органічне маркування. В останні роки актуальним стає питання адміністративної відповідальності не лише промислових підприємств та сільського господарств, а й підприємств торгівлі. Основною причиною важливості екологізації торгівлі є особливе місце галузі у структурі народного господарства, а саме посередництво між виробником та споживачем, що дає можливість останнім впливати як на виробника так і на споживача¹³.

Таким чином, «активними» суб'єктами адміністративно-деліктних відносин у сфері використання й охорони природних ресурсів є промислові підприємства, сільськогосподарські та підприємства торгівлі. У зв'язку з цим виникає закономірна необхідність закріплення законодавчих підстав притягнення їх до адміністративної відповідальності за скоєння адміністративного делікту в сфері використання та охорони природних ресурсів.

На наше глибоке переконання, суб'єктами адміністративного делікту у сфері використання та охорони природних ресурсів можуть бути як окремі громадяни і посадові особи, так і підприємства, установи й організації – юридичні особи. Правопорушниками в галузі природоохорони можуть бути і державні органи управління чи органи місцевого самоврядування, які, наприклад, незаконно розпоряджаються природними ресурсами, порушують встановлений порядок передачі природних ресурсів у власність або надання їх у користування. Суб'єкти правопорушень у сфері використання та охорони природних ресурсів – фізичні і юридичні особи – не обов'язково повинні бути власниками природних ресурсів чи природокористувачами або взагалі носіями екологічних прав. Правопорушення у сфері використання та охорони природних ресурсів можливі, наприклад, з боку проектних організацій, які розробляють проекти розташування і будівництва об'єктів, містобудівну документацію тощо. У певних випадках юридичну відповідальність несуть як вітчизняні, так і іноземні фізичні та юридичні особи. До суб'єктів вказаних правопорушень належать і створені в Україні спільні підприємства, міжнародні об'єднання, організації, фірми тощо¹⁴.

Отже, першу групу суб'єктів адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів становлять правопорушники, якими можуть бути фізичні і юридичні особи (як власники та користувачі, так і ні), державні органи, органи місцевого самоврядування, посадові особи, іноземці, особи без громадянства, громадські об'єднання, міжнародні установи та інші.

Законом «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25 червня 1991 р. № 1264-XII передбачено, що місцеві ради несуть відповідальність за стан навколишнього природного середовища на своїй території і в межах своєї компетенції. Відповідно, правопорушниками в цій сфері вони будуть, якщо не виконали чи неналежним чином не виконали: реалізацію екологічної політики України, екологічних прав громадян; не дали згоду на розміщення на своїй території підприємств, установ і організацій у порядку, визначеному законом; затвердили з урахуванням екологічних вимог проекти планування і забудови населених пунктів, їх генеральні плани та схеми промислових вузлів; видали (переоформили, видали дублікати,

анулювали) дозволи на спеціальне використання природних ресурсів місцевого значення у випадках, передбачених законом; затвердили місцеві екологічні програми; організували вивчення навколишнього природного середовища; створили і визначили статус резервних, в тому числі й валютних, фондів для фінансування програм та інших заходів щодо охорони навколишнього природного середовища; організували в разі необхідності проведення екологічної експертизи; забезпечили інформування населення про стан навколишнього природного середовища, функціонування місцевих екологічних автоматизованих інформаційно-аналітичних систем; організували роботу по ліквідації екологічних наслідків аварій, залучають до цих робіт підприємства, установи та організації, незалежно від їх підпорядкування та форм власності, і громадян; прийняли рішення про організацію територій та об'єктів природно-заповідного фонду місцевого значення та інших територій, що підлягають особливій охороні; здійснили контроль за дотриманням законодавства про охорону навколишнього природного середовища¹⁵. Проте для місцевих рад та посадових осіб найбільш розповсюдженою є застосування дисциплінарної відповідальності в цій сфері.

Слід зазначити, що не зважаючи на те, що адміністративно-деліктне відношення функціонує на двосторонній основі, його учасники не перебувають в рівному положенні: один суб'єкт наділений функцією веління від імені держави відносно іншого, а зобов'язаний суб'єкт підпорядкований велінню уповноваженого, право якого складається із влади та вимоги поваги до цієї влади¹⁶. Тому особливостями адміністративно-деліктних відносин є нерівність сторін, що зумовлено участю у цих правовідносинах органів влади та управління, що також притаманно й іншим адміністративним правовідносинам. Вказаний вид правовідносин не повинен характеризуватися вихідною нерівністю сторін, зокрема такою, коли сторона владних повноважень має значні за обсягом преференції прав порівняно з іншою стороною. Особливо гостро вказане питання постає, коли орган влади поєднує у собі права декількох учасників, а саме сторони, яка відстоює винуватість, а також приймає рішення про винність або невинність можливого порушника¹⁷.

З огляду на це, іншу групу суб'єктів адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів становлять суб'єкти владних повноважень у цій сфері, які є реальними учасниками даних правовідносин з моменту вчинення будь-яким правопорушником адміністративного делікту в цій сфері.

Доречною є думка професора В. Колпакова про те, що адміністративно-правові відносини формуються, як правило, в особливій сфері суспільного життя – публічному адмініструванні – у зв'язку зі здійсненням суб'єктами публічної адміністрації публічних функцій. Публічне адміністрування – це діяльність суб'єкта публічної адміністрації, спрямована на виконання владних повноважень публічного змісту, що відбувається через використання засобів управління, надання адміністративних послуг, участі у відносинах відповідальності суб'єктів публічної адміністрації, застосування заходів впливу за порушення правил, установлених публічною адміністрацією^{18,19}.

З огляду на це, публічна адміністрація у сфері використання та охорони природних ресурсів є нічим іншим, як сукупністю органів державної виконавчої влади та виконавчих органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій та інших суб'єктів, задіяних у взаємодії із суспільством з метою охорони всіх існуючих вичерпних компонентів навколишнього середовища, основне призначення яких з матеріальної точки зору є забезпечення необхідними благами суспільства через безпосередню розумову та фізичну діяльність конкретних людей, задіяних в їх використанні, та контролю за їх раціональним використанням.

Окрім того, слід погодитися з думкою В. Грохольського, який зазначає, що однією з особливостей адміністративних правовідносин є те, що окрім загальних органів публічної адміністрації (суди, прокуратура, міліція та ін.) які виступають однією зі сторін правовідношення, до суб'єктів відносять і спеціальні органи, яким надається право розглядати екологічні правопорушення (Міністерство охорони навколишнього природного середовища України, Державна екологічна інспекція тощо)²⁰.

Окремої уваги заслуговують громадські інспектори з охорони довкілля як суб'єкти адміністративно-деліктних відносин, яких також, на нашу думку слід віднести до спеціальних суб'єктів. Інспектори здатні попереджати, здійснюючи екологічний моніторинг, виявляти та припиняти адміністративні правопорушення у сфері використання та охорони природних ресурсів. Вони проводять перевірки і складають протоколи про порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища і подають їх органам державного контролю в галузі охорони навколишнього природного середовища та правоохоронним органам для притягнення винних до відповідальності.

Таким чином, владні суб'єкти адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів є загальними та спеціальними. У свою чергу, загальними суб'єктами адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів є суб'єкти ведення адміністративного провадження та встановлення істинності в справі, до яких належать: суд, поліція, спеціалісти, допоміжний персонал тощо. Тоді як спеціальними є ті, яким надається право визначати протиправну, винну (умисну або необережну) дію чи діяльність, яка посягає на встановлений порядок охорони та використання всіх існуючих вичерпних компонентів навколишнього середовища, основним призначенням яких з матеріальної точки зору є забезпечення необхідними благами суспільства через безпосередню розумову та фізичну діяльність конкретних людей, задіяних в їх використанні як такої, що потурає техногенним змінам довкілля.

Враховуючи проведене дослідження, пропонуємо класифікувати суб'єктів адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів за їх правовим статусом на дві групи: перша – правопорушники, які безпосередньо вчинили делікт в аналізованій сфері (фізичні або юридичні особи), іно-

земці, особи без громадянства, громадські об'єднання, міжнародні установи, а в деяких випадках і державні органи, органи місцевого самоврядування та їх посадові особи); друга складається з загальних суб'єктів, тобто владних суб'єктів адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів (суд, поліція, спеціалісти, допоміжний персонал тощо) та спеціальних (Міністерство екології та природних ресурсів України, Держекоінспекція України, громадські інспектори з охорони довкілля та інші).

¹ Алексеев Н. Н. Основы философии права / Н. Н. Алексеев. – Прага, 1924. – С. 76.

² Пашуканис Е. Б. Избранные произведения по общей теории права и государства / Е. Б. Пашуканис. – М., 1980. – С. 102.

³ Хаустова М. Суб'єкт права як елемент правової системи суспільства / М. Хаустова // Вісник Академії правових наук України. – 2009. – № 3. – С. 30–31.

⁴ Скакун О. Ф. Теорія держави і права: підруч. / О. Ф. Скакун ; пер. з рос. – Х. : Консум, 2006. – С. 345.

⁵ Иеринг Р. Борьба за право / Р. Иеринг // Вестн. гуманит. ун-та. – Екатеринбург, 2002. – № 1 (3). – С. 210. – (Серия «Право»).

⁶ Архипов С. И. Субъект права в центре правовой системы / С. И. Архипов // Государство и право. – 2005. – № 7. – С. 15.

⁷ Хаустова М. Вказана праця. – С. 31–32.

⁸ Галаган И. А. Административная ответственность в СССР / И. А. Галаган. – Саратов, 1988. – С. 14.

⁹ Матчук С. В. Адміністративно-правова відповідальність за екологічні правопорушення / С. В. Матчук, Т. В. Кріпостна // Юридична наука. – 2015. – № 7. – С. 48.

¹⁰ Там само. – С. 46–51.

¹¹ Про виключну (морську) економічну зону: Закон України : [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>

¹² Матчук С. В. Вказана праця.

¹³ Бай С. І. Екологічна відповідальність підприємств торгівлі / С. І. Бай, І. А. Римар // Управління проектами, системний аналіз і логістика. – 2011. – Вип. 8. – С. 250. – (Технічна серія).

¹⁴ Екологічне право України: підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / за ред. А. П. Гетьмана та М. В. Шульги. – Х. : Право, 2009. – 328 с.

¹⁵ Про охорону навколишнього природного середовища: Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>

¹⁶ Коваль Л. В. Административно-деликтное отношение / Л. В. Коваль. – К.: Вища школа, 1979. – С. 41.

¹⁷ Колпаков В. К. Адміністративно-правові відносини: поняття і види / В. К. Колпаков // Юридичний науковий електронний журнал. – 2013. – № 1. – С. 102–104.

¹⁸ Там само.

¹⁹ Діденко С. В. Адміністративно-правовий статус суб'єктів публічної адміністрації які здійснюють адміністративно-правове забезпечення обігу та застосування зброї в Україні / С. В. Діденко // Прикарпатський юридичний вісник. – 2015. – № 3. – С. 75–80.

²⁰ Грохольський В. П. Особливості адміністративної відповідальності за порушення в області охорони морського континентального шельфу України / В. П. Грохольський // Форум права. – 2012. – № 4. – С. 278–282. – С. 279.

Резюме

Шинкарук О. В., Іванов Ф. О. Окремі аспекти класифікації суб'єктів адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів.

У статті здійснено спробу класифікації суб'єктів адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів відповідно до правового статусу останніх, в результаті чого було виділено дві групи: правопорушники, якими можуть бути фізичні і юридичні особи (зокрема власники та користувачі), державні органи, органи місцевого самоврядування, посадові особи, іноземці, особи без громадянства, громадські об'єднання, міжнародні установи та інші; загальні владні суб'єкти адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів (суд, поліція, спеціалісти, допоміжний персонал тощо) та спеціальні (Міністерство екології та природних ресурсів України і установи, що входять в їх структуру, громадські інспектори з охорони довкілля).

Ключові слова: суб'єкт правовідносин, адміністративно-правові відносини, адміністративно-деліктні відносини, використання та охорона природних ресурсів.

Резюме

Шинкарук А. В., Іванов Ф. А. Отдельные аспекты классификации субъектов административно-деликтных отношений в сфере использования и охраны естественных ресурсов.

В статье предпринята попытка классификации субъектов административно-деликтных отношений в сфере использования и охраны природных ресурсов в соответствии с их правовым статусом, в результате чего было выделено две группы: правонарушители, которыми могут быть физические и юридические лица (в том числе владельцы и пользователи), государственные органы, органы местного самоуправления, должностные лица, иностранцы, лица без гражданства, общественные объединения, международные учреждения и другие; общие властные субъекты административно-деликтных отношений в сфере использования и охраны природных ресурсов (суд, полиция, специалисты, вспомогательный персонал и т.д.) и специальные (Министерство экологии и природных ресурсов Украины и учреждения, входящие в их структуру, общественные инспекторы по вопросам охраны окружающей среды).

Ключевые слова: субъект правоотношений, административно-правовые отношения, административно-деликтные отношения, использование и охрана природных ресурсов.

Summary

Shynkaruk O., Ivanov F. Specific aspects of classification of subjects of administrative-delict relations in the field of use and protection of natural resources.

In this article, an attempt was made to classify the subjects of administrative and delict relations in the sphere of the use and protection of natural resources in accordance with the legal status of the latter, as a result of which were identified two groups: offenders, which may be physical and legal persons (in particular, owners and users), state bodies, bodies of local self-government, officials, foreigners, stateless persons, public associations, international institutions and others; general authorities of the administrative and delict relations in the sphere of use and protection of natural resources (court, police, specialists, auxiliaries, etc.) and special (The Ministry of Ecology and Natural Resources of Ukraine and institutions that are part of their structure, public security inspectors environment).

Key words: the subject of legal relations, administrative-legal relations, administrative and delict relations, use and protection of natural resources.

УДК: 347.1

О. П. ГУЙВАН

Оксана Петрівна Гуйван, здобувач Харківського національного університету внутрішніх справ

СУТНІСНІ ХАРАКТЕРИСТИКИ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ САНКЦІЙ ЗА ПРАВОПОРУШЕННЯ В ІНФОРМАЦІЙНІЙ СФЕРІ

Інститут цивільної відповідальності за інформаційні правопорушення обумовлений комплексним характером інформаційного права, окремі норми якого містяться в цивільному законодавстві як загального виду (ЦКУ), так і в спеціальних актах, які регулюють суто інформаційну діяльність, або окремі питання матеріального обороту, забезпечені інформаційним обміном у необхідному для цього обсязі. У цивілістичній літературі неодноразово зазначалось, що відповідальність є хоч і важливим, але все ж лише елементом негативних наслідків – санкцій, які застосовуються до порушників суб'єктивного цивільного права¹. Саме цим цивільно-правове регулювання охорони суб'єктивних прав відрізняється від кримінального та адміністративного, де роль санкцій зводиться до виключного застосування заходів відповідальності.

Караність неправомірних діянь щодо інформації настає в разі скоєння правопорушення. Інформаційні правопорушення відбуваються в особливій площині людської діяльності – у сфері пошуку, створення, обробки, передачі, отримання, зберігання, захисту й використання будь-яких відомостей про навколишній світ (інформації). Нерідко вони здійснюються з використанням інформаційних засобів і технологій роботи з інформацією, незалежно від її форми. Інформаційне правопорушення може відбуватись також в інших сферах людської діяльності. Важливими обставинами вчинення таких діянь є умови їх реалізації, пов'язані з використанням інформації, інформаційних засобів і технологій роботи з інформацією². Цивільно-правові санкції за порушення в інформаційній сфері, їх вид та ефективність обумовлені особливостями матеріальних відносин, які ґрунтуються на принципах неприпустимості свавільного втручання у сферу особистого життя людини, позбавлення права власності, свободи інформаційної діяльності, судового захисту цивільного права та інтересу тощо, а також визначаються направленістю, серйозністю порушення, наявністю умислу та характером і розміром нанесеної шкоди.

Як охоронно-правовий інститут юридична відповідальність за правопорушення в інформаційному середовищі має спрямовуватися на вирішення важливих проблем правового забезпечення інтересів людини й суспільства в нових інформаційних вимірах. Основні напрями правового регулювання мають формуватися з урахуванням суспільної потреби у реалізації та захисті права на інформацію, охорони права власності на інформацію та інформаційних продуктів інтелектуальної власності, захисті персональних даних, інформаційних інфраструктур та мереж, захисті нематеріальних благ особи від поширення недостовірної інформації. Це питання є дуже актуальним, бо зі швидким поступом інформаційних технологій щодня зростає рівень загроз інформаційному обігу, тож потреба в нагальному юридичному адекватному реагуванні очевидна.

Питанням юридичного визначення інформації як нематеріального блага та правової охорони її в цій якості присвятили свої дослідження такі науковці, як Ю. Є. Максименко В. Д. Гавловський, М. В. Гуцалюк, В. А. Ліпкан, В. Г. Хахановський, Л. П. Коваленко, П. Є. Матвієнко, Л. І. Рудник, О. В. Шепета, О. В. Чуприна, О. В. Полушкін та інші. В їхніх працях у межах наявного емпіричного матеріалу було вивчено та проаналізовано стан нинішнього цивільно-правового забезпечення інформаційних відносин, у тому числі щодо відповідальності за порушення. Але нормативно-правове регулювання, як завжди, кволо реагує на наукові рекомендації та напрацювання. Тож метою даної наукової праці є подальша розробка інформаційних охоронно-правових механізмів. При цьому акцент зроблено на різноплановому опосередкуванні інформаційного захисту, який, хоча і здійснюється в межах різних регулюючих актів, все ж має бути узгодженим.

Багатогранність сфер правового регулювання, пов'язаних з обігом інформації, викликає необхідність застосування особливих юридичних механізмів узгодження інформаційних відносин, в тому числі при захисті інформаційних прав. Як неодноразово зазначалося в науковій літературі, інформаційні взаємини різняться за своїм змістом, виходячи із правової природи об'єкта – інформації, яка буває досить різноманітною. Так, надання інформації може відбуватися на договірних засадах, при цьому даний об'єкт є товаром і відносини щодо його передачі-приймання становлять основний предмет правовідношення. Прикладом таких суто інформаційних відносин може слугувати договір купівлі-продажу конкретних даних, ліцензійні договори у сфері інтелектуальної власності тощо. Часто необхідність надання чи отримання певної інформації, передбачена законом чи договором, не являє собою суть основного зобов'язання, а забезпечує його виконання у належний спосіб. Скажімо, продавець мусить надати покупцеві інформацію про відомі йому недоліки товару. Якщо зазначені вище інформаційні обов'язки не будуть виконані, то до неналежного боржника можуть застосовуватися цивільно-правові санкції, включаючи заходи відповідальності. Приміром, продавець відповідає за недоліки товару, якщо покупець доведе, що вони виникли до передавання товару покупцеві або з причин, які існували до цього моменту (ст. 679 ЦКУ). Такі міри покарання мають або загальний характер, передбачений, скажімо у ст. 16 ЦКУ, або спеціальний – притаманний тільки для певних правопорушень. До перших маємо віднести примусове стягнення збитків, до других – передбачене ст. 678 ЦКУ пропорційне зменшення ціни, безоплатне усунення недоліків товару в розумний строк, відшкодування витрат на усунення недоліків товару тощо.

Певні особливості захисту інформаційних відносин, які враховують їхню специфіку, застосовуються при регулюванні захисту прав споживачів та рекламної діяльності. Як різновид державного примусу, відповідальність за правопорушення у цих сферах має всі ознаки, що притаманні юридичній відповідальності в цілому. Юридичні особи та громадяни, чий права й інтереси порушені в результаті неналежного здійснення рекламної діяльності, можуть звернутися в установленому порядку до суду з позовами про відшкодування збитків, включаючи упущену вигоду, відшкодування шкоди, заподіяної здоров'ю та майну, компенсацію моральної шкоди у тому ж порядку, як і споживачі інших товарів (продуктів, послуг, робіт). Адже специфіка правової відповідальності у вказаній сфері обумовлюється особливим характером впливу недоброякісної інформації (реклами) про товар на права споживачів та значною мірою визначається характером цих порушених прав. Річ у тім, що зазвичай цивільно-правові порушення спрямовані саме на об'єкт права. Посягаючи на певний об'єкт, зловмисник наносить шкоду саме йому і у такий спосіб порушується право особи щодо задоволення своїх потреб у його використанні. Разом із тим порушення суб'єктивного права на отримання належної, якісної та повної інформації про товар, як правило, тягне також інші негативні для управленої особи результати.

Залежно від спрямованості правопорушення щодо надання недостовірної, неповної чи спотвореної інформації подібні неправомірні діяння призводять до посягання на права споживачів на вибір товару, прав інтелектуальної власності, особистих немайнових прав, що забезпечують природне та соціально-економічне існування особи³. У результаті відбувається порушення нормативних приписів щодо необхідності забезпечення доступності, достовірності та своєчасності інформації, використаної продавцем у рекламі свого товару та його характеристик. Такі юридичні гарантії ґрунтуються на презумпції відсутності у споживача спеціальних знань про властивості та характеристики товарів (робіт, послуг)⁴.

У деяких випадках взагалі важко визначити, що є основною сферою застосування тієї чи іншої технологічної надбудови та відповідної інфраструктури: інформаційні чи комерційні відносини. До прикладу, використання мережі Інтернет має і відверто інформаційний характер, і діяльність, направлену на вчинення різного роду угод чи пов'язаних з ними дій (публічне розміщення каталогів, опублікування ofert тощо). До інформаційного аспекту належить публічне використання Інтернет-ЗМІ, домашніх сторінок користувачів, щоденників, клубів і т. п. До «транзакційного» типу – діяльність інтернет-магазинів, інтернет-аукціонів, торговельних майданчиків та володільців інших подібних ресурсів, метою яких є здійснення правочинів з використанням мережі Інтернет⁵. Втім, навіть здійснюючи останню діяльність, її учасники також мусять дотримуватися інформаційних правил поведінки, які в цьому разі встановлюються відповідним спеціальним законодавством, що регулює порядок проведення товарообороту. При цьому інформаційний обмін буде вже не основною метою Інтернет-діяльності, а забезпечувати ефективність товарообмінних та розпорядчих операцій.

Негативні правові наслідки для особи, яка порушила певне інформаційне правовідношення, різняться також і залежно від способу отримання та використання інформації. В одних випадках інформація використовується особою для особистого користування, поповнення своїх знань. Коли такі діяння мають протиправний характер, наслідком може бути зобов'язання припинити подібне посягання. Це стосується, наприклад, несанкціонованого доступу до об'єктів авторського права, баз даних та ін. Якщо ж певна службова інформація (приміром та, що захищається патентним правом) незаконно використовується для удосконалення виробничого процесу, створення нових технологічних розробок, інакше кажучи, неправомірне набуття та використання такої інформації здійснюється з метою досягнення конкретного економічного результату, акценти при застосуванні санкцій повинні робитися на компенсаторній відповідальності – відшкодуванні збитків та компенсаційних виплатах.

Свої особливості має цивільно-правовий захист і у відносинах, де інформаційні правопорушення трапляються в сферах, опосередковуваних іншим, ніж приватноправове, регулюванням. Зокрема, у разі порушення особистих немайнових прав особи, пов'язаних з незаконним проведенням в ході розслідування кримінального провадження, виїмки документів, інформації, проведення оперативно-пошукових заходів, що

обмежують особисті права громадян чи поширюють про них конфіденційну або неправдиву інформацію. Спеціальний Закон України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду» передбачає можливість відшкодування матеріальної та моральної шкоди. Якщо національні правозастосовні органи не вчиняють необхідних захисних дій, то це кваліфікується як порушення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Дане питання знайшло своє відображення у численних рішеннях Європейського суду з прав людини. Так, ЄСПЛ у справі «Преждарови проти Болгарії» негативно оцінив як національне законодавство, так і рішення суду, яким були санкціоновані обшук і вилучення, а також рішення прокурора і суду за скаргами заявників з вимогою повернути комп'ютери, оскільки в базі даних вилучених комп'ютерів містилася персональна інформація. При цьому Суд зазначив, що аналогічним чином слід міркувати стосовно будь-якого пристрою, який може містити персональну інформацію. Суд зазначає, що вираз «відповідно до закону» в сенсі п. 2 ст. 8 Конвенції вимагає, по-перше, щоб оспорюваний захід мав деяку підставу в національному законодавстві. По-друге, національне законодавство має бути доступне відповідній особі. По-третє, постраждала особа повинна бути в змозі, отримавши при необхідності відповідну юридичну консультацію, передбачати наслідки застосування до неї національного законодавства і, по-четверте, національне законодавство має бути сумісним з принципом верховенства права.

У даній справі, виходячи з припущення, що дії поліції в комп'ютерному клубі, який належить заявникам, 21 лютого 2005 р. мали деякі підстави в національному праві, оскільки п. 1 ст. 191 Кодексу 1974 р. передбачає, що за певних обставин поліція може провести обшук і вилучення, Суд повинен розглянути питання про те, чи був закон «сумісний з принципом верховенства права». Національне законодавство повинно надавати достатні гарантії від свавільного втручання у права, передбачені ст. 8 Конвенції в плані обшуку та вилучення. Суд, вивчивши обставини справи, дійшов висновку, що відсутність чітких правил, які стосуються предмета судового контролю в подібній ситуації, в поєднанні з тим, що яка-небудь значуща перевірка законності та обґрунтованості заходу не мала місця, призвело до неефективності подальшого судового контролю з точки зору мети захисту прав заявників, гарантованих ст. 8 Конвенції.

З урахуванням вищевикладеного, ЄСПЛ заявив, що навіть якщо припустити, що в принципі болгарське законодавство передбачає юридичні підстави проведення оспорюваного заходу, заявникам по справі не було надано достатніх гарантій дотримання їх права на повагу до приватного життя до або після операції по проведенню обшуку й вилучення. За таких обставин Суд дійшов висновку, що втручання в право заявників на повагу їхнього особистого життя не було здійснено «відповідно до закону», як того вимагає п. 2 ст. 8 Конвенції. Отже, Суду немає необхідності розглядати питання про те, чи мав оспорюваний захід законну мету і чи був він відповідний цій меті. Беручи до уваги все вищевикладене, Суд встановив, що мало місце порушення ст. 8 Конвенції⁶. Подібні рішення щодо неправомірності поширення слідчими та судовими органами інформації, що має конфіденційний характер, Європейський суд з прав людини виніс також у справах «Пантелеєнко проти України»⁷ та «Заїченко проти України (№ 2)»⁸.

Цивільний закон також визначає механізми регулювання відносини щодо порядку висвітлення та оприлюднення інформації в ЗМІ. У разі порушення вказаних правил засобом масової інформації настає відповідальність. Специфіка діяльності самих засобів масової інформації та відносин щодо оприлюднення інформації публічно викликає необхідність застосування приписів спеціальних актів, таких як Закони України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні», «Про телебачення і радіомовлення», «Про інформаційні агентства» та інших актів законодавства. Ними передбачається загальний цивільно-правовий компенсаційний вид відповідальності. Він полягає у тому, що при заподіянні фізичній особі в результаті розповсюдження через засоби масової інформації даних, що не відповідають дійсності, принижують честь і гідність громадянина немайнової шкоди, така шкода компенсується за рішенням суду, відповідним засобом масової інформації, а також вищими посадовими особами і громадянами. Розмір відшкодування моральної шкоди в грошовому виразі визначається судом. При цьому обов'язок доводити свою правоту покладається на відповідача – суб'єкта, що вчинив відповідне інформаційне правопорушення.

Окрім спростування недостовірної інформації та інших, передбачених ст. 277 ЦКУ, способів захисту фізичної особи, особисті немайнові права якої порушено внаслідок поширення про неї недостовірної інформації, захист може здійснюватися іншими правовими засобами. До прикладу, у ст. 278 ЦКУ передбачено такий спеціальний спосіб захисту, як заборона (припинення) поширення інформації, через що порушуються особисті немайнові права. Необхідність запровадження цього способу захисту пояснюється досить значною його ефективністю, у тому числі і в превентивному плані. Йдеться про нормативне положення, згідно з яким у разі, якщо особисте немайнове право фізичної особи порушене у газеті, книзі, кінофільмі, телепередачі тощо, які готуються до виходу в світ, суд може заборонити їх випуск до його усунення, а якщо вони вже випущені, суд може заборонити (припинити) їх розповсюдження до усунення цього порушення. У разі, якщо усунення порушення неможливе, вилучається тираж газети, книги тощо з метою його знищення.

Національні законодавчі акти в сфері обігу інформації приділяють також значну увагу питанням щодо доступу осіб до цього об'єкта. Йдеться про правила, які регулюють процес доступу до публічної інформації, інформації з обмеженим доступом, порядком обробки персональних даних. У кожній із зазначених галузей інформаційного обороту існує своє правове забезпечення. Попри досить незначну увагу законодавця питанням відповідальності розпорядників інформації в цій царині така відповідальність за вказаними сферами

регулювання все ж має місце. Скажімо, порушення вимог Закону України «Про доступ до архівів репресивних органів комуністичного тоталітарного режиму 1917–1991 років», а саме необґрунтоване віднесення інформації до інформації з обмеженим доступом, ненадання відповіді на запит на інформацію, ненадання інформації, неправомірна відмова в наданні інформації, неповне надання інформації, неповідомлення про подовження строку розгляду запиту, відстрочення розгляду запиту, крім випадків, визначених цим Законом, тягне за собою накладення штрафу на посадових осіб від двадцяти п'яти до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Але, як бачимо, законодавство обмежується лише адміністративними санкціями. Тож на наявності вказаних порушень цивільно-правовий захист поки що проявляється у вигляді загальноцивільністичних заходів – примусове виконання обов'язку та відшкодування нанесеної шкоди. З огляду на поширеність таких неправомірних дій, як відмова у доступі до інформації, вважаємо доцільним запровадження цивільних штрафів на користь особи, чиє інформаційне право було порушене такими вчинками.

Як бачимо, у випадках караності інформаційних правопорушень як у адміністративному, так і цивільно-правовому порядку, законодавець надає перевагу першому з цих охоронно-правових механізмів. На нашу думку, такий акцент є не виправданим, адже право конкретної особи може залишитися не захищеним. Водночас необхідно розмежувати інформаційні правопорушення, які з огляду на їхню спрямованість, тяжкість наслідків тощо можуть потягти виключно відповідальність різного галузевого призначення. Прикладом слугують такі правопорушення в інформаційному середовищі, які, власне, не спрямовані на ущемлення чийось персональних суб'єктивних матеріальних прав, але теж є караними діяннями, бо порушують публічний порядок, що полягає у недотриманні правил здійснення інформаційної діяльності. Так, скажімо, особа, котра здійснює рекламне повідомлення про свою діяльність, поряд з інформацією, направленою на публічне доведення рекламного продукту до невизначеного кола осіб, мусить оприлюднювати дані про свою ліцензію, якщо її діяльність підлягає ліцензуванню. Відсутність ліцензії є підставою для притягнення винних до відповідальності. При цьому, з огляду на те, що таке правопорушення не має цивільно-правового характеру, за нього суб'єкт притягується до адміністративної відповідальності у вигляді штрафу або застосування до нього обмежень щодо подальшої діяльності. Інша річ, коли у рекламному повідомленні міститься неповна, спотворена чи така, що не відповідає дійсності інформація, що може ввести споживача в оману. У такому разі спектр санкцій, які застосовуються, стає набагато ширшим. То можуть бути і адміністративні санкції від штрафу та заборони оприлюднювати далі таку недостовірну інформацію, і цивільно-правові. До останніх належить відшкодування шкоди, завданої споживачеві, у тому числі моральної, заміна товару тощо.

Іншим прикладом може бути порушення законодавства стосовно розміщення інформації у ЗМІ державною мовою. Закон, що зобов'язує загальнонаціональні телеканали транслювати не менше 75 % ефіру державною мовою, набув чинності⁹. Відповідно до документа, у загальному тижневому обсязі мовлення телерадіоорганізацій, які здійснюють ефірне або багатоканальне (цифрове) мовлення з використанням радіочастотного ресурсу, передачі, фільми і новини, виконані державною мовою, повинні становити не менше 75 % загальної тривалості передачі та фільмів у кожному з проміжків часу між 7:00 і 18:00, а також між 18:00 і 22:00. Телерадіокомпанії місцевої категорії мовлення повинні транслювати не менше 60 % ефіру українською мовою. За невиконання вищевказаних вимог телерадіокомпанія оплачує штраф у розмірі 5 % загальної суми ліцензійного збору. Тобто, в даному разі застосовується адміністративна відповідальність за порушення публічного порядку. Але якщо таке правопорушення нанесе конкретній особі, приміром, моральної шкоди, і це буде встановлено судом, дана шкода підлягає відшкодуванню в порядку застосування цивільно-правової санкції.

З проведеного дослідження можемо зробити певні **висновки**. Інформаційні взаємини пронизують усі сфери суспільних відносин. Будучи єдиним ресурсом взаємодії, вони забезпечують належну організацію матеріальних процесів, ефективне управління ними. Це значною мірою ускладнює класифікацію протиправних діянь у інформаційному середовищі, що, у свою чергу, перешкоджає комплексному правовому забезпеченню інформаційних відносин, зокрема у сфері їхньої охорони та захисту. З огляду на постійне поширення спектру правопорушень необхідно напрацювати поняття інформаційного правопорушення та наповнити його чітким змістом, розмежувавши кримінальну, адміністративну, цивільну, дисциплінарну відповідальності за об'єктом посягання, способом та направленням посягання, тяжкістю суспільних наслідків. Слід закріпити в якості караних такі діяння, які направлені на порушення інших прав особи (неінформаційного характеру) з неправомірним використанням інформації, технологій чи інформаційної інфраструктури.

Інформація має притаманні їй специфічні ознаки, які відображають її внутрішню природу та сутність, впливаючи на вибір способів захисту інформаційних прав. Із урахуванням особливості інформації як об'єкта юридичного регулювання правовій науці необхідно на базі аналізу реальних загроз і ризиків в інформаційному середовищі напрацювати нові правові засоби реагування. Це допоможе якомога швидше усунути існуючі наразі прогалини в законодавстві, оскільки в зв'язку зі стрімким технічним поступом, на жаль, підвищується кількість та рівень загроз. Як перший та необхідний крок вбачається необхідність узгодження механізмів цивільно-правового захисту інформації, які запроваджені різними актами та продовжують носити суперечливий характер.

⁹ Красавчиков О. А. Ответственность, меры защиты и санкции в советском гражданском праве / О. А. Красавчиков // Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав. – Свердловск, 1973. – Вып. 27. – С. 9.

² Полушкин О. В. О понятии информационного правонарушения / О. В. Полушкин // Российский юридический журнал. – 2009. – № 3. – С. 208–209.

³ Димінська О. Ю. Захист прав споживачів у сфері реклами / О. Ю. Димінська // Університетські наукові записки Хмельницького університету управління і права – 2013. – № 3 (47). – С. 129.

⁴ Про практику розгляду цивільних справ за позовами про захист прав споживачів : постанова Пленуму Верховного Суду України від 12 квітня 1996 р. № 5 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-96>

⁵ Дмитрик Н. А. Способы осуществления гражданских прав с использованием сети Интернет / Н. А. Дмитрик // Законодательство. – 2007. – № 2. – С. 49–50.

⁶ Рішення ЄСПЛ від 30 вересня 2014 року у справі «Преждарови проти Болгарії» (Prezhdarovi v. Bulgaria), скарга № 8429/05 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://european-court.ru/tag/prezhdarovi-v-bulgaria/>, п. 42–53.

⁷ Рішення ЄСПЛ від 29 червня 2006 року у справі «Пантелеєнко проти України», заява № 11901/02 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/974_274, п. 50–53.

⁸ Рішення ЄСПЛ від 26 лютого 2015 року, остаточне 6 липня 2015 року у справі «Заїченко проти України (№ 2)», заява № 45797/09 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_a87, п. 120–122

⁹ Про внесення змін до деяких законів України щодо мови аудіовізуальних (електронних) засобів масової інформації: Закон України від 23 травня 2017 року : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2054-19>

Резюме

Гуйван О. П. Сутнісні характеристики цивільно-правових санкцій за правопорушення в інформаційній сфері.

У цій роботі проаналізовані актуальні питання цивільно-правового захисту інформаційних прав особи. Наголошено на значній різноманітності відносин в інформаційній сфері та на різній юридичній природі інформації як об'єкта правового регулювання. У роботі проведено порівняльне дослідження негативних правових наслідків для особи, яка порушила певне інформаційне праввідношення, залежно від способу отримання інформації та використання інформації. Приділена увага питанням цивільного захисту інформації, що циркулює в публічній сфері. Визначено специфічні підстави для застосування цивільних санкцій за вказані порушення. Вказано на відмінності загальноправового та спеціально-правового регулювання у цій сфері.

Ключові слова: захист інформаційних прав, цивільна відповідальність.

Резюме

Гуйван О. П. Сущностные характеристики гражданско-правовых санкций за правонарушения в информационной сфере.

В этой работе проанализированы актуальные вопросы гражданско-правовой защиты информационных прав личности. Отмечено значительное разнообразие отношений в информационной сфере и разную юридическую природу информации как объекта правового регулирования. В работе проведено сравнительное исследование негативных правовых последствий для лица, нарушившего определенное информационное правоотношение, в зависимости от способа получения и использования информации. Уделено внимание вопросам гражданской защиты информации, циркулирующей в публичной сфере. Определены специфические основания для применения гражданских санкций за информационные нарушения. Указано на различия общеправового и специально-правового регулирования и этой сфере.

Ключевые слова: защита информационных прав, гражданская ответственность.

Summary

Guyvan O. Essential characteristics of civil-law sanctions for offenses in the information sphere.

In this work, topical issues of civil-law protection of information rights of the individual are analyzed. A significant variety of relations in the information sphere and a different legal nature of information as an object of legal regulation was noted. The paper compares negative legal consequences for a person who violated a certain information legal relationship, depending on the way information is received and used. Attention is paid to the issues of civil protection of information circulating in the public sphere. Specific grounds for the application of civil sanctions for information violations have been determined. It is pointed out that there are differences in general legal and special legal regulation in this sphere.

Key words: protection of information rights, civil responsibility.

М. І. ПОВОРОЗНЮК

Микола Іванович Поворознюк, аспірант Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

**ДО ПИТАННЯ ПРО СУТНІСТЬ ПРАВОЗАХИСНОЇ ПРИРОДИ
АДМІНІСТРАТИВНОГО ПОЗОВУ**

Положення Конституції України щодо правового забезпечення кожному гарантій безперешкодної можливості реалізації права на судовий захист набули подальшої деталізації у ст. 5 КАС України, якою встановлено право на звернення до суду та способи судового захисту і передбачено, що кожна особа має право в порядку, встановленому цим Кодексом, звернутися до адміністративного суду, якщо вважає, що рішенням, дією чи бездіяльністю суб'єкта владних повноважень порушено її права, свободи або законні інтереси, і просити про їх захист шляхом: 1) визнання протиправним та нечинним нормативно-правового акта чи окремих його положень; 2) визнання протиправним та скасування індивідуального акта чи окремих його положень; 3) визнання дій суб'єкта владних повноважень протиправними та зобов'язання утриматися від вчинення певних дій; 4) визнання бездіяльності суб'єкта владних повноважень протиправною та зобов'язання вчинити певні дії; 5) встановлення наявності чи відсутності компетенції (повноважень) суб'єкта владних повноважень; 6) прийняття судом одного з рішень, зазначених у п. 1–4 цієї частини та стягнення з відповідача – суб'єкта владних повноважень коштів на відшкодування шкоди, заподіяної його протиправними рішеннями, дією або бездіяльністю¹.

З аналізу наведеної норми КАС України вбачається зв'язок між обсягом конституційних гарантій прав громадян та юридичних осіб на судовий захист і галузевим законодавством, оскільки дієвий правовий механізм забезпечення реалізації конституційного права на судовий захист адміністративним судом визначається адміністративним процесуальним законодавством. Загальне правило, яке сформульовано у ст. 5 КАС України, полягає в тому, що право кожної особи щодо безперешкодного звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом як складова права на судовий захист гарантується ст. 55 Конституції України та пов'язується з переконанням самої особи про наявність порушення її прав, свобод або законних інтересів у сфері публічно-правових відносин і бажанням звернутися до адміністративного суду за судовим захистом свого права від порушень з боку суб'єктів владних повноважень.

У літературі зазначається, що питання про правозахисну природу адміністративного позову є принциповим і характеризує адміністративне судочинство в цілому, як судовий правозахисний механізм у сфері публічної влади². На наш погляд, закріплена законодавцем у КАС України модель адміністративного позову як елемент правового механізму судового захисту порушеного права володіє яскраво вираженими правозахисними властивостями, оскільки він нерозривно пов'язаний із правом особи на судовий захист. У положеннях ст. 55 Конституції України запроваджено право кожного оскаржити в суді рішення, дії чи бездіяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб, яке для фізичної або юридичної особи є визначальним, оскільки при зверненні до адміністративного суду з адміністративним позовом за судовим захистом свого порушеного права вони без будь-яких застережень будуть керуватися положеннями цієї статті Основного Закону України у взаємозв'язку з іншими конституційними нормами щодо гарантування судового захисту прав і свобод людини і громадянина, зокрема, ч. 3 ст. 8, ст. 64, ч. 3 ст. 124, ч. 5 ст. 125 Конституції України, а також ст. ст. 2, 5 КАС України. Отже, ефективне функціонування системи адміністративної юстиції в Україні з метою гарантування кожній особі на національному рівні високих стандартів справедливого судочинства є обов'язком правової держави, суть якого полягає у забезпеченні практичної реалізації основоположного права на судовий захист у сфері публічно-правових відносин.

На підставі викладеного можна стверджувати, що кожна особа, будучи стороною публічно-правового спору, у якому: 1) хоча б одна сторона здійснює публічно-владні управлінські функції, в тому числі на виконання делегованих повноважень, і спір виник у зв'язку із виконанням або невиконанням такою стороною зазначених функцій; або 2) хоча б одна сторона надає адміністративні послуги на підставі законодавства, яке уповноважує або зобов'язує надавати такі послуги виключно суб'єкта владних повноважень, і спір виник у зв'язку із наданням або ненаданням такою стороною зазначених послуг; або 3) хоча б одна сторона є суб'єктом виборчого процесу або процесу референдуму і спір виник у зв'язку із порушенням її прав у такому процесі з боку суб'єкта владних повноважень або іншої особи (п. 2 ч. 1 ст. 4 КАС України) може реалізувати гарантоване Конституцією України право на судовий захист шляхом оскарження протиправного рішення, дії чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень до адміністративного суду. Тобто, юридичною підставою для звернення особи до адміністративного суду з адміністративним позовом за судовим захистом є протиправні рішення, дії чи бездіяльність суб'єктів владних повноважень, які, на переконання цієї особи, порушують її права, свободи або законні інтереси у сфері публічно-правових відносин. Таким чином, адміністративне судочинство має закріплене конституційно (ст. ст. 124, 125 Конституції України) виключне повноваження

здійснювати правосуддя в адміністративних справах з метою ефективного захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку суб'єктів владних повноважень, яке передбачає відновлення справедливості в законний спосіб шляхом ухвалення рішення суду, що повинно ґрунтуватися на засадах верховенства права, бути законним і обґрунтованим, а також його виконання.

Процесуальним засобом, яким забезпечується кожній особі можливість практичної реалізації права на звернення до адміністративного суду з вимогою про судовий захист своїх прав, свобод та інтересів у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку суб'єктів владних повноважень шляхом здійснення правосуддя в адміністративній справі, є адміністративний позов. Зазначене підтверджується, зокрема, положеннями ч. 1 ст. 168 КАС України, яка передбачає, що позов пред'являється шляхом подання позовної заяви в суд першої інстанції, де вона реєструється та не пізніше наступного дня передається судді. Отже, правовою підставою для відкриття провадження в адміністративній справі є пред'явлення адміністративного позову у формі письмової позовної заяви, що подається позивачем або особою, якій законом надано право звертатися до суду в інтересах інших осіб.

З урахуванням зазначеного можна констатувати, що за чинною конструкцією норм КАС України щодо регулювання порядку здійснення судочинства в адміністративних судах встановлюється, що предметом судового захисту в адміністративному судочинстві є саме порушені рішенням, дією чи бездіяльністю суб'єкта владних повноважень права, свободи та інтереси фізичної особи, права та інтереси юридичної особи у сфері публічно-правових відносин (ч. 1 ст. 2, п. 8 ч. 1 ст. 4, ч. 1 ст. 5 КАС України). Тобто йдеться про допустимість пред'явлення адміністративного позову як процесуального засобу правового реагування фізичною або юридичною особою на прийняте суб'єктом владних повноважень протиправне щодо цієї особи рішення, вчинену протиправну дію чи допущену бездіяльність, якими, на думку особи, були порушені її права, свободи або законні інтереси у сфері публічно-правових відносин. Зазначене узгоджується з правовою позицією, висловленою Верховним Судом України у постанові від 15 грудня 2015 р. у справі № 21-5361a15, 800/206/15, згідно з якою обов'язковою умовою надання правового захисту судом є наявність відповідного порушення суб'єктом владних повноважень прав, свобод або інтересів особи на момент її звернення до суду. Порушення має бути реальним, стосуватися (зачіпати) зазвичай індивідуально виражених прав чи інтересів особи, яка стверджує про їх порушення. Гарантоване ст. 55 Конституції України й конкретизоване у звичайних законах України право на судовий захист передбачає можливість звернення до суду за захистом порушеного права, але вимагає, щоб стверджувальне порушення було обґрунтованим³.

Підсумовуючи викладене, можна стверджувати, що адміністративний позов як правозахисний процесуальний інструментарій забезпечує в національній моделі адміністративного судочинства ретроспективну відповідальність суб'єкта владних повноважень у випадках, передбачених нормами КАС України, після допущення ним факту порушення прав, свобод та інтересів особи при здійсненні суб'єктом владних повноважень публічно-владних управлінських функцій на підставі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень, або наданні адміністративних послуг. Отже, визнається існування адміністративного позову *post factum*, оскільки пред'являється лише тоді, коли вже порушені права, свободи або законні інтереси особи на шляху здійснення нею своїх прав у сфері публічно-правових відносин.

Водночас звернемо увагу, що позовна заява повинна відповідати вимогам щодо її належного оформлення, встановлених ст. ст. 160, 161, 172 КАС України, які максимально вичерпно, повно і чітко визначають, що повинна містити позовна заява та перелік документів, які додаються до позовної заяви, що разом визначають правові якості пред'явленого адміністративного позову. При цьому реалізація конституційного права на судовий захист від протиправних рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень шляхом подання правозахисного процесуального засобу, яким є позовна заява (адміністративний позов), може бути здійснено лише в суді першої інстанції (ч. 1 ст. 168 КАС України).

З огляду на це вважаємо, що реалізуючи конституційне право на судовий захист у порядку, встановленому КАС України, а саме звертаючись до адміністративного суду з адміністративним позовом, особа формує в позовній заяві власне суб'єктивне уявлення про факт порушення своїх прав, свобод або законних інтересів у сфері публічно-правових відносин та зазначає правову вимогу про застосування судом певного способу судового захисту порушеного права, передбаченого ч. 1 ст. 5 КАС України.

Таким чином, доходимо висновку, що лише адміністративний позов, пред'явлений відповідно до встановленого КАС України порядку здійснення судочинства в адміністративних судах, може бути тією процесуальною передумовою, тим процесуальним документом, на підставі якого відкривається провадження в адміністративній справі та порушується процесуальна діяльність адміністративного суду, яка має бути спрямована на справедливе, неупереджене та своєчасне вирішення спору у сфері публічно-правових відносин з метою ефективного захисту прав, свобод та інтересів особи від порушень з боку суб'єктів владних повноважень. Отже, функціональне призначення адміністративного позову полягає в передачі до адміністративного суду інформації про протиправність рішення, дії чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень, якими, на переконання особи, порушено її права, свободи або законні інтереси, тобто інформації про публічно-правовий спір, а також вимоги про здійснення судом їх судового захисту у спосіб, встановлений п. 1–4, 6 ч. 1 ст. 5 КАС України.

Викладене дає змогу констатувати, що сутність функціонального правозахисного призначення адміністративного позову полягає у забезпеченні можливості практичної реалізації гарантованого ст. 55 Конституції

України й конкретизованого у положеннях КАС України права особи на звернення до адміністративного суду за судовим захистом своїх прав, свобод або законних інтересів у сфері публічно-правових відносин від протиправних рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень із зазначенням певного способу судового захисту порушених прав.

При цьому варто підкреслити, що у тексті КАС України зафіксовано правові норми щодо регулювання порядку здійснення судочинства в адміністративних судах, які є нормативно-правовими підставами практичної можливості для суб'єкта владних повноважень виступати як позивач в судовому процесі і, відповідно, внаслідок застосування яких може ухвалюватися рішення суду в адміністративній справі за зверненням суб'єкта владних повноважень. Цим рішенням суду фактично забезпечується суб'єкту владних повноважень спосіб реалізації його владних повноважень у сфері публічно-правових відносин, у тому числі «санкціонується» вжиття щодо особи примусових заходів, що призводить до свідомого ігнорування правозахисної мети КАС України, яка закріплена насамперед у завданні адміністративного судочинства. Зокрема, у ч. 4 ст. 5 КАС України законодавцем закріплена норма, згідно з якою суб'єкти владних повноважень мають право звернутися до адміністративного суду виключно у випадках, визначених Конституцією та законами України. У свою чергу, ст. 19 КАС України, яка визначає справи, на які поширюється юрисдикція адміністративних судів, встановлено положення, відповідно до якого юрисдикція адміністративних судів поширюється на справи у публічно-правових спорах, зокрема: а) спорах між суб'єктами владних повноважень з приводу реалізації їхньої компетенції у сфері управління, у тому числі делегованих повноважень; б) спорах, що виникають з приводу укладання, виконання, припинення, скасування чи визнання нечинними адміністративних договорів; в) за зверненням суб'єкта владних повноважень у випадках, коли право звернення до суду для вирішення публічно-правового спору надано такому суб'єкту законом; г) спорах щодо вилучення або примусового відчуження майна для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності (п.п. 3, 4, 5, 8 ч. 1 ст. 19 КАС України). Крім того, аналіз змісту ст. 5 КАС України «Право на звернення до суду та способи судового захисту» показує, що адміністративний позов суб'єкта владних повноважень може містити спосіб судового захисту про: встановлення наявності чи відсутності компетенції (повноважень) суб'єкта владних повноважень (п. 5 ч. 1 ст. 5 КАС України).

Більше того, зміст ст. 46 КАС України «Сторони» містить визначені законодавцем випадки, коли в адміністративному суді громадяни України, іноземці чи особи без громадянства, громадські об'єднання, юридичні особи, які не є суб'єктами владних повноважень, можуть бути відповідачами лише за адміністративним позовом суб'єкта владних повноважень, а саме: 1) про тимчасову заборону (зупинення) окремих видів або всієї діяльності громадського об'єднання; 2) про примусовий розпуск (ліквідацію) громадського об'єднання; 3) про затримання іноземця або особи без громадянства чи примусове видворення за межі території України; 4) про встановлення обмежень щодо реалізації права на свободу мирних зібрань (збори, мітинги, походи, демонстрації тощо); 5) в інших випадках, коли право звернення до суду надано суб'єкту владних повноважень законом.

Пленум Вищого адміністративного суду України роз'яснив зазначене питання постановою від 6 березня 2008 р. № 2 «Про практику застосування адміністративними судами окремих положень Кодексу адміністративного судочинства України», в якій вказано, що п. 8 частини першої ст. 3 КАС України визначено, що позивачем в адміністративній справі може бути суб'єкт владних повноважень, на виконання повноважень якого подана позовна заява до адміністративного суду. Однак такий суб'єкт владних повноважень може бути позивачем у адміністративній справі лише у випадках, передбачених частиною четвертою ст. 50 КАС України, до переліку яких віднесено також випадки, встановлені іншими законами (пункт п'ятий частини четвертої ст. 50 КАС України)⁴.

З наведеного випливає, що фактично суб'єкт владних повноважень обмежений щодо можливого пред'явлення адміністративного позову шляхом подання позовної заяви в суд першої інстанції. Однак, на наш погляд, такого роду обмеження мають умовний характер, оскільки положення п. 5 ч. 4 ст. 46 КАС України дає підстави стверджувати, що за редакцією цієї правової норми прихована тенденція до подальшого розширення кола адміністративних справ, коли право звернення до адміністративного суду із адміністративним позовом може бути надано суб'єкту владних повноважень іншими законами, які будуть прийматися Верховною Радою України. Тобто, у майбутньому перелік такого роду «інших випадків, коли право звернення до суду буде надано суб'єкту владних повноважень законом» і, відповідно, у яких відповідачем виступатиме фізична або юридична особа, може бути більш ніж широким, що суперечить визначеному у ч. 1 ст. 2 КАС України безпосередньому завданню адміністративного судочинства.

На наш погляд, цілком справедливою в цьому контексті видається позиція Н. В. Янюк. Вона підкреслює: проблемним для чинного законодавства є використання шаблону «в інших випадках, встановлених законом». Критичні зауваження щодо цього неодноразово висловлювалися науковцями. Особливо гостро це питання постало щодо ч. 4 ст. 50 КАС України. Вжиття такого формулювання може привести до розширення втручальної дії суб'єктів владних повноважень, що не відповідає завданню адміністративного судочинства згідно зі ст. 2 КАС України⁵.

З огляду на наведене простежуємо певне протиріччя у тому, на судовий захист адміністративним судом чий саме прав у сфері публічно-правових відносин спрямовуються вимоги адміністративного позову: суб'єкта владних повноважень чи, все ж таки, фізичної або юридичної особи. На наш погляд, в адміністративному суді можуть розглядатися позовні вимоги лише виключно фізичної або юридичної особи про захист

свого права, свободи та інтересу у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку суб'єктів владних повноважень.

На підтвердження зазначеного слід підкреслити, що на відміну від правозахисної природи адміністративного позову, який пред'являється особою проти протиправного рішення, дії чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень з метою судового захисту свого порушеного права у сфері публічно-правових відносин, адміністративний позов суб'єкта владних повноважень не має правозахисного спрямування, оскільки не має на меті захистити порушені права, свободи та інтереси особи, а носить примусовий, правообмежувальний характер для конкретного відповідача – фізичної або юридичної особи і є способом виконання суб'єктом владних повноважень його владних прав та обов'язків, тобто спрямований на захист інтересів держави в особі суб'єкта владних повноважень, як позивача в адміністративному судочинстві.

У досліджуваному аспекті слід погодитись з О. М. Пасенюком, який підкреслив, що головна мета адміністративної юстиції спрямована виключно на захист людини від публічної влади і не повинна вирішувати справи проти людини. Чинний кодекс допускає, що приватна особа може виступати відповідачем з адміністративних справ. Концептуальна неприйнятність цих норм КАСУ відразу впадає в очі⁶. Аналогічну позицію висловлюють професор А. Т. Комзюк⁷, професор В. І. Олефір⁸ та професор О. П. Рябченко⁹.

На наш погляд, хоча в новій редакції ст. 2 КАС України законодавцем трохи й зміщено акценти у визначенні безпосереднього завдання адміністративного судочинства, однак його мета має бути спрямована на забезпечення належних гарантій ефективного судового захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку суб'єктів владних повноважень з урахуванням таких положень.

Як відомо, головна мета адміністративної юстиції за своїм історичним генезисом і за сучасним призначенням у будь-якій демократичній країні, що заснована на верховенстві права, має суто правозахисну природу, тобто спрямована виключно на захист прав людини від порушень з боку органів державної влади і в принципі не повинна вирішувати адміністративні справи проти людини. Тому будь-які інші функції, покладені на адміністративні суди, є неприродними для них і здатні лише дискредитувати саму ідею запровадження адміністративної юстиції в Україні як інституту судового захисту прав, свобод або законних інтересів у публічно-правових відносинах, підриває довіру фізичних та юридичних осіб до прагнення правової держави забезпечити ефективний судовий захист їхніх прав, свобод та інтересів від порушень з боку суб'єктів владних повноважень. Отже, правозахисна спрямованість національної моделі адміністративного судочинства має полягати виключно у захисті прав, свобод та інтересів фізичної особи, прав та інтересів юридичної особи у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку суб'єктів владних повноважень при здійсненні ними публічно-владних управлінських функцій на підставі законодавства і не може розглядати адміністративні справи, де відповідачем в адміністративній справі є фізична або юридична особа. Адже в положеннях ст. 125 Конституції України прямо задекларовано: з метою захисту прав, свобод та інтересів особи у сфері публічно-правових відносин діють адміністративні суди.

Саме тому, на нашу думку, правозахисна природа адміністративного позову, як фундаментального інституту адміністративного судочинства, також завжди має спрямовуватися виключно на захист прав, свобод та інтересів фізичної особи, прав та інтересів юридичної особи у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку суб'єктів владних повноважень, а не навпаки. Отже, правозахисна природа адміністративного позову невідривно пов'язана із правозахисним завданням, поставленим перед адміністративним судочинством у ч. 1 ст. 2 КАС України (ефективний захист прав фізичної чи юридичної особи від свавілля органів державної влади).

Зазначене дає підстави для висновку, що сутність правозахисної природи адміністративного позову полягає в тому, що він є процесуальним засобом забезпечення можливості практичної реалізації конституційного права особи на судовий захист та фундаментальною правовою категорією позовного провадження адміністративного судочинства, належить до числа основних інститутів сучасного адміністративного процесуального права України, оскільки адміністративний позов є одним із центральних складових судового захисту адміністративним судом прав, свобод та інтересів особи у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку суб'єктів владних повноважень.

¹ Кодекс адміністративного судочинства України, чинний, поточна редакція – Нова редакція від 15.12.2017, підстава 2147-19 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>

² Педько Ю. С. Адміністративний позов і предмет захисту в адміністративному судочинстві / Ю. С. Педько // Часопис Київського університету права. – 2009. – № 4. – С. 151–157. – С. 153.

³ Постанова Верховного Суду України від 15 грудня 2015 року у справі № 21-5361a15, 800/206/15 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VS151205.html

⁴ Про практику застосування адміністративними судами окремих положень Кодексу адміністративного судочинства України під час розгляду адміністративних справ : постанова Пленуму Вищого адміністративного суду України від 6 березня 2008 р. № 2 // Вісник Вищого адміністративного суду України. – 2008. – № 2. – Ст. 117.

⁵ Янюк Н. В. Проблема тлумачення понятійного апарату при захисті прав людини в адміністративному судочинстві / Н. В. Янюк // Сучасна адміністративно-правова доктрина захисту прав людини: тези доп. та наук. повідомл. учасн. наук.-практ. конф. (м. Харків, 17–18 квіт. 2015 р.). – Х.: Право, 2015. – 352 с. – С. 40–44. – С. 41.

⁶ Пасенюк О. М. Адміністративні суди не повинні бути об'єктом примусу для громадян / О. М. Пасенюк : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://ukr.lb.ua/news/2017/04/28/365128_pasenyuk_administrativni_sudi.html

⁷ Комзюк А. Т. Щодо проблем визначення основного завдання адміністративного судочинства України / А. Т. Комзюк // Адміністративне право України: стан і перспективи розвитку : VI Міжнародна наук.-практ. конференція (м. Київ, 23–24 вересня 2011 р.) / ред. кол.: О. Ф. Андрійко (голова ред. кол.), В. П. Нагребельний, А. А. Пухтецька (відп. секр.), Л. Є. Кисіль, Ю. С. Педько, Н. В. Хорошак, В. А. Дерещ, А. В. Кірмач, Л. В. Люлька. – К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2011. – 600 с. – С. 96–103. – С. 99.

⁸ Олефір В. І. Видворення іноземців як вид адміністративного стягнення: проблеми юрисдикції / В. І. Олефір // Судова апеляція. – 2014. – № 1 (34). – С. 21–26. – С. 25.

⁹ Рябченко О. П. Концептуальні напрями вдосконалення правового регулювання захисту прав людини в адміністративних судах / О. П. Рябченко // Сучасна адміністративно-правова доктрина захисту прав людини: тези доп. та наук. повідомл. учасн. наук.-практ. конф. (м. Харків, 17–18 квіт. 2015 р.). – Х.: Право, 2015. – 352 с. – С. 37–40. – С. 37.

Резюме

Поворозник М. І. До питання про сутність правозахисної природи адміністративного позову.

Розглядається питання розуміння сутності правозахисної природи адміністративного позову як засобу реалізації прав особи на судовий захист в публічно-правових відносинах на сучасному етапі розвитку адміністративного судочинства в Україні. Зроблено висновок, що правозахисна природа адміністративного позову має бути спрямована виключно на судовий захист прав, свобод та інтересів фізичної особи, прав та інтересів юридичної особи у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку суб'єктів владних повноважень, а не навпаки.

Ключові слова: правозахисна природа адміністративного позову, адміністративне судочинство, право на судовий захист, фізична особа, юридична особа, суб'єкт владних повноважень, публічно-правові відносини.

Резюме

Поворозник Н. І. К вопросу о сущности правозащитной природы административного иска.

Рассматривается вопрос понимания сущности правозащитной природы административного иска как средства реализации прав личности на судебную защиту в публично-правовых отношениях на современном этапе развития административного судопроизводства в Украине. Сделан вывод, что правозащитная природа административного иска должна быть направлена исключительно на судебную защиту прав, свобод и интересов физического лица, прав и интересов юридического лица в сфере публично-правовых отношений от нарушений со стороны субъектов властных полномочий, а не наоборот.

Ключевые слова: правозащитная природа административного иска, административное судопроизводство, право на судебную защиту, физическое лицо, юридическое лицо, субъект властных полномочий, публично-правовые отношения.

Summary

Povoroznyuk M. To the question of the essence of the human rights nature of an administrative claim.

The issue of understanding the essence of the human rights nature of an administrative claim as a means of realizing the individual's rights to judicial protection in public law relations at the present stage of development of administrative legal proceedings in Ukraine is considered. It is concluded that the human rights nature of an administrative claim should be directed solely at judicial protection of the rights, freedoms and interests of an individual, rights and interests of a legal entity in the field of public legal relations from violations by the subjects of power, and not vice versa.

Key words: the human rights nature of an administrative claim, administrative legal proceedings, the right to judicial protection, an individual, a legal entity, a subject of power, public-law relations.

УДК 347.73

К. Ю. ТАРАНЕНКО

Катерина Юріївна Тараненко, аспірант Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

ПРИРОДА ПОДАТКОВО-ПРАВОВОГО ПАТЕРНАЛІЗМУ ФІСКАЛЬНОЇ ДЕРЖАВИ: АРГУМЕНТАТИВНО-ДИСКУРСИВНИЙ ПІДХІД

Пізнання податково-правового патерналізму вимагає обрання адекватного його природі науково-методологічного інструментарію. Адже, як зазначав П. С. Пацурківський, «без глибокого і всебічного з'ясування загальнотеоретичних, методологічних проблем будь-якого явища дослідник його конкретних сторін чи аспектів неодмінно, навіть всупереч власній волі, натикатиметься на них раз за разом і не зможе обійти»¹. Позитивізм та етатистська доктрина податкового права іманентно неспроможні повною мірою пояснити дійсну природу та властивості податково-правового патерналізму, оскільки розглядають їх з позицій елементаристського, формально-догматичного підходу, як об'єктивну реальність механістичного типу, що існує поза людиною і соціумом та наділена ознаками статичності². Антропосоціокультурний підхід також неспроможний забезпечити адекватне пізнання патерналістських податково-правових доктрини і практик, оскільки

іманентно зорієнтований на розкриття людиномірних суспільних феноменів³ та їх антропосоціокультурних кодів⁴, але не призначений для з'ясування «технік» та «технологій» податково-правового патерналізму фіскальної держави, а їм в останньому належить фундаментальна роль.

Проблема природи податково-правового патерналізму українськими вченими юристами-фінансистами спеціально не досліджувалась, а розглядалась дотично у ході інших досліджень фінансово-правової дійсності. Ці дослідження були здійснені їх авторами, за окремими винятками, з позитивістських філософсько-методологічних підходів до правопізнання, тому, як зазначалося вище, вони заздалегідь не могли забезпечити одержання наукових знань про природу та властивості податково-правового патерналізму.

Першою серед українських вчених юристів-фінансистів природу податково-правового патерналізму з позицій антропосоціокультурного підходу дослідила Р. О. Гаврилюк⁵. На його основі вона зробила обґрунтований висновок, що патерналізм не просто притаманний податковому праву держави, а є функціональною константою податкового права держави, уможливило існування усіх інших його констант⁶. Однак питання технології творення та здійснення податково-правового патерналізму спеціально не досліджували ні Р. О. Гаврилюк, ні жоден з інших вчених юристів-фінансистів також.

Тому **метою** даної статті і водночас її основним **завданням** є з'ясування природи податково-правового патерналізму фіскальної держави.

Обираючи **методологію дослідження** у даній статті, її автор передусім керувався наступним світоглядним положенням Р. О. Гаврилюк із її передмови до відомої праці авторки «Методологічна традиція доктрини природного права»: «вітчизняне, як і все разом взяте, пострадянське правознавство, на жаль, переконливо демонструє свою *нелюбов* до методологічної проблематики, хоча само має вкрай гостру потребу у ній, особливо в *нових, посткласичних підходах до пізнання права*. Щоб одержати серйозні наукові результати, необхідно *правильно*, тобто до місця, до відповідного предмета дослідження вміло застосувати *адекватну йому методологію*, інакше кажучи, *істинно філософсько-методологічно самовизначитися*. Науці фінансового права в цілому і науці податкового права зокрема, як і правознавству взагалі у ХХІ столітті *такого самовизначення не уникнути*, якщо вони хочуть залишитися у статусі *науки*, а не *законодавства*»⁷. Нами було взято до уваги застереження і П. С. Пацурківського про те, що стало нагальною необхідністю подолання інерції загальнотеоретичного і методологічного ізоляціонізму у науці фінансового права, що перейшла до нас від попереднього суспільства⁸.

Дослідження будь-якого правового явища починається із з'ясування його природи. Як зазначається у спеціальній філософській літературі, поняття «природа» означає сутність тієї чи іншої речі. До прикладу, П'єр Адо пише, що, воно є одним з центральних понять європейської філософської думки і культури⁹.

О. В. Петришин та С. П. Погребняк радять розпочинати з'ясування природи правових явищ із з'ясування суспільних відносин, що регулюються нормами відповідних правових інститутів¹⁰. У нашому випадку йдеться про відносини, що становлять у своїй сукупності податково-правовий патерналізм фіскальної держави і регулюються головним чином нормами конституційного та фінансового права.

На буттєву укоріненість природи права вказують також відомий сучасний теоретик права України М. І. Козюбра¹¹, творці антропосоціокультурної пізнавальної традиції фінансово-правової науки в цілому та науки податкового права, зокрема П. С. Пацурківський і Р. О. Гаврилюк¹². Вони також підкреслюють, що природа права найадекватніше та найповніше відображається у його властивостях¹³.

Не випадково відомий сучасний російський теоретик права С. С. Алексєєв наголошував на тому, що можливості права як соціальної цінності кореняться саме у його властивостях¹⁴.

П. С. Пацурківський та О. Савкіна зазначають, що досліджуючи природу податкового права у сучасній правовій доктрині України, аж ніяк не можна знехтувати ні його соціокультурними проявами, ні національними ментальними кодами податкового права¹⁵. До уваги повинні бути взяті як податково-правова практика фіскальної держави, так і відповідні її ідеологія та культура, а також відповідні феномени суспільства загалом. Ці ж автори зазначають, що оскільки податкове право є інтерсуб'єктивним соціальним конструктом, то для пізнання його природи мусить бути застосована адекватна методологія пізнання цього феномена об'єктивної реальності¹⁶.

Податково-правовий патерналізм має яскраво виражену аргументативно-дискурсивну природу та існує виключно у безперервно плинних формах податково-правового дискурсу фіскальної держави та її контрагентів з податкового права – платників податків. Патерналістський податково-правовий дискурс супроводжується особливим характером комунікації держави і платників податків, яка зумовлена протилежністю їх правових статусів у податково-правових відносинах, фундаментальних цілей в оподаткуванні, здобутого досвіду оподаткування. Саме тому для пізнання феномена податково-правового патерналізму в цілому та його природи в тому числі, адекватним методологічним інструментарієм є аргументативно-дискурсивний підхід¹⁷. Першою серед вітчизняних правознавців пізнавальні переваги аргументативно-дискурсивного підходу як природно-правового інструментарію пізнання природи права в цілому на прикладі з'ясування прав людини спеціально дослідила Р. О. Гаврилюк¹⁸.

Один із творців цього підходу Р. Алексі про його евристичний потенціал висловився наступним чином: «Основа для дискурсивно-теоретичного обґрунтування формується за правилами практичного дискурсу... Теорія дискурсу є процедурною теорією практичної правильності. Відповідно до неї норма є правильною, а отже дійсною, якщо вона є або може бути результатом певної процедури розумного практичного дискурсу. Дискурс являє собою процедуру аргументації. Це те, що відрізняє теорії дискурсу від процедурних теорій гоб-

сівської традиції, які посиляються на процедури переговорів і прийняття рішень. Практичний дискурс визначається розумним настільки, наскільки в ньому реалізовано умови раціональної практичної аргументації»¹⁹.

Дискурс держави зводиться до переконання платників податків у тому, що всі заходи, до яких вдається держава у рамках своєї практики оподаткування, здійснюються заради благополуччя її громадян. Таке переконання виконує свого роду стратегічну роль. З цього приводу Р. О. Гаврилюк влучно зауважує, що фіскальні держави, особливо упродовж останнього півстоліття, намагаються подати свою етатистську доктрину податкового права у привабливих формах, постійно ведуть інтенсивний пошук відповідного бренду, який би налаштував платника податків на співпрацю різноманітними деклараціями та обіцянками, частина яких задля підтримання віри має в основоположну податково-правову легенду виконуватися чи хоча б створюється видимість такого виконання²⁰.

У межах цієї доктрини для платників податків патерналізм проявляється як акт доброї волі з боку держави, як реальний прояв «батьківського піклування» держави про своїх громадян. У той час як держава насправді вкладає в нього протилежне значення: приховати пріоритет у задоволенні її державного інтересу за рахунок коштів платників податків і тим самим відтермінувати та пом'якшити антагонізм у відносинах між ними. Тому держава змушена вдаватися до патерналізму, що тимчасово згладжує рівень суспільного невдоволення та створює у платників податків ілюзію їхнього значення при реалізації державою її податкового права.

Натомість дискурс платників податків головним чином полягає у тому, що вони будь-яким чином прагнуть зменшити податковий тягар, перебувають із фіскальною державою в одвічному податково-правовому антагонізмі. Вся історія оподаткування зводиться до одвічного протистояння платників податків і держави, у якому зазвичай зазнають перманентних поразок платники податків, але історії відомо чимало прикладів переростання таких протистоянь у революції і припинення існування конкретних держав. Як уже неодноразово зазначалося в науковій літературі, українське суспільство давно виставило незадовільну оцінку податково-правовій політиці та стратегії вітчизняної держави. «Це є не що інше, – резюмує Р. О. Гаврилюк, – як відверте визнання соціумом банкрутства традиційної парадигмальної моделі державного оподаткування, матриці державного податкового права, необхідності заміни її іншою матрицею, що відповідала б цивілізаційній моделі України»²¹.

У парадигмальних межах етатистської доктрини податкового права подолати патерналізм неможливо, так само як сам податково-правовий патерналізм не спроможний призвести до переродження етатистського податкового права в людиномірне податкове право, трансформувати його, послуговуючись термінологією Р. О. Гаврилюк, із можливостей фіскальної держави у можливості для індивідів – платників податків²². За своїм юридичним змістом патерналізм зводиться до латання дірок у позитивному податковому праві держави, виправдання перед платниками податків етатистської податкової політики і практики держави²³. Тому адекватне дослідження феномена податково-правового патерналізму неможливе в межах однієї світоглядної парадигми, про що йшлося вище, і вимагає врахування цього з боку дослідника та обрання адекватного науково-методологічного інструментарію, яким є аргументативно-дискурсивний підхід.

У необхідності застосування аргументативно-дискурсивного підходу до дослідження феномена податково-правового патерналізму переконуює той факт, що і сам податково-правовий патерналізм являє собою певну аргументативно-дискурсивну практику, аргументативно-дискурсивну ідеологію і навіть аргументативно-дискурсивну культуру фіскальної держави у несформованому, пасивному соціумі, який зі світоглядних підходів фіскальної держави неспроможний самостійно та розумно розпоряджатися своєю свободою, а тому потребує «батьківського піклування» з боку цієї держави.

Безперечною перевагою аргументативно-дискурсивного підходу до дослідження податково-правового патерналізму фіскальної держави є те, що він: допомагає розглядати податкове право фіскальної держави та податково-правовий патерналізм з позицій процесуального, діалогічного підходу; вимагає дотримання в процесі дискурсу правил аргументації, які нейтралізують можливий владний дисбаланс і забезпечують дотримання обопільних підходів для забезпечення власних інтересів кожною зі сторін дискурсу; спирається на раціональне переконання, що позбавляє процес аргументації емоційної складової та ґрунтується на раціональній, неупередженій оцінці аргументів при дослідженні податково-правового патерналізму; дає змогу зосередити увагу не на кінцевій меті аргументації, що властиво традиційним підходам до вивчення аргументації, а на власне процесі комунікації в умовах, коли погляди, цілі, позиції не збігаються; орієнтує учасників на неупередженість під час обговорення проблем феномена податково-правового патерналізму; допомагає усвідомити та обґрунтувати дуальну природу податкового права.

Саме у вищенаведених пізнавальних перевагах найповніше втілюється призначення аргументативно-дискурсивного підходу, обраного нами у якості методологічної основи кваліфікаційного дослідження. Аргументативний дискурс завжди спрямований на пошук смислів. Він створюється у певному смисловому полі і призначений передавати певні смисли. Поза пошуками смислів дискурсу немає. Таким чином, аргументативно-дискурсивний підхід дає змогу з'ясувати істинний смисл патерналізму як особливої дискурсивної форми відносин держави і платників податків, спростувати етатистське сприйняття патерналізму як блага, акту піклування держави про своїх громадян та довести, що патерналізм є засобом маніпуляції фіскальною державою платниками податків з метою реалізації державного інтересу в оподаткуванні.

Особливий характер податково-правового дискурсу держави і платників податків, що втілюється у податково-правовому патерналізмі, дає змогу виокремити властивості даного правового явища, у яких най-

більш адекватно та повно проявляється природа податково-правового патерналізму. До базових властивостей податково-правового патерналізму належать: патерналістська податково-правова практика; патерналістська податково-правова ідеологія; патерналістська податково-правова культура. Кожен із цих феноменів відзначається аргументативно-дискурсивним характером. Вони в своїй сутності та взаємодії являють собою квінтесенцію природи податково-правового патерналізму, але не вичерпують його змісту. Патерналістська податково-правова практика, патерналістська податково-правова ідеологія та патерналістська податково-правова культура перебувають між собою у складних субстантивних вертикальних і горизонтальних взаємозв'язках, проте функціонально вони відносно автономні.

Патерналістська податково-правова практика з позицій аргументативно-дискурсивного підходу – це аргументативно-дискурсивне буттєве укорінення етатистської доктрини податкового права фіскальної держави у спосіб визначення, закріплення та реалізації правових статусів і ролей фіскальної держави та її контрагентів у податкових правовідносинах. Воно відбувається за допомогою та у формі відповідних законів держави, підзаконних актів та актів правозастосування з використанням найрізноманітніших організаційних, методологічних та методичних засобів. Цій практиці характерні також осмислена та чітка державна стратегія і надзвичайно мінлива державна тактика, використання правових і неправових інструментів. Все це, разом взяте, і становить патерналістський податково-правовий практичний дискурс. Платникам податків у ньому відведена роль виконавців їх податкового обов'язку перед фіскальною державою. А державі – роль «благодійника» платників податків, їх вічного «опікуна» та «покровителя» без відома та згоди останніх, а часто й проти їх волі.

Патерналістська податково-правова ідеологія з позицій аргументативно-дискурсивного підходу – це глибоко, до найменших дрібниць продумана фіскальною державою система податково-правових цінностей у формі максим, констант, ідеологем, інших атрибутивних цій державі установок, закріплених нею ж як нормативно, так і буттєво, у формі державно визнаних практик, що ідейно та морально забезпечують втілення у життя етатистської доктрини оподаткування. Ці податково-правові цінності поділяються на незмінні, яким належить визначальна роль у патерналістській правовій ідеології (такими є, серед інших, константи етатистської доктрини оподаткування), та перемінні величини, які стають надзвичайно затребуваними у певний період часу (до прикладу, податок на зміцнення обороноздатності української армії). Для патерналістської податково-правової ідеології характерне видавання потреб та інтересів фіскальної держави за загальні публічні потреби й інтереси, іншими словами, інтереси платників податків. Дискурсивний характер податково-правової ідеології уможливує існування її у найрізноманітніших формах, буття чітко структурованою та водночас аморфною, послідовною та суперечливою і т.д., що різко ускладнює наукове пізнання цього явища, а множинність форм та проявів цього феномена дає підстави для апологетів етатистської доктрини оподаткування стверджувати навіть про повну відсутність будь-якої патерналістської податково-правової ідеології.

Патерналістська податково-правова культура з позицій аргументативно-дискурсивного підходу, на відміну від відповідної ідеології, характеризує не ті чи інші етатистські податково-правові цінності, а власне суб'єктів податкового права. Вона є нічим іншим, як правовими властивостями цих суб'єктів та відзначається конкретно-історичним характером. Ця культура має дві взаємозв'язані та взаємозумовлені сторони – зовнішню (видиму) та внутрішню (невидиму). Зовнішня (видима) сторона патерналістської податково-правової культури суб'єктів податкового права постає перед нами у формі їх правомірної чи неправомірної поведінки, а внутрішня (невидима) сторона є податково-правовою ментальністю суб'єктів податкового права, їх податково-правовими переконаннями, що спрямовують їх на правомірну чи неправомірну поведінку.

Патерналістська податково-правова культура, як і правова культура в цілому, складається із двох взаємопов'язаних між собою нерозривних пластів правової матерії – пласту статусних правовідносин суб'єктів податкового права, їх взаємних прав та обов'язків (вони регулюються головним чином нормами об'єктивного конституційного, фінансового та адміністративного права безпосередньо) і пласту рольових правовідносин, суб'єктивні права і обов'язки у яких суб'єкти податкового права фіскальної держави одержують від неї ж через індивідуальний вступ у ту чи іншу соціальну роль або статус. У свою чергу, рольова частина правової культури суб'єктів податкового права поділяється ще навпіл – на їх суб'єктивні права та суб'єктивні обов'язки. Суб'єктивні права визначають вид та міру правової свободи суб'єктів податкового права у податково-правових відносинах, а їх суб'єктивні обов'язки головним чином перед фіскальною державою визначають вид та міру юридичної відповідальності перед цією ж державою.

Отже, податково-правовий патерналізм є специфічним способом відносин між державою та платниками податків, дискурсивною практикою, дискурсивною ідеологією та дискурсивною культурою податкового права фіскальної держави, є завершеним задумом фіскальної держави щодо її податкового права, сенсом його буття. За допомогою та у формі відповідних законів держави, підзаконних актів та актів правозастосування з використанням найрізноманітніших організаційних, методологічних та методичних засобів податково-правовий патерналізм допомагає відтермінувати антагонізм у відносинах фіскальної держави та платників податків шляхом створення у останніх ілюзії «батьківського піклування» держави про інтереси та потреби соціуму, за якою криється істинне призначення податково-правового патерналізму – виступати засобом маніпуляції фіскальною державою платниками податків з метою реалізації державного інтересу в оподаткуванні.

- ¹ Пацурківський П. С. Проблеми теорії фінансового права / П. С. Пацурківський. – Чернівці, ЧДУ, 1998. – С. 9.
- ² Пацурківський П. С. Правові засади фінансової діяльності держави: проблеми методології / П. С. Пацурківський. – Чернівці: ЧДУ, 1997. – С. 40.
- ³ Гаврилюк Р. О. Природа податкового права: антропосоціокультурний підхід: моногр. / Руслана Гаврилюк. – Чернівці: Чернівецький національний університет, 2014. – С. 20–25.
- ⁴ Гаврилюк Р. О. Природа податкового права: антропосоціокультурний підхід : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец.12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Р. О. Гаврилюк. – К., 2015. – 39 с.
- ⁵ Гаврилюк Р. А. Антропосоціокультурний код податкового права: моногр. / Р. А. Гаврилюк. – Черновцы: Черновицкий нац. ун-т, 2014. – Кн: 2. Константы налогового права. – С. 241–264.
- ⁶ Гаврилюк Р. О. Природа податкового права: антропосоціокультурний підхід: моногр. / Руслана Гаврилюк. – Чернівці: Чернівецький національний університет, 2014. – С. 247.
- ⁷ Гаврилюк Р. А. Методологическая традиция доктрины естественного права: моногр. / Р. Гаврилюк. – Черновцы: Черновицкий нац. ун-т, 2012. – С. 7.
- ⁸ Пацурківський П. С. Проблеми теорії фінансового права / П. С. Пацурківський. – Чернівці, ЧДУ, 1998. – 276 с.
- ⁹ Hadot Pierre Le voile d'Isis. Essai sur l'histoire de l'idée de Nature. – Paris: Gallimard, 2004.
- ¹⁰ Петришин О. Система права: загальнотеоретична характеристика / О. Петришин, С. Погребняк // Право України. – 2017. – № 5. – С. 12.
- ¹¹ Козюбра М. І. Право і людина: лінії взаємозв'язків та тенденції розвитку / М. І. Козюбра // Наукові записки НАУКМА. Юридичні науки. – 2015. – Т. 168. – С. 3–9.
- ¹² Пацурківський П. Алгебра верховенства права, або Буттєвий устрій людського світу / П. Пацурківський, Р. Гаврилюк // Право України. – 2017. – № 3. – С. 112–125.
- ¹³ Там само.
- ¹⁴ Алексеев С. С. Социальная ценность права в советском обществе / С. С. Алексеев. – М.: Юридическая литература, 1971. – С. 62.
- ¹⁵ Пацурківський П. Податково-правова доктрина України: між Скілью етатизму і Харібною людиноцентризму / П. Пацурківський, О. Савкіна // Право України. – 2017. – № 9. – С. 383–391.
- ¹⁶ Там само.
- ¹⁷ Див.: Albert H. Transcendental Traumereien K.-O. Apels Sprachspiele und sein hermeneutischer Gott. – Hamburg, 1975; Apel K.-O. Die Idee der Sprache in der Tradition des Humanismus von Dante bis Vico // Archiv für Begriffsgeschichte. – 1973. – Bd.8; Apel K.-O. Die Erklärung-Verstehen-Kontroverse in transzendental-pragmatischer Sicht. – Fr/M., 1979; Apel K.-O. Transformation der Philosophie. – Bd. 1: Sprachanalytik, Semiotik, Hermeneutik; Bd.2: Das Apriori der Kommunikation Wissenschaft. – Fr/M., 1973; Apel K.-O. Zum Problem einer rationale Begründung der Ethik im Zeitalter der Wissenschaft // Rehabilitierung der praktischen Philosophie / hrsg M. Riedel, Bd. 2. – Freiburg, 1974; Apel K.-O. Rationales Handeln und Gesellschaftstheorie. – Bochum, 1984; Habermas J. Theorie und praxis. Neuwied. – B., 1963; Habermas J. Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus. – Fr/M., 1976; Habermas J. Philisiphisch-politische Profile. – Fr/M., 1981; Habermas J. Zur Logik der Sozialwissenschaften. – Fr/M., 1982; Habermas J. Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln. – Fr/M., 1983; Habermas J. Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des Kommunikativen Handelns. – Fr/M., 1984; Habermas J. Die Neue Unübersichtlichkeit. – Fr/M., 1985; Habermas J. Eine Art Schadensabwicklung. – Fr/M., 1987; Habermas J. Der philosophische Diskurs der Moderne. – Fr/M., 1988; Habermas J. Nachmetaphysisches Denken. – Fr/M., 1988; Habermas J. Die nachholende Revolution. – Fr/M., 1990; Habermas J. Texte und Kontexte. – Fr/M., 1991; Habermas J. Vergangenheit als Zukunft. – Z., 1991; Habermas J. Die Einbeziehung des Anderen. – Fr/M., 1997; Honneth A. Kritik der Macht. – Fr/M., 1985; Horster R. Jurgen Habermas. – Stuttgart., 1991; Kliebisch U. transzendentalphilosophie als Kommunikationstheorie. – Bochum, 1981; Sulter A.A. Moderne und Kulturkritik. Jurgen Habermas und das Erbe der kritischen Theorie. – Bohn, 1996; Апель К.-О. Трансцендентально-герменевтическое понимание языка // Вопросы философии. – 1977. – № 1. – С. 76–93.
- ¹⁸ Гаврилюк Р. А. Методологическая традиция доктрины естественного права: моногр. / Р. Гаврилюк. – Черновцы: Черновицкий нац. ун-т, 2012. – С. 700–736.
- ¹⁹ Алексі Р. Теорія дискурсу та права людини / Р. Алексі // Філософія права і загальна теорія права. – 2013. – № 1. – С. 73–94.
- ²⁰ Гаврилюк Р. О. Природа податкового права: антропосоціокультурний підхід: моногр. / Руслана Гаврилюк. – Чернівці: Чернівецький національний університет, 2014. – С. 334.
- ²¹ Гаврилюк Р. А. Антропосоціокультурний код податкового права: моногр. / Р. А. Гаврилюк. – Черновцы: Черновицкий нац. ун-т, 2014. – Кн: 2. Константы налогового права. – С. 1.
- ²² Гаврилюк Р. А. Методологическая традиция доктрины естественного права: моногр. / Р. Гаврилюк. – Черновцы: Черновицкий нац. ун-т, 2012. – С. 737.
- ²³ Гаврилюк Р. Патерналізм як функціональна константа етатистської доктрини податкового права / Р. Гаврилюк // Вісник Львівського університету. – 2014. – Вип. 60. – С. 190.

Резюме

Тараненко К. Ю. Природа податково-правового патерналізму фіскальної держави: аргументативно-дискурсивний підхід.

У статті досліджується природа податково-правового патерналізму фіскальної держави з позицій аргументативно-дискурсивного підходу. Обґрунтовано евристичний потенціал аргументативно-дискурсивного підходу у дослідженні феномена податково-правового патерналізму фіскальної держави. Доведено на основі аргументативно-дискурсивного підходу, що базовими властивостями податково-правового патерналізму є патерналістська податково-правова практика; патерналістська податково-правова ідеологія; патерналістська податково-правова культура.

Ключові слова: податково-правовий патерналізм фіскальної держави, аргументативно-дискурсивний підхід, патерналістська податково-правова практика, патерналістська податково-правова ідеологія, патерналістська податково-правова культура.

Резюме

Тараненко Е. Ю. Природа налогово-правового патернализма фискального государства: аргументативно-дискурсивный подход.

В статье исследуется природа налогово-правового патернализма фискального государства с позиций аргументативно-дискурсивного подхода. Обоснован эвристический потенциал аргументативно-дискурсивного подхода в исследовании феномена налогово-правового патернализма фискального государства. Доказано на основе аргументативно-дискурсивного подхода, что базовыми свойствами налогово-правового патернализма являются патерналистская налогово-правовая практика; патерналистская налогово-правовая идеология; патерналистская налогово-правовая культура.

Ключевые слова: налогово-правовой патернализм фискального государства, аргументативно-дискурсивный подход, патерналистская налогово-правовая практика, патерналистская налогово-правовая идеология, патерналистская налогово-правовая культура.

Summary

Taranenko K. The nature of the tax-legal paternalism of a fiscal state: an argumentative-discursive approach.

The article describes the nature of the tax-legal paternalism of the fiscal state from the standpoint of the argumentative-discursive approach. There has been investigated the heuristic potential of the argumentative-discursive approach in the study of the phenomenon of tax-legal paternalism of the fiscal state. There has been proved on the basis of the argumentative-discursive approach that the basic properties of tax-legal paternalism are paternalistic tax-legal practice; paternalistic tax-legal ideology; paternalistic tax and legal culture.

Key words: tax-legal paternalism of the fiscal state, argumentative-discursive approach, paternalistic tax-legal practice, paternalistic tax-legal ideology, paternalistic tax-legal culture.

UDC 349.3(477)

M. BODNARUK

Mykola Bodnaruk, doctor of sciences (Law), Associate Professor, Head of the Department of Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University

THE DEVELOPMENT OF SOCIAL INSURANCE IN UKRAINE DURING THE SOVIET AND POST-SOVIET PERIODS OF ITS HISTORY

The life of any society, as well as the life of any of its members, is closely associated with numerous social relations of various types. Every human being, due to his ontological nature, is doomed to dwell within a society, to accept and to obey some universal, generally recognized rules of coexistence with other individuals, thus being able to affect the lives of certain people. Even Ancient Greek philosophers stated that no human being is ever able to exist beyond the society, but only God and insane people. Naturally, some laws of coexistence are typical for most live creatures that inhabit our planet, since their survival directly depends on the way they keep to these laws. Consequently, a considerable number of animal species possess the feature of mutual assistance, which, however, is significantly different from that of the human society. Only a human being is capable of helping the members of his society he is not familiar with. In this way, society has acquired certain generally accepted rules of mutual assistance, which appeared in ancient times and preserved their functionality till present days, at the level of self-consciousness of each of its members. One of such unwritten rules that appeared long ago is leaving dry firewood and food in shelters on the territory of Siberia, as well as in other inaccessible and severe areas of our planet. Those who leave them do not know, who will get hold of this food and firewood, nevertheless, such actions may be regarded as a desire and hope to save somebody's life. Manifesting charity, we donate the people we have never seen or known, we thus express compassion to the individuals we are not familiar with. The factors of social assistance have always developed together with the society, acquiring thereby new forms and universal features, thus turning into universal social phenomena. In our previous articles, we have considered and investigated the processes of formation and development of the field of social help on the whole, and the institution of social insurance in particular, beginning with the ancient times up to the early XX century¹. That is why, in order to provide a complete, objective, comprehensive analysis in the field of social insurance, we decided to continue this scientific research and to trace up the process of social insurance evolution on the territory of our country during the Soviet and Post-Soviet periods of its history.

It is worth mentioning that the issue of formation of the basics of social insurance in Ukraine during the Soviet and Post-Soviet periods is, unfortunately, not sufficiently investigated in the field of law. We suppose that insufficient investigation of the causal relations of the negative factors, typical for the field of social protection in the times of the USSR, as well as the negative phenomena, which occurred in the process of its reformation at the times of sovereign Ukraine, have led to certain ambiguity today. The above-mentioned negative features have essential effect on the life of the present-day society in our state. They cause such negative phenomena as the growth of the number of poor families, unemployment, migration of skilled and experienced experts, etc. Consequently, profound and comprehensive research of the issue under discussion, as well as the implementation of the obtained results into the normative-regulatory statutes of our country, may positively influence the processes of overcoming the above difficulties or, at least, reduce their effect on different spheres of our everyday life.

The issue of various aspects of social insurance in Ukraine has been an object of investigation of numerous scholars: V. Andriyiv, V. Dziundziuk, V. Korzhenko, N. Meltiukhova, O. Mala, V. Ermilov, V. Marchenko, H. Odintsova, Y. Pavlenko, A. Stopchak, M. Shavarina, N. Shamanska, S. Yuriy. However, we should admit that there are no works in juridical literature, which would directly deal with the topic, reflected in the title of the article under discussion.

This article has been written with the purpose of thorough logical analysis of axiological and ontological components of the phenomenon of social assistance to the population of Ukraine at the time of the Soviet regime, as well

as with the purpose of determining the peculiarities of drastic transformation of the social insurance system after Ukraine has become a sovereign state. The research has been carried out on the basis of contemporary achievements of juridical science. The subject of the investigation is the processes of social insurance formation and development at the times of the Soviet system of government in Ukraine. In addition, it lays particular emphasis on the wide-scale reforms that took place in the institution of social insurance after Ukraine has attained its sovereignty.

The Soviet period of social insurance dates back to 1917. In November 1917, there was published a “Governmental Announcement of Social Insurance”. Later on, there were issued numerous normative-regulatory acts (in the form of decrees), regarding complete social insurance of all the hired employees and poor layers of urban and rural population of the newly created Soviet state². Adopted in 1918, the “Provisions on Social Insurance for the Workers” aimed at solving the problem of providing social welfare for temporarily disabled individuals, unemployed citizens, invalids, etc. The system of social insurance in the USSR was also supposed to ensure the minimal wages and pensions, the norms of food consumption for children and adults in all types of boarding houses. The state was administratively and financially responsible for paying out social insurance, which automatically turned any employee into a passive participant of the system of social protection³.

Since 1922, social allowances have been paid out by the enterprises, at the expense of respective insurance premiums. In 1929, state social insurance had a single target budget. However, the normative-regulatory acts of that time pointed out the target nature of the state social insurance funds. In other words, this money could not be spent on anything else. Since 1931, the state social insurance funds have been spent on treatment in specialized institutions, such as sanatoriums, boarding houses, rest houses and children’s camps. The breaking point in the history of social insurance was its transition to the field of professional trade unions. In compliance with the decision of the USSR Government of June 23, 1933, all the social insurance funds, as well as sanatoriums, rest houses and some other institutions became subject to the trade unions⁴.

In the 20-s, the change of social provision for social insurance was justified by the fact that a new economic policy (which, under the social and economic conditions of that time, presupposed the necessity of creating a strong layer of private entrepreneurs and state enterprises) shifted some responsibilities for the lives and health of the employees onto their employers. This was done by means of introducing a special tax in the form of contributions to the social insurance fund⁵.

Nevertheless, very soon the legal effect of the acts in the field of insurance medicine and rate differentiation was cancelled. Besides, insurance service was also eliminated, which proved a backward nature of social insurance, as well as of respective insurance funds. In the framework of the issue under studies, it is also important to emphasize that neither industry, nor intra-industry specifics of labor conditions were taken into account at that time. The threats of harmful and dangerous labor conditions were completely ignored. To sum it up, social assistance was no longer a certain insurance guarantee for the employees. Consequently, social insurance has lost its peculiar features and turned into social provision.

Pension provision was introduced in 1924. Its introduction was caused by the old age of certain categories of employees (teachers of higher education institutions, workers of textile and transportation industries, etc.). In 1932, pension provision extended to all fields of national economy. The legislation has established the pension age – 55 years old for women and 60 years old – for men. This age difference was stipulated by the analysis of the peculiarities and axiological essence of the German solidarity pension system, the latter having been introduced at the time of Otto von Bismarck (1883–1889). In the late XIX century, an average German man was five years older than his wife⁶. This was a basic factor that has determined a 5-year difference in men’s and women’s pension age, making it possible for both husband and wife to retire at the same time.

In the 50-s – 60-s, mandatory medical insurance was gradually introduced on the territory of Ukraine. Some citizens were happy about it, thinking that it would lead to financial well-being and social welfare, while others experienced completely opposite feelings. The latter were anxious that the above processes would ruin the national economy of the country and cause the fall in the living standards of all the layers of the population⁷.

The European approaches administered direct and indirect effects on the field of Ukrainian social policy in the Soviet epoch. Throughout the above-mentioned period, the transformation processes of economic and social nature were very fast and efficient. They were affected by the achievements of the scientific-technical revolution, as well as by the introduction of new forms of labor in the sphere of economics. Employees’ education, skills and experience (the so-called human capital) played a significant role in all spheres of production and all fields of the national economy.

The law “On Pensions and Assistance to the Collective Farmers” was adopted on July 15, 1964⁸. This law has introduced a universal state system of pension provision for the collective farmers at the expense of the central fund of social provision. The collective farmers started receiving old age and invalid pensions, whereas their families – allowances in case of breadwinners’ death. This very fund has also introduced financial allowances to the female collective farmers in case of their pregnancy and childbirth. The major peculiarity of the period under discussion was that collective farmers were able to retire five years later than other categories of citizens (men – at the age of 65, women – at the age of 60). In 1968, the collective farmers got the right to pensions at the same age as the workers and the clerks, though the level of their pension provision was considerably lower. In 1970, with the introduction of a single insurance system, the collective farmers were supposed to receive some assistance in case of temporary disability. On August 3, 1972, the Council of Ministers of the USSR adopted a new act on assigning the payment of state pensions, which took into consideration all the changes since 1956. In 1973, there was further growth of pen-

sions, assigned for disabled citizens and families that lost their breadwinners. In 1974, social allowance for the children from the families with low income was approved at a legislative level. The Constitution of the USSR of 1977 has strengthened the effect of the system of the state social provision (Art. 24)⁹. However, despite the variety and amount of the introduced normative-regulatory acts, the level of social provision in the country remained rather insufficient. One might notice certain inequality in the field of social provision between the workers and clerks on the one hand, and the collective farmers – on the other. Throughout next years, the level of pension provision for the collective farmers, the participants of the World War II, the war invalids of groups 1 and 2 has considerably improved. In 1981, the Soviet Government took a range of measures in order to increase financial provision for the families with children. They received a one-time allowance right after the child's birth, in addition to the money that was assigned for the children's care till the 1-year age¹⁰.

In September 1986, there was adopted a draft law regarding the pension provision of the citizens. On 15 May 1990, the Soviet Government adopted the law "On Pension Provision of the USSR Citizens", which has set the equal conditions of the pension provision for all the Soviet citizens. According to the law, there existed the state system of social provision, which also included the state social insurance. The latter's activities required about 80 % of all the money, assigned by the state to the field of social provision¹¹.

Thus, the third period of social insurance development is marked with the fact that it appeared in most countries of Europe, in addition to the implementation of numerous social programs. Besides, there have been adopted a lot of normative-regulatory acts that possessed specific features of the state social policy implementation. The guarantee of social insurance was reflected in the contents of the constitutions of many countries. The state social insurance of the third period should be perceived as a major aspect of the universal system of social protection. It performs the functions of an independent mechanism with the purpose of accumulating the necessary amount of finance. A tendency of "nationalizing" social insurance proves that the state has been the main owner of the means of production and the leading employer for quite a while. That is why, the state was entirely responsible for compensating the social risks of diverse types. Consequently, it was expedient to combine the social insurance funds with the state budget.

The fourth period of the development of the institution of social insurance (1991 – present days) may be marked with further evolution in the field of social insurance on the territory of sovereign Ukraine. The market relations (whereby the functions of the only owner of production and the chief employer pass from the state to new subjects of social-labor relation) have caused the necessity of returning to the institution of social insurance its original axiological and ontological functions. To put it differently, social insurance was again to become an efficient mechanism of social protection of the citizens under the conditions of the market economy.

The new stage of our country's qualitative transition to new principles of activities in the social sphere began with the declaration of Ukraine's independence on August 24, 1991. It was a starting point for modern construction of state's independent policy, very rapid, but at the same time not always socially oriented. Unfortunately, the powerful inflation processes, the increase of unemployment, the fall of the citizens' living standards frequently accompanied it. Actually, the Soviet system of social provision stopped meeting the requirements of the ontological reality of that time¹².

The most important problem Ukraine faced in the early 90-s was the necessity of improving and optimizing the system of social insurance. At the end of 1991, the Government of Ukraine, together with Ukrainian trade unions (called at that time The Council of the Federation of the Independent Trade Unions), issued a common resolution "On Managing Social Insurance in Ukraine". In March 1992, the professional trade unions, with the participation of the representatives of the Ministry of Labor of Ukraine, the Ministry of Finance of Ukraine and the National Bank of Ukraine, implemented the provisions of the above resolution. It resulted in founding a completely new institution – The Social Insurance Fund of Ukraine, whose main function was to provide financial independence and stability of the system of social insurance. The newly established organization was also to summarize and apply the previously accumulated experience in order to work out the mechanism of implementing citizens' constitutional right to social insurance.

An essential way of restoring the institution of social insurance in Ukraine was setting apart the mandatory social insurance fee. This measure was very unpopular with the Ukrainian citizens, since together with the subjects of entrepreneurship, this fee had to be also paid by the individuals, who performed their own labor activities either in compliance with fixed-term and non-fixed-term employment contracts or in accordance with different civil-legal agreements¹³.

The reformation of the system of social insurance took place after the Verkhovna Rada of Ukraine had adopted the Basics of the Law on the Universal Mandatory State Social Insurance on January 14, 1998. This law was supposed to introduce five separate types of the universal mandatory state social insurance: pension, medical, unemployment insurance, as well as insurance in case of temporary disability and in case of birth or death. The law also touched upon the cases of accidents at work and diseases, caused by professional activities, which led to disability¹⁴.

In this way, a new stage in the development of the field of social insurance began in Ukraine – the introduction of the contemporary universal mandatory state social insurance. The above-mentioned normative-regulatory act has presupposed the implementation of the respective measures of the complex social protection of Ukrainian citizens on the basis of universal-legal, financial and organizational fundamentals of the universal mandatory state social insurance of the citizens of Ukraine. The law also contained the requirements regarding the necessity of creating the five types of the universal mandatory state social insurance. The newly founded arrangement of the system of social

insurance of the population has enabled the transition from the budget principle of financing to the insurance one, whereby there were worked out certain present-day mechanisms of managing the social insurance finance, the principle of parity between the insured individuals, employers and the state being primary and most crucial¹⁵.

Taking into consideration the present-day economic, social, political, and cultural peculiarities of Ukraine's development, the most essential objective of social insurance lies in providing the adequate social assistance to all layers of individuals with low income. Today, the institution of social insurance is to fulfil the following important tasks:

- 1) to ensure the stability of financial system by means of accumulating the insurance fees of all the insured citizens, as well as employers, with the aim of social-material maintenance of any individual in case he faces some risks, envisaged by the legislation;
- 2) to set relevant social partnership in the field of social insurance;
- 3) to improve the existing system of payments at the expense of the respective funds;
- 4) to ensure the work of all the mechanisms for administering thorough control over the money of the target insurance funds.

Presently, the system of social insurance in Ukraine is marked with the following drawbacks: firstly, the current legislation (which is supposed to regulate the efficient work of the insurance market) is far from being complete and perfect; secondly, there is no distinct direction for the further strategic development of Ukrainian insurance market on the whole, and its subdivisions in particular; thirdly, there is a lack of staff, technical, and informational provision in the field¹⁶.

There is another weak point in the system of Ukrainian social insurance. It is known that individuals' salaries have always been regarded as the basics of filling the target insurance funds, as well as a direct source of the hired employees' material well-being. Nevertheless, today's wages (and, consequently, citizens' purchasing powers) are hardly capable of ensuring citizens' high living standards. Under these circumstances, it is crucial to guarantee the hired employees' social protection, which always requires urgent and drastic reaction¹⁷.

When describing the contemporary period of social insurance as a peculiar institution of protecting the working citizens from various social risks, we might distinguish its following features:

- 1) the universal-state nature, as it covers the categories of population, whose income is mostly constituted by their wages;
- 2) social risk is considered as a mass phenomenon, embracing a considerable segment the country's population;
- 3) financing the programs of social insurance is administered at the expense of all parties of a social partnership (these expenses are of non-tax nature).

Hence, the last, fourth stage of the development of the institution of social insurance may be marked with a peculiar progress of this phenomenon in Ukraine at the time of its sovereignty. Ukraine has gone its own interesting and complicated way to build a worthy and efficient system of social insurance. Numerous fundamental normative-regulatory acts in the field of social insurance have been issued with this purpose. However, the drawbacks in the processes of implementing these legislative acts are still obvious. In addition, the normative basis itself is also far from being universal and perfect. Considering this, the Ukrainian legislature has been preparing a wide range of reform measures in order to eliminate these problems.

According to Y. Pavlenko, social insurance is acquiring greater and greater significance in Ukrainian economy. It has already become an essential element in the process of our country's economic development and growth, increasing citizens' well-being and social welfare, as well as creating the necessary conditions for social progress¹⁸.

To crown it all, we might assume that the fear of not satisfying their everyday needs and wants has become a basic factor, which has stipulated people to create the legal phenomena under studies in ancient times. Later, there arose the necessity to declare the right to social-material security at the state level, which, in its turn, has led to the formation of a specialized system of social funds. The latter have been constantly contributed to by the employees with the purpose of further solidary distribution of this money in case of future social risks. Notwithstanding the fact that social insurance exists in a peculiar form in most countries of the world, its status in Ukraine requires considerable improvement. To achieve this improvement, it is essential to find the proper ways of solving the current social problems, as well as to bring to perfection the already existing mechanisms of social insurance.

¹ Bodnaruk M. I. Social Insurance as a Legal Phenomenon: The Historical-Legal Aspect of Its Formation and Development (from the Ancient Times till the Middle Ages) / M. I. Bodnaruk // The Journal of Eastern European Law. – 2017. – № 44. – pp. 6–10. – Access Code: http://easternlaw.com.ua/wp-content/uploads/2017/10/bodnaruk_44.pdf; Bodnaruk M. I. The Formation of the Basics of Social Insurance during the XVII–XIX Centuries / M. I. Bodnaruk // The Journal of Eastern European Law. – 2017. – № 45. – pp. 6–11. – Access Code: http://easternlaw.com.ua/wp-content/uploads/2017/11/bodnaruk_45.pdf

² Собрание узаконений РСФСР. – 1922. – № 15. – Ст. 153.

³ Стопчак А. Ю. Историчні аспекти виникнення та еволюції соціального захисту населення в Україні / А. Ю. Стопчак // Вісник Херсонського націон. ун-ту. – Херсон, 2010. – Т. 1. – № 1. – С. 62–63.

⁴ Історія виникнення і розвитку соціального страхування. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.fse.gov.ua/fse/control/main/uk/publish/article/916885>

⁵ Ермилов В. С. Медицинское страхование в южной Украине (1890–1930-е годы) / В. С. Ермилов; ред. Б. П. Криштопа. – Николаев: Возможности Киммерии, 1997. – С. 127.

- ⁶ Юрій С. І. Соціальне страхування : Підручник / С. І. Юрій, М. П. Шаварина, Н. В. Шаманська. – К. : Кондор, 2004. – С. 24.
- ⁷ Марченко В. Медицинская страховка – отнюдь не гарантия эффективного лечения. Скорее – наоборот / В. Марченко // Факты. – 2000. – № 117. – 1 июля. – С. 14.
- ⁸ Про пенсії і допомогу членам колгоспів : Закон СРСР від 15.07.1964 р. // Відомості Верховної Ради СРСР. – 1964. – № 29. – Ст. 340.
- ⁹ Конституція (Основний Закон) Союзу Радянських Соціалістичних Республік : Закон від 07.10.1977 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/n0001400-77>
- ¹⁰ Юрій С. І. Соціальне страхування : Підручник / С. І. Юрій, М. П. Шаварина, Н. В. Шаманська. – К. : Кондор, 2004. – С. 27.
- ¹¹ Андрій В. Соціальне страхування : історія, проблеми / В. Андрій // Соціальний захист. – 1999. – № 2. – С. 50.
- ¹² Тенденції та перспективи європейської інтеграції України : державно-управлінські виміри : Монографія / В. В. Корженко, Н. М. Мельтюхова, Г. С. Одінцева, В. Б. Дзюндзюк та ін. – Х. : Магістр, 2006. – С. 215–222.
- ¹³ Закон України «Про збір та обов'язкове соціальне страхування» від 26 червня 1997 р. із змінами та доповненнями // Соціальне страхування в Україні : Зб. нормативно-правових актів та інформаційних матеріалів / За ред. М. Г. Селіхова, А. М. Аксьонова, В. Г. Сніна. – К. : Виконавча дирекція Фонду соціального страхування України, 1999. – Вип. 1. – С. 40–43.
- ¹⁴ Основи законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування : Закон України № 16/98–ВР від 14.01.1998 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 23. – Ст. 121.
- ¹⁵ Про Рекомендації парламентських слухань «Соціальне страхування та соціальне забезпечення в Україні : сучасний стан, проблеми та перспективи розвитку» : Постанова Верховної Ради України від 21.06.2005 р. № 2679-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 29. – Стор. 1189. – Ст. 389.
- ¹⁶ Мала О. С. Соціальне страхування в Україні : сучасний стан та перспективи розвитку / О. С. Мала. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.rusnauka.com/7_NND_2009/Economics/42599.doc.htm
- ¹⁷ Про Рекомендації парламентських слухань «Соціальне страхування та соціальне забезпечення в Україні : сучасний стан, проблеми та перспективи розвитку» : Постанова Верховної Ради України від 21.06.2005 р. № 2679-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 29. – Стор. 1189. – Ст. 389.
- ¹⁸ Павленко Ю. Світовий досвід функціонування систем соціального страхування. Уроки для України / Ю. Павленко // Україна : аспекти праці. – 2002. – № 6. – С. 31.

Резюме

Боднарук М. Розвиток інституту соціального страхування в Україні радянського та пострадянського періоду.

У змісті даної статті викладено та проаналізовано з правової точки зору характеристику проблематики розвитку інституту соціального страхування в Україні радянського та пострадянського періодів. Зазначається, що становлення інституту соціального страхування на території України у часи формування радянської системи управління відбувалося фактично за зразком німецької моделі, яку було сформовано у другій половині XIX століття. Але, виходячи зі змісту існуючих на той час реалій об'єктивного характеру, розвиток інституту соціального страхування в Україні часів радянського періоду набув притаманних лише йому особливостей як позитивного, так і негативного характеру. Позитивні риси полягали у тому, що з часом сферою соціального страхування було охоплено майже все населення України, а сама доступність соціальної допомоги набула ознак загально-соціальної осяжності. Негативними рисами системи соціального страхування радянського періоду було те, що протягом досить значних періодів часу значне число працюючих членів українського суспільства фактично були позбавлені можливостей користуванням сферою соціального страхування, а, відповідно, не могли скористатися можливостями отримання необхідної соціальної допомоги у повному обсязі.

Також автором проаналізовано процеси становлення інституту соціального страхування в Україні за часів здобуття незалежності.

Ключові слова: соціальне страхування, радянський та пострадянський період, надання соціальної допомоги, право соціального забезпечення, інститут страхування.

Резюме

Боднарук Н. Развитие института социального страхования в Украине советского и постсоветского периода.

В данной статье изложены и проанализированы с правовой точки зрения характеристики проблематики развития института социального страхования в Украине советского и постсоветского периодов. Отмечается, что становление института социального страхования на территории Украины во времена формирования советской системы управления происходило фактически по образцу немецкой модели, которая была сформирована во второй половине XIX века. Но, исходя из существовавших тогда реалий объективного характера, развитие института социального страхования в Украине времен советского периода приобрел присущих только ему особенностей как положительного, так и отрицательного характера. Положительные черты заключались в том, что со временем сферой социального страхования было охвачено почти все население Украины, а сама доступность социальной помощи приобрела признаки обще-социального явления. Негативными чертами системы социального страхования советского периода было то, что на протяжении довольно значительных периодов времени значительное число работающих членов украинского общества фактически были лишены возможностей использования сферой социального страхования, а, соответственно, не могли воспользоваться возможностями получения необходимой социальной помощи в полном объеме.

Также автором проанализированы процессы становления института социального страхования в Украине во времена обретения независимости.

Ключевые слова: социальное страхование, советский и постсоветский период, оказание социальной помощи, право социального обеспечения, институт страхования.

Summary

Bodnaruk M. The development of social insurance in Ukraine during the soviet and post-soviet periods of its history.

The article under discussion deals with the issue of social insurance in Ukraine during the Soviet and Post-Soviet periods of its history. It has been ascertained that the institution of social insurance on the territory of Ukraine at the time of the Soviet system of government has copied the German model of the late XIX century. However, taking into consideration the objective reality of that time, the development of the institution of social insurance in Ukraine during the Soviet period has acquired certain peculiarities of both positive and negative origin. The positive features were the high involvement of the Ukrainian population in the field of social insurance and the easy accessibility of social assistance to all the layers of the population. As to the negative features of the system of social insurance at the times of the USSR, one should mention the inability of a considerable number of employed Ukrainian citizens to take advantage of the services of the field of social insurance. Consequently, their inability to receive the required social assistance in full.

The author of the article under discussion has also carried out a thorough analysis of the processes of the social insurance development at the times of Ukraine's sovereignty.

Key words: social insurance, the Soviet and Post-Soviet Periods of social insurance in Ukraine, providing social assistance, the right to social provision, the institution of insurance.

УДК 342.723

І. С. ДЕМЧЕНКО, Н. Т. ДУБИЦЬКА

Іван Сергійович Демченко, кандидат юридичних наук, докторант Інституту законодавства Верховної Ради України

Наталія Тарасівна Дубицька, кандидат юридичних наук, адвокат

НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОБОВ'ЯЗКОВОЇ ВАКЦИНАЦІЇ: АРГУМЕНТИ «ЗА» ТА «ПРОТИ»

Спалахи захворювання на поліомієліт, кір та краснуху у 2015–2017 рр., прогнозована дифтерія на початку 2018 р. свідчать про те, що Україна знаходиться під загрозою виникнення та поширення інфекційних захворювань. Також слід зважати на низький рівень вакцинації населення України, причинами якого були різні фактори як адміністративного характеру (суперечності у нормативно-правовому регулюванні, фактична відсутність санітарно-епідеміологічного нагляду, реформування структур державних органів у сфері охорони здоров'я), так і суспільного характеру (антивакцинаційні компанії, смерть школяра від вакцини проти кору та краснухи у 2008 р., недооцінка ризиків від інфекційних захворювань).

Питання обов'язкової вакцинації та її нормативно-правового регулювання не є виключно проблемою України. У ряді країн відбувається дискусія щодо обов'язковості вакцинації. Міжнародно-правові стандарти захисту прав людини, норми та принципи, прийняті та рекомендовані ВООЗ, практика ЄСПЛ не дають однозначної відповіді щодо «обов'язковості» вакцинації. Оскільки переважна більшість «обов'язкової» вакцинації здійснюється в дитячому віці, то слід зважати на особливості надання інформованої згоди малолітніх та неповнолітніх осіб, їх батьків чи осіб, що їх замінюють. Чи є вакцинація в Україні обов'язковою? Дане питання активно обговорюється у суспільстві. У ході даного дослідження ми спробуємо дати відповідь на це питання, виходячи з аналізу чинного законодавства України. Вищезазначене дає нам змогу визначити актуальність проблематики нормативно-правового регулювання обов'язкової вакцинації та необхідність у її переосмисленні. Підкреслимо, що в науковій літературі вживається термін «імунізація». Пропонуємо в даному дослідженні не акцентувати увагу на можливих термінологічних відмінностях між термінами «імунізація» та «вакцинація», виходячи з того, що: імунізація – це процес, завдяки якому людина набуває імунітету, зазвичай, шляхом вакцинації.

Мета статті – дослідити положення міжнародних документів, вітчизняного законодавства, положення законодавства інших країн, практику міжнародних судових установ, конституційних та/або верховних судів та наукові розвідки, присвячені питанню обов'язковості вакцинації.

Спробуємо навести аргументи «за» та «проти» щодо нормативно-правового регулювання обов'язкової вакцинації і на основі цього надати пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства України.

Відповідно до поставленої мети дослідження зосереджено увагу на розв'язанні таких завдань: з'ясувати юридичну природу правових відносин відповідальності у сфері профілактичних щеплень за законодавством України; здійснити аналіз законодавчого забезпечення права/обов'язку на відмову від вакцинації за законодавством України; визначити тенденції нормопроектної практики щодо відмови від профілактичних щеплень в Україні; дослідити судову практику України, що стосується проблематики вакцинації, її наслідків та всіх можливих ризиків; відповідальності у цій сфері; викристалізувати правові позиції Європейського

суду з прав людини щодо необов'язковості проходження профілактичних щеплень; проаналізувати відповідні міжнародно-правові стандарти в галузі вакцинації; з'ясувати медичні аспекти потреби проведення профілактичних щеплень.

Проблеми правової регламентації профілактичних щеплень в Україні і пов'язаних із нею аспектів привертають увагу фахівців уже декілька століть. Це стосується не лише суто визначення обов'язковості її проведення, а й також її специфіки, місця в системі організації охорони здоров'я. Ця проблематика вже отримала і державне визнання. Варто назвати роботи таких вітчизняних та зарубіжних дослідників: О. В. Губанової, З. С. Гладуна, В. В. Глуховського, О. О. Круглової, Д. В. Бобрової, М. І. Брагінського, С. М. Братуся, В. В. Вітрянського, В. П. Грибанова, І. В. Жилінкової, Г. В. Єрмоєнко та ін. Дослідження аргументів «за» та «проти» та особливостей нормативно-правового регулювання обов'язкової вакцинації в Україні не проводилось.

Аргументи «за» нормативно-правове регулювання обов'язкової вакцинації, або, іншими словами, аргументи на користь того, або обов'язкова вакцинація була встановлена чинним законодавством. Для надання аргументованої позиції слід зупинитися на ряді як статистичних, так і правових аргументів.

Загальноприйнято є доведена статистично ефективність вакцинації у попередженні поширення інфекційних захворювань. За даними, що надає ВООЗ: 1) вакцинація допомагає запобігати стражданню, інвалідності та смерті від захворювань, які можливо попередити завдяки вакцинації; 2) нині, завдяки вакцинації щорічно попереджається від 2 до 3 млн випадків смертей¹; 3) вакцинація – один із найбільш ефективних, з точки зору вартості, видів інвестицій в охорону здоров'я з перевіреними стратегіями².

Захист громадського здоров'я та індивідуального здоров'я, як зобов'язання держави.

Майже у кожній державі Європи та світу на конституційному рівні (особливо – у нових Конституціях) встановлюється права особи у сфері охорони здоров'я та кореспондуючий їм обов'язок держави – забезпечити такі права осіб як на індивідуальному (індивідуальне здоров'я), так і на колективному рівні (громадське здоров'я). Добровільна вакцинація може розглядатися як одна з форм реалізації індивідуального права особи у сфері охорони здоров'я. У такому випадку держава виконує свій «позитивний» обов'язок щодо забезпечення громадського здоров'я шляхом створення можливостей для реалізації такого права особи.

Виходячи із положень міжнародно-правових документів, держави мають зобов'язання по забезпеченню та захисту громадського здоров'я. Відповідно до ст. 12 (п. С, ч. 2) Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права, держави, з-поміж іншого, мають вживати наступні заходи: *попередження та лікування епідемічних ... захворювань та боротьби з ними*. Хоча, слід зазначити, що ані у тексті Пакту, ані у Загальному коментарі № 14³ не йдеться про обов'язковість вакцинації. Вакцинація – або точніше програма імунізації розглядається як одна із стратегій боротьби з інфекційними захворюваннями (п. 16 Загального коментаря 14). Разом із тим держави повинні забезпечувати медико-санітарну допомогу, включаючи програми імунізації проти основних інфекційних захворювань⁴. Д. Тобін, розглядаючи лібертаріанську теорію, звертає увагу на наявність «позитивного» обов'язку держави забезпечувати особі захист від загроз здоров'ю, які дана особа не може самостійно контролювати⁵. Таким чином визнається у держави наявність обов'язку щодо захисту громадського здоров'я, однак обов'язкова вакцинація розглядається лише як одна із стратегій.

Відповідно до Міжнародних медико-санітарних правил, Договору про функціонування ЄС, в контексті України – Угоди про асоціацію між ЄС та Україною – попередження поширення інфекційних захворювань є одним із пріоритетних напрямів міжнародно-правового співробітництва держав у сфері охорони здоров'я. Хоча в зазначених міжнародних документах також відсутні імперативні положення щодо обов'язковості вакцинації. Разом із тим для держав залишається можливість самостійно приймати рішення щодо обов'язковості вакцинації на законодавчому рівні. Вакцинація є профілактичним заходом, спрямованим на попередження поширення інфекційних захворювань зокрема та для усунення факторів ризику для громадського та індивідуального здоров'я.

Кожна держава бажає високого рівня громадського здоров'я для населення. Будь-яка особа також хоче мати міцне здоров'я. Очевидно, що є спільний інтерес – публічний (або суспільний, якщо розглядати бажаний високий рівень громадського здоров'я, як запит суспільства) та індивідуальний інтерес. Спільний інтерес – це захист як усього населення, так і індивіда від поширення інфекційних захворювань.

Маючи спільний інтерес, питання вакцинації стає проблематичним, коли постає питання: є вакцинація обов'язковою чи добровільною? Чи можливо говорити про обов'язок особи щодо вакцинації? Фактично виникає конфлікт між публічним інтересом у захисті громадського здоров'я та правом на фізичну недоторканність. Класична історична справа, на яку спираються прихильники обов'язкової вакцинації, є справа Якобсен проти Массачусетс, яка дійшла до Верховного суду США. Коротка фабула справи. У 1902 р., з метою попередження поширення віспи, було прийнято закон, відповідно до якого усі дорослі особи мали бути вакциновані або сплатити штраф у розмірі 5 доларів. Х. Якобсен відмовився роботи і перше, і друге. Його позиція базувалась на такому: а) свободі кожної людини поводитися з своїм тілом та здоров'ям у спосіб, який особа вважає найкращим; б) факті, що він вже був вакцинований у дитинстві та мав достатньо гостру реакцію на вакцину. Суд прийняв рішення, що «керуючись принципом захисту, першорядною необхідністю, спільнота має право захищати себе від епідемічних захворювань, що загрожують безпеці її членів»⁶. Таким чином, автономія (у загальному розумінні – здатність самостійно обирати міру можливої поведінки) не може бути абсолютною та інколи має поступатись інтересам громадського здоров'я.

Додатковим ускладнюючим фактором є те, що, як ми вже зазначали, вакцинацію здійснюють переважно у дитячому віці, а отже, рішення приймають батьки чи особи, що їх замінюють. Будь-яка особа (або батьки

чи особи, що їх замінюють), яка відмовляється від вакцинації через особисті, релігійні чи будь-які інші причини, потенційно несе небезпеку для публічного інтересу. З цього приводу В. Глуховський зазначає, що коли відмова батьків від вакцинації «може привести до серйозних медичних проблем для нації, держави повинні мати можливість при необхідності обмежувати такі права батьків»⁷. Очевидно, що слід віднайти баланс між захистом громадського здоров'я та забезпеченням інших індивідуальних прав людини.

Співвідношення «користі – ризику». Кожен індивід отримає користь від вакцинації, коли ризик поширення захворюваності / смертності від захворювання до вакцинації, буде переважати ризик поширення захворюваності / смертності після вакцинації (включаючи будь-які побічні реакції)⁸. Однак користь від вакцинації значно зростає разом із кількістю вакцинованих осіб. В епідеміології є поняття «колективного» імунітету⁹. Його суть полягає в тому: якщо великий відсоток населення отримав індивідуальний імунітет (у нашому випадку – були вакциновані – прим. авторів), то це зменшує ризики виникнення захворювань та забезпечує ефективний захист особам, навіть, які ще не є захищеними (вакцинованими – прим. авторів). П. Бредлі доходить висновку, що обов'язкова вакцинація не може бути виправдана на даний момент, оскільки у Великобританії, на даний момент, високий рівень колективного імунітету¹⁰. Розвиваючи дану позицію, можливо припустити, що обов'язковість вакцинації залежатиме від поточного епідеміологічного стану в тій чи іншій країні. І введення обов'язкової вакцинації розглядатиметься як засіб реагування на надзвичайну ситуацію, що може бути використаний державою. Водночас при високому рівні колективного імунітету залишається можливість для певної, незначної групи осіб відмовлятися від вакцинації через певні підстави (наприклад – через релігійні переконання). Однак очевидно, що кількість таких осіб має бути незначною, або не нівелювати інтереси громадського здоров'я.

Допустимість обмеження. Міжнародне право захисту прав людини, допускає обмеження індивідуальних прав людини за наявності певних умов. У ст. 4 Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права говориться, що «держави можуть встановлювати тільки такі обмеження, які визначаються законом, і тільки наскільки це відповідає природі вказаних прав, та виключно з метою сприяти загальному благополуччю у демократичному суспільстві»¹¹. Наприклад, відповідно до ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція), кожен має право на свободу та особисту недоторканність. Однак винятком із цього правила може бути законне затримання осіб для запобігання поширенню інфекційних захворювань¹². Відповідно до ст. 8 Конвенції кожен має право на повагу до свого приватного життя. За винятком випадків, коли втручання здійснюється *inter alia*, для захисту здоров'я. Отже, йдеться про допустимість обмеження індивідуальних прав. А. Б. Касумова, розглядаючи обмеження прав громадян, пов'язані із станом їх здоров'я¹³, визначає останні як «встановлені законом виключення з правового статусу громадян, які встановлюються з метою захисту та забезпечення інших осіб, суспільства та держави»¹⁴.

У своїй практиці Європейський суд з захисту прав людини неодноразово підкреслював, що принцип поваги до людської гідності та свободи людини є основою Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Свобода у наданні згоди на медичне втручання – є принципом прецедентного права Європейського суду з прав людини (справи «Джаллох проти Німеччини», «Прітті проти Сполученого Королівства», «Р. Р. проти Польщі», «В. С. проти Словаччини» та інші) та права Ради Європи (див. положення Конвенція Ов'єдо). У практиці розглядалися справи, у яких ЄСПЛ визнав обов'язкову вакцинацію – як недобровільне медичне втручання, що являє собою втручання у право на повагу до приватного життя, що включає фізичну та психологічну цілісність особи (справи «Салветті проти Італії», «Маттер проти Словаччини»). Однак у справі «Соломакін проти України»¹⁵ ЄСПЛ ухвалив протилежне. Так, обов'язкова вакцинація була визначена законом та мала на меті правомірну охорони здоров'я¹⁶. Останнє – ЄСПЛ вважає, «що втручання у здійснення права на фізичну недоторканність заявника може бути виправдано інтересами захисту громадського здоров'я та необхідністю контролю поширення інфекційних захворювань у регіоні»¹⁷. Аналізуючи вітчизняне законодавство, А. Б. Касумова справедливо доходить висновку, що проведення обов'язкової вакцинації є підставою для правомірного обмеження прав громадян, що пов'язані зі станом їх здоров'я¹⁸.

Все ж таки, чи є вакцинація обов'язковою в Україні? О. В. Губанова, досліджуючи механізм правового регулювання відносин у сфері імунізації населення, зазначає, що питання імунізації (вакцинації – прим. автора) підпадає під механізм адміністративно-правового регулювання, якому притаманний імперативний метод правового регулювання, юридична нерівність суб'єктів правовідносин, спрямованість на забезпечення публічного інтересу...»¹⁹. З. С. Гладун, ведучи мову про проведення профілактичних щеплень, підкреслює, що адміністративний примус може застосовуватися для забезпечення вирішення питань охорони громадського здоров'я, коли публічні інтереси збереження та зміцнення громадського здоров'я переважають над приватними інтересами дотримання прав та приватних інтересів окремих людей²⁰. О. Круглова вважає, що «державою створені умови, в яких вакцинація є псевдодобровільною, а право її застосування переведено в категорію обов'язків фізичної особи»²¹. На наш погляд, зазначені позиції потребують, принаймні, певних уточнень. Надаючи тлумачення національному законодавству, що регулює обов'язкову вакцинацію в Україні, слід виходити й від інших положень національного законодавства: 1) частини, що регулює права пацієнта (а саме ст. 43 Основ законодавства України про охорону здоров'я, ряду статей Цивільного кодексу України тощо), прав батьків щодо своїх дітей; 2) від того, що законодавством встановлені механізми відмови від вакцинації. Тому, виходячи із вищенаведених аргументів, вважаємо, що на теперішній час вакцинація в Україні є добровільною.

Аргументами того, чому вакцинація в Україні має залишатися добровільною, є наступні:

1. Відповідальність. Одним із цікавих для цивілістів та, звичайно, дискусійних проблем у науковій літературі є питання про визначення правової природи відповідальності за відмову від щеплення, передбаченого чинним Календарем вакцинації № 551.

Перед тим, як відповісти на питання: чи варто взагалі застосовувати конструкцію теорії відповідальності до правового регулювання профілактичних щеплень громадян, треба звернутися до розуміння термінопоняття: а що таке «відповідальність»? «Дати звіт чи прозвітувати перед кимось». А чи можуть лікарі понести відповідальність за те, чого вони не знають точно?! Припущення не може покладатися в основу доказування. Все це є лише з незначною часткою теорії ймовірності. Неможливо довести прямого причинно-наслідкового зв'язку між наслідками, які настали, і діями (бездіяльністю чи халатністю лікаря). Тому шкода чи покращення та захист вашого здоров'я – «медично-правова рулетка», і не більше.

2. Безпека та якість вакцин. Розглянемо позиції експертів з цього приводу. На думку Сергія Рачева, саме слово «ускладнення від щеплень»²² вимагає лінгвістичного роз'яснення. Це – реакція на щеплення в тому випадку, якщо вона була правильно зроблена, вакцина якісна, зберігалася належним чином, дитина перед ін'єкцією і під час неї не переносила захворювань. На наше глибоке переконання, відсутні достовірні підстави вважати обґрунтованою імперативність норм запровадження обов'язкової вакцинації, зважаючи на те, що кожен обирає собі «свою» якісну вакцину. На сьогодні держава забезпечила державні медичні заклади індійськими вакцинами. Але з приводу безпеки та тяжких наслідків цього щеплення експерти не дають однозначної відповіді. Безпека та якість вакцин є суттєвим фактором, що впливає на усвідомлену згоду людини щодо медичного втручання. Однак переконані, що питання безпеки, якості та ефективності вакцин лежить у площині забезпечення якості імунобіологічних препаратів, що певним чином виходить за межі нашого дослідження.

3. Відсутність єдиного механізму нормативного регулювання. Серед основних нормативних актів, які покликані регулювати відносини в сфері вакцинації населення, можемо виділити такі: Конституція України (ст. ст. 3, 8, 22); Конвенції, які ратифіковані Україною як обов'язкові на території нашої держави, зокрема: Європейська соціальна хартія переглянута 1998, Конвенція про права дитини, Міжнародний пакт про соціальні права та ін.; Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» (ст. ст. 10, 43); Закон України «Про захист населення від інфекційних хвороб» (ст. ст. 12, 15); Закон України «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення» (ст. ст. 5, 27); Закону України «Про затвердження Загальнодержавної програми імунопрофілактики та захисту населення від інфекційних хвороб на 2009–2015 роки». Разом із тим є ще підзаконні нормативно-правові акти: Наказ МОЗ України від 11 серпня 2014 р. № 551 «Про удосконалення проведення профілактичних щеплень в Україні» Про удосконалення проведення профілактичних щеплень в Україні зміни до підпунктів 1.1–1.3 пункту 1 наказу МОЗ України від 16 вересня 2011 р. № 595 «Про порядок проведення профілактичних щеплень в Україні та контроль якості й обігу медичних імунобіологічних препаратів», зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 10 жовтня 2011 р. за № 1159/19897, виклавши їх у такій редакції:

1) Календар профілактичних щеплень в Україні, що додається;

2) Положення про організацію і проведення профілактичних щеплень, що додається;

3) Перелік медичних протипоказань до проведення профілактичних щеплень, що додається».

З точки зору юридичної науки цікавим для правників та медиків на предмет колізійного аналізу є наказ Міністерства охорони здоров'я України від 16 вересня 2011 р. № 595 (у редакції наказу Міністерства охорони здоров'я України від 11 серпня 2014 р. № 551), в якому передбачено перелік медичних протипоказань до проведення профілактичних щеплень 1. Основним критерієм при вирішенні питання щодо протипоказань до введення конкретної вакцини є перелік протипоказань, визначений в інструкції про її застосування.

Враховуючи зазначене вище, відмова керівника дошкільного навчального закладу у прийнятті дитини до закладу без відповідних профілактичних щеплень суперечить чинному законодавству України. За наявності відповідних медичних довідок встановленого зразка із висновком лікаря, у якому зазначено, що дитина може відвідувати дошкільний навчальний заклад, керівник закладу зобов'язаний прийняти дитину до закладу. То де ж є достовірні гарантії, що всі діти щеплені в дитячих колективних закладах?! Тим більше, на сьогодні є факти корупції у цій сфері щодо так званої «купівлі довідок» та ін.

Розмірковуючи в даному напрямі, хотілося б звернути увагу нормопроєктантів на необхідність подальшої розробки змін до чинного законодавства в сфері профілактичного щеплення, зокрема, не володіючи професійною спеціальною інформацією про «так би мовити» за об'єктивну інформацію про вакцинацію та її «можливі» наслідки. Що означає «можливі»? В українському цивільному праві є така доктринальна позиція про «середню звичайну поміркованість», тобто одну з різновидів винної поведінкової концепції. Але чи можна говорити в даному випадку, що адекватна середньостатистична людина (громадянин) «може» нормально оцінити стан та наслідки всіх ймовірних ризиків такої вакцинації? Питання риторичне, і видається, відповідь на нього очевидна. Однак тут і не діятиме нормативний конституційний принцип юридичної науки про те, «що незнання законів не звільняє від відповідальності». Українська доктрина пішла таким шляхом, що профілактичні обов'язкові щеплення є добровільно-обов'язкові для дітей віком до 15 років, які будуть відвідувати дитсадки за бажанням їх батьків (опікунів, усиновителів, піклувальників). Однак ані батьки, ані керівник дитячого закладу не може достовірно сказати: чи ці щеплення не завдадуть шкоди її дітям. Але з точки зору українського законодавця саме керівник відповідного закладу приймає рішення, якщо дитина не має всіх необхідних щеплень. Позиція нормопроєктанта дивує.

Позитивним кроком вперед, безсумнівно, є виключення чи спроба виключення єднального сполучника «та» у нормативному твердженні про вимоги для відвідування дитсадочка, зокрема, це стосується профілактичних щеплень та всіх записів про них; індивідуального графіку щеплень не за Календарем дітей тощо.

Судова практика на сьогодні в цій сфері є далеко неоднозначною. Однак позиція США є цікавою з точки зору імперативності норм про вакцинацію дітей, що є, беззаперечно, позитивним кроком, американської спільноти як зразка високорозвинутої економічно держави, вперед. І це не єдиний приклад: виробник Тетраксиму (вакцини для профілактики кашлюку, дифтерії, правця та поліомієліту) Франція теж займає подібну позицію, зокрема, про те, що вакцинація є добровільною, закріплює право на відмову від щеплень, якщо це є рішення людини, батьків.

4. Не нашкодити! На користь аргументів проти необхідності впровадження вакцинації та «відповідальності» за відмову хотілося б перефразувати цитату відомого лікаря Амосова, автора багатьох праць: «Лікарі лікують хвороби, а про своє здоров'я Людина має піклуватися сама!». Самі ж лікарі на цьому акцентують чималу увагу, стверджуючи у своїх висловлюваннях, що це політика уряду. Однак достатніх аргументів на користь тієї чи іншої позиції не наводять. Хто має рацію, а хто винен – вирішувати кожному індивідуально. Право відмовитися від медичного втручання на сьогодні ніхто не відміняв, право ст. 289 Цивільного кодексу України є абсолютним і ніхто цього не заперечує, не передбачає винятків. Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека є найвищою соціальною цінністю, підкреслюється в Конституції України. Невже й ця норма є суто декларативною? Сподіваємося – ні! Тож нехай основоположна засада ч. 2 ст. 61 Конституції про індивідуалізм відповідальності стане важливим мотивуючим чинником на шляху до проголошення та розбудови правової Європейської держави в світі.

У нас в українському законодавстві спостерігається колізія: з одного боку, згідно з Конституцією кожній дитині гарантується право на освіту, з іншого – ніхто не хоче брати на себе відповідальність у тому випадку, якщо дитина захворіє при відсутності вакцинації і служитиме джерелом зараження інших дітей.

Наразі, згідно зі ст. 12 Закону України «Про охорону дитинства», батьки несуть відповідальність за стан здоров'я дитини, її фізичний розвиток. Відповідно до ст. ст. 12, 15 Закону України «Про захист населення від інфекційних хвороб» медичні працівники, які проводять профілактичні щеплення, зобов'язані надавати об'єктивну інформацію особам, яким проводять щеплення, або їх законним представникам про ефективність профілактичних щеплень і можливі післявакцинальні ускладнення. Особам, які не досягли п'ятнадцятирічного віку, профілактичні щеплення проводяться за згодою їх об'єктивно інформованих батьків, які мають право відмовитися від щеплень за відсутності повної об'єктивної інформації про вплив щеплень на стан здоров'я і подальші наслідки.

Вищенаведене дає нам змогу зробити низку висновків щодо нормативно-правового регулювання обов'язкової вакцинації. Обов'язковість вакцинації від тих чи інших захворювань (у юридичному сенсі) – скоріше виняток, ніж правило у країнах Європи. У більшості країн Європи (за винятком Франції, Італії, Греції, Великої Британії) вакцинація є добровільною, а високі показники імунізації населення досягаються «м'якими» механізмами та методами: освітньо-просвітницькими компаніями тощо. З точки зору практики ЄСПЛ держави володіють свободою розсуду (доктрина *margin of appreciation*) у визначенні питань обов'язковості вакцинації.

Міжнародні засади організації проведення вакцинації побудовані на європейських стандартах у сфері охорони здоров'я, які відображені в законодавстві та правилах імунізації усіх розвинених країн світу. На сьогодні треба виокремити такі нормативні регуляторні чинники для забезпечення належної вакцинації населення: 1) закріпити право кожної людини на вибір способу та виду «імунізації»; 2) забезпечити дотримання права на фізичну та особисту недоторканність, включаючи і випадки незаконного посягання державної влади на цю свободу; 3) закріпити, що будь-які обмеження прав громадян при проведенні вакцинації повинні здійснюватися з дотриманням законодавства, відповідати законним цілям громадського захисту; включають і регулюють право громадян на добровільну інформовану згоду при проведенні цих заходів, включаючи права батьків на відмову при проведенні вакцинації їх дітей.

Таким чином, на підставі вищевикладеного, можемо зробити висновок про те, що законодавство у сфері регулювання правових відносин відповідальності за відмову від вакцинації (батьків, зокрема: опікунів, усиновителів, піклувальників) та (чи) згоду на її проведення (медичних працівників за процедуру щеплення; посадових осіб за якість вакцини) потребує перегляду, оскільки назріла потреба у нових підходах на ці та інші способи вирішення проблем у їх правозастосуванні.

¹ Охват иммунизацией / ВОЗ, 2017 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs378/ru>

² Иммунизация : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.who.int/topics/immunization/ru>

³ Замечание общего порядка № 14 (2000). Право на наивысший достижимый уровень здоровья (статья 12 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах): Комитет по экономическим, социальным и культурным правам ООН / Женева, 25 апреля – 12 мая 2000 года. – UN Doc. E/C.12/2000/4

⁴ Там само. – п. 36.

⁵ *Tobin J.* The Right to Health in International Law / J. Tobin // Oxford: Oxford University Press, 2012. – 416 p. – P. 61.

⁶ *Parmet, Wendy E.* Informed Consent and Public Health: Are they compatible when it comes to vaccines? / W. Parmet // Journal of Healthcare Law and Policy. – 2005. – № 8. – P. 71–110. – P. 71

- ⁷ Глуховский В. В. Международно-правовые стандарты и право на вакцинацию / В. В. Глуховский // Науковий вісник міжнародного гуманітарного університету. – 2010. – № 1. – С. 22–30. – С. 26. (Серія «Медицина, Фармація»).
- ⁸ Bradley P. Should childhood immunisation be compulsory? / P. Bradley // Journal of Medical Ethics. – 1999. – Nu. 25. – P. 330–334. – P. 330.
- ⁹ Fine P. Et al «Herd immunity»: a rough guide / P. Fine, K. Eames, D. L. Heymann // Clinical infectious diseases. – 2011. – T. 52. – №. 7. – С. 911–916.
- ¹⁰ Bradley P. Should childhood immunisation be compulsory? / P. Bradley // Journal of Medical Ethics. – 1999. – Nu. 25. – P. 330–334.
- ¹¹ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: UN General Assembly, Adopted by resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966 : [Electronic source] – Access regime: <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr.pdf>
- ¹² Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: Рада Європи, 1950 // Голос України. – 2001. – № 3. – Ч. 1, ст. 5.
- ¹³ Касумова А. Обмеження прав громадян, пов'язані зі станом їх здоров'я / А. Б. Касумова // Право і суспільство. – 2015. – № 4 (4). – С. 73–79.
- ¹⁴ Там само. – С. 74.
- ¹⁵ Case of Solomakhin v. Ukraine: Application no.24429/03. Judgement 15 March 2012 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-109565>
- ¹⁶ Там само. – п. 35.
- ¹⁷ Там само. – п. 36.
- ¹⁸ Касумова А. Обмеження прав громадян, пов'язані зі станом їх здоров'я / А. Б. Касумова // Право і суспільство. – 2015. – № 4 (4). – С. 73–79. – С. 76.
- ¹⁹ Губанова О. В. Щодо механізму правового регулювання відносин у сфері імунізації населення / О. В. Губанова // Форум права. – 2017. – № 1. – С. 32–38. – С. 36–37.
- ²⁰ Гладун З. С. Адміністративний примус у сфері охорони здоров'я / З. С. Гладун // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2014. – № 1. – С. 45–48. – С. 46.
- ²¹ Круглова О. Обов'язкова вакцинація: порушення особистих немайнових прав фізичної особи / О. Круглова // Форум права. – 2011. – № 1. – С. 537–541. – С. 538.
- ²² Вакцинація дітей у Європі: як за кордоном змушують всіх робити щеплення : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://24tv.ua/vaktsinatsiya_ditey_u_yevropi_yak_vlada_zmushuye_vsih_roboti_shheplennya_n916077

Резюме

Демченко І. С., Дубицька Н. Т. Нормативно-правове регулювання обов'язкової вакцинації: аргументи «за» та «проти».

У даній статті розглядається проблематика обов'язкової вакцинації та її нормативно-правового регулювання. Висвітлюються теоретичні аспекти, положення міжнародних договорів, практика Європейського суду з прав людини та положення вітчизняного законодавства України. Основним аргументом на користь обов'язкової вакцинації приводиться необхідність захисту громадського здоров'я. Попри очевидні позитивні кроки на шляху до реформування системи охорони здоров'я, в цій сфері є ще чимало законодавчих колізій та проблем для забезпечення права людини на якісну профілактичну вакцинаційну діяльність, на безпеку і недоторканність життя й здоров'я

Ключові слова: вакцинація, охорона здоров'я, громадське здоров'я, відмова від вакцинації, відповідальність.

Резюме

Демченко И. С., Дубицкая Н. Т. Нормативно-правовое регулирование обязательной вакцинации: аргументы «за» и «против».

В данной статье рассматривается проблематика обязательной вакцинации и ее нормативно-правового регулирования. Освещаются теоретические аспекты, положения международных договоров, практика Европейского суда по правам человека и положения национального законодательства Украины. Основным аргументом на пользу обязательной вакцинации приводится необходимость защиты общественного здоровья. Несмотря на очевидные позитивные шаги на пути к реформированию системы здравоохранения, в данной сфере остается еще немало законодательных коллизий и проблем для обеспечения права человека на качественную профилактическую деятельность в сфере вакцинации, на безопасность и неприкасаемость жизни и здоровья.

Ключевые слова: вакцинация; здравоохранение; общественное здоровье, отказ от вакцинации, ответственность.

Summary

Demchenko I., Dubitskaya N. Legal regulation of compulsory vaccination: arguments “pro” and “contra”.

This article discusses the problem of compulsory vaccination and its legal regulation. Theoretical aspects, international covenants, European court of human rights practice and provision of Ukrainian national legislation are researched. The core argument in favour of compulsory vaccination is necessity for public health protection. Despite the obvious positive steps towards reforming the health care system in this area, there remain a lot of legislative conflicts and problems regarding ensuring human rights for quality preventive activities; on the safety and integrity of human life and health.

Key words: vaccination, healthcare, public health, civil liability; withdraw of the vaccination; measures of legal responsibility.

Х. А. ДЖАВАДОВ

Хикмет Аловсат оглы Джавадов, кандидат юридических наук, научный сотрудник Института государства и права им. В. М. Корецкого НАН Украины

УПРОЩЕННОЕ ПРОИЗВОДСТВО В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ УКРАИНЫ

Упрощение искового судопроизводства для несложных дел занимает важнейшее место среди направлений оптимизации гражданского процесса. Проблемы упрощенного производства рассматриваются в работах таких ученых, как В. И. Бобрик, А. Ю. Зуб, Д. И. Крымский, С. А. Короед, Н. В. Сивак и многих других авторов. Однако, не все спорные вопросы получили достаточное освещение, а законодательство в части регулирования упрощенного судопроизводства в последнее время претерпело существенные изменения. Поэтому целью этой статьи является исследование сферы применения упрощенного производства в гражданском процессе Украины.

Как представляется, далеко не во всех делах необходимо применение всего объема процессуальных правил, предусмотренных законодательством для полноценного состязательного процесса. Еще дореволюционные авторы указывали на то, что к некоторым делам применение всех формальностей процесса либо бесполезно, благодаря их простоте, либо вредно, благодаря тому, что они требуют быстрого разрешения, либо несправедливо, благодаря тому, что тяжущиеся не желают применения всех формальностей. Вот почему во многих законодательствах допускается рядом с общим и сокращенный порядок рассмотрения гражданских дел¹.

Распространение упрощенных производств является одной из мировых тенденций развития современного гражданского процесса. Так, в Рекомендации Комитета Министров Совета Европы № R (81)7 от 14 мая 1981 г. закреплено, что в контексте доступа к правосудию необходимо внедрять процедуры упрощения и ускорения судопроизводства (п. 9)². Показательно также то обстоятельство, что с 1 сентября 2009 г. в Европейском Союзе действует унифицированная процедура рассмотрения исков с небольшой ценой – European Small Claims Procedure (ЕССР)³.

В современной научной литературе целью законодательного закрепления упрощенных видов судопроизводства называется обеспечение большей доступности судопроизводства в определенных несложных категориях дел за счет снижения судебных расходов, сокращения сроков судебного разбирательства и упрощения процессуальных требований к действиям участников процесса и деятельности суда⁴. Говорится также о достижении процессуальной экономии⁵, облегчении работы суда, сохранении качества правосудия и минимизации судебных издержек участвующих в деле лиц, необходимости их личного присутствия в судебных заседаниях, сроков рассмотрения отдельных категорий дел⁶.

Ученые подчеркивают, что благодаря упрощенным судебным процедурам обеспечивается быстрое и эффективное осуществление правосудия, оперативность судебной защиты, суды избавляются от тех дел, которые не нуждаются в детальной процедуре рассмотрения, устраняется ненужная волокита⁷.

Весьма актуально замечание Д. И. Крымского о том, что упрощенные производства предусматривают простой, понятный и недорогой для большинства слоев населения механизм защиты прав, что вызвано необходимостью обеспечения приспособленности процессуальной системы под наиболее широкие категории дел, типовые ситуации, в которые попадает большинство потенциальных участников процесса. Широкое применение таких производств связано с возложением на них социально значимой функции, заключающейся в получении облегченного доступа к суду и возможности самостоятельного ведения процесса⁸.

Признавая справедливость высказанных учеными положений, также заметим, что современный уровень нормативной регламентации общего порядка искового производства свидетельствует о значительной степени сложности и формализованности процедуры рассмотрения дела. С принятием в 2017 г. новой редакции Гражданского процессуального кодекса Украины (далее – ГПК) многие правила искового производства были усложнены. Детальная регламентация и повышение уровня гарантий для участников дела, тем не менее, имеют своей обратной стороной потенциальную угрозу того, что значительное количество простых по своей природе дел ощутит на себе неблагоприятное воздействие сложного порядка рассмотрения. В соединении с высокими судебными расходами, актуальной проблемой исполнения судебных решений, сложность и длительность процедуры судебного рассмотрения способна стать существенным фактором тенизации гражданских конфликтов. Во многих случаях развернутая процедура рассмотрения дела может стать излишней. Таким образом, упрощенный порядок судопроизводства представляет собой один из непосредственных способов обеспечения эффективности гражданского судопроизводства, ибо достижение цели при минимальных затратах является непосредственной причиной, побуждающей законодателя к нормативному установлению правил упрощенного производства.

В научной литературе давно высказывались обоснованные предложения о необходимости законодательного закрепления упрощенного порядка рассмотрения гражданских дел. Однако, до недавнего времени гражданское судопроизводство не предусматривала какого-либо упрощенного порядка рассмотрения дел искового характера. Наконец, в ГПК редакции 2017 г. включена глава 10 «Рассмотрение дел в порядке упрощенного производства». Таким образом, необходимость внедрения упрощенного искового производства нашла признание на законодательном уровне.

В то же время практическая реализация идеи упрощения судопроизводства для отдельных категорий дел сталкивается с некоторыми трудностями. Так, ученые подчеркивают, что упрощение не может отражаться на качестве и авторитете судебной власти; значении и силе судебных актов, выносимых судом посредством использования упрощенных производств⁹. Анализ исторического опыта и современного законодательства различных государств, приводит некоторых авторов к мысли о том, что далеко не все способы упрощения судопроизводства, реализованные в мировой практике, являются достаточно эффективными и заслуживают пристального внимания¹⁰. В частности, опыт функционирования упрощенного производства в арбитражном процессе РФ дает основания для выводов ученых о том, что недостаточное практическое применение упрощенного производства и нереализованность его потенциала, наблюдаемые в настоящее время в арбитражном процессе, объясняются противоречивым характером названного производства¹¹.

Поэтому, признавая необходимость реализации упрощенного производства, заметим, что потенциальные преимущества станут действительностью только в том, случае, если упрощение судопроизводства будет разумным. Иначе говоря, упрощенное судопроизводство должно применяться в тех делах, в которых оно целесообразно, а суть упрощения не должна препятствовать достижению целей гражданского судопроизводства, а также оказывать негативного влияния на справедливость процедуры рассмотрения дела. Такой результат возможен лишь в случае, если упрощение затронет излишние формальности, и не коснется существенных моментов.

В то же время, мировая практика реализации идеи упрощения искового производства для некоторых категорий дел искового производства знает неудачные примеры нормативных конструкций, реализация которых не только не принесла ожидаемого упрощения, но и создала длительные и неудобные процедуры, остающиеся из-за этого невостребованными. Таким образом, на фоне всеобщего признания важности реализации упрощенного искового производства, конкретная его процессуальная модель требует доктринального обоснования и последовательной практической реализации.

Важнейшим аспектом упрощения искового производства является определение сегмента, в котором такое упрощение допустимо, возможно и потенциально эффективно. Не вызовет сомнения утверждение о том, что упрощению подлежит судопроизводство в делах, которые являются «несложными». Однако, определение и нормативная регламентация «несложного» характера дел вызывают на практике серьезные затруднения.

В научной литературе высказаны самые различные мнения о том, какие категории дел могут быть рассмотрены в порядке упрощенного производства.

Так, Н. В. Сивак распределяет существующие упрощенные судебные производства в две группы по критерию основания их возникновения. В первую войдут упрощенные судебные производства, в основе которых лежит бесспорность заявленных требований, во вторую — иницируемые в случае малозначительности предмета спора¹². Таким образом, следуя мнению автора, упрощенное исковое производство применимо собственно лишь к малозначительным делам.

По мнению некоторых авторов перспективным для гражданского процесса Украины кажется введение института ускоренного судебного разбирательства, когда суд вправе по собственной инициативе или по ходатайству стороны на любом этапе стадии судебного разбирательства применить ускоренное судебное разбирательство и без вызова и/или заслушивания сторон немедленно принять решение, если, например: 1) иск будет явно обоснованным; 2) иск будет явно необоснованным; 3) приведены обстоятельства, которые свидетельствуют о необходимости быстрого разрешения дела (расторжение брака; взыскание алиментов на несовершеннолетних детей; возобновление на работе работника, уволенного в период временной неспособности и тому подобное)¹³. В данном случае предложение сводится к тому, что основанием для применения упрощенного порядка усматривается степень обоснованности иска и наличие особых условий.

Другие ученые ограничивают сферу потенциального возможного упрощения следующими делами:

- дела простые в доказывании;
- дела, в которых высока достоверность правомерности требований истца;
- дела малозначительные¹⁴.

На данный момент украинский законодатель устанавливает сферу применения упрощенного производства следующим образом. В ч. 4 ст. 19 ГПК указано, что упрощенное исковое производство предназначено для рассмотрения малозначительных дел, дел, возникающих из трудовых отношений, дел незначительной сложности и других дел, для которых приоритетным является быстрое разрешение дела. Итак, в этой норме законодатель указывает на четыре различные категории дел, подлежащих рассмотрению в порядке искового производства.

В соответствии со ст. 274 ГПК в порядке упрощенного искового производства рассматриваются дела: 1) малозначительные дела; 2) возникающие из трудовых отношений. Также в порядке упрощенного искового производства может быть рассмотрено любое другое дело, отнесенное к юрисдикции суда, за исключением

дел: возникающих из семейных отношений, кроме споров о взыскании алиментов и разделении имущества супругов; о наследовании; о приватизации государственного жилищного фонда; о признании необоснованными активов и их истребовании; в которых цена иска превышает пятьсот размеров прожиточного минимума для трудоспособных лиц; требования, объединенные с перечисленными выше.

Таким образом, в законе предусмотрена сфера обязательного применения упрощенного производства; сфера, не допускающая его применения, и сфера возможного его применения. В данном случае следует усмотреть полное совпадение с позицией классика гражданского процесса А. Х. Гольмстена, который высказался о том, что одни дела должны, вторые могут, а третьи не должны быть рассматриваемы в сокращенном порядке¹⁵.

Рассмотрим указанные категории дел.

Малозначительность дела является тем основанием, которое практически не вызывает споров у ученых в отнесении дела к упрощенному порядку производства.

В соответствии с ч. 6 ст. 19 ГПК малозначительными делами являются: 1) дела, в которых цена иска не превышает ста размеров прожиточного минимума для работоспособных лиц; 2) дела незначительной сложности, признанные судом малозначительными, кроме дел, которые подлежат рассмотрению лишь по правилам общего искового производства, и дел, цена иска в которых превышает пятьсот размеров прожиточного минимума для работоспособных лиц.

Таким образом, дела, в которых цена иска не превышает ста размеров прожиточного минимума для работоспособных лиц, императивно на законодательном уровне признаны малозначительными.

Однако, следует рассмотреть обоснованность конкретного размера цены иска, допускающей квалификацию дела как малозначительного. Сто размеров прожиточного минимума для работоспособных лиц на 1 января 2018 г. составляет сумму в 177 000 грн. Для сравнения адекватности установленного законодателем императивного предела малозначительности обратимся к правилам упрощенной судебной процедуры разрешения гражданских и хозяйственных исков международного характера, действующей в ЕС. Она применяется к искам, цена которых не превышает 2000 евро (за исключением процентов при пользовании деньгами, судебных и других расходов)¹⁶. Предел малозначительности, установленный украинским законодателем, более чем в два раза превышает этот размер. При этом также следует учесть разницу в уровне жизни пользователей судебной системы Украины и стран ЕС. Также по данным Министерства финансов средняя заработная плата в декабре 2017 г. в Украине составляла 8777 грн. Таким образом, сумма, определенная законодателем как малозначительная, превышает размер средней заработной платы за полтора года. Поэтому исходя из объективных показателей следует прийти к выводу о том, что сумма, определенная законодателем как порог малозначительности иска, завышена.

Также немаловажное значение имеет тот фактор, что процедура упрощенного судебного рассмотрения вводится в украинском гражданском процессе впервые. Вряд ли целесообразно начинать первый опыт с дел, в которых цена иска вовсе не является малозначительной для пользователей судебной системы. Более разумно, по нашему мнению, установить для начала низкий порог малозначительности дела и лишь в случае позитивного результата применения упрощенного производства в течении некоторого времени, повысить его.

В то же время законодатель предусмотрел и категорию дел, допускающую усмотрение суда – это дела незначительной сложности, признанные судом малозначительными, кроме дел, которые подлежат рассмотрению лишь по правилам общего искового производства, и дел, цена иска в которых превышает пятьсот размеров прожиточного минимума для работоспособных лиц. Для того, чтобы эти дела рассматривались по правилам упрощенного производства необходимо наличие четырех условий:

1) цена иска не превышает пятьсот размеров прожиточного минимума для работоспособных лиц;

2) незначительная сложность дела;

3) дело не входит в перечень тех, которые подлежат рассмотрению лишь по правилам общего искового производства (ч. 4 ст. 274 ГПК);

4) решение суда о том, что конкретно это дело является малозначительным.

Второй категорией дел, императивно отнесенных законодателем к малозначительным, являются дела, возникающие из трудовых отношений.

Понятие «дела, возникающие из трудовых отношений» весьма широко и включает в себя споры самых различных категорий. По этому поводу С. В. Лозовой замечает, что разнообразие и численность индивидуальных трудовых споров предопределены широким кругом общественных отношений, которые представляют предмет этой отрасли права, а, следовательно, могут быть предметом спора¹⁷. Поэтому вряд ли возможно все без исключения дела, возникающие из трудовых отношений, отнести к несложным делам, допускающим возможность применения упрощенного производства. Более того, дела, возникающие из трудовых отношений, не могут быть приравнены к малозначительным делам, так как они связаны с судебной защитой одного из основных конституционных прав – права на труд.

Ученые давно говорят о специфике трудовых споров и о необходимости формирования процессуально-го механизма судебного рассмотрения дел, возникающих из трудовых отношений, достаточным образом учитывающего присущие им особенности.

Так, например, Н. М. Ясинок и С. И. Запара приходят к мнению о том, что реформирование системы разрешения трудовых споров должно базироваться на специальных принципах: разрешение споров на основе социального диалога, оперативность разрешения споров, простота и доступность процедуры разрешения

трудовых споров, досудебный и судебный порядки решения трудовых споров, непосредственность, свобода выражения предложений, бесплатность примирительной процедуры для сторон спора, обязательность решений примирительных органов, унифицированный индивидуальный и коллективный порядки разрешения трудовых споров¹⁸.

Н. А. Плахотина говорит о двух специфических принципах трудового процессуального права, которые являются необходимыми для наиболее эффективного регулирования трудовых процессуальных отношений, а именно: 1) принципе презумпции правоты работника; и 2) принципе добросовестного участия в деле¹⁹.

И. В. Дашутин, анализируя практику рассмотрения трудовых споров в судах ряда европейских государств, отмечает следующие особенности: направленность действий суда на примирение сторон, менее формализованная процедура, бесплатность трудового процесса, необязательность ведения протоколов судебных заседаний, сокращенные сроки рассмотрения трудовых споров, необязательное участие адвоката в судебных заседаниях судов первой инстанции²⁰.

С. В. Лозовым обоснована необходимость закрепления на законодательном уровне обязанности владельца предприятия или уполномоченного им органа подтверждать доказательствами факты выявленного несоответствия работника занимаемой должности или выполняемой работе, а также закрепить право работодателя на освобождение работника в случае потери последним специальных прав и/или разрешений, необходимых для выполнения обусловленной трудовым договором работы²¹.

Таким образом, даже беглый взгляд на специфику рассмотрения дел, возникающих из трудовых отношений, свидетельствует о том, что упрощение процедуры является лишь одним аспектом того широкого спектра характерных черт, присущих рассмотрению трудовых споров. Наряду с упрощением процедуры множество вопросов требует урегулирования. При этом значительное количество авторов обосновывает необходимость кодификации процессуальных правовых норм в сфере трудового права²². Поэтому решение законодателем вопроса о надлежащей специфике рассмотрения трудовых споров посредством отнесения их к сфере применения упрощенного производства представляется частичным и поверхностным решением.

Кроме прочего, одной из особенностей упрощенного производства является отсутствие подготовительного судебного заседания (ч. 3 ст. 279 ГПК). Однако, именно на стадии подготовки дела к рассмотрению и в ходе подготовительного заседания наиболее эффективно могут быть реализованы меры по урегулированию конфликта, примирению сторон. Поэтому заслуживает поддержки позиция тех авторов, которые говорят о том, что предварительное заседание в трудовых спорах должно быть обязательным, так как с ним связаны существенные возможности урегулирования спора до непосредственного судебного рассмотрения²³. Таким образом, способ упрощения, реализованный в ГПК, не в полной мере учитывает характер дел, возникающих из трудовых правоотношений.

По нашему мнению, более правильно было бы не выделять трудовые споры в отдельную категорию дел, подлежащих рассмотрению в упрощенном производстве в императивном порядке, разрешая этот вопрос на общих основаниях. В то же время, очевидно, что в ГПК следует отдельно предусмотреть особенности рассмотрения дел, возникающих из трудовых правоотношений.

Также в законодательстве содержится перечень дел, которые не подлежат рассмотрению в порядке упрощенного производства. В соответствии с ч. 4 ст. 274 ГПК по правилам упрощенного производства не могут быть рассмотрены дела: возникающих из семейных отношений, кроме споров о взыскании алиментов и разделении имущества супругов; о наследовании; о приватизации государственного жилищного фонда; о признании необоснованными активов и их истребовании, в которых цена иска превышает пятьсот размеров прожиточного минимума для трудоспособных лиц; требования, объединенные с перечисленными выше. Такой перечень вызывает некоторые вопросы. Так, в частности, в него попадают дела о расторжении брака, которые справедливо указываются учеными в качестве примера несложных дел²⁴.

Дела искового производства, не отнесенные к перечню, содержащемуся в ч. 4 ст. 274 ГПК, и не являющиеся малозначительными в соответствии с ч. 6 ст. 19 ГПК могут быть рассмотрены в порядке искового производства. При разрешении вопроса о рассмотрении дела в порядке упрощенного или общего искового производства суд учитывает: 1) цену иска; 2) значения дела для сторон; 3) избранный истцом способ защиты; 4) категорию и сложность дела; 5) объем и характер доказательств по делу, в том числе нужно ли по делу назначить экспертизу, вызывать свидетелей и тому подобное; 6) количество сторон и других участников дела; 7) представляет ли разбирательство дела значительный общественный интерес; 8) мнение сторон о необходимости рассмотрения дела по правилам упрощенного искового производства.

Отметим недостаточную согласованность положений ст. 19 ГПК и ст. 274 ГПК. Те категории дел, о которых говорится в этих нормах, не являются четко определенными, не установлено их взаимное соотношение. Сама по себе ст. 274 ГПК создает довольно четкую структуру дел упрощенного производства. Однако, анализ содержания ст. 274 ГПК в совокупности со ст. 19 ГПК актуализирует ряд вопросов. В частности, есть вопрос об объеме понятия «малозначительные дела». Признание судом дела малозначительным делает обязательным его рассмотрение в порядке упрощенного производства. Однако, остается вопрос о том, что первично: квалификация дела как малозначительного и как следствие – применение упрощенного производства, либо наоборот, решение судьи о возможности рассмотрения дела в порядке упрощенного производства является основанием для вывода о том, что это дело является малозначительным?

Также актуален вопрос о том, имеют ли значение обстоятельства, указанные в ч. ст. 274 ГПК, и, прежде всего, мнение сторон о необходимости рассмотрения дела по правилам упрощенного искового производства

для признания дела малозначительным? Либо эти обстоятельства учитываются судом при решении вопроса о том, можно ли рассматривать дело, не являющееся малозначительным, в порядке искового производства.

Дело не столько в соблюдении действительного смысла понятий, сколько в механизме определения вида судопроизводства, выборе между упрощенным и общим порядком. В ст. 277 ГПК регламентирован порядок разрешения вопроса о рассмотрении дела в порядке упрощенного производства. При этом установлено, что соответствующее решение суд принимает в определении об открытии производства по делу по ходатайству истца. Ответчику предоставляется возможность представить свои возражения относительно рассмотрения дела в порядке упрощенного производства. Однако, эти правила не применяются, если дело подлежит рассмотрению только в порядке упрощенного производства. Таким образом, ввиду того, что малозначительные дела указаны в ч. 1 ст. 274 ГПК как такие, которые подлежат рассмотрению только в порядке упрощенного производства, позиция сторон судом не должна приниматься во внимание. Решение о рассмотрении дела в порядке упрощенного производства в таком случае является следствием императивной нормы закона, не требует согласия сторон и не может быть пересмотрено.

По нашему мнению, квалификация дела, цена иска в котором достигает пятисот минимумов для трудоспособных лиц как малозначительного не соответствует сути этого понятия. При наличии других условий, дело с подобной ценой иска может быть признано судом несложным и в силу того подлежать рассмотрению в порядке упрощенного производства. Однако, такое решение должно приниматься при наличии соответствующих условий и с учетом мнения сторон. Поэтому представляется необходимым приведение ст. 19 ГПК в соответствие со ст. 274 ГПК, закрепление в законе четкого и не допускающего двойственного толкования понятия малозначительного дела.

Подводя итог исследованию сферы применения упрощенного производства в соответствии с обновленным гражданским процессуальным законодательством, заметим следующее. Упрощение процессуального порядка рассмотрения несложных дел представляет собой характерную черту развития гражданского процессуального права, соответствует современным мировым тенденциям и в немалой степени способствует повышению эффективности гражданского судопроизводства. Однако, для достижения поставленных целей требуется формирование сбалансированного порядка рассмотрения дел в упрощенном производстве, что прежде всего, касается определения перечня дел, к которым может быть применен упрощенный порядок. Отнесение к сфере упрощенного производства малозначительных дел является обоснованным и традиционным, однако, конкретные правила определения перечня малозначительных дел, по нашему мнению, требуют совершенствования. Также весьма спорным представляется решение законодателя о рассмотрении всех без исключения дел, возникающих из трудовых отношений, в порядке упрощенного производства. Поэтому наряду с общей позитивной оценкой реализации упрощенного судопроизводства в гражданском процессе Украины, следует заметить, что многие процессуальные нормы требуют доработки.

¹ Гольмстен А. Х. Учебник русского гражданского судопроизводства. – СПб.: Типография М. Меркушева, 1913. – 429 с. – С. 368.

² Рекомендация Комитета Министров Совета Европы № R(95)5 от 7 февраля 1995 г. относительно введения в действие и улучшения функционирования систем и процедур обжалования по гражданским и торговым делам / URL: [http://www1.umn.edu/humanrts/russian/euro/RRec\(95\)5.html](http://www1.umn.edu/humanrts/russian/euro/RRec(95)5.html)

³ Бобрик В. Спрощення судового розгляду справ з невеликою ціною позову: європейський досвід і перспективи в Україні // Підприємництво, господарство і право. – 2016. – № 12. – С. 4–9. – С. 5.

⁴ Там же. – С. 4.

⁵ Короєд С. О. Спрощення судових процедур як окремих напрям оптимізації цивільного процесу України // Держава і право. – Вип. 57. – С. 345–349. – С. 347.

⁶ Шадловская О. Д. Упрощенные судебные производства: понятие и сущность // Бизнес в законе. Экономико-юридический журнал. 2014. – № 5. – С. 135–138. – С. 135.

⁷ Слєпченко Е. В. Гражданское судопроизводство: проблемы единства и дифференциации. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2011. – 499 с. – С. 443.

⁸ Крымский Д. И. Упрощенные производства в гражданском процессе зарубежных стран : автореф. ... канд. юрид. наук : 12.00.15 / Крымский Даниил Игоревич ; МГУ им. М. В. Ломоносова. – М., 2011 – 26 с. – С. 8.

⁹ Шадловская О. Д. Цит. соч. – С. 135.

¹⁰ Бобрик В. Цит. соч. – С. 5.

¹¹ Сивак Н. В. Упрощенное производство в арбитражном процессе : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.15 / Сивак Наталия Викторовна ; МГУ им. М. В. Ломоносова. – М., 2009. – 27 с. – С. 8.

¹² Там же. – С. 8.

¹³ Короєд С. О. Цит. соч. – С. 347; Ткачук О. Сучасні проблеми і напрямки спрощення судових процедур у цивільному судочинстві України // Підприємництво, господарство і право. – 2016. – № 5. – С. 19–24. – С. 23.

¹⁴ Таликін Є. А. Сфера застосування наказового провадження в господарському процесі України // Форум права. – 2013. – № 1. – С. 1003–1011. – С. 1006.

¹⁵ Гольмстен А. Х. Цит. соч. – С. 368.

¹⁶ Бобрик В. Цит. соч. – С. 5.

¹⁷ Лозовой С. В. Правове регулювання індивідуальних трудових спорів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. : 12.00.05 / Лозовой Сергій Вікторович ; Східноукраїнський національний університет імені Володимира Даля. – Луганськ, 2009. – 23 с. – С. 7.

¹⁸ Ясинок М. М., Запара С. І. Система вирішення трудових спорів в Україні та шляхи її подальшого розвитку // Правовий вісник Української академії банківської справи. – 2013. – № 1 (8). – С. 72–76. – С. 75.

¹⁹ Плахотіна Н. А. Проблеми регулювання трудових процесуальних відносин в українській правовій системі : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. : 12.00.05 / Плахотіна Наталія Андріївна ; Харківський національний університет внутрішніх справ. – Х., 2009. – 20 с. – С. 6.

²⁰ Дашутін І. В. Правове регулювання індивідуальних трудових спорів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. : 12.00.05 / Дашутін Ігор Володимирович ; Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого. – Х., 2008. – 21 с. – С. 14. – С. 14.

²¹ Лозовой С. В. Цит. соч. – С. 17.

²² Лозовой С. В. Цит. соч.; Плахотіна Н. А. Цит. соч.; Дашутін І. В. Цит. соч.

²³ Запара С. І. Теоретико-правове дослідження окремих особливостей судового розгляду трудових спорів // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. – 2014. – № 7. – С. 152–156. – С. 156.

²⁴ Короєд С. О. Цит. соч. – С. 347.

Резюме

Джавадов Х. А. Спрощене судочинство в цивільному процесі України.

Стаття присвячена дослідженню спрощеного судочинства в цивільному процесі України. Розглядаються наукові погляди на поняття спрощеного судочинства, тенденції реалізації спрощених видів провадження в різних правових порядках. Обґрунтовуються високі перспективи реалізації спрощеного судочинства в цивільному процесі України. Аргументується висновок про те, що створення збалансованого порядку розгляду справ у спрощеному судочинстві є необхідною передумовою його ефективності. Досліджуються різні категорії справ, віднесених чинним законодавством до сфери застосування спрощеного судочинства. Формуються пропозиції щодо вдосконалення законодавства.

Ключові слова: ефективність цивільного судочинства, спрощене судочинство, позовне провадження, малозначні справи, справи, що виникають з трудових спорів.

Резюме

Джавадов Х. А. Упрощенное производство в гражданском процессе Украины.

Статья посвящена исследованию упрощенного производства в гражданском процессе Украины. Рассматриваются научные взгляды на понятие упрощенного производства, тенденции реализации упрощенных видов производства в различных правовых порядках. Обосновываются высокие перспективы реализации упрощенного производства в гражданском процессе Украины. Аргументируется вывод о том, что создание сбалансированного порядка рассмотрения дел в упрощенном производстве является необходимой предпосылкой его эффективности. Исследуются различные категории дел, отнесенных действующим законодательством к сфере применения упрощенного производства. Формируются предложения по совершенствованию законодательства.

Ключевые слова: эффективность гражданского судопроизводства, упрощенное производство, исковое производство, малозначительные дела, дела, возникающие из трудовых споров.

Summary

Javadov H. Simplified legal proceedings in the civil process of Ukraine.

Article is devoted to a research of the simplified production in civil process of Ukraine. Scientific views on a concept of the simplified production, tendencies of realization of the simplified types of production in various legal orders are considered. The high prospects of realization of the simplified production are proved in civil process of Ukraine. A conclusion that creation of the balanced order of hearing of cases in the simplified production is a necessary prerequisite of its efficiency is reasoned. Various categories of the affairs referred by the current legislation to scope of the simplified production are investigated. Suggestions for improvement of the legislation are formed.

Key words: efficiency of civil legal proceedings, the simplified production, claim production, insignificant affairs, affairs arising from labor disputes.

О. В. ЗІНЧЕНКО

Ольга Володимирівна Зінченко, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського університету туризму, економіки і права

**ЩОДО ЗАКОНОДАВЧОГО ВРЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН
У СФЕРІ ОБІГУ КРИПТОВАЛЮТ**

Процес визначення правового положення криптовалюти в Україні продовжується. Правовий статус Bitcoin та інших цифрових валют на даний момент законодавством не визначено, проте заборони з боку держави на використання вказаних технологій теж немає.

Головна ідея біткоіна – створення валюти, яка працюватиме прозоро, вільно поширюватиметься і не знеціниться. В історії фінансів подібний феномен зустрічається вперше. Необхідність урегулювання правового стану криптовалюти, яка на сьогодні є вельми актуальною, пояснюється неможливістю повної заборони цього ринку. На думку фахівців, найбільш ефективна модель регулювання – це інтегрування, «вбудовування» криптовалюти у чинне законодавство України¹. Тому законодавство повинне визначати криптовалюту як фінансовий актив, оскільки цей розділ українського законодавства видається найбільш прийнятним для введення поняття «крипти» в правове поле.

Слід зазначити, що на сьогоднішній день основними законодавчими та нормативно-правовими актами, які діють у сфері застосування криптовалюти і технології блокчейн, є Конституція України, Цивільний кодекс України, Господарський кодекс України, Податковий кодекс України, Закон України «Про інформацію», нормативно-правові акти Національного банку України та інші закони України.

Проте Національний банк України у своєму роз'ясненні щодо правомірності використання в Україні віртуальної валюти/криптовалюти Bitcoin від 10 листопада 2014 р. порівняв віртуальну валюту/криптовалюту Bitcoin з грошовим сурогатом, який не має забезпечення реальною вартістю і не може використовуватися фізичними та юридичними особами на території України як засіб платежу, оскільки це суперечить нормам національного законодавства².

Тобто, свою позицію Національний банк України пояснює тим, що криптовалюта:

- не має прив'язки до грошової одиниці жодної з країн світу і не може бути законним платіжним засобом іншої держави або валютною цінністю;
- не підпадає під режим регулювання обігу електронних грошей та використання як платіжних засобів;
- не випускається банком і не є грошовим зобов'язанням певної особи, тому не може бути визнана електронними грошима;
- не підпадає під цивільно-правові відносини щодо врегулювання діяльності з цінними паперами;
- не має встановленої форми з відповідними реквізитами, відсутній грошовий знак³.

Крім того, згідно з ч. 2 ст. 32 Закону України «Про Національний банк України» випуск та обіг на території України інших грошових одиниць і використання грошових сурогатів як засобу платежу забороняються⁴.

На думку незалежних експертів фінансового ринку, Україні необхідно відстежувати світові тренди та за їх допомогою, використовувати нові технології у фінансовому секторі, оскільки Україна займає перші позиції в світовій криптоспільноті, входить до країн-лідерів з розвитку криптоекономіки та впровадження проєктів, заснованих на блокчейні⁵.

Не зважаючи на надмірну капіталізацію ринку криптовалют і прогресивне розширення кола його використання, ця сфера потребує належної регуляції нормами права. Крім того, розвиток ринку криптовалют стає все більш затребуваним у сфері електронної комерції, фінансових інститутів, фінансових послуг, функціонування смарт-контрактів тощо⁶.

З огляду на такі факти України слід виробити чітку позицію щодо правового регулювання криптовалют. Так, приміром, Степан Кубів зазначає, що українське законодавство не є достатньо прогресивним, проте, на його думку, доцільно ввести майнінг (видобуток криптовалюти) до «Класифікатору видів економічної діяльності України»⁷. Тобто, вивести криптовалюту «з тіні», де вона зараз знаходиться. Внесення пункту щодо майнінгу до Класифікатора діяльності з підтримки функціонування розподіленої бази даних повинно відбуватися в класі 63.11 «Обробка даних, розміщення інформації на веб-вузлах і пов'язана з ними діяльність», оскільки майнінг передбачає послуги з підтримки і забезпечення функціонування розподілених реєстрів даних, у тому числі з використанням технології блокчейн, обробки даних і смарт-контрактів у розподілених блокчейн-реєстрах. На думку фахівців, долучення пункту щодо майнінгу до Класифікатора видів економічної діяльності, вирішує проблему щодо детінізації ринку майнінгу та надає можливість залучення додаткових прибутків до Державного бюджету України⁸.

Слід зазначити, що у різних країнах біткоін класифікують по-різному, а саме: як віртуальну валюту, віртуальний товар, грошовий сурогат, нематеріальну цінність, платіжний засіб. Так, приміром, у Японії конт-

роль за обігом криптовалюти покладено на Агентство фінансових послуг. У цій країні біткоїн визнано платіжним засобом, він розглядається як актив, подібний до акцій, його продаж здійснюється на аукціонах і, що головне, операції із залученням криптовалюти обкладаються податком⁹. У США використовується програмне забезпечення, яке надає можливість відстежувати рух криптовалюти, визначати її походження та ідентифікувати власника. Законодавство ЄС, зокрема, класифікує біткоїн як «цифрове представлення вартості, не підтвержене центральним банком або державним органом і не прив'язане до юридично встановлених валютних курсів, яке може використовуватися як засіб обміну для покупки товарів і послуг, їх передачі та зберігання, і може набуватися в електронному вигляді». При цьому обмін фіатних валют на біткоїн звільняється від сплати податку на додану вартість¹⁰.

Зважаючи на той факт, що розвиток криптовалют зупинити неможливо, цей процес слід переводити в легальне правове поле, забезпечивши відповідну законодавчу платформу. Врегулювати даний процес вбачається можливим шляхом надання офіційного статусу криптовалюти, законодавчої регуляції правовідносин щодо її обігу, зберігання, володіння, використання та проведення криптовалютних операцій в Україні. Іншими словами, слід на законодавчому рівні чітко визначити правовий статус криптовалюти, правові засади організації та діяльності суб'єктів криптовалютних транзакцій.

Прийняття такого закону дасть змогу:

- по-перше, стимулювати розвиток ринку криптовалют, що зможе забезпечити приплив інноваційних технологій та виникнення якісно нової ІТ-інфраструктури. У даному випадку йдеться про технологію блокчейн, яка може використовуватися як для публічних реєстрів, так і для розвитку платіжних систем в Україні. Водночас слід підкреслити, що технологія блокчейн, на якій базується велика кількість технологічних розробок, знайшла широке застосування в багатьох сферах суспільства, зокрема як діяльності у сфері криптографії, криптовалюти, так і застосування у державній сфері управління по всьому світу¹¹. Технологія блокчейн наразі застосовується Україною у сфері державного управління, створено та запроваджено електронну платформу для реалізації арештованого майна;

- по-друге, стимулювати учасників процесу «видобутку» криптовалюти (майнерів) шляхом зниження тарифів на електроенергію і максимального спрощення оподаткування в даній сфері. Так, не підлягають оподаткуванню операції з інвестування в крипту, а її продаж за гривню підлягає обкладенню пенсійним збором у розмірі 2 %;

- по-третє, ліцензувати професійних учасників ринку – бірж, які повинні отримати статус фінансових установ. Це захистить громадян від можливого шахрайства і зловживання;

- по-четверте, використовувати нові технології для зростання української економіки¹².

Отже, сьогодні біткоїн в Україні – це точно не сурогат, не валюта та не платіжний засіб. Національний банк України, як регулятор відповідних правовідносин, не відповідає за можливі ризики і втрати, пов'язані з використанням біткоїнів. Тому всі ризики, пов'язані з їх використанням в розрахунках, несуть учасники таких розрахунків (суб'єкти криптовалютних транзакцій).

Для того, щоб відповісти на питання, чим насправді є біткоїн, потрібно знати ряд фундаментальних чинників, що визначають його природу. Єдиної думки у дослідників ринку криптовалют з цього приводу ще немає. Враховуючи той факт, що курс криптовалюти схильний до різких коливань, фінансові аналітики досить скептично налаштовані та прогнозують можливий крах біткоїна вже впродовж семи років¹³. Але вибуховий успіх першої криптовалюти змушує багатьох шукати відповідь на питання, чому її ціна продовжує так упевнено зростати? Її порівнюють із золотом та тлумачать як інноваційну форму збереження цінності. Більшість при цьому схиляється до думки, що біткоїн – не що інше, як продукт фінансових схем «пірамідального» характеру¹⁴. На наше переконання, поки що біткоїн – це лише експериментальний платіжний інструмент, який слугує і валютою, і платіжною системою, і транзакційним протоколом одночасно. Його використання можливе за принципом «дозволено все, що не заборонено», адже законодавством прямо не заборонено здійснення транзакцій з криптовалютами.

На сьогодні можна виділити три принципово різні напрями інвестування у криптовалютну сферу, кожен із яких має свої особливості:

- інвестиції у криптовалюту;
- інвестиції у майнінг;
- інвестиції у криптовалютні проекти.

Кожен із цих напрямів має свої перспективи та ризики. Проте вибір будь-якого з перелічених вище напрямів інвестування є суто індивідуальною справою для кожної людини відповідно до її досвіду та поставленої мети.

Зазначене вище дає підстави говорити про те, що назріла необхідність законодавчого урегулювання даного питання з боку держави, оскільки світовий досвід безпечалічно вказує на той факт, що віртуальна цифрова валюта (криптовалюта) набирає все більшу популярність, її розвиток заборонити технічно неможливо і економічно недоцільно.

Для розроблення спільної позиції серед державних органів щодо правового статусу біткоїна і його регулювання Національний банк України розпочав діалог з Міністерством фінансів України, Державною фіскальною службою України, Державною службою фінансового моніторингу, Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку, а також з Національною комісією, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг¹⁵. Проте водночас Національний банк зробив заяву, що не може визнати біткоїн валютою і платіжним засобом, оскільки не має центрального емітента¹⁶.

Законодавче врегулювання питання щодо обігу криптовалют дасть змогу створити новий економічний сектор в Україні, що, в свою чергу, зможе забезпечити створення нових робочих місць та збільшити обсяг надходження податків до Державного бюджету.

Тобто, по суті, прийняття Закону України «Про обіг криптовалюти в Україні» та легалізація криптовалюти повинні позитивно вплинути на дохідну частину Державного бюджету, оздоровити економіку держави, підтримати розвиток науково-технічного прогресу.

¹ Процесс определения статуса криптовалюты в Украине продолжается // Судебно-юридическая газета в Украине Online. – 18.10.2017 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://sud.ua/ru/news/ukraine/109782-v-minfine-razyasnili-status-kriptovayut-v-ukraine>

² Роз'яснення щодо правомірності використання в Україні «віртуальної валюти/криптовалюти» Bitcoin / Національний банк України. – 10.11.2014 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=11879608

³ Криптовалюти в Україні: НБУ висловив свою позицію щодо Bitcoin // НВ БІЗНЕС. – 2017. – 11.08 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://biz.nv.ua/ukr/finance/kriptovaljuta-v-ukrajini-nbu-visloviv-svoju-pozitsiju-po-bitcoin-1649515>

⁴ Про Національний банк України : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/679-14>

⁵ Процесс определения статуса криптовалюты в Украине продолжается // Судебно-юридическая газета в Украине Online. – 18.10.2017 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://sud.ua/ru/news/ukraine/109782-v-minfine-razyasnili-status-kriptovayut-v-ukraine>

⁶ Харьковская цивилистическая школа: о договоре: моногр. / И. В. Спасибо-Фатеева, О. П. Печеный, В. И. Крат и др.; под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. – Х., 2017. – С. 99–100.

⁷ Минэкономразвития выступил за легализацию майнинга // Судебно-юридическая газета в Украине Online. – 2018. – 15.03 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://sud.ua/ru/news/ukraine/116078-minekonomrazvitiya-vystupil-za-legalizatsiyu-mayninga>

⁸ Там само.

⁹ Bitcoin: що це таке і як це працює в Україні та світі // ВОЛИНСЬКІ НОВИНИ. – 2017. – 15.08 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.volynnews.com/news/economics/Bitcoin-shcho-tse-take-i-yak-pratsiuye-v-ukrajini-ta-sviti/>

¹⁰ Там само.

¹¹ Bitcoin в Україні: правовий статус // Юридична газета Online. – 2016. – 23.05 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://yur-gazeta.com/golovna/bitcoin-v-ukrajini-pravoviy-status>

¹² Процесс определения статуса криптовалюты в Украине продолжается // Судебно-юридическая газета в Украине Online. – 2017. – 18.10 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://sud.ua/ru/news/ukraine/109782-v-minfine-razyasnili-status-kriptovayut-v-ukraine>

¹³ Теория большого шторма. Почему биткоин не финансовая пирамида // Лига. Финансы. Online : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://finance.liga.net/cryptoeconomics/2017/11/16/opinion/55612.htm>

¹⁴ Там само.

¹⁵ НБУ: питання правового статусу біткоїна в Україні буде розглянуто найближчим часом // Coin News. – 2017. – 11.08 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://coinnews.io/ua/category/1-kripto/article/639-nbu>

¹⁶ Это точно не валюта: в НБУ определились с Bitcoin // Кореспондент. – 22.09.2017 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://korrespondent.net/business/economics/3889041>

Резюме

Зінченко О. В. Щодо законодавчого врегулювання відносин у сфері обігу криптовалют.

Досліджується питання щодо інтегрування криптовалюти у чинне законодавство України.

Автор робить висновок, що розвиток криптовалют зупинити неможливо, цей процес слід переводити в легальне правове поле, забезпечивши відповідну законодавчу платформу.

Ключові слова: віртуальна валюта, криптовалюта, грошовий сурогат, законодавство, смарт-контракти.

Резюме

Зинченко О. В. Касательно законодательного урегулирования отношений в сфере обращения криптовалют.

Исследуется вопрос касательно интегрирования криптовалюты в действующее законодательство Украины.

Автор делает вывод, что развитие криптовалют остановить невозможно, этот процесс следует переводить в легальное правовое поле, обеспечив соответствующую законодательную платформу.

Ключевые слова: виртуальная валюта, криптовалюта, денежный суррогат, законодательство, смарт-контракты.

Summary

Zinchenko O. Regarding legislative regulation of relations in the field of circulation of cryptuals.

The article analyses of integrating the crypto currency into the current legislation of Ukraine.

The author concludes that the development of crypto currency cannot be stopped, this process should be translated into a legal field, providing the appropriate legislative platform.

Key words: virtual currency, crypto currency, money surrogate, legislation, smart contracts.

Є. В. БЕРНАДА

Євген Валерійович Бернада, здобувач НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

СПОСОБИ ЗАХИСТУ СУБ'ЄКТИВНИХ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ, ЯКІ СПРЯМОВАНІ НА ВІДНОВЛЕННЯ СТАНОВИЩА, ЩО ІСНУВАЛО ДО ПОРУШЕННЯ ПРАВА

Суб'єктивні цивільні права як права конкретних осіб мають основоположне значення і для окремої приватної особи, і в цілому для характеристики правопорядку в суспільстві. Реалізація будь-якого права часто пов'язана з примусом і будь-яке праворозуміння припускає примусове забезпечення того результату, до якого прагне особа, у зв'язку з чим наявний постійний зв'язок права і примусу, що робить право гарантованим насамперед державою, а також недержавними інститутами, інститутами громадянського суспільства¹.

З огляду на викладене в юридичній літературі зустрічаються висловлювання, що такий підхід виправдовує існування поняття «правовий примус» і, навпаки, останнє є зайвим, коли примус, що здійснюється на захист права, отожднюється з державним примусом². Захист безпосередньо пов'язаний з категорією відповідальності, оскільки саме до застосування мір відповідальності найчастіше приводить реалізація вимоги особи захистити її суб'єктивне цивільне право.

У сучасній українській цивілістиці поширена думка, що варто відрізнити поняття охорони прав та їх захисту, оскільки про охорону прав слід говорити як про правовий засіб, що попереджає порушення, а про захист – як про такий, що настає за порушенням і тягне за собою відновлення відповідного суб'єктивного права³. При цьому деякі науковці вважають, що поняття захисту як активної протидії сторонньому втручання та поняття охорони як категорії, що передбачає і захист, і збереження того, що охороняється, не тотожні, а тому поняття охорони є ширшим за поняття захисту, повністю охоплюючи останнє⁴. Разом із тим існує й протилежна точка зору, згідно з якою поняття захисту є ширшим за поняття охорони прав, оскільки охорона зводиться лише до недопущення порушення прав, а захист, крім цього, включає оборону від посягань на права, що надає ширший обсяг правомочностей⁵.

Аналізуючи наявні у сучасній цивілістиці думки, можемо припустити, що механізм правового захисту цивільних прав постає як система правових заходів, завдяки яким забезпечується відновлення порушених прав, усунення перешкод в реалізації прав тощо⁶. Інакше кажучи, механізм захисту цивільних прав включає реалізацію наданих законом можливостей щодо здійснення приватною особою на свій розсуд захисту своїх прав та інтересів з обранням відповідних способів та засобів захисту прав.

Для ефективного застосування права особи на захист, вважаємо, важливим є з'ясування підстав, за яких активізують передбачені законодавством механізми захисту суб'єктивних цивільних прав та законних інтересів, оскільки ч. 1 ст. 15 ЦК України регламентовано, що кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання. Аналогічне визначення міститься також у ст. 1 ЦПК України. Разом із тим у юридичній літературі наявна дискусія стосовно розмежування понять порушення, невизнання та оспорення суб'єктивних цивільних прав⁷, у зв'язку з чим можуть виникнути неоднокові думки стосовно способу їх захисту.

Здійснюючи аналіз наявних у сучасній українській цивілістиці вищевказаних поглядів на поняття порушення, невизнання та оспорювання суб'єктивних цивільних прав, Я. В. П'янова пропонує під порушенням суб'єктивного цивільного права розуміти протиправну дію (бездіяльність) особи, яка має наслідком ліквідацію належного іншій особі суб'єктивного цивільного права або обмеження свободи його реалізації як повністю, так і частково. Під невизнанням – дію чи бездіяльність особи, яка за змістом становить заперечення існування суб'єктивного цивільного права іншої особи, але не має ознак порушення – ліквідації або обмеження свободи реалізації права. Оспорювання – дія чи бездіяльність особи, яка полягає у запереченні належності або обсягу відповідного суб'єктивного цивільного права без ознак його порушення⁸.

Також вважається за доцільне дати загальну характеристику поняття інтересу, оскільки **метою** даного дослідження є визначення способів захисту суб'єктивних прав та інтересів при вчиненні недійсного правочину.

Згідно з наявними у сучасній цивілістичній науці думками, можна виділити два напрями визначення інтересу: перший – інтерес є складовою, наповненням самого суб'єктивного права, його сутнісним моментом⁹; інший – інтерес є зовнішнім по відношенню суб'єктивного права моментом, явищем, яке до складу суб'єктивного права не входить¹⁰. При цьому варто взяти до уваги положення, викладені Конституційним Судом України при розгляді справи № 18/рп/2004, згідно з якими поняття «охоронюваний законом інтерес», яке вживається у законах України у логічно-смысловому зв'язку з поняттям «права», означає правовий фено-

мен, який виходить за межі змісту суб'єктивного права; є самостійним об'єктом судового захисту та інших засобів правової охорони; має на меті задоволення усвідомлених індивідуальних і колективних потреб; не може суперечити Конституції і законам України, суспільним інтересам, загальноприйнятим принципам права; означає прагнення (а не юридичну можливість) до користування у межах правового регулювання конкретним матеріальним та/або нематеріальним благом; розглядається як простий легітимний дозвіл¹¹.

Таким чином, незважаючи на відсутність у матеріальному законі – Цивільному кодексі України – положення щодо можливості захисту інтересу, вважається, що останній також може потребувати захисту нарівні із суб'єктивним цивільним правом, а тому в межах даного дослідження дозволимо зробити припущення, що для захисту суб'єктивного цивільного права та інтересу застосовуються аналогічні механізми.

Спробуємо вирішити питання стосовно способів захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів особи при визнанні правочину недійсним. Необхідність такого визначення зумовлюється тим, що чинне цивільне законодавство України передбачає, що недійсний правочин не створює юридичних наслідків, крім тих, які пов'язані з його недійсністю.

Як вже нами зазначалося раніше, питань щодо захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів при вчиненні недійсного правочину, який сторонами виконано не було, практично не виникає, оскільки передача майна за недійсним правочином не відбулась. У разі ж виконання недійсного правочину відбулась передача майна, у зв'язку з чим виникає необхідність у відновленні становища, яке існувало до виконання недійсного правочину. При цьому для повноти висвітлення даної проблеми необхідно також визначити, чи відбувається порушення суб'єктивного цивільного права при вчиненні недійсного правочину (нікчемного чи оспорюваного).

В юридичній літературі можна зустріти висловлювання, що спосіб захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів є видом матеріально-правових вимог, які може заявити управнена особа в суді¹². Також поширена думка, згідно з якою спосіб захисту суб'єктивного цивільного права та інтересу є матеріально-правовим заходом, тобто закріпленими матеріально-правовими заходами примусового характеру, за допомогою яких здійснюється відновлення (визнання) порушеного (оспороного) права та вплив на правопорушника¹³. Під способом захисту також розуміють порядок відновлення права, згідно з яким розуміється визначений законом порядок забезпечення відновлення (визнання) порушених прав і одночасного впливу на порушника з метою відновлення порушеної майнової і немайнової сфери¹⁴. Окрім цього, вченими-цивілістами пропонується визначати спосіб захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів як належну дію порушника, відповідно до якого захист суб'єктивних прав та інтересів сприймається як дія, до вчинення якої (чи до утримання від вчинення якої) примушується порушник¹⁵. Крім того, під способом захисту суб'єктивних прав та інтересів розуміють дію суб'єкта захисту, яка безпосередньо спрямована на захист суб'єктивного права та інтересу¹⁶.

Підсумовуючи висловлені думки, можна зробити припущення, що спосіб захисту суб'єктивного цивільного права та інтересу може бути визначений як система законних, тобто визначених чи допущених законом, дій суб'єктів захисту та матеріально-правового юридичного ефекту цих дій, яка дозволяє попередити, усунути чи компенсувати наслідки порушення, невизнання або оспорювання суб'єктивного цивільного права та інтересу¹⁷.

У сучасній українській цивілістиці прийнято поділяти способи захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів за формою їх здійснення на юрисдикційні та неюрисдикційні, залежно від того, чи вдається управнена особа до суду або іншого правоохоронного органу або здійснює захист своїми діями¹⁸. Отже, враховуючи, що в межах даного дослідження вирішується питання щодо способів захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів, порушених саме внаслідок визнання правочинів недійсними, вважається за доцільне зосередити свою увагу на юрисдикційних способах їх захисту, тобто шляхом звернення до суду або іншого правоохоронного органу. Водночас, зважаючи на те, що Конституцією України гарантовано право кожної особи на судовий захист, слід дослідити способи захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів у судовому порядку, тобто шляхом подання відповідного позову.

Разом із тим найбільшу дискусійну гостроту в юридичній літературі знайшло питання щодо захисту суб'єктивних прав та інтересів в судовому порядку¹⁹, а тому вважається, що в рамках дослідження даної роботи слід вивчити саме способи захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів, які здійснюються в судовому порядку. Так, відповідно до загальноприйнятого поділу правовідносин слідує, що останні бувають речові та зобов'язальні, у зв'язку з чим побутує думка, що способи їх захисту також поділяються на речові та зобов'язальні. При цьому цивілістами зазначається, що можливості захисту речових прав відрізняються від можливості захисту зобов'язальних прав і на них впливає ступінь самого порушення суб'єктивного права, правовий статус порушника²⁰. Перші захищають речові права та слідує за річчю, у кого б вона не опинилась, і припиняються із загибеллю речі; другі адресовані виключно до зобов'язаної особи, тобто боржника, незалежно від того, чи наявне у нього майно, отримання якого породило відповідне зобов'язання, і навіть незалежно від того, чи збереглося це майно. Ці права припиняються зі зникненням зобов'язаної особи.

Під речово-правовими способами захисту розуміються віндикаційні, негаторні та петиторні позови, які пред'являються, у першу чергу, для захисту права власності, а також прав законних і незаконних володільців. Вказаним (речово-правовим) способам захисту властиве те, що вони спрямовані безпосередньо на захист абсолютних прав власника, а також інших осіб, які утримують у себе майно на підставі відповідних договорів або закону, що при цьому не пов'язані з будь-якими конкретними зобов'язаннями. Разом із тим при засто-

суванні речово-правових способів захисту можуть виникати певні суперечності, які породжуються самим правом, стосовно якого здійснюється захист. Зокрема, виникнення суперечностей може бути пов'язане з правовим становищем як власника, так і іншої особи, що пред'являє речово-правові позови.

Так, подібні позови власники чи інші законні володільці можуть пред'явити третім особам, з якими вони перебувають в абсолютних правовідносинах, проте стосовно осіб, з якими власник чи інший законний володільць перебуває в зобов'язальних правовідносинах, застосування вказаного твердження не носитиме однозначного характеру. Аналогічні неоднозначні тлумачення щодо застосування речово-правових способів захисту виникають при вирішенні питання щодо інших носіїв, ніж право власності, речових прав, які виникли у них за договором з власником, що допустимо як у силу загальних положень цивільного законодавства, так і відповідно до спеціальних вказівок закону щодо окремих видів речових прав на чуже майно.

Для вирішення даного питання пропонується виходити з основного правила, згідно з яким речові позови виникають як наслідок порушення не просто речових прав, а саме тих речових прав, які існують в абсолютних правовідносинах, у зв'язку з чим можна припустити, що не тільки власник перебуває з усіма в абсолютних правовідносинах, в яких визначений суб'єкт, права та інтереси якого порушуються (не визнаються або оспорується), а зобов'язаних – необмежена кількість, а й суб'єкти інших прав на чужі речі, які в даному випадку прирівнюються у праві здійснення захисту до власника. При цьому слід виокремлювати випадки, коли порушення права чи інтересу здійснюється особами, які наділені правом на чужі речі, оскільки в даному випадку між вказаними особами та власником внаслідок невиконання цим суб'єктом договору належним чином слід говорити про зобов'язальні позови, які виникають з договору. Разом із тим у випадку, коли таке порушення можливе з боку будь-якої особи, у тому числі й власника, не виникає сумніву та обставина, що в даному випадку слід застосовувати речовий позов.

Таким чином, можемо зробити висновок, що речово-правові способи захисту спрямовані на відновлення володіння, користування і розпорядження майном власника або іншого титульного володільця; або на усунення перешкод у здійсненні відповідних правомочностей, або ж на визнання самого права.

Разом із тим в юридичній літературі пропонується також виділити ще одну правомочність власника, яка не охоплюється змістом права власності, – управління²¹. Необхідність виділення управління як ще однієї з правомочностей власника зумовлюється тим, що майно може бути в оперативному управлінні іншої особи, яка не здійснює правомочностей володіння, користування або розпорядження майном, проте іншою особою (особами) порушується (не визнається або оспорується) право управителів на здійснення управління майном, а відтак і виконання їх безпосередніх обов'язків.

Стосовно іншого згаданого вище способу захисту, тобто зобов'язально-правового, слід зазначити, що такий спосіб захисту виникає з підстав порушення умов договорів та в деяких інших випадках. Зокрема, у разі відсутності в особи, якою здійснено порушення суб'єктивного права власника (чи іншого законного володільця) майна, останній не може пред'явити речовий позов, натомість у власника (іншого законного володільця) виникає можливість щодо звернення з вимогою на відшкодування завданих збитків – вартості майна. При цьому в юридичній літературі ставиться питання, до кого слід пред'являти вказану вимогу. З поняття зобов'язально-правової вимоги випливає, що остання пред'являється до особи, яка володіла майном, тобто незаконного власника майна. Так, витребування майна з чужого незаконного володіння (віндикація), яка є речово-правовим засобом захисту права власності²², зумовлює неможливість власника індивідуально визначеного майна (сторони недійсного правочину) скористатись таким засобом²³.

На неможливість власника скористатись речово-правовим засобом захисту права власності внаслідок визнання правочину недійсним також вказує те, що віндикаційний позов має односторонній характер, у зв'язку з чим останній не може повернути іншу сторону недійсного правочину в початкове становище, якщо вона такої вимоги не заявляла. Тому поєднання вимог однієї сторони про визнання правочину недійсним з витребуванням переданого за таким правочиним майна без відповідної вимоги іншої сторони призводить до того, що одна зі сторін недійсного правочину опиниться у становищі, коли вона матиме й передане майно іншою стороною, і поверне на свою вимогу своє майно, що суперечить положенням ст. 216 ЦК України і суттєво порушує права особи, яка не заявляє такої вимоги, оскільки належне їй майно до неї не повернеться²⁴.

З огляду на викладене вченими-цивілістами пропонується висновок, що у випадку недійсності правочину його сторони можуть звернутись до суду лише із зобов'язально-правовою вимогою, тобто вимогою про повернення майна в порядку реституції. При цьому в цивілістичній науці при застосуванні речово-правових способів захисту пропонується розрізняти добросовісного та недобросовісного володільця, оскільки перший, не знаючи про відсутність у нього прав на майно і здійснивши його знищення певним способом, не підлягає притягненню до відповідальності у вигляді компенсації власнику збитків; разом з тим, якщо добросовісний володільць знищив річ, дізнавшись про незаконність свого володіння, він буде зобов'язаний компенсувати вартість спірного майна²⁵.

Іншим різновидом зобов'язально-правових способів захисту суб'єктивного цивільного права та інтересу є вимога власника про відшкодування заподіяних його майну збитків з боку незаконного власника. Оскільки проведення інших розрахунків між власником і незаконним власником вирішуються при вирішенні питання про повернення речі, з огляду на положення ст. 390 ЦК України, останні (розрахунки) належать до зобов'язально-правової сфери, а тому підлягають вирішенню при поверненні речі. Про обґрунтованість такого висновку може свідчити та обставина, що погіршення речі розглядається як делікт, а відтак породжує з боку власника відповідні зобов'язальні вимоги.

Вченими-цивілістами пропонується теза, згідно з якою до зобов'язально-правових позовів також приймають вимоги про відшкодування шкоди, завданої власнику земельної ділянки, житлового будинку чи інших будівель, у зв'язку із зменшенням їх цінності, оскільки дані вимоги не повною мірою охоплюються стандартною конструкцією деліктної відповідальності, у зв'язку з тим, що право на компенсацію не пов'язується тільки з винністю дій особи, що завдала шкоди, а й навіть з протиправністю таких дій²⁶.

До позовів зобов'язально-правового характеру також пропонується відносити вимоги до власника виконувати свої обов'язки щодо утримання майна, який є обов'язком останнього відповідно до загального порядку, оскільки даний обов'язок не впливає з конкретного зобов'язання, в якому перебуває власник з іншими особами.

Нарешті, вимоги про визнання правочинів недійсними, застосування наслідків нікчемного правочину, визнання незаконними актів органів державної влади, органів Автономної Республіки Крим та місцевого самоврядування (усі вимоги, спрямовані на ліквідацію юридичних наслідків тієї чи іншої юридично значущої дії) найчастіше представлені вимогами про визнання правочинів недійсними. Актуальність саме вказаного способу захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів зумовлюється існуванням різних підходів до вирішення питання щодо таких вимог. Зокрема, найбільшу дискусійність має питання щодо можливості обрання особою способу захисту свого права з подання позову про визнання нікчемного правочину недійсним чи одразу позову про застосування наслідків нікчемного правочину²⁷. З огляду на неоднозначність підходу науковців та судової практики до вирішення вказаного питання²⁸ виникає питання стосовно кожного з варіантів механізмів захисту права: чи зобов'язаний суд застосовувати наслідки нікчемного правочину у разі відсутності відповідних вимог; чи можна вважати вимогу про визнання нікчемного правочину недійсним зайвою або ж її слід розглядати і задовольняти окремо від вимоги про застосування наслідків нікчемного правочину. При цьому також пропонується при вирішенні питання щодо свободи суду в захисті права чи законного інтересу керуватись принципом незакритого легального переліку способів захисту та принципом винятковості застосування аналогії щодо способів захисту права та інтересу.

З огляду на викладене можемо дійти висновку, що актуальність проблеми щодо способу захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів свідчить про те, що при застосуванні наслідків нікчемного правочину особливо яскраво виражена проблема необхідності вибору між реституційними та ввідикаційними вимогами, а також при співвідношенні вимог про застосування наслідків недійсності правочину та кондикційних вимог.

¹ Мотовиловкер Е. Я. Теория регулятивного и охранительного права: моногр. / Е. Я. Мотовиловкер. – Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1990. – С. 19; Керимов Д. А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права) / Д. А. Керимов. – М.: Аванта+, 2000. – С. 355.

² Алексеев С. С. Общая теория права: в 2 т. / С. С. Алексеев. – М.: Юрид. лит., 1981. – Т. 1. – С. 267.

³ Цивільний кодекс України (наук.-практ. коментар). – Х.: Одісей, 2000. – С. 61.

⁴ Чернадук Т. Щодо захисту цивільних прав: деякі аспекти / Т. Чернадук // Підприємство, господарство і право. – 2001. – № 12. – С. 27; Дреза О. В. Розвиток права власності в Україні: моногр. / О. В. Дреза. – К.: Вентурі, 1996. – С. 240.

⁵ Макарова З. В. Защита в российском уголовном процессе: понятие, виды, предмет и пределы / З. В. Макарова // Изв. вузов. Правоведение. – 2000. – № 3. – С. 219.

⁶ Бутнев В. В. Понятие механизма защиты субъективных гражданских прав / В. В. Бутнев // Механизм защиты субъективных гражданских прав. – Ярославль: Изд-во Ярослав. гос. ун-та, 1990. – С. 6.

⁷ Кравчук В. М. Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України / В. М. Кравчук, О. І. Угриньовська. – К.: Істина, 2006. – С. 3; Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / за ред. В. М. Коссака. – К.: Істина, 2004. – С. 12; Науково-практичний коментар цивільного законодавства України: в 4 т. / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань. – К.: А.С.К.; Севастополь: Ін-т юрид. дослідж., 2004. – Т. 1. – С. 122; Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар / за ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К.: Істина, 2004. – С. 26; Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2 т. / відп. ред. О. В. Дрези, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Т. 1. – С. 35; Цивільний кодекс України: коментар / за заг. ред. Є. О. Харитоновна, О. М. Калітенка. – Х.: Одісей, 2003. – С. 20; Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар: у 2 ч. / за заг. ред. Я. М. Шевченко. – К.: Ін Юре, 2004. – Ч. 1. – С. 29; Цивільне право України: підруч.: у 2 т. / за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасиво-Фатеевої, В. Л. Яроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – Т. 1. – С. 320.

⁸ П'янова Я. В. Судовий захист майнових цивільних прав: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Я. В. П'янова. – Х. 2009. – 36 с. – С. 7.

⁹ Венедиктов А. В. Государственная социалистическая собственность / А. В. Венедиктов // Избранные труды по гражданскому праву: в 2 т. – М.: Статут, 2004. – Т. 2. – С. 40; Иоффе О. С. Правоотношение по советскому гражданскому праву / О. С. Иоффе // Избранные труды по гражданскому праву. – М.: Статут, 2000. – С. 556; Толстой Ю. К. К теории правоотношения / Ю. К. Толстой. – Л.: ЛГУ, 1959. – 88 с. – С. 12; Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / за ред. В. М. Коссака. – К.: Істина, 2004. – С. 12.

¹⁰ Братусь С. Н. Субъекты гражданского права / С. Н. Братусь. – М.: Госюриздат, 1950. – С. 20; Серебровский В. И. Вопросы советского авторского права / В. И. Серебровский. – М.: АН СССР, 1956. – С. 95; Тархов В. А. Гражданское право. Общая часть / В. А. Тархов. – Уфа: Сарат. гос. акад. права, 1998. – С. 124; Грибанов В. П. Интерес в гражданском праве / В. П. Грибанов // Осуществление и защита гражданских прав. – М.: Статут, 2000. – С. 242.

¹¹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень ч. 1 ст. 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес) від 1 грудня 2004 р. № 18/пп/2004 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v018p710-04>

- ¹² Науково-практичний коментар цивільного законодавства України: в 4 т. / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань. – К.: А.С.К.; Севастополь: Ін-т юрид. дослідж., 2004. – Т. 1. – С. 124.
- ¹³ Гражданское право: учеб. : в 3 ч. / под. ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. – М.: Проспект, 1997. – Ч. 1. – С. 270; *Стефанчук Р. О.* Проблеми застосування спеціальних способів захисту особистих немайнових прав фізичних осіб / Р. О. Стефанчук // Вісн. Верхов. Суду України. – 2007. – № 7. – С. 37.
- ¹⁴ Цивільне право України: підруч.: у 2 т. / за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К. Юрінком Інтер, 2004. – Т. 1. – С. 257.
- ¹⁵ *Абова Т. Е.* Охрана хозяйственных прав предприятий / Т. Е. Абова // Избранные труды. Гражданский и арбитражный процесс. Гражданское и хозяйственное право. – М.: Статут, 2007. – С. 789.
- ¹⁶ *Вершинин А. П.* Способы защиты гражданских прав в суде / А. П. Вершинин. – СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 1997. – С. 18.
- ¹⁷ Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар / за ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К.: Істина, 2004. – С. 9.
- ¹⁸ *Стефанчук Р. О.* Цивільне право України: навч. посіб. / Р. О. Стефанчук – К.: Прецедент, 2005. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : Електронная библиотека Князева: http://ebk.net.ua/Book/law/stefanchuk_tsivpu/part1/102.htm
- ¹⁹ *Спасибо-Фатеева И. В.* Нікчемні правочини та їх наслідки / І. В. Спасибо-Фатєєва // Вісник господарського судочинства. – 2004. – № 2. – С. 180; *Кучер В. О.* Окремі способи захисту права власності: проблемні питання / В. О. Кучер // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2009. – № 1. – С. 104–107; *Дзера І. О.* Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні / І. О. Дзера. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – С. 32–33.
- ²⁰ *Брагинский М. И.* Договорное право: в 5 кн. / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – 2-е изд., испр. – М.: Статут, 1999. – Кн. 1: Общие положения. – С. 773.
- ²¹ *Спасибо-Фатеева И. В.* Акционерные общества: корпоративные правоотношения / И. В. Спасибо-Фатеева. – Х.: Право, 1998. – С. 9; *Зинченко С. А.* Собственность и производные вещные права: теория и практика / С. А. Зинченко, В. В. Галлов. – Ростов-на-Дону: Изд-во СКАГС, 2003. – С. 25.
- ²² Цивільне право України, Загальна частина: підруч. / за ред. І. А. Бірюкова, Ю. О. Заїки. – К.: КНТ, 2006. – С. 323.
- ²³ *Дзера О. І.* Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес» / І. О. Дзера. – К., 2001, – С. 21.
- ²⁴ *Спасибо-Фатеева И.* Проблемні аспекти недійсних правочинів (на прикладі договору міни) / І. Спасибо-Фатєєва // Підприємство, господарство і право. – 2002. – № 7. – С. 30.
- ²⁵ *Кушхов Р. А.* О соотношении кондикционного требования и требования о возврате исполненного по недействительной сделке / Р. А. Кушхов // Российское право в Интернете. – 2006. – № 3 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://pri.msal.ru/prints/200603civil_law2.html; *Федоренко Н. В.* Сделки с имуществом: проблемы реституции / Н. В. Федоренко, Л. В. Лапач // Вестник Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа. – 2003. – № 2. – С. 23–26.
- ²⁶ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2 т. / відповід. ред. О. В. Дрези, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Т. 1. – С. 662.
- ²⁷ *Джунь В. В.* До питання про обов'язковість застосування реституції у разі неправозгідності угоди / В. В. Джунь // Вісник господарського судочинства. – 2002. – № 4. – С. 165; Цивільне право України, Загальна частина: підруч. / за ред. І. А. Бірюкова, Ю. О. Заїки. – К.: КНТ, 2006. – С. 30.
- ²⁸ Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними : постанова Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 р. № 9 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-09>

Резюме

Бернада Є. В. Способи захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів, які спрямовані на відновлення становища, що існувало до порушення права.

Аналізується теза, згідно з якою пропонується відрізнити поняття охорони прав та їх захисту, оскільки про охорону прав слід говорити як про правовий засіб, що попереджає порушення, а про захист – як про такий, що настає за порушенням і тягне за собою відновлення відповідного суб'єктивного права. Обґрунтовується думка, що незважаючи на відсутність у матеріальному законі положення щодо можливості захисту інтересу, останній також може потребувати захисту нарівні із суб'єктивним цивільним правом, а тому для захисту суб'єктивного цивільного права та інтересу застосовуються аналогічні механізми. Підкреслюється, що власник позбавлений можливості скористатись речово-правовим засобом захисту права власності внаслідок визнання правочину недійсним, оскільки виндикаційний позов має односторонній характер.

Ключові слова: способи захисту, відновлення становища, речово-правові способи, зобов'язально-правові, реституція, виндикація, кондикція.

Резюме

Бернада Е. В. Способы защиты субъективных гражданских прав и интересов, направленных на восстановление положения, существовавшего до нарушения права.

Анализируется тезис, согласно которому предлагается отличать понятие охраны прав и их защиты, поскольку об охране прав следует говорить как о правовом средстве, предупреждающем нарушения, а о защите – как о таком, который следует за нарушением и влечет за собой восстановление соответствующего субъективного права. Обосновывается мысль, что несмотря на отсутствие в материальном законе положения о возможности защиты интереса, последний также может нуждаться в защите наравне с субъективным гражданским правом, а потому для защиты субъективного гражданского права и интереса применяются аналогичные механизмы. Подчеркивается, что владелец лишен возможности воспользоваться вещественно-правовым средством защиты права собственности вследствие признания сделки недействительной, поскольку виндикационный иск имеет односторонний характер.

Ключевые слова: способы защиты, восстановление положения, вещественно-правовые способы, обязательно-правовые, реституция, виндикация, кондикция.

Summary

Bernada E. Ways of protecting subjective civil rights and interests, which are aimed at restoring the situation that existed before the violation of law.

In this article an article analyzes the thesis, according to which it is proposed to distinguish between the concept of protection of rights and their protection, since the protection of rights should be regarded as a legal means of preventing violations, and about protection – as such, which comes for violation and entails restoration of the corresponding subjective right. It is substantiated that, despite the absence of provisions in the material law on the possibility of protection of interests, the latter may also need protection along with subjective civil law, and therefore similar mechanisms are used to protect subjective civil law and interest. It is substantiated that the owner is deprived of the possibility to use the legal and substantive means of protecting the property right as a result of the recognition of the transaction invalid, since the vindication claim is unilateral.

Key words: ways of protection, restoration of the situation, material and legal ways, obligations and legal, restitution, vindication, condition.

УДК 347.45

О. В. ДИБА

Олексій Васильович Діба, аспірант НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

УМОВИ ДОГОВОРУ ПІДРЯДУ НА ПРОВЕДЕННЯ ПРОЕКТНИХ РОБІТ

Аналізуючи різні підходи до загальних вимог щодо визначення істотних умов договору за Цивільним (далі – ЦК) та Господарським (далі – ГК) кодексами України, доцільно зазначити про більш виважену позицію ЦК України, де вимоги до умов договору закріплені на загальному рівні (ст. ст. 638–647 ЦК), основними з яких є: а) умова про предмет договору; б) умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду; в) усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди.

Практичне значення розгляду теоретичних положень про умови договору підряду на проведення проектних робіт полягає у двох моментах: 1) досягнення в належній формі домовленості сторін щодо істотних умов договору тягне за собою набрання сили таким договором; 2) визначені законодавством і домовленістю сторін умови договору породжують відповідні права та обов'язки учасників договірних правовідносин¹. Отже, детальніше зупинимося на питанні встановлення мінімально необхідних умов договору підряду на проведення проектних робіт.

Розпочнемо із такої надважливої умови договору підряду на проведення проектних робіт, як предмет, адже при погодженні умов договору найперше, що повинні погодити між собою потенційні контрагенти, це обсяг, вид робіт, які будуть спрямовані на досягнення конкретного результату. Одразу ж зазначимо, що з приводу визначення предмета підрядних договорів у юридичній літературі до сьогодні точаться дискусії, які, на жаль, не знайшли свого вирішення у гл. 61 ЦК України. Так, на думку одних дослідників, предметом договору підряду є результат праці, роботи, виробничої діяльності підрядника (В. В. Луць, Н. С. Кузнецова, А. Б. Гриняк, М. Д. Пленюк, В. К. Гуцуляк). На думку інших, предметом підрядних договорів є сама діяльність підрядника (робота) (М. І. Брагінський, В. В. Вітрянський, В. Ф. Чигирь, М. П. Ринг). Водночас в юридичній літературі поширеною є й третя точка зору на предмет підрядних договорів як на симбіоз двох елементів: матеріального – результат робіт і юридичного – діяльність сторін за договором (виконання робіт) (І. С. Лукасевич-Крутник, М. С. Біленко).

Відсутність єдиного підходу щодо досліджуваного питання знаходить своє відображення і при аналізі окремих видів договорів підряду. Так, у вітчизняній юридичній літературі трапляються окремі позиції щодо питання про предмет договору підряду на проведення проектних робіт. Найпоширенішою є концепція унітарного (єдиного) предмета цього різновиду договорів підряду, за якою предметом договору підряду на проведення проектних робіт може бути: 1) проектно-кошторисна документація; 2) проведення проектних робіт та передання замовнику їх результату (дозволяє припустити існування подвійного предмета договору: матеріального – проектно-кошторисної документації, і юридичного – діяльність підрядника при проведенні проектних робіт); 3) діяльність підрядника з проведення проектних робіт.

Одразу ж зазначимо про сумнівність сприйняття концепції існування двох предметів договору підряду на проведення проектних робіт, оскільки досліджуваний договір як юридичний факт є підставою виникнення складних зобов'язальних правовідносин (підрядник зобов'язаний передати проектно-кошторисну документацію замовнику, а останній прийняти та оплатити її). Відповідно, зобов'язальні правовідносини в договорі підряду на проведення проектних робіт носять єдиний характер, оскільки припускають зустрічне виконання зобов'язань. З цього приводу доречно навести міркування М. Д. Пленюк, що вбачати подвійність складових єдиного предмета в підрядних договорах недоречно, адже саме по собі виконання замовлення не може

бути предметом договору хоча б тільки через те, що робота, як правило, виконується підрядником самостійно. В іншому випадку слід говорити про подвійну складову й в усіх інших договорах².

Сумнівною видається й концепція існування альтернативних предметів договору підряду на проведення проектних робіт, оскільки альтернативне зобов'язання пов'язане із виконанням не будь-якої дії, а однієї із двох або декількох заздалегідь зазначених дій за своїм вибором або за вибором кредитора. Ці зобов'язання характеризуються декількома предметами виконання, причому передання будь-якого предмета є належним виконанням³. Натомість у досліджуваному нами договорі підряду підрядника і замовника пов'язує один кінцевий результат – передання проектно-кошторисної документації та розрахунки за це. Фактично має місце складна структура одного зобов'язання.

Зазначена вище невизначеність у підходах до предмета підрядних договорів знайшла своє відображення і в гл. 61 ЦК України. Зокрема, аналіз як загальних, так і спеціальних положень цієї глави дав змогу зробити висновок, що в одних випадках законодавець під предметом договору розуміє умову про роботу, виконану підрядником для контрагента за договором (ст. ст. 837, 865, 874 ЦК), в інших – її результат (ст. ст. 855, 875, 887, п. 3 ч. 1 ст. 890 ЦК). Заручником таких законодавчих розбіжностей стає судова практика, в якій доволі часто приймаються рішення з визначенням кардинально різних, а то й взагалі подвійних предметів договору підряду на проведення проектних робіт. Прикладом може слугувати справа, в якій предмет договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт визначено як проведення пошукових робіт та розробка на цій основі проектно-кошторисної документації, узгодженої і затвердженої в установленому порядку⁴.

Тобто, правозастосовна практика у зв'язку із такими доктринальними та законодавчими розбіжностями також визначає предмет договору підряду на проведення проектних робіт і як самі роботи, і як їх результат, а також говорячи про пошукові (а не проектні!) роботи та їх результат, що відображається у формі проектно-кошторисної документації. Зважаючи на це, вважаємо за доцільне підтримати думки тих вчених, хто все ж визнає предметом підрядних договорів виключно їх результат – матеріалізовану форму, що опосередковує виконану роботу.

Відповідно до вищеведеного вважаємо, що предметом договору підряду на проведення проектних робіт є специфічний матеріалізований результат роботи підрядника, який відображається у проектній, кошторисній або іншій технічній документації і за своєю суттю відображає об'єкт майбутніх цивільних правовідносин. При цьому «специфічність» такого матеріалізованого результату полягає в тому, що він не може бути використаний у іншій діяльності, адже розробляється з чітко визначеною метою за конкретним завданням замовника.

Загалом законодавець у § 4 гл. 61 ЦК України результат проектних робіт визначає доволі суперечливо, в одних випадках говорячи про проектну та іншу технічну документацію (ст. 887, п. 6 ч. 1 ст. 889 ЦК), в інших – про проектно-кошторисну документацію (ст. ст. 877, 888, п. 2, 4 ч. 1 ст. 889, 890, 891 ЦК). З цього приводу доцільно підтримати висловлену І. С. Лукасевич-Крутник позицію щодо необхідності узгодження законодавчої термінології на користь закріплення у § 4 гл. 61 ЦК України терміна «проектно-кошторисна документація», зважаючи на те, що кошторисна документація не належить до «іншої технічної документації», а за своєю суттю більше тяжіє до фінансової документації⁵.

Аналізуючи законодавчі визначення проектно-кошторисної документації, слід зазначити, що під поняттям «проектна документація» законодавець здебільшого розуміє затверджені текстові та графічні матеріали, якими визначаються містобудівні, об'ємно-планувальні, архітектурні, конструктивні, технічні, технологічні рішення, а також кошториси об'єктів будівництва. Разом із тим, виходячи із визначення поняття проекту, закріпленого в ст. 1 Закону України «Про архітектурну діяльність», можемо зробити висновок, що законодавець ототожнює вищезазначені креслення, графічні та текстові матеріали з кошторисними розрахунками, які визначають вартісні показники конкретного об'єкта архітектури. Водночас у ст. 877 ЦК України законодавець цілком доречно пропонує розуміння проектно-кошторисної документації як *проектної документації*, що визначає обсяг і зміст роботи та інші вимоги, які ставляться до робіт, та *кошторису*, що визначає ціну робіт. Так, в абз. 2 ч. 1 ст. 877 ЦК України закріплено обов'язок підрядника виконати усі роботи, визначені у проектній документації та в кошторисі (проектно-кошторисній документації). Такий же підхід відображено і у Загальних умовах укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, де під проектною документацією розуміється текстові та графічні матеріали, затверджені в установленому порядку, якими визначаються містобудівні, об'ємно-планувальні, архітектурні, конструктивні, технічні та технологічні рішення, а також кошториси об'єкта будівництва.

Виходячи з наведеного, доводиться констатувати подвійність законодавчих підходів. В одних випадках законодавець ототожнює проектну документацію з кошторисними розрахунками (Закон України «Про архітектурну діяльність»), в інших – чітко наголошує, що проектно-кошторисна документація складається з двох частин – проектно-кошторисної документації та кошторису (ЦК України, Закон України «Про регулювання містобудівної діяльності»), Загальні умови укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві).

На нашу думку, з метою уникнення наведених подвійних стандартів доцільно дотримуватися позиції, відображеної в абз. 2 ч. 1 ст. 877 ЦК України, за яким проектною документацією є затверджені текстові та графічні матеріали, якими визначаються містобудівні, об'ємно-планувальні, архітектурні, конструктивні, технічні, технологічні рішення і кошторисна документація – кошториси та інші документи, пов'язані із складанням (розрахунки, обґрунтування, пояснення, відомості про вартість матеріалів тощо).

Отже, підсумовуючи, доцільно наголосити, що предметом договору на проведення проектних робіт є проектна та кошторисна документація, що передаються замовнику. Робочі креслення (креслення, призначені для виконання будівельних та монтажних робіт) проекту повторного використання, за яким на одному май-

данчику повинно здійснюватись будівництво декількох однакових об'єктів, передаються на електронних та паперових носіях у чотирьох примірниках лише для одного з цих об'єктів, а для інших – у двох примірниках⁶.

Наступною умовою договору підряду на проведення проектних робіт, що потребує погодження між сторонами, є ціна, тобто грошова сума, належна підрядникові за виконану роботу. Аналізуючи давню дискусію щодо доцільності (Д. М. Сафіуллін, С. А. Хохлов, І. С. Лукасевич-Крутник, М. С. Біленко) чи навпаки недоцільності (М. І. Брагінський, В. В. Вітрянський, Ю. К. Толстой, О. П. Сергєєв, А. Б. Гриняк, М. Д. Пленюк, В. К. Гуцуляк) визнання ціни істотною умовою підрядних договорів, варто погодитись з позицією А. Б. Гриняка, що контрагенти відповідно до принципу свободи договору та ст. 6 ЦК України можуть і не передбачати ціну виконаних робіт, а у разі виникнення спору таке визначення буде проведено судом, який уже на власний розсуд встановлює ціну або спосіб її визначення. У такому випадку вона визначатиметься за ціною, яка за аналогічних обставин, зазвичай, стягується за такі роботи. Однак, якщо хоча б однією зі сторін піднімалося питання внесення до договору умови про ціну або ж сторони не досягли згоди щодо неї, то така умова визнається істотною, а сам договір – неукладеним⁷.

Зважаючи на зазначене, можемо констатувати, що у проектних правовідносинах сторони вправі, виходячи зі змісту ст. 843 ЦК України, визначити ціну безпосередньо в змісті договору або ж закріпити спосіб її визначення. Водночас, якщо у договорі підряду на проведення проектних робіт цього не буде зроблено, вона встановлюється за рішенням суду на основі цін, що, звичайно, застосовуються за аналогічні роботи з урахуванням необхідних витрат, визначених сторонами. Тобто, сторони вправі не визначати у договорі підряду на проведення проектних робіт ні ціни, ні способу її визначення і від того договір не може вважатися неукладеним.

Виходячи із наведеного, спірними видаються міркування тих дослідників, які відстоюють позицію визнання ціни у договорі підряду істотною умовою, зазначаючи, що протилежне суперечитиме самій сутності платного договору, за яким сторона має отримати плату чи інше зустрічне надання за виконання своїх обов'язків⁸. Або ж наголошуючи, що оскільки договори підряду на проведення проектних та пошукових робіт є господарськими договорами, то в силу ч. 3 ст. 180 ГК України сторони у будь-якому разі зобов'язані погодити ціну в договорі підряду на проведення проектних та пошукових робіт.

Сумнівність наведених висновків також випливає зі змісту п. 1 ч. 1 ст. 889 ЦК України, в якій закріплено обов'язок замовника оплатити проведені роботи в порядку, встановленому договором або законом. З чого можемо зробити висновок, що у випадку, якщо сторони не передбачили такий порядок у договорі, а спеціальні вимоги щодо оплати відсутні у § 4 гл. 61 ЦК, то до зазначених правовідносин застосовуються положення ст. 843 ЦК України, де вказано на способи формування ціни у договорі підряду. Такими способами можуть бути: визначення ціни у самому договорі підряду; у кошторисі; у інший спосіб, встановлений у договорі підряду, за допомогою спеціальних, однозначно сформульованих правил (алгоритмів)⁹. При цьому жоден із зазначених способів не має переваги над іншими, і сторони при укладенні договору можуть обирати будь-який із них, що ще раз свідчить про неможливість у випадку непогодження ціни у договорі підряду на проведення проектних робіт визнання його неукладеним.

Найчастіше ціна у проектних правовідносинах може визначатися або в договорі підряду на проведення проектних робіт, або в кошторисі до нього, який є формою вираження ціни. Договірні ціни можуть встановлюватись твердими або динамічними. Тверді ціни – це договірні ціни, які є незмінними на весь період проектування і можуть уточнюватись тільки у випадках, коли: а) замовник змінює архітектурно-планувальне завдання, що викликає зміну обсягів проектування та їх вартості; б) в процесі виконання робіт виявлені беззаперечні помилки, не встановлені на стадії формування ціни; в) виникають обставини непереборної сили (надзвичайні обставини та події), що не могли бути передбачені сторонами під час укладання договору. Натомість динамічні ціни є відкритими і можуть уточнюватись протягом усього строку проектування.

Отже, можемо констатувати існування на практиці декількох підходів щодо визначення ціни за договором підряду на проведення проектних робіт. За одним з них, ціна фіксується безпосередньо в договорі у твердій або динамічній формі. Тверда ціна (аналогія твердому кошторису) пов'язана із фіксацією в договорі загальної фіксованої суми витрат та винагороди. Натомість фіксація договірної ціни в динамічній формі пов'язана з випадками неможливості чіткого передбачення вартості проведених робіт, а тому сторони можуть домовитися, наприклад, що підрядник після виконання кожного етапу ставить вимогу замовникові (рахунок) із зазначенням обсягу та виду проведеної роботи. Як видається, такий спосіб визначення ціни відповідає приблизному кошторису. Разом із тим, виходячи з принципу свободи договору, не слід виключати можливість визначення сторонами ціни за договором підряду на проведення проектних робіт за допомогою так званого «змішаного» підходу, за яким можуть застосовуватись вищенаведені способи визначення ціни в будь-яких їх комбінаціях, за умови, що він не суперечить відображенням у ст. 3 ЦК України основоположним принципам цивільного законодавства.

Торкаючись у межах цього дослідження валюти грошового зобов'язання, доцільно зазначити, що виконання грошових зобов'язань на території держави повинно здійснюватись в грошовій одиниці України – гривні. Разом із тим іноземна валюта може використовуватись в Україні у випадках і в порядку, встановлених ч. 2 ст. 192 ЦК України. У ст. 533 ЦК України законодавець закріпив положення, за яким використання іноземної валюти, а також платіжних документів в іноземній валюті при здійсненні розрахунків на території України допускається у випадках, порядку та на умовах, встановлених законом. Відтак вимоги підрядника про виконання замовником грошових зобов'язань, визначених в іноземній валюті, мають заявлятися в національній валюті України (гривнях) за офіційним курсом Національного банку України на день заявлення відповідної

вимоги (крім випадків, коли стороною зобов'язання, у якому виник спір, одержано відповідну ліцензію Національного банку України). При цьому стягнення інфляційних нарахувань на суму основної заборгованості не є можливим, оскільки індекс інфляції розраховується лише стосовно національної валюти України (гривні).

Важливою умовою договору підряду на проведення проектних робіт є строк проведення таких робіт та передання їх результату замовнику. Це обумовлюється консенсуальним характером цього договору, оскільки виконання контрагентами взятих на себе зобов'язань потребує, як правило, певного часу: на проведення проектних робіт, на здачу-приймання проектно-кошторисної документації, на виправлення допущених у ній помилок, на погодження готової проектно-кошторисної документації із замовником, а в разі необхідності – з уповноваженими органами державної влади та органами місцевого самоврядування тощо.

Відповідно під строком дії договору підряду на проведення проектних робіт доцільно розуміти період, протягом якого існує договірне правовідношення, з якого сторони можуть здійснити свої права і виконати свої обов'язки відповідно до договірних умов. Строк дії договору визначається на розсуд сторін, якщо тільки в законі чи іншому нормативно-правовому акті не обмежується строк його чинності.

Як вбачається зі спеціальних положень § 4 гл. 61 ЦК України, якихось окремих вимог про строк договору підряду на проведення проектних робіт немає, що доволі просто пояснюється наявністю загальних вимог про строк підрядних договорів у § 1 гл. 61 ЦК України. Так, ст. 846 ЦК України передбачено, що строки виконання роботи або її окремих етапів встановлюються у договорі підряду, а у випадку відсутності цього підрядник зобов'язаний виконати роботу, а замовник має право вимагати її виконання у розумні строки, відповідно до суті зобов'язання, характеру та обсягів роботи і звичаїв ділового обороту.

Крім того строки в досліджуваному договорі підряду можна класифікувати на: 1) основні (строки проведення робіт та передання проектно-кошторисної документації) і допоміжні (строки уточнення завдання на проектування, погодження з контролюючими органами тощо); 2) законодавчо визначені (строки погодження готової проектно-технічної документації з уповноваженими органами державної влади і органами місцевого самоврядування) та визначені в договірному порядку (встановлюються у відповідних календарних графіках проведення конкретних етапів робіт); 3) загальні (період між початком робіт та переданням їх результату замовнику є загальним строком) та проміжні (період, під час якого повинні бути проведені окремі етапи робіт).

У договорі підряду на проведення проектних робіт, як правило, визначається термін початку роботи та термін її закінчення. Коли виконання передбачених договором робіт виходить за межі календарного року, в договорі зазначаються також обсяги і вартість робіт на перший рік. На наступні роки ці умови можуть уточнюватись додатковими договорами. До договору підряду на проведення проектних робіт додається як його складова частина графік із зазначенням строків надання замовником вихідних даних, необхідних для проектування, і строків завершення передбачених договором робіт, а у разі потреби – також погоджені сторонами особливі умови виконання проектних робіт¹⁰.

Таким чином, якщо брати за критерій визначення умов, необхідних для договорів даного виду, те, чи може бути договір виконаний належним чином без включення і узгодження сторонами певної умови, то умовами, необхідними, однак такими, що не впливають на укладеність договору підряду на проведення проектних робіт, є умови про ціну та строк їх проведення. Водночас в практиці проведення проектних робіт сторони за домовленістю між собою можуть погоджувати й інші умови, які стають істотними для них. Це можуть бути умови про: а) передання замовником завдання на проведення проектних робіт або інших вихідних даних, необхідних для проведення таких робіт; б) мету проведення проектних робіт та орієнтовний напрям використання їх результатів; в) умови конфіденційності тощо. Однак, відсутність в договорі підряду на проведення проектних робіт цих умов є ускладнюючими факторами його динаміки та процесу доказування в суді певних обставин у справі, але не такими, що унеможливають його належне виконання, адже зобов'язання припиняється виконанням, проведеним належним чином.

¹ Ярошевська Г. М. Договір про надання юридичних послуг: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Г. М. Ярошевська. – Х., 2014. – С. 99.

² Пленюк М. Д. Результат робіт як істотна умова договору будівельного підряду / М. Д. Пленюк // Юридична Україна. – 2013. – № 10. – С. 62.

³ Новицький І. Б. Общее учение об обязательствах / И. Б. Новицкий. – М., 1950. – С. 122.

⁴ Рішення господарського суду Дніпропетровської області у справі № 35/265-10 від 14 жовтня 2010 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/11790747> (дата звернення: 19.11.2017).

⁵ Лукасевич-Крутник І. С. Договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт: моногр. / І. С. Лукасевич-Крутник. – Тернопіль, 2012. – С. 85–86, 90–91.

⁶ Сафонов Ю. М. Економіко-правові основи капітального будівництва: навч. посіб. / Ю. М. Сафонов, В. Р. Кравець, В. Г. Олюха. – К., 2014. – С. 136.

⁷ Гриняк А. Б. Теоретичні засади правового регулювання підрядних зобов'язань у цивільному праві України: моногр. / А. Б. Гриняк. – К., 2013. – С. 130–131.

⁸ Абрамцова Е. Л. Договір подряда в гражданском праве России: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Е. Л. Абрамцова. – М., 2005. – С. 41.

⁹ Международные коммерческие сделки / Е. Ю. Дыминская, Е. Р. Кибенко, И. Ю. Кирвель и др.; под ред. У. Хелльманна, С. А. Балашенко, В. И. Нагнибеды. – Хмельницький, 2015. – С. 267.

¹⁰ Пленюк М. Д. Цивільно-правове регулювання строків (термінів) у договорах про виконання робіт: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / М. Д. Пленюк. – К., 2011. – С. 63.

Резюме

Дыба О. В. Умови договору підряду на проведення проектних робіт.

У статті аналізуються питання, пов'язані з визначенням істотних умов договору підряду на проведення проектних робіт. Акцентовується увага на дискусійних моментах визначення предмета договору підряду на проведення проектних робіт. Встановлено, що предметом досліджуваного договору є специфічний матеріалізований результат роботи підрядника, який відображається у проектній, кошторисній або іншій технічній документації і за своєю суттю відображає об'єкт майбутніх цивільних правовідносин. При цьому «специфічність» проектно-кошторисної документації полягає в тому, що її неможливо використати у іншій діяльності, адже вона розробляється з чітко визначеною метою за конкретним завданням замовника. Обґрунтовано доцільність віднесення ціни та строку до звичайних умов договору підряду на проведення проектних робіт. Досліджуються питання викоринення існуючих суперечностей у чинному ЦК та ГК України щодо ціни та строку як звичайних умов договору.

Ключові слова: договір підряду на проведення проектних робіт, предмет договору, проектно-кошторисна документація, ціна договору, кошторис, аванс, завдаток, строк договору.

Резюме

Дыба А. В. Условия договора подряда на выполнение проектных работ.

В статье анализируются вопросы, связанные с определением существенных условий договора подряда на выполнение проектных работ. Акцентируется внимание на дискуссионных вопросах определения предмета договора подряда на выполнение проектных работ. Установлено, что предметом исследуемого договора является специфический материализованный результат работы подрядчика, который отображается в проектной, сметной или иной технической документации и по своей сути отражает объект будущих гражданских правоотношений. При этом «специфичность» проектно-сметной документации заключается в том, что ее невозможно использовать в другой деятельности, ведь она разрабатывается с четко определенной целью по конкретным задачам заказчика. Обоснована целесообразность отнесения цены и срока к обычным условиям договора подряда на выполнение проектных работ. Исследуются вопросы искоренения существующих противоречий в действующем ГК и ХК Украины относительно цены и срока как обычных условий договора.

Ключевые слова: договор подряда на выполнение проектных работ, предмет договора, проектно-сметная документация, цена договора, смета, аванс, задаток, срок договора.

Summary

Dyba O. The conditions of contract for carrying out design works.

The article analyzes issues related to the definition of essential conditions of the contract for carrying out design work. Attention is emphasized on discussion issues of the definition of the subject of the contract on carrying out design works. It is established that the subject of the contract is the specific materialized result of the contractor's work, which is reflected in the design, estimate or other technical documentation, and in essence reflects the object of future civil legal relations. At the same time, the specificity of the design and estimate documentation is that it cannot be used in another activity, because it is developed with a clearly defined purpose for the specific tasks of the customer. The expediency of assigning the price and the term to the usual conditions of the contract for carrying out design works is substantiated. The issues of elimination of existing contradictions in the current Commercial Code and the Civil Code of Ukraine regarding the price and terms as usual conditions of the contract are investigated.

Key words: contract for carrying out design works, subject of the contract, design estimate documentation, contract price, estimate, advance, deposit, term of the contract.

УДК 342.92: 342.7

Т. І. КОТОРМУС

Тарас Ігорович Котормус, аспірант Навчально-наукового Інституту права та психології Національного університету «Львівська політехніка»

СУБ'ЄКТИ СИСТЕМИ ГАРАНТУВАННЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ ПРАВА ВЛАСНОСТІ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ В РАЙОНАХ ПРОВЕДЕННЯ АНТИТЕРОРИСТИЧНОЇ ОПЕРАЦІЇ

Система гарантування адміністративно-правового захисту права власності громадян України в районах проведення антитерористичної операції втілюється в життя через сукупність правовідносин щодо формування умов та реалізації адміністративно-правових способів та засобів протидії порушенню права власності громадян України, попередження, припинення адміністративних порушень у цій сфері, відновлення порушених прав щодо володіння, користування та розпорядження майном. Основне значення у цих правовідносинах відведено суб'єктам системи гарантування адміністративно-правового захисту права власності громадян України в районах проведення антитерористичної операції. Це обумовлює потребу визначення та детального дослідження їх адміністративно-правового статусу.

© Т. І. Котормус, 2017

Адміністративно-правовий напрям характеризується вагомим науковим доробком, який стосується загальнотеоретичної характеристики змісту категорії адміністративно-правових гарантій реалізації прав і свобод громадян та водночас відсутністю ґрунтовного наукового дослідження адміністративно-правових гарантій їхнього захисту, правового статусу суб'єктів системи гарантування адміністративно-правового захисту права власності громадян України в районах проведення антитерористичної операції. Вагомими з цього приводу слід вважати праці таких вчених, як В. Б. Авер'янов, М. А. Бояринцева, В. С. Віхрова, В. А. Головка, А. В. Зарицький, І. О. Ієрусалімов, І. О. Ієрусалімова, М. Т. Какимжанов, І. А. Кресіна, І. О. Личенко, Д. М. Лук'янець, Б. Д. Мартиненко, Е. О. Олефіренко, О. В. Пабат, П. М. Павлик, С. П. Параниця, І. І. Сіліч, Ж. В. Удовенко, А. В. Черкасов.

Незважаючи на широкий перелік суб'єктів системи гарантування адміністративно-правового захисту права власності громадян України в районах проведення антитерористичної операції, в науковій літературі відсутні їхні класифікації та вкрай мало наукових досліджень їхнього правового статусу. Виникла потреба з'ясувати стан наукового дослідження суб'єктів системи гарантування адміністративно-правового захисту права власності громадян України в районах проведення антитерористичної операції, здійснити їхню класифікацію та визначити особливості адміністративно-правового статусу.

Суб'єкти системи гарантування адміністративно-правового захисту права власності громадян України в районах проведення антитерористичної операції застосовують широкий арсенал нормативно-правових, управлінських, організаційних та інших засобів. Вони різняться за своєю організаційно-правовою формою, компетенцією, наявністю функцій публічного управління, специфікою владних повноваженнями щодо протидії можливим порушенням та відновлення порушених прав у сфері власності, особливостями правової основи діяльності тощо.

Зважаючи на наявне у науковій літературі визначення адміністративно-правового захисту права власності¹, можна стверджувати, що діяльність таких суб'єктів спрямована насамперед на створення належних умов для реалізації адміністративно-правових норм щодо попередження, припинення адміністративних правопорушень, відновлення порушених прав, тобто втілення правозастосовного аспекту захисту права власності, та застосування адміністративних стягнень, що відображає каральний аспект реалізації правозахисної функції таких суб'єктів².

Суб'єкти системи гарантування адміністративно-правового захисту права власності громадян України в районах проведення антитерористичної операції – учасники правовідносин, які за допомогою нормативно-правових, організаційно-правових та адміністративно-процесуальних гарантій захисту права власності здатні забезпечити протидію порушенню права власності громадян України, попередження, припинення адміністративних порушень у цій сфері, відновлення порушених прав щодо володіння, користування та розпорядження майном громадян України в районах проведення антитерористичної операції.

Беручи до уваги класифікації суб'єктів адміністративного права, запропоновані свого часу Д. Бахрахом, В. Колпаковим, Т. Коломоєць, С. Стеценком, можна стверджувати, що суб'єкти системи гарантування адміністративно-правового захисту права власності громадян України в районах проведення антитерористичної операції, будучи одночасно суб'єктами адміністративних правовідносин, характеризуються визначеним цими науковцями видовим різноманіттям.

Основними критеріями для поділу усіх суб'єктів системи гарантування адміністративно-правового захисту права власності громадян України в районах проведення антитерористичної операції є їхня організаційно-правова форма, відношення до реалізації функцій держави та її представництва у наявних в державі правовідносинах, особливості повноважень, ступінь зовнішньої відокремленості тощо.

Загалом такі суб'єкти можуть бути за організаційно-правовою формою як індивідуальними (наприклад, окремі громадяни України), так і колективними (органи публічного управління, громадські об'єднання).

Деякі автори таких суб'єктів поділяють зважаючи на ступінь їх зовнішньої відокремленості, на юридичні особи (органи виконавчої влади, будь-які інші державні органи, органи місцевого самоврядування, громадські об'єднання, підприємства, установи, організації (в особі їх керівників, які очолюють управління цих підприємств, установ, організацій); колективні суб'єкти (утворення), які не мають ознак юридичної особи, але тією чи іншою мірою наділені нормами адміністративного права певними правами та обов'язками (структурні підрозділи, спеціальні утворення державних і недержавних органів, підприємств, установ, організацій, деякі інші громадські утворення)³.

Цей поділ є цілком слушним і в аспекті класифікації суб'єктів системи гарантування адміністративно-правового захисту права власності громадян України в районах проведення антитерористичної операції. До першої групи належать Міністерство з питань тимчасово окупованих територій та внутрішньо переміщених осіб України, спеціальні підрозділи Національної поліції України, військово-цивільні адміністрації, судові органи, громадські формування з охорони громадського порядку і державного кордону тощо. Друга група, наприклад, може бути представлена робочою групою представників територіальних підрозділів Державної міграційної служби, СБУ, Національної поліції, Держфінінспекції та Пенсійного фонду України з перевірки фактичного місця проживання/перебування внутрішньо переміщених осіб, акти, складені якою, мають вирішальне значення для реалізації прав громадян України на отримання соціальних виплат, відновлення незаконно порушених прав стосовно отримання та реалізації права власності щодо спеціальних матеріальних і фінансових ресурсів.

Аналіз особливостей повноважень, якими наділені такі суб'єкти в окресленій сфері, дає змогу виокремити дві їх групи: 1) суб'єкти адміністративного права, що відповідно до чинного законодавства наділені

повноваженнями у сфері публічного управління та владними повноваженнями щодо протидії можливим порушенням та відновлення порушених прав у сфері власності і спеціальні суб'єкти, яким адміністративно-правовими нормами делеговано такі повноваження в окремих сферах суспільного життя (Міністерство з питань тимчасово окупованих територій та внутрішньо переміщених осіб України, військово-цивільні адміністрації); 2) суб'єкти, які не володіють такими повноваженнями, але своєю діяльністю все ж таки гарантують адміністративно-правовий захист права власності громадян України в районах проведення антитерористичної операції (громадські організації).

Правовий статус суб'єктів системи гарантування адміністративно-правового захисту права власності громадян України в районах проведення антитерористичної операції окреслений нормами низки правових актів, зокрема КУпАП, МКУ, Законів України «Про особливий порядок місцевого самоврядування в окремих районах Донецької та Луганської областей» від 16 вересня 2014 р. № 1680-VII, «Про Національну поліцію» від 2 липня 2015 р. № 580-VIII, «Про військово-цивільні адміністрації» від 3 лютого 2015 р. № 141-VIII, «Про здійснення правосуддя та кримінального провадження у зв'язку з проведенням антитерористичної операції» від 12 серпня 2014 р. № 1632-VII та багатьох інших.

Доцільно звернути увагу на специфіку окремих суб'єктів системи гарантування адміністративно-правового захисту права власності громадян України в районах проведення антитерористичної операції.

Особливості адміністративно-правового статусу Міністерства з питань тимчасово окупованих територій та внутрішньо переміщених осіб України зумовлені змістом Положення про Міністерство з питань тимчасово окупованих територій та внутрішньо переміщених осіб України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 8 червня 2016 р. № 376. МТОТ здійснює заходи і завдання, спрямовані на виконання державних та регіональних програм захисту конституційних прав і законних інтересів громадян України, які вимушено залишили окремі території Донецької та Луганської областей, де органи державної влади тимчасово не здійснюють свої повноваження, або тимчасово окуповану територію України, вживає заходів щодо захисту прав та законних інтересів осіб, які порушені внаслідок збройного конфлікту або тимчасової окупації частини території України.

Однією з найважливіших функцій цього органу є здійснення повноважень у сфері реалізації законодавства щодо гарантування захисту права власності, втілення заходів щодо відновлення об'єктів права власності у цьому регіоні та захисту майнових прав власників. З цієї метою це міністерство збирає та аналізує інформацію про необхідність здійснення заходів з відновлення об'єктів на територіях, які зазнали негативного впливу внаслідок збройного конфлікту або тимчасової окупації, розробляє пропозиції щодо визначення об'єктів, що потребують першочергового відновлення.

Відновлення мирного життя на територіях, що зазнали негативного впливу внаслідок збройного конфлікту, за даними цього міністерства потребує значного фінансування. У 2016 р. на соціально-економічний розвиток та відновлення Донецької і Луганської областей було передбачено 4261,7 млн грн, з них виділено: з державного фонду регіонального розвитку (далі – ДФРР) на Донецьку область – 239 млн грн, на Луганську область – 193,7 млн грн⁴.

Міністерством проводиться значний комплекс робіт щодо гарантування нормального функціонування цього регіону та відновлення об'єктів права власності громадян України на цій території. Зокрема, на засіданні Кабінету Міністрів України 31 серпня 2016 р. розглянуто та схвалено Концепцію Державної цільової програми «Відновлення та розбудова миру в східних регіонах України», розроблену Міністерством. МТОТ виступає бенефіціаром міжнародних проектів «Допомога сім'ям, що постраждали від конфлікту на сході України» на суму 1,732 млн дол. США, «Допомога внутрішнім вимушеним переселенцям в Східній Україні» на суму 5,076 млн дол. США тощо.

Не менш важливі функції щодо гарантування захисту права власності громадян України в районах проведення антитерористичної операції покладено на Національну поліцію України. Суб'єктами системи гарантування захисту права власності громадян України в районах проведення антитерористичної операції є Міністерство внутрішніх справ України, головні управління Національної поліції України, відділи, відділення поліції, Департаменту патрульної поліції Національної поліції України, підрозділів патрульної служби Департаменту патрульної поліції Національної поліції України, Департаменту поліції охорони та його структурних підрозділів.

Адміністративно-правовий статус Національної поліції як суб'єкта гарантування захисту права власності громадян України в районах проведення антитерористичної операції реалізується на підставі Закону України «Про Національну поліцію» від 2 липня 2015 р. № 580-VIII, Положення про Національну поліцію, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 28 жовтня 2015 р. № 877, Положення про Департамент патрульної поліції, затвердженого наказом Національної поліції України від 6 листопада 2015 р. № 73.

Починаючи з 2014 р. найважливішу роль щодо протидії правопорушенням в районах проведення антитерористичної операції відіграли спеціальні підрозділи правоохоронних органів. Діяльність окремих підрозділів патрульної служби поліції особливого призначення у зоні проведення антитерористичної операції має особливе значення, оскільки ці суб'єкти покликані забезпечувати правопорядок, протидію правопорушенням у звільнених населених пунктах Донецької та Луганської областей. Вони здійснюють цілодобове оперативне реагування на повідомлення, припинення правопорушень, допомагають громадянам, які постраждали від правопорушень. Поліцейські не лише несуть службу на другій та третій лінії оборони, а й періодично виконують завдання безпосередньо на лінії розмежування⁵.

У 2015 р. були створені військово-цивільні адміністрації як суб'єкти, наділені повноваженнями щодо забезпечення дії Конституції та законів України, забезпечення безпеки й нормалізації життєдіяльності населення, правопорядку, участі у протидії диверсійним проявам і терористичним актам, недопущення гуманітарної катастрофи в районі проведення антитерористичної операції. Ці тимчасові державні органи створені на підставі Закону України «Про військово-цивільні адміністрації» № 141-VIII, прийнятого Верховною Радою 3 лютого 2015 року.

Такі тимчасові державні органи здійснюють на відповідній території повноваження районних, обласних рад, державних адміністрацій та виступають важливими суб'єктами гарантування захисту права власності. До їхніх обов'язків належить надання допомоги власникам квартир (будинків) у їх відбудові в разі пошкодження в результаті терористичних актів, диверсій; організації за рахунок власних коштів і на пайових засадах будівництва, реконструкції і ремонту об'єктів, житлових будинків; виконання або делегування на конкурсній основі генеральній будівельній організації (підрядній організації) функцій замовника на будівництво, реконструкцію і ремонт житла, інших об'єктів соціальної та виробничої інфраструктури; вирішення відповідно до закону питань регулювання земельних відносин. Важливо, що вони сприяють діяльності органів суду, прокуратури, юстиції, служби безпеки, Національної поліції, адвокатури, Національного антикорупційного бюро України і Державної кримінально-виконавчої служби України щодо їхніх основних напрямів діяльності, в тому числі щодо гарантування захисту права власності в районах проведення антитерористичної операції.

Неможливо переоцінити важливість діяльності судових органів як суб'єктів системи гарантування адміністративно-правового захисту права власності громадян України в районах проведення антитерористичної операції. Бойові дії та загрози в районах проведення антитерористичної операції призвели до зміни організації діяльності судових органів на цій території. Відповідно до Закону України «Про здійснення правосуддя та кримінального провадження у зв'язку з проведенням антитерористичної операції» від 12 серпня 2014 р. № 1632-VII на час проведення антитерористичної операції була змінена територіальна підсудність справ, підсудних судам, розташованим у цих районах.

Повноцінне відновлення діяльності судових органів як суб'єктів системи гарантування адміністративно-правового захисту прав громадян України відбулося завдяки прийняттю Указу Президента України «Про внесення змін до мережі адміністративних судів України» від 12 листопада 2014 р. № 866/2014, Розпоряджень ВССУ «Про визначення територіальної підсудності справ» від 2 вересня 2014 р. № 27/0/38-14, «Про зміну територіальної підсудності справ» від 31 березня 2016 р. № 18/0/38-16, розпоряджень ВАСУ «Про відновлення роботи Донецького окружного адміністративного суду по здійсненню правосуддя у зв'язку із зміною місцезнаходження суду» від 15 грудня 2014 р. № 262 та низки інших.

Сьогодні ці державні органи розглядають широкий перелік справ у сфері власності. До них належать справи про адміністративні правопорушення, які порушують права громадян, спори фізичних чи юридичних осіб із суб'єктами владних повноважень щодо оскарження їхніх рішень (нормативно-правових актів чи правових актів індивідуальної дії), дій чи бездіяльності щодо володіння, користування та розпорядження майном тощо.

Незважаючи на широкий перелік суб'єктів системи гарантування адміністративно-правового захисту права власності громадян України в районах проведення антитерористичної операції, у нашій країні відсутній комплексний нормативно-правовий акт, який би служив правовою основою їх узгодженої роботи щодо захисту прав громадян володіти, користуватися та розпоряджатися майном у цьому регіоні.

Також до цього часу державою не прийнято нормативно-правового акта щодо порядку відшкодування шкоди громадянам України за пошкоджене та зруйноване майно внаслідок проведення антитерористичної операції. У Верховній Раді зареєстрований такий проект Закону про відшкодування збитків за зруйноване (знищене) або пошкоджене приватне житло особам, приватне житло або приватні домогосподарства яких були пошкоджені (зруйновані) під час проведення антитерористичної операції. Цим законопроектом передбачені компенсаційні виплати населенню для часткового відшкодування вартості будівництва та придбання житла замість знищеного. Крім того, частково будуть компенсовані капітальні та поточні ремонти пошкодженого житла⁶. Згідно з проектом Закону, повинна бути створена спеціальна комісія з оцінки та відшкодування збитків щодо об'єктів, розташованих в населених пунктах Донецької і Луганської областей. Як було зазначено у Висновку на проект Закону України «Про відшкодування збитків за зруйноване (знищене) або пошкоджене приватне житло особам, приватне житло або приватні домогосподарства яких було пошкоджені (зруйновані) під час проведення антитерористичної операції» (реєстраційний № 4301 від 24.03.2016), для більш швидкого та ефективного відшкодування заподіяних збитків було б доцільним дозволити таке відшкодування за рахунок Державного бюджету України, але з наданням державі права регресу до винних осіб після їх встановлення та притягнення до відповідальності⁷.

Важливість і нетиповість для нашої держави нових проблем, пов'язаних з проведенням антитерористичної операції, зростання порушень прав громадян у сфері власності, розмір збитків, завданих майну громадян, зумовлює консолідацію зусиль усіх органів публічного управління та громадськості щодо їх подолання. Усе це потребує внесення суттєвих змін до чинного законодавства на основі іноземного досвіду та з урахуванням наявних практичних проблем у цій сфері.

¹ Личенко І. О. Адміністративно-деліктні аспекти захисту права власності : моногр. / І. О. Личенко. – Л. : ЗУКЦ, 2011. – 216 с. – С. 26.

² Там само.

³ Адміністративне право України. Академічний курс: підруч.: у 2 т. / ред. колегія: В. Б. Авер'янов (голова). – К.: Вид-во «Юридична думка», 2004. – Т. 1. – 584 с. – С. 191.

⁴ План діяльності Міністерства з питань тимчасово окупованих територій та внутрішньо переміщених осіб України на 2017 плановий рік та 2018–2019 бюджетні періоди, що настають за плановим : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://mtot.gov.ua/wp-content/uploads/Strateg.plan-2017.pdf>

⁵ Підрозділи особливого призначення стануть основою нової поліції : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.npu.gov.ua/uk/publish/article/1870243>

⁶ Держава компенсує збитки за пошкоджене внаслідок АТО житло за рахунок бюджету : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ua1.com.ua/society/derzhava-kompensue-zbitki-za-poskodzhene-vnaslidok-ato-zhitlo-za-rahunok-derzhbyudzhetu-18307.html>

⁷ Висновок на проект Закону України «Про відшкодування збитків за зруйноване (знищене) або пошкоджене приватне житло особам, приватне житло або приватні домогосподарства яких було пошкоджені (зруйновані) під час проведення антитерористичної операції» (реєстраційний № 4301 від 24.03.2016) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=58524

Резюме

Котормус Т. І. Суб'єкти системи гарантування адміністративно-правового захисту права власності громадян України в районах проведення антитерористичної операції.

Стаття присвячена аналізу стану наукового дослідження суб'єктів системи гарантування адміністративно-правового захисту права власності громадян України в районах проведення антитерористичної операції, здійсненню їхньої класифікації та визначенню особливостей їхнього адміністративно-правового статусу. У статті дано визначення поняття суб'єктів системи гарантування адміністративно-правового захисту права власності громадян України в районах проведення антитерористичної операції, з'ясовано особливості їхнього функціонування та проблеми практичної діяльності.

Ключові слова: право власності, райони проведення антитерористичної операції, захист права власності, адміністративно-правові гарантії захисту права власності, суб'єкти.

Резюме

Котормус Т. И. Субъекты системы обеспечения административно-правовой защиты права собственности граждан Украины в районах проведения антитеррористической операции.

Статья посвящена анализу состояния научного исследования субъектов системы обеспечения административно-правовой защиты права собственности граждан Украины в районах проведения антитеррористической операции, осуществлению их классификации и определению особенностей их административно-правового статуса. В статье дано определение понятия субъектов системы обеспечения административно-правовой защиты права собственности граждан Украины в районах проведения антитеррористической операции, определены особенности их функционирования и проблемы практической деятельности.

Ключевые слова: право собственности, районы проведения антитеррористической операции, защита права собственности, административно-правовые гарантии защиты права собственности, субъекты.

Summary

Kotormus T. Subjects of the system of guaranteeing administrative-legal protection of the property rights of Ukrainian citizens in areas of anti-terrorist operation.

The article is devoted to the analysis of the state of scientific research of the subjects of the system of guaranteeing administrative-legal protection of the property rights of Ukrainian citizens in the areas of the anti-terrorist operation, the implementation of their classification and the identification of their administrative-legal status. The article defines the notion of the subjects of the system of guaranteeing administrative and legal protection of the property rights of Ukrainian citizens in the areas of the anti-terrorist operation, the peculiarities of their functioning and problems of practical activity are determined.

Key words: ownership, area of anti-terrorist operations, protection of property rights, administrative-legal guarantees of protection of the property rights, subjects.

А. М. НАЙЧЕНКО

Альона Михайлівна Найченко, секретар судового засідання Київського апеляційного господарського суду

ПРАВОВА ПРИРОДА ЕЛЕКТРОННИХ ДОКАЗІВ У ГОСПОДАРЬСЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ

З розвитком технологій з'являються нові способи закріплення інформації, які активно використовуються в сучасному суспільстві, в тому числі у сфері підприємницької діяльності. Використання у вказаній діяльності електронного документообігу позитивно впливає на взаємодію між суб'єктами господарювання. Однак у випадку виникнення господарського спору сторони можуть підтвердити факти, на які вони посилаються в обґрунтування своїх вимог і заперечень, тільки за допомогою використання інформації, що міститься на електронних носіях. Як свідчить судова практика, учасники судового процесу досить часто надають суду в якості доказів інформацію, яка міститься на електронних носіях, в тому числі файли, що містяться на лазерних дисках, флеш-картах, жорстких дисках, картах пам'яті, аудіо- та відеокасетах, а також роздруківки з електронних систем (наприклад, роздруківки з Інтернет-сторінок, електронне листування та ін.). А тому питання використання вказаної інформації в якості доказів у господарському судочинстві вимагає пильної уваги, а їх регулювання має бути спрямоване на запобігання необґрунтованій відмови у використанні подібної інформації як засобу доказування. Варто зазначити, що докази завжди були й залишаються центральним правовим інститутом господарського процесу, тому в період реформування останнього зростає потреба у вивченні доказів і доказування, в т.ч. електронних доказів, з метою вдосконалення їх правового регулювання.

Дослідженням інституту доказування займалися відомі вчені, правознавці М. О. Абрамов, Р. С. Белкін, Н. В. Жогін, В. К. Мамотов, О. В. Муравін, А. Й. Осетинський, М. С. Строгович, М. К. Треушнікова, В. В. Ярко. Крім того, слід згадати вчених, які зробили значний внесок безпосередньо у способи доказування в господарському процесі. Це О. О. Присяжнюк, С. О. Теньков, Е. А. Трусова, О. П. Євсєєв та інші.

Метою дослідження в даній статті є встановлення можливості використання електронної інформації в якості електронних доказів у господарському судочинстві.

Господарський процесуальний кодекс України № 2147-VIII у редакції від 3 жовтня 2017 р., що набув чинності 15 грудня 2017 р., до засобів доказування, які можуть бути використані в господарському процесі, відносить письмові, речові та електронні докази, висновки експертів і показання свідків.

Нарешті учасники судового провадження дочекалися законодавчого закріплення використання інституту електронних доказів у господарському процесі.

Приписами ч. 1 ст. 96 Господарського процесуального кодексу України встановлено, що електронними доказами є інформація в електронній (цифровій) формі, яка містить дані про обставини, що мають значення для справи, зокрема, електронні документи (в тому числі текстові документи, графічні зображення, плани, фотографії, відео- та звукозаписи тощо), веб-сайти (сторінки), текстові, мультимедійні й голосові повідомлення, метадані, бази даних та інші дані в електронній формі. Такі дані можуть зберігатися, зокрема, на портативних пристроях (картах пам'яті, мобільних телефонах тощо), серверах, системах резервного копіювання, інших місцях збереження даних в електронній формі (в тому числі в мережі Інтернет)¹.

Так, у разі подання особою електронної копії доказу суд може витребувати в останньої оригінал наданого доказу. У разі не надання оригіналу витребуваного доказу, якщо в суду виник сумнів в його автентичності, даний доказ не береться судом до уваги. Оригінали або копії електронних доказів мають зберігатись в матеріалах справи.

Проаналізувавши законодавчі приписи щодо інституту електронних доказів, можна виділити такі їх основні ознаки:

- нематеріальний вигляд;
- можливість існування оригіналу електронного доказу в кількох місцях одночасно;
- можливість, без втрати характеристик, копіювання на різні пристрої;
- для відтворення необхідно використовувати відповідні технічні засоби.

Варто зазначити, що видів електронних доказів існує досить багато. Останнім часом набули значного поширення партнерські переговори на відстані за допомогою мережі Інтернет, дистанційні презентації, переписка між контрагентами щодо укладення договорів, пересилання актів прийому-передачі, замовлень, різноманітних підтверджень, рахунків-фактур. У зв'язку з цим одним із різновидів способів доказування в господарському судочинстві є електронна переписка. На практиці даний вид доказів застосовується все частіше.

Як показують дослідження у галузі інформаційного права, отримання або відправлення повідомлення з використанням адреси електронної пошти представника суб'єкта підприємницької діяльності або елект-

ронної пошти його компетентного співробітника свідчить про вчинення цих дій самою особою, поки не доведено зворотнє.

Л. В. Білецька вважає, що в кожному окремому випадку суди оцінюють листування щодо конкретних обставин справи².

Однак судам як правозастосовним органам доцільно було б сформувати однакову позицію щодо застосування відповідних норм процесуального законодавства та виробити певні універсальні критерії оцінювання електронного листування як доказу.

Правовою підставою використання електронних доказів у господарському процесі є п. 2.5 Постанови пленуму Вишого господарського суду України № 18 від 26 грудня 2011 р. «Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України судами першої інстанції», в якому зазначено, що будь-які подані учасниками процесу докази (зокрема, й стосовно інформації у мережі Інтернет) підлягають оцінці судом на предмет належності та допустимості³.

Важливим з точки зору теорії і практики є питання правової природи електронних доказів. На думку А. П. Вершиніна, віднесення електронних документів до письмових доказів ґрунтується на тому, що відомості, які містяться в електронних документах, являють собою людську думку (поняття, судження, умовиводи і так далі) щодо існуючої дійсності⁴.

Так, дехто з вчених вважає, що електронний документ не можна розглядати як письмовий доказ у чистому вигляді, оскільки у електронного документа відсутній один з найважливіших ознак доказів – письмова форма. Ряд дослідників пропонують відносити електронні документи до речових доказів. Подібність електронних документів з речовими доказами, на думку вчених, пояснюється тим, що електронні документи самі по собі недоступні людському сприйняттю, вони служать лише засобом встановлення обставин, що мають значення для справи⁵.

Деякі процесуалісти стверджують, що юридична (доказова) природа зазначених доказів не визначена, однак очевидно, що їх навряд чи можна віднести до письмових або речових доказів. Інші ж вважають, що електронні засоби доказування охоплюються всіма відомими видами доказів, при цьому потребують додаткової процесуальної регламентації⁶.

Аналізуючи зазначені позиції, можна дійти висновку, що електронний документ має змішаний характер. Відмінність його від письмового доказу в тому, що в письмовому документі висловлена думка автора. Позиція автора в письмовому документі ґрунтується на суб'єктивній переробці отриманої інформації. Матеріали застосування науково-технічних засобів (це стосується не всіх електронних документів, а звуко- і відеозаписів) не містять суб'єктивну переробку інформації. З речовими доказами електронні засоби доказування об'єднує те, що електронні документи самі по собі не доступні людському сприйняттю, а служать лише засобом встановлення обставин, що мають значення для справи. Разом з тим інформація, що міститься в пам'яті електронно-обчислювальної машини, є тиражованою, тобто має властивість письмового доказу.

Таким чином, електронні докази мають істотну специфіку, яка повинна відобразитися в матеріальному та процесуальному законодавстві, оскільки існують специфічні вимоги, що пред'являються до форми електронного документа, які забезпечують його доказову функцію.

Варто зазначити, що в господарському законодавстві відсутні умови, яких необхідно дотримуватись для надання електронному документу статусу доказу. Одним із основних завдань щодо визначення критеріїв допустимості електронних доказів є встановлення таких параметрів, які б забезпечували максимальну достовірність цих доказів, а також законність їх отримання.

Приписами Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» встановлено, що електронним документом є документ, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов'язкові реквізити документа. Створення електронного документа завершується накладанням електронного підпису. Електронний підпис є обов'язковим реквізитом електронного документа, який використовується для ідентифікації автора та/або підписувача електронного документа іншими суб'єктами електронного документообігу⁷.

У законодавстві і на практиці ключову роль у створенні електронного документа відіграє успішна перевірка електронного цифрового підпису (далі – ЕЦП). Ця процедура дає змогу встановити, по-перше, походження документа та його авторство, по-друге, його цілісність, тобто той факт, що після підписання ніхто не вносив в документ ніяких змін.

Технічно цього можна домогтися, виробивши в момент підписання якусь контрольну характеристику. Тобто певний алгоритм (мовою фахівців іменованій функцією хешування, або хеш-функцією), який дозволяє отримувати для будь-якої послідовності двійкових кодів тільки одну контрольну суму, або дайджест. Будь-яке виправлення, внесене в цю послідовність, призведе до того, що при повторному підрахунку вийде зовсім інша сума. І навпаки, відтворення раніше зафіксованої суми при новому підрахунку означає, що з моменту її фіксації жодні зміни не відбувались.

При створенні ЕЦП контрольна сума зашифровується певним способом, при цьому застосовується пара з двох ключів. За допомогою одного з них інформація зашифровується, за допомогою іншого – розшифровується, але так, що назад зашифрувати її цим ключем неможливо. Так, перший з цієї пари ключів повинен бути відомий тільки відправнику, що неzapеречно доводить його авторство. Тому він іменується особистим ключем. Другий же ключ, відкритий, служить для перевірки справжності повідомлення. Здійснивши обрахунок контрольної суми переданого повідомлення і порівнявши її з тією, яка була прикладена в зашифрова-

ному вигляді і піддалася розшифровці цим ключем, можна перекоонатися, що повідомлення створив власник першого ключа, після чого в ньому не був змінений ні один біт інформації.

У випадку з електронним посвідченням підпису на електронних документах слід мати на увазі, що засвідчується не тільки підпис власника сертифіката ключа підпису, а й відсутність спотворень в електронних документах.

Підтвердження справжності електронного цифрового підпису в електронному документі є умовою використання цього документа як доказу. Чинне законодавство вирішує це питання досить суперечливо.

З огляду на останні зміни в процесуальному законодавстві для використання електронних доказів у господарському процесі мають бути врегульовані наступні питання:

– сторона, яка надає до суду електронні докази, повинна забезпечити в судове засідання технічні засоби, що відсутні в залі суду для відтворення змісту електронного доказу;

– сторона, яка надає до суду електронні докази, має оплатити витрати, пов'язані з дослідженням електронного доказу відповідними фахівцями;

– суд не має права відмовити в прийнятті електронних доказів у зв'язку з відсутністю в суді відповідного технічного забезпечення для відтворення доказів у судовому засіданні.

У зв'язку з недостатнім врегулюванням інституту електронних доказів у господарському процесі з'являється багато проблемних питань при їх використанні. Перші проблеми виникають вже на етапі залучення електронних документів до матеріалів справ. У законі відсутні вимоги щодо форми та формату надання будь-яких фактичних даних в електронній формі, щодо порядку дослідження форм надання електронних документів і порядку залучення їх до матеріалів судової справи. Найчастіше електронні документи повинні подаватися в суд не на технічному, а на паперовому носії, тобто перетвореними на друкований вигляд, що дає змогу візуально досліджувати і обговорювати подані докази.

На практиці виникає ситуація, коли електронні докази не досліджуються судом як прямі докази в силу технічної невідповідності суду або існуючого протягом тривалого часу паперового документообігу в судах. Суд буде оцінювати як прямий доказ або копію електронного документа на паперовому носії (коли електронний документ несе в собі текстову або графічну інформацію), або висновок експерта (якщо оскаржується електронний цифровий підпис на електронному документі і призначається експертиза).

Крім проблеми допустимості доказів існує також проблема їх отримання. При цьому для різних доказів потрібні різні тактичні прийоми доведення. Практика знає наступні шляхи доведення інформації з сайту:

1) безпосередня демонстрація в залі судового засідання. Для цього потрібна наявність відповідного технічного забезпечення. Варто зазначити, що інша сторона може підготуватися і змінити вміст сайту;

2) складання протоколу огляду з підписами свідків. У даному випадку йдеться про підміну показань свідків письмовими. Зустрічаються пропозиції опечатування відповідних носіїв інформації (дисків, флеш-карт і навіть ноутбуків) в присутності свідків;

3) забезпечення доказів нотаріусом. У даному випадку необхідно довести наявність підстав вважати, що подання доказів згодом стане неможливим або складним. Нотаріус повідомляє про час і місце забезпечення доказів сторони і заінтересованих осіб. Забезпечення доказів проводиться шляхом складання протоколу огляду. В даному протоколі повинні бути відображенні адреса сайту, мета огляду, час огляду, характеристики комп'ютера, який використовується, провайдер, принтер, за допомогою якого було здійснено друк фотографії сайту;

4) фіксація за допомогою оператора зв'язку. Даний метод можна застосовувати також для доведення факту і змісту листування за допомогою електронних повідомлень.

Найбільш загальними вимогами до електронних документів є ті, що електронний документ повинен бути читабельним і мати необхідні реквізити. Як уже зазначалось, одним із способів встановлення достовірності походження електронного документа є електронний цифровий підпис.

Існують також інші способи перевірки істинності електронного документа. Зокрема, М. Д. Олегів пропонує для визначення достовірності документа, отриманого за допомогою електронної пошти, залучати в судове засідання фахівця, який допоможе досліджувати електронний документ не на магнітному носії (дискеті, лазерному диску), а безпосередньо на комп'ютері одержувача. У тому випадку, якщо виникають сумніви в достовірності документа (електронного або отриманого за допомогою факсимільного чи іншого зв'язку), наприклад, якщо зміст поданих сторонами документів різниться, необхідно приймати додаткові заходи для дослідження достовірності таких документів, а в необхідних випадках – призначати експертизу⁸.

І. В. Казачук вважає: «Змінити ситуацію на краще та забезпечити використання електронних доказів при здійсненні доказування у вітчизняних видах юридичного процесу без необхідності проведення додаткових процесуальних дій та формування інших джерел доказів, що є досить дорогим та довготривалим процесом, можна шляхом зміни підходу до цього інституту. При цьому доцільно звернути увагу на досвід Німеччини та Франції щодо правового регулювання у вказаній сфері. Так, німецький підхід до надання юридичної сили електронним документам нарівні із юридичною силою документів у паперовому вигляді полягає у побудові суворого порядку на базі регулювання використання криптографії з відкритим та закритим ключем, тобто доказова сила таких документів забезпечується наявністю електронного цифрового підпису. У Франції електронні документи отримали таке ж визнання юридичної сили, як і паперові з власноручним підписом, без зв'язку із конкретним технологічним засобом»⁹.

Після внесення змін до процесуальних кодексів потребують удосконалення інструкції з діловодства в господарських судах. Адже відповідно до цих інструкцій документи, отримані електронною поштою без електронного цифрового підпису або каналами факсимільного зв'язку, не належать до офіційних.

Необхідно розуміти, що процес впровадження інноваційних технологій не може носити виключно позитивний характер. Будь-яке реформування має свої наслідки і недоліки, породжує суперечності й нові питання, деякі з яких можливо сформулювати відразу, а інші можна буде виявити тільки в ході правозастосовної практики. А тому нині залишається відкритим питання, як суд буде досліджувати й оцінювати електронні докази.

¹ Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII // Верховна Рада України. Офіційний веб-портал : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>

² Білецька Л. Доказування у господарському процесі України. На шляху до формування судових стандартів / Л. Білецька // Господарське право і процес – 2013. – № 2 (3). – С. 60.

³ Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України судами першої інстанції : постанова пленуму Вищого господарського суду України від 26 грудня 2011 р. № 18 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/go/v0018600-11>

⁴ Вершинин А. П. Электронный документ : правовая форма и доказательство в суде : учебно-практическое пособие / А. П. Вершинин. – М. : Прогресс, 2000. – 250 с.

⁵ Горелов М. В. Электронные доказательства в гражданском судопроизводстве России : вопросы теории и практики : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.15 / М. В. Горелов. – Екатеринбург : Спартак, 2005. – 182 с.

⁶ Ворожбит С. П. Электронные средства доказывания в гражданском и арбитражном процессе : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.15 «Гражданский процесс, арбитражный процесс» / С. П. Ворожбит. – СПб., 2011. – 25 с.

⁷ Про електронні документи та електронний документообіг: Закон України від 22 травня 2003 р. № 851-15 // Верховна Рада України. Офіційний веб-портал : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/851-15>

⁸ Олегов М. Д. Истина в гражданском процессе : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / М. Д. Олегов ; МГЮА. – М., 1999. – 184 с.

⁹ Казачук І. В. Використання у доказуванні електронних джерел фактичних даних в адміністративно-деліктному процесі / І. В. Казачук // Європейські перспективи. – 2014. – № 6. – С. 93–97.

Резюме

Найченко А. М. Правова природа електронних доказів у господарському судочинстві.

У статті здійснено аналіз правового інституту електронних доказів, надано характеристику вказаному інституту, виділено його основні ознаки та встановлено проблематику використання електронних доказів у господарському судочинстві.

Ключові слова: електронні докази, електронні документи, електронний цифровий підпис.

Резюме

Найченко А. М. Правовая природа электронных доказательств в хозяйственном судопроизводстве.

В статье осуществлен анализ правового института электронных доказательств, дана характеристика этому институту, выделены его основные признаки и установлена проблематика использования электронных доказательств в хозяйственном судопроизводстве.

Ключевые слова: электронные доказательства, электронные документы, электронная цифровая подпись.

Summary

Naichenko A. Legal nature of electronic proofs in the economic court.

The analysis of legal institute of electronic proofs is carried out in the article, description is given to this institute, identifies its main features and establishes the problems of electronic proofs in economic court.

Key words: electronic proofs, electronic documents, electronic digital signature.

В. М. СИГИДИН

Віталій Михайлович Сигидин, аспірант НДІ приватного права та підприємництва імені Ф. Г. Бурчака НАПрН України, заступник начальника Головного територіального управління юстиції з питань державної реєстрації – начальник Управління державної реєстрації Головного територіального управління юстиції у м. Києві

ПІДВИЩЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ ІНСТИТУТУ ДЕРЖАВНОЇ РЕЄСТРАЦІЇ РЕЧОВИХ ПРАВ НА НЕРУХОМЕ МАЙНО В СУЧАСНИХ УМОВАХ

Протягом усієї історії людства незалежно від суспільно-економічної формації нерухоме майно залишається одним із центральних інститутів цивільних та господарських відносин. Більше того, на сьогодні об'єкти нерухомості є одним із основних засобів збереження та накопичення капіталу. Як слушно зауважує Р. А. Майданик, в умовах необхідності формування в Україні стабільного та ефективного цивільного обороту в сфері нерухомості додаткової актуальності набувають питання міжгалузевих зв'язків у цивільному вітчизняному праві щодо державної реєстрації речових прав на нерухоме майно. Тому важливим є створення більш ефективної системи державної реєстрації зазначених прав шляхом врахування передових міжнародних зразків подібного правового регулювання цивільного обороту на ринку нерухомого майна¹.

Як відомо, система державної реєстрації речових прав на нерухоме майно у нашій державі протягом останніх десятиліть перебуває на стадії модернізації, яка своєю чергою зумовлена здебільшого тим, що Україна взяла на себе низку зобов'язань щодо реформування та адаптації вітчизняного законодавства відповідно до стандартів держав Європейського Союзу, які повинні відбуватися в рамках офіційної політики «Європейського вибору». Водночас необхідно констатувати, що постійне реформування системи державної реєстрації речових прав та зміна напрямів у правовому регулюванні державної реєстрації речових прав на нерухоме майно створює перешкоди в реалізації на практиці механізмів закріплення цивільних прав на об'єкти нерухомості, у здійсненні та створенні системи гарантій прав суб'єктів речових прав, не говорячи вже про їх охорону та захист, що, безумовно, негативно впливає на цивільно-правовий обіг нерухомості.

Попри загалом позитивний характер нововведень, запроваджених протягом останніх декількох років у сфері реформування інституту державної реєстрації прав на нерухомість, зокрема, розширення повноважень нотаріусів у сфері державної реєстрації речових прав, забезпечення відкритого доступу до відомостей про об'єкти нерухомості та інше, варто констатувати, що такі зміни зумовили більш сприятливі умови для протиправного заволодіння нерухомим майном через несанкціоноване втручання в роботу Державного реєстру. Йдеться про активізацію діяльності так званих «чорних нотаріусів». Адже розширення доступу до інформації Реєстру створило ситуацію, коли нотаріуси та відповідні працівники в органах місцевого самоврядування, маючи доступ до державних реєстрів та дізнавшись персональні дані власника нерухомого майна, отримали можливість вносити зміни щодо власників підприємств чи майна. Також слід зазначити, що у зв'язку із запровадженням низки законодавчих новел виникла ще й проблема забезпечення безпеки та схоронності Державного реєстру прав. При чому проблема набула організаційно-технічного характеру, адже зросла загроза втрати відомостей, що містяться у Державному реєстрі, зокрема, через можливе пошкодження обладнання, яке забезпечує безперервний доступ до Реєстру.

Із зазначеного вище вбачається, що нововведення щодо розширення повноважень нотаріусів у сфері здійснення державної реєстрації речових прав на нерухомість, відкритий доступ до даних Реєстру та інші законодавчі зміни не лише стали позитивним поштовхом на шляху вдосконалення інституту державної реєстрації речових прав у нашій державі, а й створили цілий плацдарм для різноманітних маніпуляцій та зловживань з боку недобросовісних суб'єктів державної реєстрації речових прав на нерухомість. Водночас відсутність суворої адміністративної та кримінальної відповідальності нотаріусів як спеціальних суб'єктів державної реєстрації сприяла виникненню випадків, пов'язаних із рейдерством та незаконним переоформленням прав на майно.

Стосовно запровадження електронного обігу інформації, що підтверджує речові права, слід зауважити, що, безумовно, такі прогресивні для нашої правової системи зміни сприймаються доволі позитивно, адже надзвичайно важливим на сьогодні є перейняття від європейських країн ефективних механізмів правового регулювання державної реєстрації речових прав. Водночас вважаємо, що вказані новели з практичної точки зору характеризуються суперечливістю, адже громадяни в нашій державі звикли до паперової форми документів на нерухоме майно, які повинні бути оформлені письмово на відповідних бланках державного зразка зі ступенями захисту, містити печатку та підпис органу, уповноваженого видавати такий документ. Однак з 1 січня 2016 р. речові права почали підтверджуватися лише записами в Державному реєстрі, що у свою чергу

створило ситуацію, при якій цілком достатньо змінити інформацію в Державному реєстрі – і в законного власника не буде жодного документа на підтвердження його права².

З огляду на низку проблем, спричинених надмірною лібералізацією системи державної реєстрації речових прав на нерухомість, органами державної влади було вжито оперативних заходів щодо усунення їх наслідків. Зокрема, 12 січня 2016 р. Міністерством юстиції України було створено Комісію з розгляду скарг на дії державних реєстраторів, а 12 вересня 2016 р. спільно з Національною поліцією України було підписано Меморандум про взаємодію з метою протидії протиправному позбавленню права власності, недопущення використання схем і методів рейдерського захоплення суб'єктів господарювання.

Крім того, 6 жовтня 2016 р. Верховною Радою України було прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення державної реєстрації прав на нерухоме майно та захисту прав власності», який набув чинності 2 листопада 2016 року³. На нашу думку, доцільно провести аналіз законодавчих змін з огляду на їх важливу роль у вдосконаленні системи державної реєстрації речових прав.

Зокрема, внесено зміни у абз. 1 ч. 5 ст. 3 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень»⁴, якими скасовується принцип так званої «генеральної» екстериторіальності, тобто здійснення державної реєстрації речових прав у межах України незалежно від місцезнаходження нерухомого майна. Натомість вводиться принцип «локальної» екстериторіальності, тобто державна реєстрація здійснюватиметься незалежно від місцезнаходження нерухомого майна виключно в межах Автономної Республіки Крим, області, міст Києва та Севастополя.

Згідно з положеннями ч. 1 ст. 9 цього ж Закону відтепер зберігання реєстраційних справ у паперовій формі здійснюється виключно виконавчими органами міських рад, міст обласного та/або республіканського Автономної Республіки Крим значення, Київською, Севастопольською міськими, районними, районними у містах Києві та Севастополі державними адміністраціями, за місцезнаходженням відповідного майна. Вбачається, що вказані зміни є цілком закономірним продовженням попереднього нововведення в контексті ведення Державного реєстру речових прав, при цьому повноваження інших суб'єктів державної реєстрації речових прав щодо зберігання реєстраційних справ є законодавчо обмеженими. Більше того, чітко встановлено строк зберігання реєстраційної справи протягом 10 років.

Згідно зі змінами, внесеними до ст. 14 Закону, державна реєстрація на новостворений об'єкт нерухомості тягне за собою закриття розділу Державного реєстру прав, відкритого на цю нерухомість, як об'єкт незавершеного будівництва. Йдеться про те, що у цьому випадку відповідний розділ та реєстраційна справа щодо об'єкта незавершеного будівництва закриваються, реєстраційний номер такого об'єкта скасовується. Натомість для новоствореного об'єкта нерухомого майна відкривається новий розділ у Державному реєстрі прав та формується нова реєстраційна справа, а також присвоюється новий реєстраційний номер такому об'єкту. Таким чином законодавець унеможливив відкриття паралельних розділів Державного реєстру і ліквідував один зі способів рейдерства щодо нерухомості, пов'язаний з існуванням кількох розділів реєстру на один і той самий об'єкт нерухомого майна.

Особливої уваги в контексті вдосконалення системи державної реєстрації речових прав та протидії незаконним діям щодо нерухомого майна заслуговує ст. 20 Закону в новій редакції, згідно з положеннями якої про подання/отримання заяви на проведення реєстраційних дій державний реєстратор повинен невідкладно повідомити власника нерухомого майна, щодо якого подано заяву. При цьому Порядок подання заяв у сфері державної реєстрації прав та повідомлення власника об'єкта нерухомого майна про подані заяви визначається Кабінетом Міністрів України в Порядку державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обтяжень. На важливість цього нововведення вказує той факт, що саме відсутність інформації у власників щодо операцій з їхнім майном, у тому числі й щодо його перереєстрації на інших осіб, сприяла розвитку та поширенню рейдерства в Україні. Адже на момент, коли власникові майна стало відомо про маніпуляції, об'єкти нерухомості вже перебували у власності інших осіб. На виконання такого обов'язку Порядок державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обтяжень⁵ було доповнено п. 11¹, згідно з яким повідомлення власника об'єкта нерухомого майна здійснюється державним реєстратором у разі наявності в Державному реєстрі прав відомостей про електронну адресу власника як адреси для зворотного зв'язку шляхом надсилання на таку електронну адресу інформації в електронній формі про тип заяви, її реєстраційний номер, дату та час подання, прізвище, ім'я та (за наявності) по батькові заявника з накладенням власного електронного цифрового підпису.

З приводу цього нововведення хотілося б зазначити, що успішне виконання обов'язку державного реєстратора щодо повідомлення власника про вчинення реєстраційних дій залежить від того, чи вказав власник нерухомості свою електронну адресу реєстратору, адже саме на її підставі до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно вносяться відомості про засіб зв'язку з власником. Тому цілком очевидним є те, що таке повідомлення неможливе, поки в реєстрі не з'явиться електронна адреса власника. Крім того, варто зауважити, що згідно з абз. 3 п. 11¹ вищезазначеного Порядку повідомлення про реєстраційні дії не надходить, коли державна реєстрація прав відбувається за безпосередньої участі власника об'єкта нерухомого майна. Разом із тим слід констатувати, що в переважній більшості випадків незаконні реєстраційні дії здійснюються нібито власниками, від імені яких діють підставні особи, з огляду на що дієвість та доцільність такого превентивного заходу ставляться під сумнів.

Варто зазначити й те, що законодавець повернув можливість власникам мати належно оформлені правопідтвердуючі документи на об'єкти нерухомості у паперовій формі. Так, згідно зі змінами, внесеними до

ст. 21 Закону, витяги з Державного реєстру прав про проведену державну реєстрацію прав надаються в електронній та за бажанням заявника в паперовій формі. При цьому витяг у паперовій формі надається з проставленням підпису та печатки державного реєстратора. Аналізуючи вказані зміни, слід оцінити їх доволі позитивно з огляду на те, що рівень довіри до державних органів у нашій країні є доволі низький, у тому числі й щодо гарантування захисту відомостей, які містяться та зберігаються в державних реєстрах в електронній формі. Тому вважаємо, що факт здійснення державної реєстрації речових прав на об'єкти нерухомості повинен бути підтверджений як в електронній, так і в паперовій формах. Таким чином, відчуття захищеності належних громадянам речових прав на нерухомість буде вищим.

Аналізуючи положення Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення державної реєстрації прав на нерухоме майно та захисту прав власності», окрему увагу необхідно приділити й такому важливому заходу протидії незаконним діям у сфері реєстрації речових прав на нерухоме майно, як посилення відповідальності нотаріусів. Так, нормами Закону внесено зміни до ст. 166²³ Кодексу України про адміністративні правопорушення⁶, згідно з якими порушення порядку державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень тягне за собою накладення штрафу від двохсот до чотирьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, тобто від 3400 до 6800 гривень. Повторне протягом року вчинення вказаного порушення, за яке особу вже було піддано адміністративному стягненню, тягне за собою накладення штрафу від чотирьохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, тобто від 5100 до 8500 гривень.

Вказаним Законом також було змінено низку норм у Кримінальному кодексі України⁷, що стосуються кримінальних правопорушень у сфері державної реєстрації речових прав. Зокрема, Законом внесено зміни до ст. 206 КК України «Протидія законній господарській діяльності», згідно з якими злочином вважатиметься діяння у вигляді знищення майна або захоплення цілісного майнового комплексу, його частини, будівель, споруд, земельної ділянки, об'єктів будівництва, інших об'єктів та незаконне припинення або обмеження діяльності на цих об'єктах та обмеження доступу до них. Змінено положення ч. 1 ст. 358 КК України, згідно з якими підроблення посвідчення або іншого офіційного документа, який видається чи посвідчується підприємством, установою, організацією, громадянином-підприємцем, нотаріусом, державним реєстратором, суб'єктом державної реєстрації прав чи іншою особою, яка має право видавати чи посвідчувати такі документи, і який надає права або звільняє від обов'язків, з метою використання його підроблювачем чи іншою особою або збут такого документа, а також виготовлення підроблених печаток, штампів чи бланків підприємств, установ чи організацій незалежно від форми власності, інших офіційних печаток, штампів чи бланків з тією самою метою або їх збут, караються штрафом до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до двох років. Крім того, внесено низку змін до статей КК України, що стосуються вчинення злочинів у сфері службової діяльності.

Також важливо підкреслити, що законодавець у вищезазначеному Законі вдався і до запровадження механізму позбавлення нотаріусів права на заняття нотаріальною діяльністю за порушення порядку вчинення реєстраційних дій як державного реєстратора. Зокрема, відповідні положення містяться у п. «е» ст. 12 Закону України «Про нотаріат»⁸ «Анулювання свідоцтва про право на заняття нотаріальною діяльністю». При цьому слід зауважити, що досі нотаріуси відповідали лише за законність вчинення нотаріальних дій, до яких реєстраційні дії з нерухомістю чи суб'єктами господарювання не належать. Вважаємо, що такий превентивний захід можна визнати важливим інструментом боротьби у сфері протидії правопорушенням щодо державної реєстрації речових прав на нерухоме майно.

Насамкінець необхідно також зазначити, що в ході реформування системи державної реєстрації речових прав розширено повноваження Міністерства юстиції України. Зокрема, Міністерство юстиції України уповноважене здійснювати контроль у сфері державної реєстрації прав, у тому числі, шляхом моніторингу реєстраційних дій в Державному реєстрі прав з метою виявлення порушень порядку державної реєстрації прав державними реєстраторами, уповноваженими особами суб'єктів державної реєстрації прав, за результатом якого у разі виявлення порушень порядку державної реєстрації прав державними реєстраторами, уповноваженими особами суб'єктів державної реєстрації прав Міністерством юстиції України проводяться перевірки державних реєстраторів чи суб'єктів державної реєстрації прав.

Загалом, оцінюючи зміни та нововведення, запроваджені Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення державної реєстрації прав на нерухоме майно та захисту прав власності», необхідно зазначити, що переважна більшість із них може бути інтерпретована як крок назад у сфері вдосконалення та реформування інституту державної реєстрації речових прав на нерухомість, адже відбулось зниження рівня лібералізації самої процедури здійснення реєстрації прав. З одного боку, простежується суттєва непослідовність та нелогічність дій державних органів у процесі здійснення реформування системи державної реєстрації речових прав. Не кажучи вже й про те, що часті законодавчі зміни призводять до неможливості учасників реєстраційних відносин при звичайтись до нових правил, а українських судів – сформувати усталену практику вирішення справ у цій сфері. З іншого боку, як показує досвід останніх років, надмірне спрощення бюрократичних процедур та посилення диспозитивних засад у цій сфері призвело до значного зростання протиправних маніпуляцій із об'єктами нерухомості та порушення речових прав громадян. Вважаємо, що реформування інституту державної реєстрації прав, у тому числі запровадження нововведень та зниження контролю державних органів у цій сфері, повинні відбуватись поступово і обов'язково з урахуванням рівня адаптації до відповідних змін населення.

¹ Майданик Р. А. Цивільне право і державна реєстрація речових прав на нерухоме майно / Р. А. Майданик : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://westudents.com.ua/glavy/72062-tsivlne-pravo-derjavna-restratsiya-rechovih-prav-na-neruhome-mayno.html>

² Самбірський М. «Слабкі місця» державного реєстру речових прав / М. Самбірський : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.pressreader.com/ukraine/yurydychna-gazeta/20160816/281861527904925>

³ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення державної реєстрації прав на нерухоме майно та захисту прав власності : Закон України від 6 жовтня 2016 р. № 1666-19 // Відомості Верховної Ради України. – 2016. – № 47. – Ст. 800.

⁴ Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : Закон України від 1 липня 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 51. – Ст. 553.

⁵ Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : постанова Кабінету Міністрів України від 25 грудня 2015 р. № 1127 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1127-2015-%D0%BF/page>

⁶ Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон України від 7 грудня 1984 р. № 8073-X // Відомості Верховної Ради УРСР – 1984. – Дод. до № 51. – Ст. 1122.

⁷ Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III // Відомості Верховної ради України. – 2001. – № 25-26. – Ст. 131.

⁸ Про нотаріат : Закон України від 2 вересня 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 39. – Ст. 383.

Резюме

Сигидин В. М. Підвищення ефективності інституту державної реєстрації речових прав на нерухоме майно в сучасних умовах.

Стаття присвячена дослідженню питання підвищення ефективності здійснення державної реєстрації речових прав на нерухомість. Зокрема, виділено низку проблем, зумовлених надмірною лібералізацією системи здійснення державної реєстрації. Проаналізовано основні законодавчі новели, спрямовані на усунення правопорушень у сфері державної реєстрації, серед яких: запровадження принципу «локальної екстериторіальності» державної реєстрації, повернення правопідтверджуючих документів на нерухомість у паперовій формі, посилення адміністративної та кримінальної відповідальності державних реєстраторів, позбавлення нотаріусів права на заняття нотаріальною діяльністю за порушення порядку вчинення реєстраційних дій, розширення повноважень Міністерства юстиції України у сфері контролю за здійсненням державної реєстрації.

Ключові слова: державна реєстрація, речові права, нотаріус, кримінальна відповідальність, нерухоме майно, обтяження, державний реєстратор.

Резюме

Сигидин В. М. Повышение эффективности института государственной регистрации прав на недвижимое имущество в современных условиях.

Статья посвящена исследованию вопроса повышения эффективности осуществления государственной регистрации прав на недвижимость. В частности, выделен ряд проблем, обусловленных избыточной либерализацией системы осуществления государственной регистрации. Проанализированы основные законодательные новеллы, направленные на устранение правонарушений в сфере государственной регистрации, среди которых: введение принципа «локальной экстерриториальности» государственной регистрации, возврат правоподтверждающих документов на недвижимость в бумажной форме, усиление административной и уголовной ответственности государственных регистраторов, лишение нотариусов права на занятие нотариальной деятельностью за нарушение порядка совершения регистрационных действий, расширение полномочий Министерства юстиции Украины в сфере контроля за осуществлением государственной регистрации.

Ключевые слова: государственная регистрация, вещные права, нотариус, уголовная ответственность, недвижимое имущество, обременение, государственный регистратор.

Summary

Sygydyn V. The increasing of the efficiency of the institution of state registration of property rights to real estate in modern conditions.

The article is devoted to research of the issues of increasing of the efficiency of the state registration of property rights to real estate. In particular, the author identified a number of problems which had been caused by excessive liberalization of the system of state registration. The main legislative novelties aimed at elimination of offenses in the field of state registration are analyzed, among them the establishing of the principle of “local extraterritoriality” of state registration, the returning of legal documents confirming property in paper form, strengthening the administrative and criminal liability of state registrars, depriving of notaries of the right to engage in notarial activities for violation of the procedure for registration actions, extension of powers of the Ministry of Justice of Ukraine in the sphere of control over the implementation of state registration.

Key words: state registration, property rights, notary, criminal liability, real estate, encumbrances, state registrar.

Н. Л. ЦОПІНА

Наталія Леонідівна Цопіна, здобувач НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

ВСТАНОВЛЕННЯ НОТАРІУСОМ МАЙНА, ЩО МОЖЕ БУТИ ОБ'ЄКТОМ ДОГОВОРУ ДОВІЧНОГО УТРИМАННЯ (ДОГЛЯДУ)

Відповідно до цивільного законодавства об'єктом договору довічного утримання (догляду) може бути житловий будинок, квартира, їх частина, інше нерухоме майно, рухоме майно, яке має значну цінність. Незважаючи на наведений перелік об'єктів, що підлягають відчуженню, законодавець не надає вартісного вираження «значної цінності» такого майна. Відсутній і сам перелік майна. Саме тому вказане положення зазвичай трактується неоднозначно.

За загальним правилом, нерухомість – це один із найцінніших об'єктів цивільних прав. Права на нерухоме майно та правочини з ним охоплюють інтереси майже всіх фізичних та юридичних осіб. Відтак ст. 181 ЦК України встановлено, що до нерухомих речей (нерухоме майно, нерухомість) належать земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення. Режим нерухомої речі може бути поширений законом на повітряні та морські судна, внутрішнього плавання, космічні об'єкти, а також інші речі, права на які підлягають державній реєстрації.

У ЦК України застосовано три терміни для визначення нерухомості – «нерухомість», «нерухоми речі», «нерухоме майно». У Податковому кодексі України застосовується ще один термін – об'єкт нерухомості (ст. 172.5)¹. З цього приводу в науковій літературі існує дискусія, оскільки ці терміни не є тотожними, а, отже, при їх застосуванні на практиці виникає багато непорозумінь.

Так, на думку Е. М. Тужилової-Орданської, доцільно залишити в законодавстві лише поняття «нерухоме майно» та виключити згадки про «нерухоме майно» й «нерухомість» як такі, що ускладнюють визначення нерухомості². В. В. Чубаров наголошує на тому, що складні об'єкти нерухомості, які пропонуються нам життям (підприємства та інші майнові комплекси), проходять перевірку в тому числі й на предмет їх відповідності ознакам речі. Та частина з них, яка перевірку не пройде, поступово законодавчим шляхом із розряду нерухомості зникне³. Натомість І. В. Спасибо-Фатеева пропонує не зволікати з часом та виключити із законодавства термін «нерухоме майно», оскільки поняття «нерухоме майно» є ширшим за поняття «нерухома річ» та включає в себе як речі, так і майнові права. Разом з тим науковець вважає за доцільне залишити у використанні терміни «нерухома річ» і «нерухомість», оскільки останні є зручними для використання⁴. На нашу думку, якщо уявлення «нерухомості» як окремої речі або сукупності речей в цілому є зрозумілим, то ототожнення нерухомості з майновими правами та обов'язками не можна назвати коректним. У зв'язку з цим, із точки зору формальної логіки, термін «нерухоме майно» не є слушним. Однак слід зазначити, що відмова від цього терміна призведе до необхідності внесення численних змін до законодавства, адже поняття «нерухоме майно» застосовується не тільки у ЦК України, а й у великій кількості інших законів і підзаконних нормативно-правових актів. Вказаний термін є звичним у використанні як у теорії, так і на практиці. Саме тому вважаємо, що слід залишити законодавчу можливість застосування трьох термінів: «нерухома річ», «нерухоме майно» та «нерухомість», розуміючи при цьому, що в змісті ст. 181 ЦК України зазначені терміни є синонімами. Погоджуємося із думкою І. М. Отрош, що термін «майно» має застосовуватися у більш вузькому значенні⁵.

Окрім наведеної дискусії в правовій літературі існують і інші, зокрема дискусії з приводу класифікації нерухомого майна. Адже від того, до якої групи буде належати той чи інший об'єкт нерухомості, залежить і особливість їх правового режиму. Так, на думку Е. М. Тужилової-Орданської, В. В. Чубарова, І. М. Отрош, основним критерієм класифікації об'єктів нерухомості слід вважати спосіб створення таких об'єктів. За цим критерієм нерухоми речі поділяють на:

а) природну нерухомість – це земельні ділянки. Сюди ж відносять і ділянки надр, відокремлені водні об'єкти, природні ділянки лісу тощо;

б) нерухомість, створена людиною – об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення (будівлі, споруди, окремі приміщення тощо).

За загальним правилом, основним об'єктом нерухомості, що входить до групи природної нерухомості, є земельні ділянки. Земля є найважливішим різновидом нерухомого майна. В основі поділу речей на рухомі та нерухоми лежить зв'язок нерухомих речей із землею. Водні об'єкти та ліси, розташовані на земельній ділянці, не є окремими об'єктами нерухомості. Об'єкт, що міцно пов'язаний із землею, може вважатися окремим об'єктом нерухомості за наявності у нього корисних властивостей, які можуть бути використані незалежно від земельної ділянки, на якій він розташований. Однак асфальтове покриття, клумби, місця для паркування автомобілів лише покращують корисні властивості земельної ділянки, на якій вони розташовані,

а, отже, не можуть визнаватися окремими нерухомими об'єктами, а мають вважатися елементом благоустрою земельної ділянки.

Якщо земельна ділянка та розташована на ній будівля або споруда належать одному власнику, до таких відносин варто застосовувати концепцію «єдиного об'єкта нерухомості». Сутність даної концепції полягає в тому, що у зв'язку «земля – будівля (споруда)» не виділяється головна річ і приналежність, адже між ними існує і фактичний, і юридичний зв'язок, й ці зв'язки не можуть бути розірвані: відчуження одного об'єкта одночасно передбачає необхідність відчуження іншого об'єкта. Якщо ж власники земельної ділянки та розташованої на ній будівлі різні, застосуванню підлягатимуть правила, встановлені на сьогодні в українському цивільному та земельному законодавстві – до особи, яка набула право власності на житловий будинок (крім багатоквартирного), будівлю або споруду, переходить право власності, право користування земельною ділянкою, на якій вони розміщені, без зміни її цільового призначення.

Об'єкти нерухомості, створені людиною, поділяються залежно від мети їх використання на житлові та нежитлові об'єкти. Для віднесення нерухомого майна до житла треба враховувати два критерії: юридичний (призначеність для проживання) та фактичний (придатність для проживання). І тільки наявність обох критеріїв разом дозволяє віднести об'єкт нерухомості до житла⁶.

Сукупність особливих природних ознак, які має нерухоме майно (і насамперед земельні ділянки), вимагає особливих методів регулювання цивільних правовідносин. Незалежно від юридичної природи нерухомість є об'єктом з особливим правовим режимом. Обороти нерухомості підкоряється спеціальним правилам, у тому числі правилам про спеціальні засоби охорони цивільних прав (нотаріальне посвідчення правочинів, державну реєстрацію речових прав). Саме тому об'єкти нерухомості мають низку особливостей правового режиму.

Відповідно до цивільного законодавства України правочини, об'єктами яких є нерухомість, мають бути посвідчені нотаріально. Обов'язковому нотаріальному посвідченню підлягають договори іпотеки (ст. 577 ЦК України, ст. 18 Закону України «Про іпотеку»); договори купівлі-продажу земельної ділянки, єдиного майнового комплексу, житлового будинку (квартири) або іншого нерухомого майна, крім договорів купівлі-продажу майна, що перебуває в податковій заставі (ст. 657 ЦК України, ст. 128 Земельного кодексу України); угода спадкоємців між собою про зміну розміру частки спадщини, якщо об'єктом спадкування є нерухоме майно (ст. 1267 ЦК України), договір довічного утримання (догляду) (ст. 745 ЦК України) тощо.

У випадках, коли об'єкт нерухомості належить на праві власності малолітній, неповнолітній або недієздатній особі, розпорядження таким об'єктом супроводжуватиметься додатковим рядом обмежень. Зокрема, ч. 1 ст. 32 ЦК України встановлено: для того, щоб неповнолітня особа могла укласти правочин щодо нерухомого майна, має бути письмова нотаріально посвідчена згода батьків (усиновлювачів) або піклувальника і дозвіл органу опіки і піклування. Відповідно до ст. 71 ЦК України опікун не вправі без дозволу органу опіки і піклування укладати договори щодо об'єктів нерухомості, які належать підопічному. На такому аспекті наголошує й Верховний Суд України у Листі від 24 листопада 2008 року⁷.

Наступною важливою ознакою нерухомого майна, яку має встановити нотаріус – його місцезнаходження. Відповідно до цього вчиняються й юридично значимі дії. Так, за ст. 532 ЦК України, місцем виконання зобов'язання, об'єктом якого є нерухоме майно, буде місцезнаходження цього майна, якщо інше місце не встановлене сторонами в договорі. Для укладення договору довічного утримання (догляду) з відчуженням нерухомого майна відчужувач повинен подати нотаріусу документи, що підтверджують його право власності. Таким документом може бути свідоцтво про право власності, договір купівлі-продажу, договір дарування, договір міни тощо.

Оскільки договір довічного утримання (догляду) спрямований на передачу права власності на перелічені вище об'єкти нерухомості чи інші рухомі речі, що мають значну цінність, то зазначене майно має належати відчужувачу на праві власності та підтверджуватися відповідними правовстановлюваними документами⁸.

Визначення правовстановлювального документа можна знайти у науковій літературі. Так, на думку І. Спасибо, правовстановлювальними є документи, які встановлюють суб'єктивне речове право особи⁹. Перелік визначений у ст. 19 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень»¹⁰. Особливістю переліку документів, встановленого у Законі про державну реєстрацію, є те, що він має невичерпний характер. Крім перерахування конкретних правовстановлюючих документів (договорів, свідоцтв, державних актів тощо) перелік включає й інші документи, що підтверджують виникнення, перехід, припинення прав на нерухоме майно.

Як правило, при відчуженні житлового будинку, земельна ділянка, на якій він розташований, відчужується разом з об'єктом нерухомого майна. Це відповідає загальним принципам цивільного законодавства та передбачено п. 1 ст. 120 Земельного Кодексу України. Виняток становить випадок, коли земельна ділянка належить відчужувачу на праві постійного користування, у такій ситуації предметом договору довічного утримання (догляду) виступатиме житловий будинок. Відтак у подальшому набувач буде змушений укласти договір оренди земельної ділянки з відповідною місцевою радою або місцевою державною адміністрацією.

Іноді виникають ситуації, коли земельна ділянка та розташована на ній будівля або споруда належать одному власнику. До таких відносин застосовується концепція «єдиного об'єкта нерухомості». Сутність концепції полягає в тому, що у зв'язку «земля – будівля (споруда)» не виділяється головна річ і приналежність. Між ними існує і фактичний, і юридичний зв'язок, і ці зв'язки не можуть бути розірвані: відчуження одного об'єкта одночасно передбачає необхідність відчуження іншого об'єкта. Якщо ж власники земельної ділянки

та розташованої на ній будівлі різні, застосуванню підлягатимуть правила, встановлені на сьогодні в українському цивільному та земельному законодавстві – до особи, яка набула право власності на житловий будинок (крім багатоквартирного), будівлю або споруду, переходить право власності/право користування земельною ділянкою, на якій вони розміщені, без зміни її цільового призначення.

Отже, нотаріальне посвідчення договору довічного утримання (догляду), за яким набувач отримує нерухоме майно, відбувається на підставі правовстановлюючих документів, перелік яких не є обмеженим законодавством і до моменту укладення цього договору нотаріус має чітко встановити нерухоме майно, що може бути об'єктом договору довічного утримання (догляду).

Далі варто зупинитися на питанні щодо рухомого майна. На жаль, законодавець не класифікував і не надав дефініцію поняття «рухоме майно, яке має значну цінність». У зв'язку з цим, як правило, виходять із загального поняття, що рухоме майно – це матеріальні об'єкти, які можуть бути переміщеними без загрози шкоди. До рухомого майна належить майно у матеріальній формі, яке не є нерухомістю¹¹.

Отже, враховуючи загальне визначення рухомого майна та зважаючи на те, що відповідно до ч. 2 ст. 181 ЦК України рухомими речами є речі, які можна вільно переміщати у просторі, доходимо висновку, що до рухомих речей можна віднести гелікоптери, автомобілі, яхти, лайнери, літаки, коштовності, витвори мистецтва тощо. При цьому слушно видається думка С. Я. Фурси, що при відчуженні рухомих речей у договорі довічного утримання (догляду) доцільно встановлювати вартісну оцінку предмета, ґрунтуючись на висновку експерта. Звідси можна зазначити, що висновок експерта про загальну вартість рухомого майна є обов'язковим документом при укладенні договору довічного утримання (догляду).

Окрім наведеного вважаємо за доцільне встановити обмеженість щодо переліку рухомого майна, що може бути предметом договору довічного утримання (догляду). Адже з огляду на загальні засади цивільного права не логічно включати до рухомого майна речі споживчі та швидкозсувні, а також речі, вилучені з цивільного обороту.

Додатково слід зазначити, що на практиці виникають ситуації, коли сторони вирішують замінити майно, яке було передано набувачу за договором довічного утримання (догляду). Згідно зі ст. 753 ЦК України заміна майна здійснюється за спільною згодою шляхом внесення змін та (або) доповнень до договору довічного утримання (догляду). Наслідками заміни речі за договором довічного утримання (догляду) може бути залишення обов'язків набувача в незмінному обсязі або відповідне їх збільшення (зменшення) залежно від вартості заміненої речі. При цьому, у разі зміни обсягу обов'язків набувача з підстав заміни речі, до договору довічного утримання (догляду) вносяться зміни у тій самій формі, в якій укладався договір довічного утримання (догляду)¹². Слід зазначити, що у разі таких змін, останні вносяться і до Єдиного реєстру правочинів та Єдиного державного реєстру заборон відчуження об'єктів нерухомого майна.

Підсумовуючи вищенаведене, доходимо **висновку**, що кожен об'єкт, який є предметом договору довічного утримання (догляду), має свою особливість відчуження. Зокрема об'єкти нерухомості – особливий режим набуття та здійснення права власності, а саме нотаріальне посвідчення договору та державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно. Відповідно, рухомі об'єкти – проходження додаткової процедури визначення їх вартості та, у разі потреби, видачі експертного висновку, а також нотаріального посвідчення договору.

¹ Податковий кодекс України // Голос України. – 2010. – № 229. – 4 грудня. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2755-17/card6#Public>

² *Тужилова-Орданская Е. М.* Проблеми защиты прав на недвижимость в гражданском праве: моногр. / Е. М. Тужилова-Орданская. – М.: ООО Издательский дом «Буквед», 2007. – 448 с.

³ *Чубаров В. В.* Проблемы правового регулирования недвижимости / В. В. Чубаров. – М.: Статут, 2006. – 336 с.

⁴ Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців) / за ред. І. В. Спасибо-Фатеевої. – Х.: ФОП Колісник А.А., 2010. – Т. 4: Об'єкти. Правочини. Представництво. Строки. – 768 с.

⁵ *Отрош І. М.* Теоретичні питання державної реєстрації прав на об'єкти нерухомості та їх обтяжень як засобу цивільно-правової охорони об'єктів нерухомості / І. М. Отрош // Юридична Україна. – 2011. – № 10 (106). – С. 48–54.

⁶ Житлове законодавство України / уклад. М. К. Галянич, Г. І. Коваленко. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – 448 с.

⁷ Узагальнення Верховного Суду України «Про визнання правочинів недійсними» // Бізнес-Бухгалтерія-Право. Податки. Консультації від 05.10.2009 р. – № 40. – С. 14.

⁸ Цивільне право України: підруч. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Кн. 2. – 708 с.

⁹ *Спасибо І.* Деякі аспекти набуття права власності на нерухомість / І. Спасибо // Українське комерційне право. – 2009. – № 9. – С. 58–71.

¹⁰ Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень: Закон України від 11 лютого 2010 р. № 1878-VI // Голос України. – 2010. – № 46 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1952-15>

¹¹ Про затвердження Національного стандарту № 1 «Загальні засади оцінки майна і майнових прав»: постанова Кабінету Міністрів України від 10 вересня 2003 р. № 1440. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1440-2003-%D0%BF>

¹² Цивільне право України: підруч. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Кн. 2. – 708 с.

Резюме

Цопіна Н. Л. Встановлення нотаріусом майна, що може бути об'єктом договору довічного утримання (догляду).

Стаття присвячена дослідженню питання щодо встановлення майна, що може бути об'єктом договору довічного утримання (догляду). Розкривається розуміння рухомого і нерухомого майна у контексті договору довічного утримання (догляду). Доводиться, що об'єкти договору довічного утримання (догляду) мають певну особливість відчуження.

Ключові слова: договір довічного утримання (догляду), відчужувач, набувач, нерухоме майно, рухоме майно, домовленість.

Резюме

Цопіна Н. Л. Установление нотариусом имущества, которое может быть объектом договора пожизненного содержания (ухода).

Статья посвящена исследованию вопроса об установлении имущества, которое может быть объектом договора пожизненного содержания (ухода). Раскрывается понимание движимого и недвижимого имущества в контексте договора пожизненного содержания (ухода). Доказывается, что объекты договора пожизненного содержания (ухода) имеют определенную особенность отчуждения.

Ключевые слова: договор пожизненного содержания (ухода), отчуждатель, приобретатель, недвижимое имущество, движимое имущество, договоренность.

Summary

Tsopina N. Establishment by the notary of property that can be the object of the contract of life maintenance (care).

The article is devoted to the study of the issue of the establishment of property, which may be the object of the contract of life maintenance (care). Understanding of movable and immovable property in the context of the contract of life maintenance (care) is revealed. It is proved that objects of the contract of life maintenance (care) have a certain peculiarity of alienation.

Key words: contract of life maintenance (care), alienator, acquirer, real estate, movable property, arrangement.

УДК 347.77

У. Б. АНДРУСІВ

Уляна Богданівна Андрусів, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Львівського державного університету внутрішніх справ

ОСНОВНІ АСПЕКТИ ОХОРОНИ СУБ'ЄКТИВНИХ ПРАВ ОРГАНІЗАЦІЙ МОВЛЕННЯ НА МІЖНАРОДНОМУ РІВНІ

За останні кілька десятиліть з різким розширенням обсягів мовлення, появою нових ЗМІ та телекомунікаційних технологій питання забезпечення належного рівня охорони суміжних прав організацій мовлення набуло особливої значущості. Пошуки оптимального вирішення цієї проблематики ведуться в багатьох країнах світу, а також на міжнародному рівні.

Систему міжнародної охорони суміжних прав організацій мовлення становлять міжнародні договори та міжнародні організації. Провідна роль у ній відводиться міжнародному договору, який є складовим елементом системи права, що наділений певною автономією та зберігає при цьому онтологічний зв'язок із міжнародною правовою системою. Укладаючи такі договори, держави висловлюють згоду на часткову відмову від власних законодавств у конкретній сфері відносин і обрання шляху зближення із законодавствами інших країн.

З огляду на зазначене вважаємо за необхідне дослідити правову природу основних елементів системи міжнародної охорони прав організацій мовлення.

Першим універсальним міжнародно-правовим документом, спрямованим на охорону прав організацій ефірного мовлення, стала Міжнародна конвенція про охорону інтересів виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення, так звана Римська конвенція, прийнята 1961 року.

Це був перший міжнародний інструмент у сфері суміжних прав, як своєчасна реакція на об'єктивно назрілу потребу охорони інтересів артистів-виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення як на рівні національних законодавств, так і на міжнародному рівні. У цьому документі було закладено зовсім новий підхід до інтелектуальної власності, тому її інколи порівнюють з першопрхідцем¹.

Римська конвенція стала серією компромісів між протилежними інтересами. На відміну від більшості міжнародних конвенцій, укладених наприкінці XIX ст., Римська конвенція стала спробою встановити міжнародні норми відносно юридичної концепції, яка на момент підписання документа ще не знайшла належного закріплення у національному законодавстві.

У цій Конвенції встановлюється взаємозв'язок між охороною авторського права та суміжних прав. Зокрема, ст. 1 Конвенції проголошує, що охорона, надана Конвенцією, «не зачіпає і ніяким чином не впливає на захист авторських прав на твори літератури і мистецтва»². Це означає, що жодне з положень Римської конвенції не можна інтерпретувати як таке, що шкодить авторсько-правовій охороні. Окрім того, щоб приєднатися до конвенції, та чи інша держава повинна бути не тільки членом ООН, а й членом Бернського союзу або Всесвітньої конвенції про авторське право. Через таку прив'язку вона вважається «закритою».

У розглядуваній конвенції надзвичайно важливим є правило асиміляції іноземних учасників у національне законодавство, яке означає, що у будь-якій країні, яка ратифікувала Римську конвенцію, організації ефірного мовлення інших держав-учасниць конвенції отримують таку ж охорону, як і самі організації цієї держави, тобто іноземні бенефіціари підпадають під дію національного законодавства. Іншими словами, Римська конвенція базується на принципі національного режиму, надаваного державами-членами організаціям ефірного мовлення відповідно до національного законодавства.

Дія національного режиму обмежена вимогою надання мінімального рівня охорони, гарантованого конвенцією, а також іншими обмеженнями, які нею регламентовані.

Суб'єктом охорони за Римською конвенцією є організації мовлення, якими є організації ефірного радіо-й телемовлення. Об'єктом охорони є передача організації ефірного мовлення, однак у Конвенції не розкрито визначення цього поняття. Римська конвенція встановлює особливе право організацій ефірного мовлення на

свої передачі. Окрім того, на додачу до мінімального рівня охорони, вона також містить положення, які дозволяють національному законодавцеві врахувати і збалансувати різні підходи до врегулювання деяких аспектів охорони на власний розсуд, тобто так звані «застереження».

Разом із тим, при всій своїй уявній універсальності, Римська конвенція не позбавлена низки недоліків.

Насамперед слід вказати на вади, обумовлені конструкцією конвенції, що охоплює охорону трьох категорій бенефіціарів, інтереси яких у більшості суперечливі. Не зважаючи на те, що деякі положення конвенції намагаються збалансувати протистояння цих правоволодільців, все ж таки балансу між ними вони не встановлюють.

Надання можливості державам-учасникам робити застереження стосовно деяких важливих положень конвенції лише підкреслює наявний у них відносно низький рівень охорони інтересів правоволодільців суміжних прав.

Одним із суттєвих недоліків Римської конвенції є те, що у ній не враховуються нові технологічні досягнення сучасності. Обсяг прав, передбачених конвенцією, на сьогодні виявився недостатнім для забезпечення повного та ефективного захисту інтересів організацій мовлення, внаслідок чого більшість розвинутих держав у своїх національних законодавствах почали передбачати більш «об'ємні» переліки прав організацій мовлення. До того ж такі переліки та їх тлумачення часто суттєво різняться одне від одного, що створює серйозні проблеми для міжнародного співробітництва у цій сфері.

Зазначені вади створили підґрунтя для одних учасників конвенції до прийняття спроб гарантувати свої інтереси за допомогою нових міжнародно-правових інструментів. А все це, своєю чергою, створювало і створює загрозу множинності конвенцій у сфері суміжних прав.

У зв'язку з цим доцільно було б внести до конвенції певні корективи щодо організацій мовлення. Так, її текст слід доповнити положеннями, які забезпечуватимуть охорону стосовно кабельного і супутникового мовлення. Кардинальним повинно стати питання охорони інтересів організацій мовлення від впливу глобальної мережі Інтернет та інших новітніх цифрових, телекомунікаційних технологій, які уже використовуються, а також технологій завтрашнього дня.

Питання про те, чи необхідно переглядати Римську конвенцію і чи настав час приступити до передбаченої на цей випадок ст. 29 конвенції процедури, уже стало традиційним.

Аргумент проти перегляду конвенції полягає у тому, що державі для приєднання до конвенції слід створити основу забезпечення охорони трьох категорій правоволодільців. Це потребує часу і значних зусиль з боку національних законодавств. Однак головна причина полягає у тому, що країни загального права не вбачають потреби у розмежуванні авторського права і суміжних прав. За цих умов процес перегляду конвенції зумовив би такий супротив, що не відповідав би істинним масштабам проблеми.

Вважаємо, для того, щоб уникнути доволі радикальних змін, та керуючись ст. 22 Римської конвенції, доцільно було б переглянути її положення у вигляді протоколу. Це, звісно, більш гнучкий та лояльний підхід порівняно з повномасштабним переглядом.

На наше глибоке переконання, незважаючи на численні прогалини, Римська конвенція все-таки добре зарекомендувала себе як правовий інструмент боротьби з піратством і вже тому заслуговує на активну підтримку.

Наступним міжнародним актом у контексті досліджуваної проблематики є Конвенція про розповсюдження несучих програми сигналів, які передаються через супутники, що була підписана у Брюсселі 21 травня 1974 року.

Прийняття Брюссельської конвенції (її зазвичай називають Конвенція про супутники) було обумовлено тим фактом, що використання супутників зв'язку для передачі телевізійних і радіосигналів у міжнародному масштабі, яке розпочалося приблизно у 1965 р., спричинило нову проблему щодо охорони прав організацій мовлення.

Конвенція про супутники відкрита для будь-якої держави – члена ООН або будь-якої із спеціалізованих установ, які входять у систему ООН. Наразі вона залишилася неохопленою системою законодавства України.

Брюссельська конвенція доповнює Римську конвенцію – це положення знайшло відображення у преамбулі та окремих статтях документа. У ній закріплено ряд важливих визначень, зокрема, вперше закріплена дефініція терміна «програма» (ст. 1)³.

Конвенція про супутники передбачає обов'язок кожної з договірних держав вживати відповідних заходів по запобіганню розповсюдження на своїй або зі своєї території будь-якого сигналу, що несе програми, будь-яким органом-розповсюдjuвачем, для якого сигнал, що переданий на супутник або проходить через нього, не призначається. Розповсюдження відповідно визнається незаконним, якщо на нього не було одержано дозвіл від радіо- або телевізійної організації, що прийняла рішення про складові елементи програми. Таким чином, конвенція безпосередньо прав організацій мовлення не торкається, а лише забезпечує охорону від несанкціонованого розповсюдження сигналів, що несуть програми, неправомочними на те організаціями.

Конвенція про супутники розширила обсяг охорони, що надається організаціям мовлення відповідно до Римської конвенції, зокрема, шляхом встановлення заборони несанкціонованого розповсюдження сигналів, що несуть програми, переданих за допомогою супутника, незалежно від того факту, що такі сигнали непридатні для прийому широкою аудиторією. Згідно з цією конвенцією охорона застосовується і у тих випадках, коли похідні сигнали поширюються по кабелю, тобто способом розповсюдження програм, не передбаченим Римською конвенцією.

Брюссельська конвенція не охороняє трансльовану програму, оскільки об'єктом охорони є сигнали, випромінювані організацією мовлення. З-поміж того, конвенція не охороняє закодованих сигналів, що несуть програми. Тому необхідно передбачити відповідальність за несанкціоноване виробництво, продаж, прокат та надання доступу до пристроїв і систем по декодуванню закодованих сигналів, що несуть програми, без дозволу законного розподільника.

Що стосується прав відносно програм, то в ст. 6 конвенції зазначається, що її положення не можуть тлумачитись як такі, що обмежують або завдають шкоди захисту, що надається авторам, акторам-виконавцям, виробникам фонограм і організаціям мовлення.

Недоліком Конвенції про супутники є те, що вона не застосовується у тих випадках, коли сигнали, які передаються первинною організацією мовлення, не призначені для прямого публічного приймання з супутника.

За сучасного рівня техніки звичайні приймачі (індивідуальні супутникові антени) можуть приймати сигнали, що передаються з супутника, прямо з космосу, без використання наземних приймальних станцій. З огляду на це доцільно поширити сферу дії конвенції на супутники прямого мовлення, тобто коли сигнали із супутника можуть безпосередньо приймати споживачі.

Невід'ємним елементом міжнародної системи охорони права інтелектуальної власності є міжнародні організації, основна заслуга яких полягає у тому, що спочатку вони виступають форумом для обговорень актуальних проблем при розробці нових міжнародних норм і стандартів, а потім сприяють популяризації прийнятих угод. Міжнародні організації діють на двох рівнях: всесвітньому і регіональному. Ці організації виконують різні функції: всесвітні відповідають за розробку та реалізацію договорів, на яких ґрунтується вся система міжнародної охорони інтелектуальної власності; регіональні деталізують національні законодавства.

Основними інститутами, які займаються охороною інтелектуальної власності у світових масштабах, є ВОІВ, СОТ і ЮНЕСКО. Діяльність всесвітніх організацій стимулює всілякі регіональні ініціативи. Більше того, у своїй роботі регіональні організації беруть за основу документи, запропоновані на світовому рівні. Регіональне співробітництво протікає в рамках регіональних інтеграційних об'єднань і спеціалізованих установ, до прикладу – ЄС, СНД. Завдяки діяльності цих організацій створено систему міжнародної охорони інтелектуальної власності.

Найстаршою міжнародною організацією у досліджуваній галузі є ВОІВ (World Intellectual Property Organization), з якою пов'язують початок історії міжнародної охорони інтелектуальної власності. ВОІВ є незалежним міждержавним органом із статусом спеціалізованої установи ООН.

Основною метою її створення є надання об'єктам інтелектуальної власності екстериторіального, наднаціонального характеру шляхом визнання єдиних норм у сфері інтелектуальної власності.

Насамперед слід сказати, що на ВОІВ покладено практичне виконання 26 міжнародних конвенцій і договорів, що належать до інтелектуальної власності, у тому числі й у сфері охорони суміжних прав. Цей аспект роботи ВОІВ полягає здебільшого у забезпеченні належного функціонування відповідних органів, які керують діяльністю цих міжнародних угод, а також забезпеченні вступу до них якомога більшої кількості держав.

Другий аспект діяльності полягає в розробці нових законодавчих положень з метою адаптації до новітніх реалій. Принагідно слід зазначити, що починаючи з 1998 р. і до сьогодні ведеться жвава дискусія щодо удосконалення міжнародної охорони прав організацій мовлення. Так, у рамках Постійного Комітету з авторського права та суміжних прав ВОІВ підготований проект Договору про охорону прав організацій мовлення, який покликаний забезпечити міжнародну систему охорони прав організацій мовлення⁴. Довготривалий процес його прийняття зумовлений тим фактом, що досить складно створити єдиний міжнародний механізм правового регулювання у сфері мовлення для різних правових систем. Зокрема, головним каменем спотикання на шляху до його прийняття впродовж 20 років стало питання щодо визначення об'єкта охорони. Як вбачається з останніх узагальнень, які були підготовані за результатами 34 сесії, що проходила 1–5 травня 2017 р., за основу взято підхід на основі охорони сигналів⁵.

Варто зауважити, що останнім часом верховенство цієї організації дедалі частіше ставиться під сумнів. Основною суперницею ВОІВ є СОТ, яка відіграє одну із провідних ролей у міжнародній охороні об'єктів інтелектуальної власності.

СОТ – це міжнародна міждержавна організація, яка забезпечує загальну інституційну основу для здійснення торговельних відносин між її членами.

Однією з основних угод, які діють в рамках СОТ, є Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (Trade-Related Aspects on Intellectual Property including Trade in Counterfeit Goods (TRIPS), яка була прийнята 15 квітня 1994 р. як додаток до Марракешської угоди.

Угода ТРІПС визнана міжнародною спільнотою як правовий документ, що охоплює усі аспекти охорони прав на об'єкти інтелектуальної власності, що розглядаються в якості товару.

Характерною рисою розглядуваного документу є відсилочний характер його норм. До прикладу, одним із основних міжнародних договорів, на які посилається Угода ТРІПС, є Римська конвенція. Аналогічно до Конвенції про суміжні права, ТРІПС передбачає принцип національного режиму. Окрім того, вона містить принцип найбільшого сприяння, який традиційно не передбачається у контексті права інтелектуальної власності. Цей принцип встановлює, що будь-які переваги, пільги, привілеї або імунітет, які надаються країною-членом громадянам будь-якої іншої країни, повинні негайно і безумовно надаватися громадянам усіх інших країн-членів (ст. 4)⁶.

Стаття 14 Угоди встановлює мінімальні стандарти, що стосуються охорони прав організацій мовлення. Так, п. 3 регламентовано право організацій ефірного мовлення забороняти без попереднього узгодження такі дії: запис, відтворення та ретрансляцію через радіомовні засоби, а також передачу телевізійними засобами.

Якщо країна-член СОТ дотримується положень Бернської конвенції, то вона не зобов'язана надавати спеціальні права організаціям мовлення. Якщо ж такі права передбачені національним законодавством, то слід керуватися ст. 13 Римської конвенції. Очевидно, що при розробці цього положення виходили з необхідності надання правової охорони передачі організації мовлення незалежно від того, чи є вона об'єктом авторського права або суміжних прав.

Угода ТРІПС отримала багато позитивних відгуків від відомих науковців, експертів у сфері інтелектуальної власності. Водночас цей документ залишається одним із найконтраверсійніших у міжнародному праві. Бо негативних відгуків було не менше, ніж позитивних.

Угода ТРІПС залишила багато прогалин, викликаних відсутністю консенсусу, розвитком новітніх технологій, глобальної мережі Інтернет, однак, зважаючи на актуальне міжнародне законодавство, вона – єдиний документ, що широко охороняє інтелектуальну власність у світовому масштабі.

Досліджені вище універсальні конвенції повною мірою не досягають своєї ефективності, тому паралельно з ними постійно вдосконалюються регіональні міжнародно-правові механізми. Регіональне співробітництво створює кращі умови для узгодження деталей, оскільки країни одного регіону мають спільне історичне та культурне надбання.

Найбільших успіхів у створенні регіональної системи охорони інтелектуальної власності вдалося домогтися державам-членам ЄС.

Ключовим аспектом політики ЄС є нормотворча діяльність, внаслідок чого було сформовано право ЄС. Серед актів, що формують законодавство ЄС про охорону прав організацій мовлення, можна виокремити наступні:

– Директива Ради 93/83/ЄЕС від 27 вересня 1993 р. про узгодження деяких положень авторського права і суміжних прав та застосування їх до супутникового мовлення і кабельної ретрансляції. Положення Директиви спрямовані безпосередньо на вирішення проблем, пов'язаних із правовою охороною супутникового мовлення. Значним її здобутком є те, що у ній встановлено єдине регулювання як для випадків, коли використовується супутник зв'язку, так і для тих, коли трансляції здійснюються за допомогою супутника прямого мовлення;

– Директива 2001/29/ЄС від 22 травня 2001 р. про гармонізацію певних аспектів авторського права та суміжних прав в інформаційному суспільстві, яка значною мірою є актом імплементації в європейське право Договору ВОІВ про авторське право і Договору ВОІВ про виконання і фонограми. Зокрема, у ній закріплені право доведення до загального відома і можливість контролювати засоби технічного нагляду. Проте значення Директиви цим не обмежується: у ній врегульовані відносини, що виникають у зв'язку зі зростаючим впливом цифрових технологій на сферу дії суміжних прав організацій мовлення;

– Директива 2006/115/ЄС від 12 грудня 2006 р. про право на прокат, право на позичку і деякі суміжні авторському праву у сфері інтелектуальної власності, значимість якої полягає у розширенні обсягу охорони досліджуваної категорії праволодильців. Організаціям мовлення надається виключне право дозволяти або забороняти фіксацію своїх передач, що передаються за допомогою дротового або бездротового зв'язку, включаючи кабель чи супутник, а також повторний показ своїх програм за допомогою бездротових засобів, так само як і публічне оприлюднення своїх програм, якщо останнє відбувається у місцях, де громадськість має платити за вхід (ст. 7)⁷;

– Директива 2006/116/ЄС від 12 грудня 2006 р. про строк охорони авторських і деяких суміжних прав (кодифікована версія). Її прийняття було зумовлено потребою гармонізувати строки охорони авторських і суміжних прав у межах ЄС. Окрім того, нею не лише встановлені строки охорони як такі, а й регламентовані окремі імплементаційні заходи, наприклад, дата початку відліку строків охорони;

Директива 2007/65/ЄС від 11 грудня 2007 р., більш відома як Директива про аудіовізуальні медіа-послуги. Її головною метою є забезпечення вільного одержання й ретрансляції аудіо-, відеопослуг на внутрішньому ринку ЄС. Директива стала серйозним кроком відходу від уявлень про традиційне телебачення «за розкладом». Основну увагу Директиви приділено адаптації європейських норм до конвергенції різних типів медіа: телебачення, Інтернету, мобільного зв'язку, послуг за принципом «право на відповідь» та «відео за запитом». Директива охопила всі медіа-послуги: традиційне телебачення (лінійна послуга) та відео за запитом (нелінійні послуги) (ст. 1)⁸.

Зазначені директиви становлять нормативний скелет законодавства у досліджуваній сфері правовідносин. Ключова їх роль полягає у «підвищувальному векторі», вони стали ще одним кроком на шляху до надання охорони прав організацій мовлення більш високого рівня.

Зауважимо, що деякі проблеми, які не вирішують розглянуті вище міжнародні конвенції та директиви, були вирішені на регіональному рівні за допомогою укладення самостійних угод. Варто зосередити увагу на таких регіональних документах у досліджуваній сфері відносин:

– Європейська угода про охорону телевізійних передач, яка спрямована на охорону телевізійних передач. Однією з переваг Угоди є те, що у ній вирішено проблемні питання, пов'язані з розповсюдженням передач організацій мовлення по кабелю;

– Європейська конвенція про транскордонне телебачення, яка прийнята з метою запровадження спільних стандартів телерадіомовлення для країн-учасниць, сприяння транскордонній трансляції телевізійних програм та надання широкого вибору телепередач для населення.

Вперше на міжнародному рівні в одному правовому документі закріплено права володільців ефірного, кабельного та супутникового мовлення.

Суть конвенції полягає у спрощенні ретрансляції телевізійних каналів між країнами-сусідами. Конвенція реалізується через дотримання договірними сторонами мінімального обсягу принципів щодо змісту програм, права на відповідь, реклами. Конвенція може надати суттєву допомогу при вирішенні низки спірних питань;

– Північноамериканська угода про вільну торгівлю (NAFTA), укладена між Мексикою, Канадою та США. У ній міститься положення, що торкаються охорони закодованих супутникових сигналів, що несуть програми.

Відповідно до ст. 1707 Угоди NAFTA кожна держава-учасниця зобов'язана передбачати цивільну відповідальність за прийом або розподіл супутникових сигналів, які були декодовані без дозволу законного розподільника, а також за сприяння у здійсненні несанкціонованого виробництва, продажу, прокату та надання доступу до пристрою або системи, призначення яких є декодування закодованих сигналів⁹;

– Європейська конвенція про правову охорону послуг, що надаються або полягають у наданні обумовленого доступу, яка була прийнята для запобігання розповсюдженню обладнання для декодування закодованих сигналів та притягнення до відповідальності за вчинення незаконних дій у сфері мовних та інформаційних послуг.

Положення цієї Конвенції поширюються на послуги у сфері мовлення та інформаційні послуги, що надаються на платній основі і мають обмежений доступ. Прикладами таких мовних послуг є аналогове і цифрове телевізійне та звукове мовлення, а інформаційних послуг – послуги, що надаються дистанційно і за індивідуальним запитом одержувача послуг.

Наведене допомагає дійти висновку, що в рамках багатостороннього співробітництва був створений міжнародний механізм охорони прав організацій мовлення. Однак доводиться констатувати, що чинні міжнародні та регіональні договори не гарантують організаціям мовлення належного рівня охорони їх прав та можливості захистити й реалізувати свої інвестиції у зв'язку з поширенням програм (передач) у цифровому форматі та глобальній мережі Інтернет.

Під впливом стрімкого розвитку цифрових та телекомунікаційних технологій організації мовлення залишаються незахищеними, а система міжнародно-правової охорони у цій сфері відносин змушена зазнавати кардинальних змін.

На наше глибоке переконання, для вирішення цієї проблеми слід розробити та прийняти уніфікований міжнародний документ про охорону прав організацій мовлення, у якому були б ураховані та усунені основні недоліки існуючої міжнародної охорони. Також він повинен охоплювати цілий ряд технологічних новацій. Цей акт слід розглядати як додатковий інструмент до Римської конвенції. Новий договір має охоплювати цілу низку цифрових та телекомунікаційних новацій, розвивати використання мережі Інтернет, як середовища для діяльності у сфері мовлення, та бути спроможним захистити від маніпулювання сигналами мовлення.

Більшість його положень могла б лягти в основу документів при удосконаленні національних законодавчих положень з відповідних питань.

¹ Дроб'язко В. Міжнародна охорона авторського права і суміжних прав / Володимир Дроб'язко // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2007. – № 5. – С. 4. – С. 3–11.

² Міжнародна конвенція про охорону інтересів виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення від 26 жовтня 1961 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_763

³ Конвенція про розповсюдження несучих програм і сигналів, що передаються через супутники : підписана в Брюсселі 21 травня 1974 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_250

⁴ Working document for a treaty on the protection of broadcasting organizations. Prepared by the Chairman of the Standing Committee on Copyright and Related Rights (SCCR), according to the Decision of the SCCR at its 27th Session (May 2014) / Standing Committee on Copyright and Related Rights. – 27th Session Geneva, April 28 to May 2, 2014 : [Electronic resource]. – Mode of access : <http://www.wipo.int>

⁵ Revised Consolidated Text on Definitions, Object of Protection, Rights to be Granted and other Issues. Prepared by the Chairman of the Standing Committee on Copyright and Related Rights (SCCR), according to the Decision of the SCCR at its 34th Session (May 2017) / Standing Committee on Copyright and Related Rights. – 27th Session Geneva, May 1 to 5, 2017 : [Electronic resource]. – Mode of access : <http://www.wipo.int>

⁶ Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності від 15 квітня 1994 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=981_018

⁷ Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property (codified version) // Official Journal of the European Union. L 376. – 27.12.2006. – P. 28–35.

⁸ Directive 2007/65/EC of the European Parliament and of the council of 11 December 2007 amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities // Official Journal of the European Union. L 332. – 18.12.2007. – P. 27–45.

⁹ North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the USA of December 8, 1993 : [Electronic resource]. – Mode of access : http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=130512

Резюме

Андрусів У. Б. Основні аспекти охорони суб'єктивних прав організацій мовлення на міжнародному рівні.

У цій роботі автор досліджує низку питань, пов'язаних з розкриттям системи міжнародної охорони прав організацій мовлення як особливого суб'єкта суміжних прав. При цьому аналізуються ключові міжнародні конвенції та директиви, а також регіональні угоди. Зроблені теоретичні та практичні висновки покликані сприяти становленню належного рівня охорони прав мовників.

Ключові слова: організація мовлення, суміжні права, міжнародна охорона, право ЄС, ВОІВ.

Резюме

Андрусив У. Б. Основные аспекты охраны субъективных прав организаций вещания на международном уровне.

В этой работе автор исследует ряд вопросов, связанных с раскрытием системы международной охраны прав организаций вещания как особого субъекта смежных прав. При этом анализируются ключевые международные конвенции и директивы, а также региональные соглашения. Сделанные теоретические и практические выводы призваны способствовать становлению надлежащего уровня охраны прав вещателей.

Ключевые слова: организация вещания, смежные права, международная охрана, право ЕС, ВОИС.

Summary

Andrusiv U. The main aspects of the protection of the rights of broadcasting organizations at the international level

In this article, the author studies a number of issues related to the disclosure of the international system of protection of the rights of broadcasting organizations as a special subject of related rights. It analyzes key international conventions and directives, as well as regional agreements. The theoretical and practical conclusions made are intended to contribute to the establishment of an adequate level of protection of the rights of broadcasters.

Key words: broadcasting organization, neighboring rights, international protection, EU law, WIPO.

УДК 347.77

І. І. ВАЩИНЕЦЬ

Іван Іванови Ващинець, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України

АВТОРСЬКІ ПРАВА НА РЕЗУЛЬТАТИ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ЯК ПРАВА ЛЮДИНИ: МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Відповідно до частини першої ст. 8 Основного Закону в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Одним із стрижневих елементів верховенства права є повага до прав людини¹, які закріплені у міжнародних актах і національних конституціях. Окрему групу таких прав людини становлять права у сфері науки та культури.

Протягом останніх двох десятиліть набуло актуальності питання співвідношення та взаємного впливу прав інтелектуальної власності, особливо авторських прав, з правами людини у сфері науки та культури. Це питання викликало і продовжує викликати численні дискусії як серед науковців, так і серед практиків. Особливо гостро такі дискусії точаться на міжнародному рівні щодо кореляції авторських прав і прав людини, визначених у міжнародних договорах. У цій статті ми намагалися дати короткий аналіз позицій учасників дискусії та висловити свою точку зору на досліджуване питання.

Пункт другий ст. 27 Загальної декларації прав людини надає кожній людині право на захист її моральних і матеріальних інтересів, що є результатом наукових, літературних або художніх праць, автором яких вона є.

У пункті 1с) ст. 15, прийнятого на розвиток положень Загальної декларації Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права зазначається, що держави, які беруть участь у цьому Пакті, визнають право кожної людини на користування захистом моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з будь-якими науковими, літературними чи художніми працями, автором яких вона є.

Певною мірою подібним є формулювання у Конституції України, ст. 54 якої гарантує громадянам свободу літературної, художньої, наукової і технічної творчості, захист інтелектуальної власності, їхніх авторських прав, моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з різними видами інтелектуальної діяльності.

Тривалий час вважалося, що права людини як права публічні не перетинаються жодним чином із правами авторів літературних і художніх творів, винахідників та іншими правами інтелектуальної власності, які

за своєю природою є приватними. Відповідно, питання взаємного впливу цих прав не було предметом уваги ні з боку фахівців з інтелектуальної власності, ні з боку спеціалістів у сфері прав людини. Наслідком цього стало фактично ізольоване існування двох зазначених режимів, які займалися власними проблемами і не вбачали один в одному ні допомоги, ні загрози, ні можливостей для експансії².

У вітчизняній літературі вважається загально визнаним, що Конституція є фундаментальною базою для кожної галузі права, включаючи й цивільне³, конституційні положення отримують розвиток у цивільному законодавстві, а Цивільний кодекс становить змістовно-значеннєве продовження Конституції⁴, яка є також джерелом права інтелектуальної власності⁵. Відтак, співвідношення прав інтелектуальної власності та прав людини розглядається в Україні, як правило, саме у зазначеній площині. Слід, однак, відмітити ряд досліджень впливу прав людини на права інтелектуальної власності, зокрема у сфері медицини та фармації, які вже певний час проводяться у нашій країні визнаними фахівцями⁶.

Співвідношення прав людини та прав інтелектуальної власності вперше стало предметом активного обговорення у 90-х роках ХХ ст., коли країни, що розвиваються, стикнулися з колізією положень міжнародних угод у сфері прав людини, які передбачають право на охорону здоров'я, та положеннями Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (ТРИПС), підписаної у 1994 р. у рамках СОТ⁷, спрямованих на забезпечення прав інтелектуальної власності, зокрема, захист патентів у сфері медицини і фармації. Чи не найвідомішою міжнародною зустріччю, на якій обговорювалися питання взаємодії прав людини та інтелектуальної власності, був круглий стіл, організований Всесвітньою організацією інтелектуальної власності у співробітництві з Управлінням Верховного комісара ООН з прав людини 9 листопада 1998 р. у Женеві до 50-річчя прийняття Загальної декларації прав людини. Саме цей круглий стіл, на який були запрошені експерти у сфері прав людини та інтелектуальної власності з усього світу, фактично поклав початок тривалій та складній дискусії щодо взаємного впливу цих двох правових режимів. Одним із результатів зустрічі став заклик до фахівців як у сфері прав людини, так і у сфері інтелектуальної власності почати діалог із актуальних питань. При цьому учасники зазначили, що погляд на інтелектуальну власність крізь призму дискурсу прав людини сприятиме пошуку шляхів можливого реформатування механізму власності, що дасть змогу включити до нього інтереси та потреби, які наразі у ньому відсутні⁸.

Певним проміжним підсумком обговорення проблеми співвідношення прав людини та майнових прав інтелектуальної власності, у т.ч. й закріплених в Угоді ТРИПС, чи принаймні його початкового етапу, можна назвати резолюцію № 2000/7 Підкомісії щодо просування і охорони прав людини при Управлінні Верховного комісара ООН з прав людини, яка отримала назву «Права інтелектуальної власності та права людини»⁹. У тексті резолюції фактично вперше на такому рівні задекларована наявність конфлікту між режимом прав інтелектуальної власності, установленим Угодою ТРИПС, та міжнародними угодами з прав людини.

Резолюція підтверджує, що право автора на захист моральних і матеріальних інтересів у зв'язку з будь-якими створеними ним науковими, літературними чи художніми працями, передбачене пунктом другим ст. 27 Загальної декларації прав людини та ст. 15(1) Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права, є правом людини, яке може бути обмежене в суспільних інтересах.

Крім того, Підкомісія нагадала усім урядам про примат зобов'язань у сфері прав людини над економічною політикою та угодами і поставила вимогу як урядам, так і міжурядовим організаціям враховувати зобов'язання і принципи у сфері прав людини під час вироблення міжнародної економічної політики, а також включити положення щодо захисту соціальної функції інтелектуальної власності до національного й локального законодавства та до міжнародної політики і практики.

Нарешті, резолюція закликала Комітет ООН з економічних, соціальних і культурних прав прояснити співвідношення між правами інтелектуальної власності та правами людини, у т.ч. й шляхом розробки загального коментаря з цього питання, а Верховному Комісару ООН з прав людини провести аналіз впливу прав людини на Угоду ТРИПС.

Зазначені рекомендації були взяті до уваги і Комітетом, і Верховним Комісаром. Результатом роботи Комітету ООН з економічних, соціальних і культурних прав стали Зауваження загального порядку 17, прийняті на тридцять п'ятій сесії 12 січня 2006 року¹⁰.

У перших трьох пунктах Зауважень Комітет коротко окреслює свої погляди на природу прав людини та прав інтелектуальної власності. Так, у п. 1 зазначається, що права людини є фундаментальними, невід'ємними і універсальними правами фізичних осіб і, за певних обставин, – груп фізичних осіб та громад. Права людини мають основоположний характер, оскільки вони притаманні людській особистості як такій. На відміну від прав людини, права інтелектуальної власності зазвичай мають тимчасовий характер і можуть бути анульовані, ліцензовані або передані іншій особі. Якщо в рамках більшості сучасних правових систем права інтелектуальної власності, часто за винятком моральних прав, можуть бути передані, обмежені за строками і сферою застосування, продані, змінені і навіть втрачені, то права людини є необмеженими за часом вираження основних прав людської особистості. Якщо право людини користуватися захистом моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з її будь-якими науковими, літературними чи художніми працями, гарантує особистий зв'язок між авторами та їхніми творами і між народами, громадами або іншими групами та їх спільним культурним спадком, а також їхні основні матеріальні інтереси, які необхідні, щоб дозволити авторам досягнути достатнього життєвого рівня, то режими інтелектуальної власності головню захищають ділові та корпоративні інтереси і капіталовкладення. Крім того зазначається, що межі захисту моральних і матеріальних інтересів автора, передбачені в п. 1с) ст. 15 Пакту, необов'язково збігаються з тим,

що називається правами інтелектуальної власності в національному законодавстві або в міжнародних угодах. Відтак, Комітет ООН підкреслює, що важливо не ототожнювати права інтелектуальної власності і право людини, яке визнається у зазначеному пункті ст. 15.

Незважаючи на перераховані відмінності між зазначеними правами, Комітет, хоча і непрямо, визнає певні точки їхнього дотику. Передусім це стосується так званих «моральних інтересів», які, на думку авторів Зауважень, були однією з головних цілей розробників пункту другого ст. 27 Загальної декларації прав людини. Намір останніх полягав у тому, щоб проголосити виключно особистий характер кожного творіння людського розуму, забезпечивши надійний зв'язок між творцями та їхніми творами.

З урахуванням історії розробки пункту другого ст. 27 Загальної декларації прав людини та п. 1с) ст. 15 Пакту Комітет вважає, що «моральні інтереси» в п. 1с) ст. 15 включають право авторів бути визнаними творцями їхніх наукових, літературних і художніх творів та протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню або іншій зміні таких творів, а також будь-якому іншому посяганням на них, здатному завдати шкоди честі або репутації автора. Іншими словами, Комітет визнає, що частиною «моральних інтересів» є особисті немайнові (моральні) права автора на авторство та цілісність (недоторканність) твору, як вони визнані у ст. 6-bis Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів¹¹. Стаття 14 Закону України «Про авторське право та суміжні права»¹² містить тотожні формулювання зазначених прав. Подібне формулювання особистих немайнових прав автора містять також і ст. ст. 438 і 439 Цивільного кодексу України¹³.

Що ж стосується «матеріальних інтересів» у розумінні п. 1с) ст. 15 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права, то вони, на думку Комітету, відображають тісний зв'язок цього положення з правом володіти майном, яке визнане у ст. 17 Загальної декларації прав людини і в регіональних договорах про права людини, а також з правом будь-якого працівника на належну винагороду (ст. 7 Пакту). На відміну від інших прав людини, матеріальні інтереси авторів не пов'язані безпосередньо з особою творця, але є однією з передумов користування правом на достатній життєвий рівень. При цьому строк захисту матеріальних інтересів згідно зі ст. 15 Пакту не обов'язково розповсюджується на весь строк життя автора. Мета надання авторам можливості мати достатній життєвий рівень може бути досягнута радше шляхом одноразових виплат або наділення автора протягом обмеженого періоду часу виключним правом на експлуатацію його наукового, літературного чи художнього твору.

24 грудня 2014 р. Спеціальний доповідач у сфері культурних прав Ради ООН з прав людини Фаріда Шахід представила доповідь щодо політики у сфері охорони авторських прав на науку і культуру¹⁴, у якій підтримується позиція Комітету ООН з економічних, соціальних і культурних прав щодо хибності прирівнювання прав людини до авторських прав. У доповіді підкреслюється, що право людини на захист авторства є не просто синонімом охорони авторських прав або посиланням на неї, а суміжною концепцією, на основі якої слід давати оцінку авторському праву. Захист авторства як права людини вимагає в одних випадках більшого, а в інших меншого, ніж це в даний час передбачено законами про охорону авторських прав більшості країн (пункт 29 Доповіді).

Слід сказати, що не усі фахівці згодні з таким підходом. Так, відомий французький фахівець у сфері авторського права Андре Керевеєр переконаний, що авторські права є правами людини. В обґрунтування своєї тези він вказує на те, що авторські права, як і права людини загалом, мають фундаментальний характер, оскільки позбавлення таких прав мало б результатом заперечення людського існування й гідності. Відтак, вони являють собою універсальні цінності¹⁵.

Крім того, Андре Керевеєр вказує на нерозривний зв'язок між автором і створеним ним твором, який продовжує існувати, як і права на нього, після його публікації. На його думку, сам Іммануїл Кант однозначно прирівняв авторські права з правами людини, зазначивши, що оскільки письмові твори є дискурсом, притаманним тільки особі, вони належать виключно автору, який таким чином має невідчужуване право, *jus personnalissimus*, на такі твори¹⁶. Викладені аргументи підтримують також деякі інші науковці¹⁷. Зрештою, на користь такої позиції може свідчити також і включення до присвяченої праву власності ст. 17 Хартії основних прав Європейського Союзу положення про охорону інтелектуальної власності¹⁸.

Однак більшість фахівців все ж не є прихильниками ототожнення авторських прав і прав людини. Так, відомий американський юрист Лоренс Р. Хелфер визначає два основні підходи до проблеми співвідношення прав людини та прав інтелектуальної власності загалом: перший розглядає ці дві системи як такі, що знаходяться у фундаментальному конфлікті; другий підхід передбачає співіснування двох систем та спільне вирішення ними проблем установалення балансу між інтересами правовласників та інтересами суспільства¹⁹.

Інший відомий науковець, Пітер К. Ю., вказує, що такі крайні підходи, хоча й мають певні плюси й мінуси, однак заважають практичному вирішенню проблем співвідношення прав інтелектуальної власності та прав людини. Зазначені підходи ігнорують той факт, що принаймні деякі елементи прав інтелектуальної власності вже охороняються на міжнародному і регіональному рівнях як права людини, хоча інші елементи цих прав не мають жодних характеристик прав людини. Тому набагато більш важливим питанням за даних обставин є пошук шляхів ослаблення напруги та вирішення конфлікту між тими елементами прав інтелектуальної власності, які мають характер прав людини, та тими, які такого характеру не мають²⁰.

Автор цієї статті схильний погодитися із думкою Пітера К. Ю. про те, що деякі права інтелектуальної власності мають характер прав людини та як такі повинні охоронятися положеннями відповідних міжнародних і регіональних угод про права людини. Більшою мірою це стосується особистих немайнових прав, меншою – майнових²¹.

Проте питання про те, які саме права автора є правами людини, залишається відкритим. Очевидно, що підходи до особистих немайнових і майнових прав автора у контексті їх віднесення до прав людини будуть відрізнятися. У першому випадку до фундаментальних прав можна віднести визначені Бернською конвенцією право авторства та право на цілісність твору. Інші особисті немайнові права автора, зокрема право на авторське ім'я та право на оприлюднення твору, не можуть бути повною мірою віднесені до прав людини, хоча і містять певні їх аспекти.

Що ж до майнових прав автора, то тут ситуація набагато складніша. Як зазначалось вище, Загальна декларація та Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права надають захист лише матеріальним інтересам автора у зв'язку з будь-якими створеними ним науковими, літературними чи художніми працями. При цьому коло таких інтересів не визначається, що дає привід для різних підходів та інтерпретацій.

У зв'язку з цим не можна не згадати практику Європейського суду з прав людини, який в останні кілька років все більше схильний розглядати справи, пов'язані з інтелектуальною власністю. Правовим обґрунтуванням для розгляду таких справ є, серед іншого, ст. 1 Першого Протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, яка передбачає захист власності. На думку ЄСПЛ, захист, що надається зазначеною статтею, розповсюджується також і на інтелектуальну власність. Наприклад, у своєму рішенні від 11 січня 2007 р. у справі за заявою компанії «Анхойзер-Буш Інк.» проти Португалії Велика Палата Європейського суду з прав людини дійшла висновку, що «стаття 1 Першого Протоколу до Конвенції застосовна до інтелектуальної власності як такої». Аналогічне рішення про застосовність ст. 1 Першого Протоколу до Конвенції ЄСПЛ прийняв у справі «Мельничук проти України» (заява № 28743/03), що стосувалося можливого порушення авторських прав заявника.

Велика Палата також визнала прийнятною для розгляду заяву компанії «Анхойзер-Буш Інк.», яка обґрунтовувала порушення її права власності відмовою у реєстрації знака для товарів і послуг за поданою нею заявкою, визнавши тим самим, що поняття «матеріально-правових інтересів», охоронюваних ст. 1 Першого Протоколу до Конвенції, є досить широким²². Слід також зауважити, що межі захисту, наданого Конвенцією, постійно змінюються, оскільки ЄСПЛ неодноразово підкреслював, що Конвенція є живим інструментом і повинна тлумачитися з точки зору сьогодення.

Таким чином, загальний підхід міжнародних організацій та значної кількості фахівців до співвідношення між правами людини і авторськими правами полягає у принциповому розмежуванні цих понять, а також зазначенні відмінностей між моральними і матеріальними інтересами авторів, захист яких є основоположним правом людини, та особистими немайновими і майновими правами авторів. Слід проте відмітити, що певні аспекти зазначених прав авторів охороняються в якості прав людини на міжнародному та регіональному рівні. Це стосується не тільки права авторства та права на цілісність твору, фундаментальний характер яких не заперечується, а й майнових прав автора. Необхідність охорони матеріальних інтересів автора твору чи об'єкта промислової власності як складових права людини на власність послідовно визнається Європейським судом з прав людини. Однак на міжнародному рівні такої послідовності у підходах до досліджуваного питання не спостерігається.

Загалом можна констатувати, що проблема співвідношення авторських прав і прав людини далека від свого остаточного вирішення. Вона потребує подальшого теоретичного осмислення з урахуванням практичних підходів, які існують у тому числі на міжнародному та регіональному рівнях. За таких обставин доцільною вбачається більш активна розробка даної теми вітчизняними фахівцями.

¹ Report on the rule of law CDL-AD(2011)003rev, adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25–26 March 2011) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-e)

² *Laurence R. Helfer, Graeme W. Austin. Human Rights and Intellectual Property: Mapping the Global Interface.* Cambridge: Cambridge University Press. – P. 34.

³ Конституція України: Науково-практичний коментар / В. Б. Авер'янов, О. В. Батанов, Ю. В. Баулін та ін. ; ред. кол.: В. Я. Тацій, Ю. П. Битяк, Ю. М. Грошевой та ін. – К.: Видавничий дім «Ін Юре», 2003. – 808 с.

⁴ Цивільне право : підруч. : у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бегова та ін. ; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – Х.: Право, 2011. – Т. 1. – С. 35–36.

⁵ Право інтелектуальної власності: Акад. курс: підруч. для студ. вищих навч. закладів / О. П. Орлюк, Г. О. Андрощук, О. Б. Бутнік-Сіверський та ін.; за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. – К.: Видавничий дім «Ін Юре», 2007. – С. 58.

⁶ Див., напр.: *Кашинцева О.* Права людини та права інтелектуальної власності крізь призму сучасного наукового етосу / О. Кашинцева // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2012. – № 6. – С. 3–8; *Кашинцева О.* Переосмислення прав інтелектуальної власності з позиції забезпечення прав людини: нові виклики – нові відповіді / О. Кашинцева // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2015. – № 1. – С. 5–10.

⁷ Офіційний вісник України. – 2010. – № 84. – Ст. 2989.

⁸ *Drahos Peter.* The Universality of Intellectual Property Rights: Origins and Development // Intellectual Property and Human Rights, a Panel Discussion organized by WIPO in collaboration with the Office of the UN High Commissioner for Human Rights. Geneva, 9 November 1998. – P. 34 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/762/wipo_pub_762.pdf

⁹ Intellectual property rights and human rights. Resolution 2000/7, adopted on 17 August 2000 by Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=8200

¹⁰ Замечание общего порядка 17. Право каждого на пользование защитой моральных и материальных интересов, возникающих в связи с научными, литературными или художественными трудами, автором которых он является (статья 15 (1) с) Пакта), тридцать пятая сессия Комитета по экономическим, социальным и культурным правам. E/C.12/GC/17. 12 января 2006 г. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www2.ohchr.org/english/bodies/icm-mc/docs/8th/HRI.GEN.1.Rev9_ru.pdf

¹¹ Офіційний вісник України. – 2007. – № 75. – Ст. 2809.

¹² Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 13. – Ст. 64.

¹³ Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.

¹⁴ Политика в области охраны авторских прав и право на науку и культуру. Доклад Специального докладчика в области культурных прав Фариды Шахид. 24 декабря 2014 г. A/HRC/28/57 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/28/57

¹⁵ Kéréver, André. Author's rights are human rights. Copyright bulletin. Vol. XXXII. 1998. – P. 18.

¹⁶ Там само. – С. 20.

¹⁷ Див., напр.: René Cassin. L'intégration, parmi les droits fondamentaux de l'homme, des droits des créateurs des oeuvres de l'esprit // MELANGES MARCEL PLAISANT. 1960. P 225, 229; Michel Vivant. Le droit d'auteur, un droit de l'Homme. Revue internationale du droit d'auteur. 1997. No 174. – Pp. 60–123.

¹⁸ Хартия основных прав Европейского Союза (Ницца, 7 декабря 2000 года) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/card/994_524

¹⁹ Див.: Laurence R. Helfer. Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence? // Minnesota Intellectual Property Review. – 2003. – Vol. 5:1. – Pp. 47–61.

²⁰ Peter K. Yu. Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework // University of California, Davis. – 2007. – Vol. 40:1039. – Pp. 1077–1078.

²¹ Там само. – С. 1042.

²² Дело «Компания «АНХОЙЗЕР-БУШ ИНК.» против Португалии» [ANHEUSER-BUSCH INC. V. PORTUGAL] (жалоба № 73049/01) // Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека. – 2007. – № 4. – С. 38–40.

Резюме

Ващинець І. І. Авторські права на результати інтелектуальної діяльності як права людини: міжнародно-правовий аспект.

Стаття окреслює підхід до авторських прав як прав людини у контексті міжнародних договорів у цій сфері. З урахуванням позицій міжнародних інституцій та визнаних фахівців проводиться аналіз юридичної природи авторських прав і їх співвідношення з правами людини.

Ключові слова: авторські права, права інтелектуальної власності, права людини, міжнародні договори, співвідношення авторських прав і прав людини.

Резюме

Ващинець І. І. Авторские права на результаты интеллектуальной деятельности как права человека: международно-правовой аспект.

Статья очерчивает подход к авторским правам как правам человека в контексте международных договоров в этой сфере. С учетом позиций международных институций и признанных экспертов проводится анализ юридической природы авторских прав и их соотношение с правами человека.

Ключевые слова: авторские права, права интеллектуальной собственности, права человека, международные договоры, соотношение между авторскими правами и правами человека.

Summary

Vashchynets I. Author's rights on results of intellectual activity as human rights: international legal aspects. The article outlines an approach to author's rights as human rights in the context of international human rights treaties. Taking into account the views expressed by international institutions and eminent experts, the legal nature of author's rights and their intersection with human rights are analyzed.

Key words: author's rights, intellectual property rights, human rights, international treaties, intersection between author's rights and human rights.

А. В. ЛУЗАН

*Аліна Володимирівна Лузан, здобувач Київського
університету права НАН України*

ЩОДО СУЧАСНОГО СТАНУ ТА ПЕРСПЕКТИВ ВЗАЄМОДІЇ МЕТАЛУРГІЙНИХ ПІДПРИЄМСТВ З ВИЩИМИ НАВЧАЛЬНИМИ ЗАКЛАДАМИ ТА НАУКОВО- ДОСЛІДНИМИ УСТАНОВАМИ В ПИТАННЯХ ВПРОВАДЖЕННЯ ІННОВАЦІЙНИХ ОБ'ЄКТІВ ПАТЕНТНОГО ПРАВА

Наймудріші правителі Стародавнього Світу, зокрема Китаю, приділяли значну увагу інноваційним технічним рішенням. Надзвичайно, але вже в ті часи були зроблені фантастичні досягнення, що не можуть не дивувати винахідників сьогодення, і які є фундаментом переважної більшості наукових концепцій та досягнень сучасної цивілізації.

Так, наприклад, випадкове винайдення пороху вченими Стародавнього Китаю завдячує саме ідеї продовження життя монархів, адже спочатку він був створений у якості рецепту довголіття, після чого були відкриті рушійні властивості даної хімічної сполуки¹. Крім того, сучасний світ має завдячувати своїм здоров'ям вакцинації, яка зараз стала невід'ємною складовою збереження людського життя. У 1000 р. н.е. сина китайського головного міністра вбила віспа, і щоб врятувати решту родини, він зібрав знахарів з усього Китаю, один із яких відкрив таємницю вакцинації через введення в організм людини слабкої форми вірусу, що в майбутньому гарантувала імунітет від тяжкої форми цієї хвороби. До європейців дана практика прийшла після 1718 р. від дружини британського посла леді Мері Уортлі Монтегю (Mary Wortley Montagu). Перебуваючи в Туреччині, на території якої ці знання були давно відомі, вона, перенісши віспу, попросила зробити вакцинацію своєму синові². І хоча офіційно вважається, що вакцинацію у 1798 р. винайшов англієць Едвард Дженнер, після часів пандемії чорної віспи на теренах Азії, північної Африки та головним чином Європи (1346–1353 рр.), де дана хвороба знищила, за самих скромних підрахунків, майже третину населення, а також з огляду на страшні хвороби XX–XXI ст. ст., це тисячолітнє відкриття, зроблене невідомим алхіміком, не можна недооцінювати.

Наймудріші правителі Стародавнього Світу, зокрема Китаю, приділяли значну увагу інноваційним технічним рішенням. Надзвичайно, але вже в ті часи були зроблені фантастичні досягнення, що не можуть не дивувати винахідників сьогодення, і які є фундаментом переважної більшості наукових концепцій та досягнень сучасної цивілізації. Так, понад 2 тисячі років тому китайська армія вже використовувала арбалети зі спусковим механізмом і магазином для патронів та перші у світі стремени. У сільському господарстві вони перші почали використовувати металевий плуг, сіялки, тачки та розсаджувати насіння в ряд, що захищало врожай від голодних птахів. Більше ніж через тисячу років потому дані винаходи були скопійовані європейцями, що привело до сільськогосподарської, а згодом й до промислової революцій. Водні шлюзи та парашут, винайдення яких зазвичай приписують Леонардо да Вінчі, також використовувалися у Китаї ще задовго до його народження.

Ще одним суттєвим винаходом став спосіб обробки продуктів земних надр, на яких заснований весь арсенал сучасної науки та техніки, зокрема розвиток металургійної галузі, яка на даний час займає вагомий сегмент світової економіки та перетворює оточуючий нас світ, роблячи його зручнішим, комфортнішим і безпечнішим.

У першій половині 2017 р. на металургійний сегмент припав 81 % зовнішніх продажів (80 % – в першій половині 2016 р.). Металургійний сегмент генерує виручку від продажу чушкового чавуну, металопродукції, коксу, а також іншої продукції та послуг. У першій половині 2017 р. виручка сегменту зросла на 38 % порівняно з аналогічним періодом минулого року і становила \$ 3 165 млн. Зокрема, зросли: продаж плоского прокату – на \$ 643 млн, слябів – на \$ 124 млн, чушкового чавуну – на \$ 76 млн, коксу – на \$ 62 млн, а також іншої продукції та послуг – на \$ 61 млн. Це зростання було частково знівельовано скороченням продажів довгого прокату (\$ 56 млн)³.

З огляду на обсяги виробництва та сучасні світові тенденції, для того, щоб бути конкурентоспроможними металургійні підприємства України, зокрема ті, що входять до групи МЕТІНВЕСТ, впроваджують нові стратегії як виробництва, так і управління людським інтелектуальним капіталом. На крупних металургійних комбінатах м. Маріуполя – ПАТ «МК «АЗОВСТАЛЬ» та ПАТ «Маріупольський металургійний комбінат ім. Ілліча», які також входять до групи МЕТІНВЕСТ, напрямам, пов'язаним з інтелектуальною власністю, на даний час приділяється велика увага. Так, щорічно на ПАТ «МК «АЗОВСТАЛЬ» спільно з провідними науково-дослідницькими підприємствами та організаціями України й ближнього зарубіжжя виконуються науково-дослідницькі роботи. Комбінат підтримує тісні наукові зв'язки з ДВНЗ «Приазовський державний технічний університет» (ДВНЗ «ПДТУ»), Українським державним науково-технічним центром «Енергосталь» (УкрДНТЦ «Енергосталь»), Національною металургійною академією України (НМетАУ) та іншими.

ж нові винаходи, створені українцями, патентуються та продаються іноземним компаніям на умовах виключної ліцензії, які їх комерціалізують та отримують прибутки за рахунок продажу вже готової продукції на нашій території. З метою економії державних коштів постійно відбуваються реорганізації науково-дослідних установ, які у більшості випадків приєднуються до вищих навчальних закладів, як правило, державної форми власності, що посилює адміністративний тиск на них і водночас позбавляє реального фінансування на проведення науково-дослідної діяльності. І навіть якщо така діяльність дає позитивні результати у вигляді отриманих патентів на винаходи та корисні моделі, подальший шлях їх комерціалізації залишається не пройденим. Особливо це помітно в регіонах, віддалених від адміністративного центру країни – Києва. Так наприклад, науково-дослідна частина ДВНЗ «Приазовський державний технічний університет» (м. Маріуполь) щороку подає близько 50 заявок на отримання патентів на винаходи чи корисні моделі, які успішно проходять експертизу, однак у подальшому ці розробки так і залишаються незатребуваними, що наочно свідчить про низький рівень комерціалізації даних об'єктів.

Ще одним проблемним моментом є відсутність заінтересованості у взаємодії між виробничими підприємствами та вищими навчальними закладами в питаннях трансферу технологій. Сьогодні об'єкти промислової власності створюється і у вищих навчальних закладах України, однак через те, що фінансування цієї діяльності здійснюється переважно за бюджетні кошти, процес передачі та використання створених технологій не можна назвати достатньо ефективним. Навіть внесені в законодавство зміни 2 жовтня 2012 р. залишили деякі питання до кінця не вирішеними.

Таким чином, узагальнюючи існуючу практику в даній сфері, можна виділити наступні проблеми:

- Через бюрократичні процедури ВНЗ та НДУ практично позбавляються права розпоряджатися створеними технологіями.
- Патентоспроможні об'єкти патентного права, створені науковими співробітниками, залишаються незатребуваними.
- Недостатній рівень взаємодії ВНЗ та НДУ з підприємствами, які в подальшому можуть набувати прав на дані технології, що гальмує процес інноваційного розвитку.
- Відсутність заінтересованості підприємств щодо залучення у виробничий процес наукових співробітників і заміщення їх власним кадровим потенціалом.
- Прогалини в законодавстві щодо відносин у сфері службового винахідництва та трансформація цих відносин у корпоративні правила й програми.
- Нормативне та формальне відсторонення від співпраці у сфері трансферу технологій та розвитку ІВ органів місцевого самоврядування.

Рішення та компроміси можна шукати у запропонованому Департаментом країн з перехідною та розвинутою економікою ВОІВ типовому Положенні про політику в сфері інтелектуальної власності для університетів і науково-дослідних установ. Таке положення діє у багатьох європейських країнах і його норми спрямовані на налагодження взаємовідносин між підприємствами та ВНЗ і НДУ. Однак необхідно наголосити, що перед його імплементацією слід провести ґрунтовну роботу з метою його адаптації до українських реалій.

¹ Грухівський Л. Про роль випадку у винахідництві / Л. Грухівський // Інтелектуальна власність в Україні. – 2015. – № 12. – С. 26–31. – С. 27.

² Изобретения древнего Китая: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://vk.com/video-3983541164170513?hd=-1&t=25s>

³ Производственная отчетность компании МЕТИНВЕСТ: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.metinvestholding.com/ru/investors/opresults/performance>

⁴ МЕТИНВЕСТ объявляет финансовые результаты за первые шесть месяцев 2017 года : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.metinvestholding.com/ru/investors/ir_news/show/7473

⁵ База знаний Sixsigmaonline «Восемь видов потерь» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://sixsigmaonline.ru/baza-znaniy/22-1-0-457>

⁶ Гець В. М. Україна у вимірі економіки знань / В. М. Гець, В. П. Александрова, Ю. М. Бажал ; за ред. В. М. Гейця. – К.: Основа, 2006 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%91%D1%96%D0%B7%D0%BD%D0%B5%D1%81%D1%96%D0%BD%D0%BA%D1%83%D0%B1%D0%B0%D1%82%D0%BE%D1%80>

Резюме

Лузан А. В. Щодо сучасного стану та перспектив взаємодії металургійних підприємств з вищими навчальними закладами та науково-дослідними установами в питаннях впровадження інноваційних об'єктів патентного права.

У статті аналізуються обставини, що впливають на стан розвитку винахідництва та раціоналізаторства в металургійній галузі, а також пропонуються заходи для його покращення. Розглядаються можливі механізми взаємодії металургійних підприємств та ВНЗ і НДУ при розробці та впровадженні інноваційних патентоспроможних об'єктів. Аналізуються переваги та недоліки такої співпраці.

Ключові слова: винахід, металургія, бережливе підприємство, вісім видів втрат, політика у сфері інновацій.

Резюме

Лузан А. В. Относительно современного состояния взаимодействия металлургических предприятий с высшими учебными заведениями и научно-исследовательскими учреждениями в вопросах внедрения объектов патентного права.

В статье анализируются обстоятельства, которые влияют на состояние развития изобретательства и рационализаторства в металлургической отрасли, а также предлагаются способы его улучшения. Рассматриваются возможные механизмы взаимодействия металлургических предприятий с ВУЗами и НИУ при разработке и внедрении патентоспособных объектов. Анализируются преимущества и недостатки такого сотрудничества.

Ключевые слова: изобретение, металлургия, бережливое предприятие, восемь видов потерь, политика в сфере инноваций.

Summary

Luzan A. About the current situation of interaction of metallurgical enterprises with higher educational institutions and scientific research institutions in issues of introduction of objects of patent law.

The article analyzes the circumstances that influence the state of development of invention and rationalization in the metallurgical industry, and also suggests ways to improve it. Possible mechanisms of interaction of metallurgical enterprises with universities and research institutions in the development and implementation of patentable objects are considered. The advantages and disadvantages of such cooperation are analyzed.

Key words: invention, metallurgy, lean enterprise, eight types of losses, innovation policy.

УДК 347.772

О. А. РАССОМАХИНА

Ольга Андріївна Рассомахіна, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України

ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ПІДСТАВ ДЛЯ ВІДМОВИ У НАДАННІ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ТОРГОВЕЛЬНИХ МАРКАМ, ЩО Є ОПИСОВИМИ, У ЗАРУБІЖНИХ ДЕРЖАВАХ

Однією зі складових критерію розрізняльної здатності є вимога про те, що знак не повинен бути описовим позначенням. Сьогодні у правозастосовній практиці патентного відомства України ми інколи зустрічаємо суперечливі та не зовсім справедливі, з точки зору заявника, рішення експертизи про відмову у реєстрації позначення як знака, якщо воно є описовим, тому доходимо висновку про те, що на практиці зустрічається недостатнє розуміння змісту та порядку застосування даної підстави для відмови у реєстрації позначення у якості торговельної марки і про необхідність вивчення зарубіжного досвіду у даній сфері для її можливого вдосконалення. Адже в умовах розвитку ринкових відносин та глобалізації міжнародного торговельного простору належна реалізація прав інтелектуальної власності на торговельні марки та її належне законодавче забезпечення розглядається сьогодні і світовою спільнотою, і українським суспільством як важливий фактор підвищення конкурентоспроможності продукції, захисту від недобросовісної конкуренції та створення можливості для отримання додаткових прибутків.

Дослідженню критеріїв охороноздатності торговельних марок присвячено чимало наукових праць, зокрема, Є. А. Арієвича¹, В. І. Березанської², Г. Боденхаузена³, Т. С. Демченко⁴, О. Ю. Кашинцевої⁵, І. Ю. Кожарської⁶, О. Д. Левічевої⁷, Т. С. Макаришевої⁸, О. М. Мельник⁹, Г. П. Рабець¹⁰, Ю. І. Свядосца¹¹, А. А. Шестімірова¹² тощо. Разом із тим недостатньо дослідженими залишаються питання, пов'язані із практикою застосування такої підстави для відмови у наданні правової охорони знаку, як його описовість, у зарубіжних державах, а також не до кінця дослідженими залишаються питання тлумачення змісту відповідних законодавчих норм, які визначають обсяг, умови і порядок застосування даної підстави для відмови у правовій охороні під час процедури набуття прав на торговельні марки за кордоном.

Пропонуємо дослідити генезис правозастосовної практики щодо застосування даного критерію охороноздатності у зарубіжних державах, її стан в цілому і виробити в результаті дослідження відповідні пропозиції та рекомендації до законодавства України з цього питання.

Практика Офісу Європейського Союзу з інтелектуальної власності (EUIPO) щодо охорони у якості знаків позначень, що є описовими. Практика Офісу Європейського Союзу з інтелектуальної власності (далі – EUIPO) свідчить, що EUIPO у більшості випадків відмовляє у правовій охороні таким позначенням, інколи поєднуючи два критерії: відсутність розрізняльної здатності (ст. 7 п. 1 п/п b Регламенту № 207/2009) та описовість позначення (ст. 7 п. 1 п/п c Регламенту № 207/2009), проте досить часто такі рішення успішно оскаржуються у судовому порядку.

Розглянемо справу компанії Проктер енд Гембл проти Офісу з гармонізації внутрішнього ринку (відділ з питань торговельних марок та промислових зразків) з приводу відмови у реєстрації у якості торговельної марки позначення «BABY-DRY» для одноразових пелюшок з паперу або целюлози та пелюшок із тканини (16 та 25 класи МКТП) на підставі того, що таке позначення є описовим, адже вказує на призначення товарів, а тому не має розрізняльної здатності. Дана справа розглядалася неодноразово різними інстанціями та поклала початок вказаній вище тенденції.

Judgment of the Court of Justice 20 September 2001 Procter&Gamble v. OHIM (C-383/99 P) : [Electronic resource] / Judgment of the Court. – Mode of access: <http://www.oami.europa/en/mark/aspects/judgement/jj99038.htm>

²⁷ OAMI-ONLINE – Judgment of the Court of First Instance (Second Chamber) of 5 April 2001 (1) T-87/00 «EASYBANK» Bank für Arbeit und Wirtschaft v. OHIM : [Electronic resource] / Judgment of the Court. – Mode of Access: <http://oami.europa.eu/en/mark/aspects/judgement/T-87-00.htm>

²⁸ «BABY-DRY»: descriptive or not descriptive? – a trade mark decision from the ECJ : [Electronic resource] / web-site of global intellectual property firm Rouse&co.international. – October 2001. – issue 72. – Mode of Access: http://www.iprights.com/publications/Alert_72.pdf

Резюме

Рассомахіна О. А. Особливості застосування підстав для відмови у наданні правової охорони торговельним маркам, що є описовими, у зарубіжних державах.

У статті досліджено генезис правозастосовної практики щодо застосування даного критерію охороноздатності у зарубіжних державах, її стан в цілому, і в результаті дослідження вироблено відповідні рекомендації з цього питання для їх застосування й в Україні.

Ключові слова: торговельна марка ЄС, розрізняльна здатність, описовість позначення, державна реєстрація прав на торговельну марку, набуття позначенням розрізняльної здатності у процесі використання.

Резюме

Рассомахіна О. А. Особенности применения оснований для отказа в предоставлении правовой охраны товарным знакам, являющимся описательными, в зарубежных государствах.

В статье исследован генезис правоприменительной практики по применению данного критерия охраноспособности в зарубежных государствах, ее состояние в целом, и в результате исследования выработаны соответствующие рекомендации по этому вопросу для их применения и в Украине.

Ключевые слова: товарный знак ЕС, различительная способность, описательность обозначения, государственная регистрация прав на товарный знак, приобретение обозначением различительной способности в процессе использования.

Summary

Rassomakhina O. Peculiarities of the application of the grounds for refusal to grant legal protection to trademarks that are descriptive, in foreign countries.

In the article the author examine the genesis of law enforcement practice on the application of the criterion of descriptiveness of sign in foreign countries, its status as a whole, and as a result of the study makes recommendations on this issue to their use in Ukraine.

Key words: EU trademark, distinctive character of trademark, descriptiveness of trademark, the state registration of trademark rights, trademark's *acquired* distinctiveness through use.

УДК 349.42

С. І. МАРЧЕНКО

Світлана Іванівна Марченко, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка

АТЕСТАЦІЯ В СІЛЬСЬКОМУ ГОСПОДАРСТВІ УКРАЇНИ: ПУБЛІЧНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ

Сучасні тенденції розвитку аграрного права та законодавства України свідчать про важливу роль публічно-правових засобів регулювання аграрних відносин, спрямованих на захист інтересів всього суспільства. Як зазначає А. М. Статівка, сучасному аграрному праву властивий динамізм. Дана галузь права спрямована і розвивається на нових принципах, як основних і керівних вимогах законодавства, які визначають сутність і спрямованість механізму правового регулювання аграрних відносин, що є предметом регулювання даної галузі права¹. На забезпечення балансу публічних та приватних інтересів в аграрній сфері спрямована функціональна діяльність органів державної влади, яка характеризується багатоманітністю напрямів, чільне місце серед яких займає атестація. У науці аграрного права ці питання не знайшли належного висвітлення, що зумовлює актуальність проведеного дослідження.

Метою статті є здійснення правового аналізу атестації у сільському господарстві як одного з напрямів функціонального забезпечення в сфері державного регулювання аграрних відносин.

Атестація (лат. attestatio – свідчення, підтвердження) – термін, який в законодавстві України вживається у декількох значеннях: атестація робочих місць; атестація виробництва, атестація працівників. Тобто, в аграрному законодавстві передбачено атестацію, яка здійснюється щодо окремо визначених в законодавстві суб'єктів здійснення сільськогосподарської діяльності, а також по відношенню до певних об'єктів².

В аграрному законодавстві відсутній єдиний нормативно-правовий акт, який би закріплював поняття, види, основні вимоги та порядок проведення атестації. Водночас правові норми, які закріплюють її обов'язковість, містяться як в законодавчих актах, так і в підзаконних нормативно-правових актах, що були прийняті в різні історичні періоди та належать до різних галузей права. Зокрема, окремі питання атестації в сільському господарстві врегульовано ще законодавством колишнього Радянського Союзу, які залишаються чинними дотепер. Узагальнюючи ці всі правові норми, можна виокремити наступні види атестації, які мають місце у сільському господарстві: 1) атестація робочих місць за умовами праці; 2) атестація виробництва; 3) атестація працівників (спеціалістів сільського господарства).

Атестація робочих місць за умовами праці проводиться на підприємствах і організаціях незалежно від форм власності й господарювання, де технологічний процес, використовуване обладнання, сировина та матеріали є потенційними джерелами шкідливих і небезпечних виробничих факторів, що можуть несприятливо впливати на стан здоров'я працюючих, а також на їхніх нащадків як тепер, так і в майбутньому. Проводиться атестаційною комісією, склад і повноваження якої визначаються наказом по підприємству, організації, в строки, передбачені колективним договором, але не рідше ніж один раз на п'ять років. Результати атестації використовуються для розроблення заходів щодо покращення умов праці і оздоровлення працівників та під час визначення права на пенсію за віком на пільгових умовах, пільг і компенсацій за рахунок підприємств, установ та організацій, обґрунтування пропозицій про внесення змін до списків виробництв, робіт, професій, посад і показників, зайнятість в яких дає право на пенсію за віком на пільгових умовах. Порядок проведення атестації робочих місць за умовами праці затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 1 серпня 1992 р. № 442*. Наприклад, відповідно до п. 5 Правил охорони праці на рибоводних підприємствах внутрішніх водойм, які затверджені Наказом Міністерства надзвичайних ситуацій України від 26 листопада 2012 р. № 1352, роботодавець зобов'язаний організувати проведення атестації робочих місць за умовами праці відповідно до вимог Порядку проведення атестації робочих місць за умовами праці.

© С. І. Марченко, 2017

* Нормативно-правові акти, які використано в цій публікації, розміщено на офіційному порталі Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.rada.gov.ua>

Атестація виробництва – офіційне підтвердження наявності необхідних і достатніх умов виробництва певної продукції, які забезпечують стабільність виконання заданих у нормативних документах вимог. Як правило, атестація здійснюється як складова сертифікації продукції. Основні вимоги щодо порядку здійснення робіт з атестації виробництв в Системі сертифікації УкрСЕПРО (далі – Система) встановлено ДСТУ 3414-96 «Система сертифікації УкрСЕПРО. Атестація виробництва. Порядок здійснення». Атестація виробництва в Системі проводиться органом із сертифікації продукції, а за його відсутності – організацією, що виконує функції органу з сертифікації продукції за дорученням Держстандарту України. Атестація виробництва проводиться за ініціативою підприємства, що виготовляє продукцію, або на вимогу органу з сертифікації продукції.

На підставі позитивних висновків комісії орган з сертифікації оформлює атестат виробництва за встановленою формою, реєструє його в Реєстрі Системи і видає підприємству. Термін дії атестату встановлюється органом з сертифікації залежно від результатів перевірки, але не більше, як два роки.

Термін дії атестату виробництва не продовжується. Для отримання атестату на новий термін підприємство не пізніше, як за три місяці до закінчення дії атестату, направляє до органу з сертифікації відповідні матеріали. Далі виконуються попередня оцінка, яка включає експертизу вихідних матеріалів, наданих підприємством, та складання висновку щодо готовності підприємства до проведення атестації виробництва та оцінюється необхідність виконання подальших етапів з урахуванням результатів технічного нагляду за період дії атестату виробництва.

Протягом терміну дії атестату орган з сертифікації здійснює нагляд за стабільністю якості виготовлення продукції. Процедури технічного нагляду обираються відповідно до методів атестації виробництва, регламентуються програмою технічного нагляду за атестованим виробництвом, яка затверджується керівником органу з сертифікації. У програмі надається методика проведення кожної процедури, зазначаються періодичність, виконавці та правила прийняття рішень за кожною процедурою.

Наразі в аграрному законодавстві передбачено обов'язкову атестацію виробництва спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів (далі – виробів) в Україні згідно з Законом України «Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів». Порядок проведення атестації виробництва спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів затверджено наказом Держстандарту України від 29 лютого 1996 р. № 85. Вимоги цього документа обов'язкові для виконання підприємствами незалежно від форм власності під час підготовки до атестації виробництва та її проведення. Проводиться органами Держспоживстандарту України – акредитованими в державній системі сертифікації органами з сертифікації харчової продукції і продовольчої сировини з обов'язковим залученням представників Департаменту податків і зборів з юридичних осіб Державної фіскальної служби України за їх поданням.

Атестація виробництва виробів здійснюється з метою оцінки можливостей підприємства-виробника забезпечити їх відповідність обов'язковим вимогам, що встановлені чинними законодавчими актами України щодо забезпечення життя та здоров'я людей, охорони навколишнього природного середовища, а також відповідність санітарним, пожежним, екологічним нормам і правилам.

В Україні в різні часи було передбачено атестацію фізичних та юридичних осіб для надання їм права на виробництво та реалізацію насіння і садивного матеріалу; атестацію виробництва молока, молочної сировини й молочних продуктів суб'єктів господарювання; атестацію виробництв ветеринарних імунобіологічних препаратів та ін. Атестація зазначених видів виробництва передбачала комплексну перевірку відповідності матеріально-технічної бази, нормативної та нормативно-технічної документації, рівня професійної підготовки персоналу, організаційних заходів та обладнання, спрямованих на забезпечення стабільності якісних показників продукції, що виробляється.

У рамках дерегуляції господарської діяльності, яка була запроваджена Законами України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо скорочення кількості документів дозвільного характеру» від 9 квітня 2014 р. № 1193-VII, «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо дерегуляції в агропромисловому комплексі» від 8 грудня 2015 р. № 867-VIII та іншими нормативно-правовими актами, зазначені види атестації як різновиди дозвільних процедур були скасовані.

Атестація працівників традиційно визначається як засіб стимулювання підвищення їх кваліфікації, підстава для встановлення кваліфікаційних розрядів, переміщення на іншу посаду, визначення відповідної оплати праці. Інколи вона визначається як передбачена законом обов'язкова періодична перевірка та оцінка ділової кваліфікації, особистих та моральних якостей працівника при встановленні відповідності посаді чи виконуваній роботі, що проводиться адміністрацією³.

Аграрне законодавство України передбачає атестацію спеціалістів сільського господарства, вона була запроваджена ще постановою Ради Міністрів СРСР від 26 липня 1973 р. № 531 «Про проведення атестації керівних, інженерно-технічних працівників та інших спеціалістів підприємств і організацій промисловості, будівництва, сільського господарства, транспорту і зв'язку». Типовий перелік посад керівних, інженерно-технічних працівників та інших спеціалістів промисловості, будівництва, сільського господарства, транспорту і зв'язку та інших галузей народного господарства, що підлягають атестації відповідно до постанови Ради Міністрів СРСР від 26 липня 1973 р., затверджений постановою Держкомітету СРСР з науки і техніки та Держкомпраці СРСР від 22 жовтня 1979 року. Зазначені нормативні акти діють відповідно до постанови Верховної Ради «Про порядок тимчасової дії на території України окремих актів законодавства СРСР» № 1545-12 від

12 вересня 1991 року. Спеціалістами сільського господарства, які підлягають атестації, є агрономи всіх спеціальностей і найменувань, ветеринарні лікарі, зоотехніки всіх спеціальностей і найменувань та рибоводи.

Сучасне аграрне законодавство регламентує атестацію агрономів-спеціалістів, яка здійснюється шляхом складання кваліфікаційного іспиту, що проводиться для перевірки та підтвердження наявності у кандидата необхідного рівня теоретичних і практичних знань та умінь у сфері насінництва і розсадництва. Кандидату, який успішно склав кваліфікаційний іспит, Мінагрополітики видає свідоцтво аудитора із сертифікації. Для отримання свідоцтва аудитора із сертифікації (агронома-інспектора) кандидат, крім проходження атестації, повинен мати вищу агрономічну освіту та стаж роботи за спеціальністю не менше одного року.

Свідоцтво аудитора із сертифікації (агронома-інспектора) є безстроковим та видається безоплатно. Аудитори із сертифікації (агрономи-інспектори) зобов'язані не рідше одного разу на три роки підвищувати свою кваліфікацію, невиконання цієї вимоги є підставою для тимчасового зупинення дії свідоцтва аудитора із сертифікації (агронома-інспектора). Порядок видачі, скасування, тимчасового зупинення дії свідоцтва аудитора із сертифікації (агронома-інспектора) затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 28 грудня 2016 р. № 1031 відповідно до ст. 18-2 Закону України «Про насіння і садивний матеріал».

Положення про порядок проведення атестації спеціалістів ветеринарної медицини державних установ затверджено Наказом Державного комітету ветеринарної медицини України від 7 вересня 2009 р. № 321. Метою атестації є підвищення ефективності діяльності зазначених працівників. У ході атестації оцінюються їх ділові та професійні якості, виконання ними посадових обов'язків, зазначених у професійно-кваліфікаційних характеристиках їх посад, а також нормативно-правових актах.

До спеціалістів ветеринарної медицини державних установ, які підлягають обов'язковій атестації, належать керівники, їх заступники, керівники структурних підрозділів державних установ, лікарі, лаборанти та фельдшери ветеринарної медицини, які здійснюють профілактичні, оздоровчі, діагностичні, лікувальні заходи у тваринництві, проводять ветеринарно-санітарну експертизу продуктів тваринного, а на ринках – і рослинного походження, або здійснюють інші види ветеринарної діяльності. Особи, які тимчасово виконують обов'язки на вищезазначених посадах можуть проходити атестацію за власним бажанням з метою визначення їх ділових, професійних якостей та подальшого підвищення у посадах.

Не підлягають атестації: спеціалісти ветеринарної медицини, які обіймають посаду менше одного року; молоді спеціалісти в період строку обов'язкової роботи за направленням після закінчення навчальних закладів; вагітні жінки та жінки, що мають дитину до одного року; жінки (особи), які перебувають у відпустці у зв'язку з вагітністю, пологами і доглядом за дитиною; жінки (особи), які працюють на посаді менше одного року після декретної відпустки.

Атестація спеціалістів ветеринарної медицини державних установ проводиться один раз на п'ять років.

Законодавство у сфері племінної справи в тваринництві передбачало атестацію працівників, які виконували спеціальні роботи, пов'язані з племінними (генетичними) ресурсами, що проводилась один раз на три роки. З 2016 р. така атестація була скасована.

Сучасне аграрне законодавство до осіб, зайнятих в галузі племінної справи в тваринництві, встановлює кваліфікаційні вимоги, які визначають ступінь професійної підготовки працівника, наявність у нього знань, умінь і навичок, необхідних для виконання ним спеціальних робіт у сфері племінної справи в тваринництві. Відповідно до ст. 14 Закону України «Про племінну справу в тваринництві» для виконання спеціальних робіт, пов'язаних з веденням офіційного обліку продуктивності тварин, офіційної класифікації (оцінки) за типом, отриманням, ідентифікацією, зберіганням сперми, ембріонів, яйцеклітин, штучним осіменінням маток і трансплантацією ембріонів, залучаються працівники згідно з кваліфікаційними вимогами, визначеними центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері тваринництва. Кваліфікаційні вимоги до працівників, які виконують спеціальні роботи, пов'язані з племінними (генетичними) ресурсами, затверджено Наказом Міністерства аграрної політики та продовольства України від 13 квітня 2016 р. № 153.

Атестація працівників, які виконують спеціальні роботи, пов'язані з визначенням робочої продуктивності коней для ведення офіційного обліку продуктивності та офіційної класифікації (оцінки), за типом здійснюється відповідно до Положення про атестацію осіб, які займаються тренінгом, випробуваннями та суддівством випробувань племінних коней верхових, рисистих і ваговозних порід, і присвоєння їм кваліфікаційних звань затвердженого Наказом Міністерства аграрної політики та продовольства України від 1 липня 2013 р. № 401. Атестація проводиться для осіб, які атестуються вперше або мали перерву у випробуваннях: два роки і більше для осіб, які займаються тренінгом, випробуваннями племінних коней верхових, рисистих і ваговозних порід; три роки і більше для осіб, які займаються суддівством випробувань племінних коней верхових, рисистих і ваговозних порід.

Переатестація проводиться для осіб, які займаються: тренінгом, випробуваннями племінних коней верхових, рисистих і ваговозних порід, – щороку перед початком нового сезону випробувань; суддівством випробувань племінних коней верхових, рисистих і ваговозних порід, – один раз на три роки.

За наслідками атестації та переатестації атестаційна комісія приймає рішення про: атестацію осіб; допущення або недопущення заінтересованих осіб до тренінгу, випробувань та суддівства випробувань; проведення повторної атестації; присвоєння чергових кваліфікаційних звань; доцільність звернення до кваліфікаційної комісії щодо присвоєння чергових кваліфікаційних звань.

Отже, можемо зробити висновки, що атестація у сільському господарстві є одним із напрямів функціонального забезпечення в сфері державного регулювання аграрних відносин. У сучасних умовах атестація в сільському господарстві передбачає: 1) атестацію робочих місць за умовами праці; 2) атестацію виробництва; 3) атестацію працівників (спеціалістів сільського господарства). Зазначені види дозвільних процедур спрямовані на охорону та збереження життя та здоров'я осіб, зайнятих в сільському господарстві, та їх нащадків, гарантування безпечності і якості сільськогосподарської продукції та гарантування екологічної безпеки. Тобто, спрямовані на реалізацію основних принципів аграрного права України: принципу сталого розвитку сільського господарства України, принципу безпечності та якості сільськогосподарської продукції та принципу екологізації сільськогосподарського виробництва.

¹ *Статівка А.* Про аксіологічні аспекти сучасного аграрного права / А. Статівка // Науковий вісник Національного університету біоресурсів і природокористування України. – 2016. – Вип. 243. – С. 53. – (Серія «Право»).

² *Марченко С. І.* Інституційно-функціональне забезпечення господарської діяльності в агропромисловому комплексі України / С. І. Марченко // Т. О. Коваленко, С. І. Марченко. Правове регулювання господарської діяльності в агропромисловому комплексі України : навч. посіб. – К. : Юрінком Інтер, 2015. – С. 27.

³ *Лазор Л. И.* Правовые проблемы конкурсного подбора, аттестации кадров и рабочих мест на современном этапе : автореф. дисс. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.05 «Трудовое право; право социального обеспечения» / Л. И. Лазор. – М., 1991. – 31 с. – С. 13.

Резюме

Марченко С. І. Атестація в сільському господарстві України: публічно-правові засади.

Статтю присвячено правовим проблемам атестації у сільському господарстві. Проаналізовано законодавство, яке регламентує особливості проведення різних видів атестацій у сільському господарстві. Зроблено висновок, що атестація у сільському господарстві є одним із напрямів функціонального забезпечення в сфері державного регулювання аграрних відносин.

Ключові слова: аграрне право, сільське господарство, атестація сільськогосподарського виробництва, атестація працівників, публічно-правові засади.

Резюме

Марченко С. И. Аттестация в сельском хозяйстве Украины: публично-правовые основы.

Статья посвящена правовым проблемам аттестации в сельском хозяйстве. Проанализировано законодательство, регламентирующее особенности проведения различных видов аттестаций в сельском хозяйстве. Сделан вывод, что аттестация в сельском хозяйстве является одним из направлений функционального обеспечения в сфере государственного регулирования аграрных отношений.

Ключевые слова: аграрное право, сельское хозяйство, аттестация сельскохозяйственного производства, аттестация работников, публично-правовые основы.

Summary

Marchenko S. Attestation in the agricultural holding of Ukraine: public-legal basis.

The article is devoted to the legal issues of attestation in agriculture. The legislation that regulates peculiarities of conducting various types of attestations in agriculture is analyzed. It is concluded that attestation in agriculture is one of the areas of functional provision in the field of state regulation of agrarian relations.

Key words: agrarian law, agriculture, certification of agricultural production, certification of employees, public-law principles.

УДК 349.412.2(477)

Д. В. ФЕДЧИШИН

Дмитро Володимирович Федчишин, кандидат юридичних наук, докторант Запорізького національного університету

ОБМЕЖЕННЯ ПРИ ЗДІЙСНЕННІ ПРАВ НА ЗЕМЛЮ В УКРАЇНІ

В сучасних умовах розбудови України як незалежної та самодостатньої держави актуалізуються питання, пов'язані зі здійсненням прав на землю. Конституцією України визначено, що земля є основним національним багатством нашої країни. В свою чергу, Земельним кодексом України закріплено плюралізм форм власності на землю, визначено види прав на землю, а також кола суб'єктів власності та користування землею. Тобто, йдеться про об'єктивні права на землю, характерною ознакою яких є їх статичність. Однак ані Конституція України, ані Земельний кодекс України (далі – ЗК України) та прийняті на розвиток їх положень закони не розкривають зміст та механізм здійснення саме суб'єктивних прав на землю. Водночас здійсненню суб'єк-

тивних прав притаманна динаміка, яка проявляється у вчиненні суб'єктами певних дій задля задоволення потреб і законних інтересів, що пов'язані з використанням землі загалом чи окремих земельних ділянок.

Шляхом здійснення відповідних прав на землю суб'єкти втілюють у реальність передбачені Конституцією України, ЗК України та іншими нормативно-правовими актами об'єктивні права на землю. При цьому обсяг такого здійснення не завжди є однаковим в силу різноманітних факторів як правового, так і неправового характеру. Передусім у цьому контексті варто приділити увагу саме обмеженням прав на землю.

Питання, пов'язані з обмеженнями прав, у тому числі й у земельно-правовій сфері, були предметом наукових досліджень таких відомих вітчизняних та зарубіжних вчених, як: В. І. Андрейцев, С. С. Алексєєв, В. П. Камишанський, О. О. Кот, Н. С. Кузнєцова, П. Ф. Кулинич, В. В. Носік, М. В. Шульга та інших.

Здійснення суб'єктивних прав на земельні ділянки унеможливлене без законодавчого забезпечення можливості кожному суб'єкту права доступу до володіння, користування і розпорядження земельними ділянками як об'єктів земельних правовідносин, що виникають, змінюються і припиняються у процесі набуття і реалізації права власності та інших речових прав на земельні ділянки, права постійного користування землею, права на оренду землі тощо¹.

Як стверджує В. В. Носік, відповідно до Конституції України право володіння, користування і розпорядження землею громадянами, юридичними особами має здійснюватися у визначених законом межах². У той же час правові рамки, у яких особа реалізує свої правомочності власника землі як ту перешкоду, що не дозволяє будь-кому без згоди власника або користувача без належних правових підстав втручатися в реалізацію ними своїх земельних прав. Зазначені рамки надають землевласникам та землекористувачам можливість обирати законні форми, засоби і способи захисту права власності чи права користування землею від неправомірних дій органів державної влади та місцевого самоврядування, а також третіх осіб.

У літературі наголошується на тому, що непорушність у здійсненні громадянами, юридичними особами, а також державою права власності на землю Українського народу забезпечує власникам можливість безперешкодно володіти земельною ділянкою, використовувати її для своїх потреб, не допускаючи при цьому її самовільного зайняття, або знищення чи пошкодження межових знаків третіми особами, порушення правил добросусідства, пошкодження ґрунту, протиправного встановлення обмежень у здійсненні права власності на землю тощо. Водночас науковці стверджують, що правомірне встановлення правових обмежень і обмежень права у здійсненні правомочностей власника землі в цілому узгоджується з юридичною сутністю конституційної гарантії непорушності права власності на землю, оскільки допустимість і можливість обмеження права приватної власності передбачена у ст. ст. 13, 41 Конституції України, згідно з якими власність на землю зобов'язує, і тому використання власності на земельні ділянки не може завдавати шкоди правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію і природні якості землі³.

Варто наголосити, що правовий механізм обмежень прав, в тому числі і прав на земельні ділянки, є одним із способів забезпечення оптимального поєднання публічних і приватних інтересів. Для законодавства України, як і для законодавства цілого ряду найбільш розвинених країн Європи та Латинської Америки, характерна наявність певних обмежень прав на землю. Причому останнім часом спостерігається тенденція законодавчого закріплення обмежень, внаслідок чого можна стверджувати про стійке зростання обмежень правомочностей користування і розпорядження земельними ділянками. Все це є результатом прагнення людської спільноти зберегти землю як обмежений і невідтворний природний об'єкт для майбутніх поколінь.

Як відомо, система правового регулювання суспільних відносин включає до свого складу дозволи, заборони та позитивні зобов'язання. Дана тріада засобів правового регулювання виникла в Римському праві, а в ХХ ст. з'явилися теорії, що обґрунтовують застосування трьох різновидів регулятивних норм – забороняючих, уповноважуючих і зобов'язуючих. Разом із тим деякі вчені виділяли четверту сукупність засобів правового регулювання – правові обмеження. Так, С. С. Алексєєв зазначав, що обмеження суб'єктивного права досягається за допомогою відомої тріади способів, шляхом звуження дозволів, нових заборон і додаткових зобов'язань⁴. З такою позицією погоджується і В. П. Камишанський, уточнюючи, що, «коли ми говоримо про обмеження права, мова йде про обмеження конкретного суб'єктивного права»⁵. Обмеження права, на його думку, виражається в утиску суб'єкта при здійсненні суб'єктивного права. Однак не може бути прийнята без заперечень подальша теза названого автора про те, що «обмеження» при здійсненні суб'єктивного права викликано передачею можливості його здійснення третій особі. Уявляється, що обмеження суб'єктивного права (наприклад, права власності на землю) пов'язані передусім із забезпеченням інтересів суспільства в цілому. У цьому випадку, як приклад, можна привести зони санітарної охорони, які створюються навколо об'єктів, де є підземні та відкриті джерела водопостачання, водозабірні та водоочисні споруди, водоводи, об'єкти оздоровчого призначення та інші, для їх санітарно-епідеміологічної захищеності (ст. 113 ЗК України). У межах таких зон забороняється діяльність, яка може призвести до завдання шкоди вищезазначеним об'єктам.

Поняття обмеження суб'єктивного, в тому числі й земельного права, має особливе наукове та практичне значення і є базовим при дослідженні обмежень у здійсненні права на землю. Як зазначається у правовій літературі, загальні теоретичні дослідження обмежень права, виявлення та аналіз їх істотних ознак і видів дає змогу з більшою глибиною, послідовністю і обґрунтованістю розглянути проблеми обмежень права власності⁶.

Сучасні вчені у своїх працях досить багато уваги приділяють обмеженням суб'єктивних цивільних та інших прав, визначаючи загальнотеоретичні основи таких обмежень. При цьому більшість авторів наголо-

шують на зв'язку обмеження свобод суб'єкта при здійсненні прав на землю з суспільними інтересами. Право, поєднуючи у собі дозволи і заборони, виконує двоєдине завдання: з одного боку – визначає межі свободи учасників правовідносин, а іншого – забезпечує свободу людини дієвими засобами і механізмами, що допомагають робити свободу людини реальністю. У свою чергу, завданням правового регулювання виступає гармонізація відносин людини і суспільства, оскільки, об'єктивно, інтереси окремого суб'єкта можуть не збігатися з інтересами держави, суспільства або його частини.

Виходячи зі змісту ст. 1 Першого протоколу Європейської конвенції про захист прав людини і основних свобод, підписаного в Парижі в 1952 р., позбавлення права власності може здійснюватися винятково на умовах, передбачених законом або загальними принципами міжнародного права⁷.

З цього приводу П. Ф. Кулинич слушно зазначає, що власник перед тим, як почати використовувати належну йому на праві власності земельну ділянку, має «зверити» свої дії саме з правовими вимогами, які відображають інтереси суспільства і, таким чином, він змушений підпорядкувати свої інтереси інтересам суспільства. Водночас підпорядкування інтересів приватного власника земельної ділянки інтересам суспільства не означає їх повного «поглинання» останніми, адже одним із ключових інтересів суспільства є ефективне функціонування інституту приватної власності на землю та надання власникові правових можливостей для реалізації і приватної ініціативи та приватних інтересів⁸.

Необхідно розрізнити обмеження права і правові обмеження як правові явища. Так, під правовими обмеженнями слід розуміти сукупність елементів правового регулювання, спрямованих на встановлення меж (кордонів) дозволеної поведінки суб'єктів. Правові обмеження окреслюють сферу можливої поведінки, всередині якої суб'єкт може вільно реалізувати свою правоздатність при наявності відповідних юридичних фактів.

На відміну від суб'єктивного права як заходу можливої поведінки уповноваженої особи, обмеження права являє собою певні труднощі, стримування в здійсненні конкретного суб'єктивного права. Обмеження прав на землю є системою юридичних норм, встановлених нормативно-правовими актами з метою захисту моральності, прав і законних інтересів населення та інших осіб, забезпечення оборони країни й безпеки держави.

У своєму дослідженні Є. О. Мічурін, представник цивільно-правової науки, доходить висновку, що обмеження прав слід розглядати як елемент механізму правового регулювання, спрямований на охорону прав суспільства, інших уповноважених осіб, здатний за допомогою спеціальних законодавчих заборон, обов'язків чи дозволів впливати на звуження суб'єктивного права та ускладнення його змісту⁹.

Г. Г. Харченко розглядає обмеження речового права як встановлене законом утиснення у вигляді загальної заборони носію речового права вчиняти певну дію щодо належного йому об'єкта¹⁰.

Варто наголосити, що правові обмеження та обмеження права, а також обов'язки власника у єдності своїй розкривають юридичну природу меж здійснення права власності на землю. При цьому встановлення меж можливих дій власника чи уповноваженої особи у реалізації права власності на землю безпосередньо залежить від наявності чи відсутності правових норм, які визначають правовий статус власника чи іншого суб'єкта здійснення права, сферу дії права власності на землю, способи реалізації права тощо¹¹.

Слід також звернути увагу на те, що Земельний кодекс України передбачає можливість встановлення не лише обмежень, а й обтяжень щодо використання власником або користувачем земельної ділянки в рамках, передбачених законом або договором. Як стверджує О. О. Кот, на сьогодні існує плутанина в поняттях та визначеннях. Зокрема, іноді права на чужі речі кваліфікуються як обтяження права власності, а подекуди розглядаються як «обтяження (обмеження)», тобто вказані поняття використовуються як синоніми. Деякі автори розуміють обтяження як вид обмежень права. Окремі дослідники визначають обмеження як тимчасову неможливість реалізації або ускладнення здійснення окремих правомочностей права¹².

Певна невизначеність існує на законодавчому рівні. Так, наприклад, ст. ст. 110–115 глави 18 ЗК України присвячені порядку застосування обмежень і обтяжень у сфері земельних відносин. У цьому розділі увагу законодавця сфокусовано безпосередньо на обмеженнях щодо використання земель. Однак у даному розділі не надано визначень зазначених понять.

Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» від 1 липня 2004 р. на момент його ухвалення виходив із тотожності обмежень і обтяжень. Відповідно до п. 4 ч. 1 ст. 2 вказаного Закону обмеження речових прав на нерухоме майно (обтяження нерухомого майна) – це обмеження або заборона розпорядження нерухомим майном, установлена відповідно до правочину (договору), закону або актів органів державної влади, місцевого самоврядування, їх посадових осіб, прийнятих у межах повноважень, визначених законом. Однак у подальшому підхід щодо тотожності зазначених понять було змінено. У чинній редакції Закону він має назву «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», а до обтяжень віднесена заборона розпоряджатися та/або користуватися нерухомим майном, яка встановлена або законом, або актами уповноважених на це органів державної влади, їх посадових осіб або яка виникає на підставі договорів (п. 5 ч. 1 ст. 2 Закону).

Все це додає невизначеності юридичній природі цих термінів, що впливає на обсяг здійснення своїх прав землекористувачами та землевласниками.

Уявляється, що всі заборони та обмежувальні норми, які встановлюються законом в інтересах суспільства і держави, що мають місце при здійсненні власниками або користувачами належних їм прав на землю можна розглядати як обмеження. Однак, не породжуючи самостійних прав, вони зменшують обсяг суб'єк-

тивного права. Обмеження не виключають окремі правомочності зі змісту прав на землю, а зменшують можливість власника чи користувача в здійсненні ними їх суб'єктивних прав. Встановлення обмежень прав на землю не означає, що власник або користувач повністю позбавляються своїх правомочностей щодо володіння, користування чи розпорядження земельною ділянкою.

У свою чергу, обтяження можна розглядати як додаткові обов'язки під час користування та утримання земельної ділянки, які встановлюються за взаємною згодою сторін та на основі інших підстав, передбачених чинним законодавством. Обтяження встановлюють додаткові взаємні обов'язки для осіб. Вони є результатом здійснення суб'єктом своїх прав і обов'язків. Тобто, можна констатувати, що обтяження ґрунтуються на волі суб'єкта, яку він закріплює в формі різного виду угод, що встановлюють, припиняють або змінюють права. При цьому в обтяженнях має місце взаємне обмеження прав учасників суспільних відносин.

Розмежування сфер застосування вищезазначених понять можливе в результаті їх дослідження науковцями. Завдяки цьому як у земельному законодавстві, так і в земельно-правовій доктрині існуватимуть чіткі визначення змісту обмежень у використанні земель і обтяжень прав на земельні ділянки. Результатом цього повинно стати вдосконалення земельного законодавства, порядку здійснення господарської діяльності на землі, а також відносин у сфері використання та охорони не лише земель, а й інших природних ресурсів. Все це сприятиме чіткому визначенню обсягу прав як землевласників, так і землекористувачів, що, в свою чергу, повинно позитивно вплинути на характер здійснення ними належних їм прав на землю.

¹ Костяшкін І. О. Правове забезпечення соціальної функції права власності на землю в Україні: моногр. / І. О. Костяшкін. – Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2016. – 429 с. – С. 256.

² Носік В. В. Право власності на землю Українського народу: моногр. / В. В. Носік. – К.: Юрінком-Інтер, 2006. – 544 с. – С. 342–343.

³ Там само. – С. 343.

⁴ Алексеев С. С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве / С. С. Алексеев. – М.: Юридическая литература, 1989. – 288 с. – С. 165.

⁵ Камышанский В. П. Право собственности на недвижимость: вопросы ограничений / В. П. Камышанский. – Элиста: АПП Дзжангар, 1999. – 336 с. – С. 63.

⁶ Там само. – С. 75.

⁷ Кузнецова Н. Власність як основа громадянського суспільства і демократичної держави / Н. Кузнецова // Право України. – 2011. – № 5. – С. 4–11. – С. 6.

⁸ Кулинич П. Ф. Правові проблеми охорони і використання земель сільськогосподарського призначення в Україні: моногр. / П. Ф. Кулинич. – К.: Логос, 2011. – 688 с. – С. 229–230.

⁹ Мічурін Є. О. Обмеження майнових прав фізичних осіб (теоретико-правовий аспект): моногр. / Є. О. Мічурін. – Х.: ЮрСвіт: НДІ прив. права та підприємництва АПРН України, 2008. – 482 с. – С. 130.

¹⁰ Харченко Г. Г. Речові права: моногр. / Г. Г. Харченко. – К.: Юрінком-Інтер, 2015. – 432 с. – С. 336.

¹¹ Носік В. В. Проблеми реалізації конституційної гарантії непорушності суб'єктивного права власності на землю в Україні / В. В. Носік : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://pravoznavec.com.ua/period/article/20050/%CD#chapter>

¹² Кот О. О. Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав / О. О. Кот // Вісник Національної академії правових наук України. – 2016. – № 4 (87). – С. 127–138. – С. 129.

Резюме

Федчишин Д. В. Обмеження при здійсненні прав на землю в Україні.

Стаття присвячена розгляду питань, пов'язаних з обмеженнями при здійсненні прав на землю в Україні. Приділено увагу розгляду змісту поняття «обмеження суб'єктивного права на землю». Досліджено вплив обмежень на характер здійснення прав на землю землевласниками та землекористувачами. Проаналізовано співвідношення понять «обмеження прав» та «обтяження прав».

Ключові слова: здійснення прав на землю, обмеження прав, обтяження прав, права на землю.

Резюме

Федчишин Д. В. Ограничения при осуществлении прав на землю в Украине.

Статья посвящена рассмотрению вопросов, связанных с ограничениями при осуществлении прав на землю в Украине. Уделено внимание рассмотрению содержания понятия «ограничение субъективного права на землю». Исследовано влияние ограничений на характер осуществления прав на землю землевладельцами и землепользователями. Проанализировано соотношение понятий «ограничение прав» и «обременения прав».

Ключевые слова: осуществление прав на землю, ограничение прав, обременение прав, права на землю.

Summary

Fedchyshyn D. Restrictions while exercising land rights in Ukraine.

The article is devoted to the consideration of issues related to restrictions in while exercising land rights in Ukraine. Attention is paid to the content of the concept of «restriction of the subjective land right». The influence of restrictions on the nature of the exercising of land rights by landowners and land users is investigated. The correlation of the concepts «restriction of rights» and «encumbrance of rights» is analyzed.

Key words: exercising of land rights, restriction of rights, encumbrance of rights, rights to land.

Л. В. ГБУР

Люся Володимирівна Гбур, аспірант Національного університету біоресурсів і природокористування України

ПОНЯТТЯ ТА ОСОБЛИВОСТІ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ В СФЕРІ ВИКОРИСТАННЯ ВОДНИХ РЕСУРСІВ

Усі води (водні об'єкти) на території України відповідно до Конституції України¹ та Водного кодексу України² проголошено об'єктом права власності Українського народу, національним надбанням народу України, однією з природних основ його економічного розвитку і соціального добробуту. За даними Департаменту гідрометслужби і Міністерства екології та природних ресурсів, водні ресурси України становлять 63119 річок загальною довжиною 206,4 тисяч км, середньорічний стік яких сягає 87,1 млрд куб. м води; близько 20 тисяч озер; 27 лиманів; 1116 водосховищ з об'ємом води понад 1 млн куб. м; запаси підземних вод – 20,9 млрд куб. м та частина вод Чорного і Азовського морів³.

Незважаючи на те, що водні ресурси забезпечують існування людей, тваринного й рослинного світу і є обмеженими та уразливими природними об'єктами, водокористування в Україні здійснюється переважно нераціонально. Зокрема, як зазначається в Основних засадах (стратегії) державної екологічної політики України на період до 2020 р.⁴, непродуктивні витрати води збільшуються, об'єм придатних до використання водних ресурсів внаслідок забруднення і виснаження зменшується. Практично всі поверхневі водні джерела і ґрунтові води забруднені. Основні речовини, які призводять до забруднення, – сполуки азоту та фосфору, органічні речовини, що піддаються легкому окисленню, отрутохімікати, нафтопродукти, важкі метали, феноли. Інтенсивна евтрофікація внутрішніх водойм призводить до погіршення стану Чорного та Азовського морів.

За рівнем раціонального використання водних ресурсів та якості води Україна, за даними ЮНЕСКО, серед 122 країн світу посідає 95 місце.

В умовах нарощування антропогенних навантажень на природне середовище, розвитку суспільного виробництва і зростання матеріальних потреб виникає необхідність розробки і додержання особливих правил користування водними ресурсами, раціонального їх використання, екологічно спрямованого захисту та вдосконалення юридичної відповідальності в досліджуваній сфері. Законом України від 22 березня 2001 р. № 2333-III затверджено Загальнодержавну програму охорони та відтворення довкілля Азовського і Чорного морів⁵, метою якої є запобігання зростанню антропогенного тиску на довкілля Азовського і Чорного морів, сприяння розвитку екологічно безпечних видів діяльності в Азово-Чорноморському регіоні, збереження і відтворення біологічного різноманіття та ресурсів морів, створення сприятливих умов для проживання, оздоровлення й відпочинку населення. До правових засобів реалізації цієї програми належить удосконалення законодавчої та іншої нормативно-правової бази для впровадження державної політики у сфері збереження довкілля Азовського і Чорного морів, узгодження її з вимогами чинних міжнародних договорів України. Це повною мірою стосується і законодавства в сфері вдосконалення адміністративної відповідальності за правопорушення в сфері використання водних ресурсів в Україні.

Питанням вдосконалення інституту адміністративної відповідальності присвячено роботи таких вчених, як О. М. Бандурка, П. Д. Біленчук, І. П. Голосніченко, Є. В. Додін, О. М. Заржицький, Р. А. Каложний, В. К. Колпаков, Г. А. Хміль, Ю. С. Шемшученко та ін. Предметом окремих досліджень були проблеми адміністративної відповідальності за правопорушення в сфері галузі охорони навколишнього природного середовища та використання окремих природних ресурсів. Зокрема, це наукові праці О. В. Гулак, О. А. Улютіної, Л. П. Коваленко, О. М. Хімич, О. В. Стукаленко, І. М. Куян та ін.

Як правило, серед правопорушень в сфері природокористування найбільшу питому вагу займають адміністративні правопорушення. Однак проблеми існуючих правопорушень у галузі використання водних ресурсів та адміністративної відповідальності, що настає за їх вчинення, досліджені недостатньо. Тому **метою** даної статті є висвітлення підходів до поняття адміністративної відповідальності за порушення в сфері використання водних ресурсів та виокремлення особливостей адміністративної відповідальності за вчинення цих видів правопорушень.

Адміністративне законодавство не містить визначення адміністративної відповідальності, а лише зазначає, що її мірою є адміністративне стягнення, яке застосовується з метою виховання особи, яка вчинила адміністративне правопорушення, в дусі додержання законів України, поваги до правил співжиття, а також запобігання вчиненню нових правопорушень як самим правопорушником, так і іншими особами (ст. 23 Кодексу України про адміністративні правопорушення⁶ – далі КУпАП). У теорії адміністративного права⁷ адміністративну відповідальність як складову системи юридичної відповідальності розглядають як особливу правову форму реакції держави на захист публічних і приватних інтересів, що полягає в сукупності встановлених

державою матеріальних і процесуальних правових норм з метою спонукання правопорушника, який добровільно не бажає дотримуватися встановлених норм, до належної поведінки та покладання обов'язку зазнавати несприятливі для нього наслідки, а також досягнення мети попередження правопорушень, охоплюючи всі існуючі способи впливу на правопорушника – каральний, відновлювальний, компенсаційний, профілактичний і попереджувальний.

Як зазначає Є. С. Герасименко⁸, адміністративна відповідальність – це специфічна форма негативного реагування з боку держави в особі її компетентних органів на відповідну категорію протиправних проявів (передусім адміністративних проступків), внаслідок чого особи, які їх вчинили, повинні відповідати за свої неправомірні дії і понести за це адміністративні стягнення у встановлених законом формах і порядку.

Адміністративна відповідальність реалізується через відповідні правовідносини, що, на думку В. Б. Авер'янова⁹, виникають у зв'язку із застосуванням уповноваженими органами (посадовими особами) до осіб, які вчинили адміністративний проступок, передбачених нормами адміністративного права особливих санкцій – адміністративних стягнень.

Подібний підхід до поняття адміністративної відповідальності спостерігається і в теорії екологічного права. Адміністративна відповідальність за екологічні правопорушення (в тому числі і в сфері використання водних ресурсів), на думку В. І. Андрейцева¹⁰, це різновид суспільних відносин, у яких застосовуються заходи адміністративного впливу (стягнення) за порядок використання природних ресурсів, охорони навколишнього природного середовища, забезпечення екологічної безпеки та екологічні права громадян.

Водночас адміністративну відповідальність за порушення в сфері використання водних ресурсів можна визначити як вид юридичної відповідальності, яка реалізується через специфічні правовідносини, у яких компетентними органами застосовуються заходи адміністративного впливу за протиправні й винні діяння, що порушують встановлений порядок використання водних ресурсів та їх охорони.

Адміністративна відповідальність за порушення в сфері використання водних ресурсів характеризується специфічними особливостями, що дають змогу відмежувати цей вид відповідальності від інших видів, та полягають у наступному. Підставою відповідальності виступає вчинення адміністративного правопорушення в сфері використання водних ресурсів, санкції за які визначені КУпАП. Особливим об'єктом посягання є правовий режим водних ресурсів України як загальний об'єкт, правовий режим водного об'єкта, права водокористувачів та інших осіб тощо як конкретний об'єкт. Згідно зі ст. 1 Водного кодексу України водні ресурси – це обсяги поверхневих, підземних і морських вод відповідної території.

Адміністративна відповідальність настає за такі види порушень (за КУпАП): порушення права державної власності на води (ст. 48), порушення правил охорони водних ресурсів (ст. 59); порушення вимог щодо охорони територіальних і внутрішніх морських вод від забруднення і засмічення (ст. 59-1); порушення правил водокористування (ст. 60); пошкодження водогосподарських споруд і пристроїв, порушення правил їх експлуатації (ст. 61); невиконання обов'язків з реєстрації в суднових документах операцій зі шкідливими речовинами і сумішами (ст. 62).

Перелік правопорушень, закріплених в КУпАП, не є вичерпним, окремі законодавчі акти передбачають юридичну відповідальність за порушення використання водних ресурсів, яка за своєю правовою природою належить до адміністративної. Наприклад, відповідно до ст. 26 Закону України «Про виключну морську (еконімічну) зону»¹¹ незаконне забруднення будь-яким способом морського середовища виключної (морської) економічної зони України речовинами, шкідливими для здоров'я людей або живих ресурсів моря, чи іншими відходами, матеріалами і предметами, які можуть завдавати шкоду або створити перешкоди для правомірної діяльності на морі, а так само інше порушення правил запобігання забрудненню морського середовища – тягне за собою накладення штрафу від шестисот шістдесяті до тисячі чотирьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян чи конфіскацію морського, повітряного судна або споруди, з якої вчинено забруднення.

Наступною особливістю є застосування до винних осіб адміністративних стягнень, які передбачені ст. 24 КУпАП та іншими законодавчими актами про адміністративну відповідальність. Адміністративні стягнення специфічні за змістом і відмінні від заходів кримінального покарання, дисциплінарного впливу, цивільної та майнової відповідальності. І хоча в радянські часи вважалося, що адміністративна відповідальність є менш суворою порівняно з кримінальною¹², варто зазначити, що в окремих випадках адміністративні стягнення можуть бути навіть більш суворими від кримінальних покарань.

Адміністративні стягнення накладаються спеціально уповноваженими на те органами управління та посадовими особами з урахуванням їх компетенції й чітко визначених повноважень. Відповідно до ст. 242-1 КУпАП справи про адміністративні правопорушення, передбачені ст. ст. 48, 59, 59-1, 60, 61, 62, розглядає центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику із здійснення державного нагляду (контролю) у сфері охорони навколишнього природного середовища, раціонального використання, відтворення і охорони природних ресурсів. Сьогодні таким органом є Державна екологічна інспекція України (далі – ДЕІ), котра здійснює свої повноваження безпосередньо та через утворені в установленому порядку територіальні органи (п. 7 Положення про Державну екологічну інспекцію України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 19 квітня 2017 р. № 275¹³). Як зазначає Н. Р. Малишева¹⁴, серед правомочностей, наданих ДЕІ, чільне місце посідає право виявляти адміністративні правопорушення, складаючи протоколи про них, а також розглядати справи про такі правопорушення по суті, накладаючи адміністративні стягнення у випадках, передбачених КУпАП.

Адміністративна відповідальність за правопорушення в сфері використання водних ресурсів виявляється у формі більш оперативного реагування на вчинене правопорушення, що особливо важливо в сфері охорони довкілля¹⁵, та є беззаперечною перевагою цього виду відповідальності. Також адміністративна відповідальність за правопорушення в сфері використання водних ресурсів передбачає особливий порядок її застосування. Наказом Міністерства охорони навколишнього природного середовища України від 5 липня 2004 р. № 264 затверджено Інструкцію з оформлення органами Державної екологічної інспекції України та її територіальними органами матеріалів про адміністративні правопорушення¹⁶, яка визначає порядок оформлення матеріалів посадовими особами Державної екологічної інспекції України та її територіальних органів при провадженні у справах про адміністративні правопорушення, а також встановлює порядок їх обліку.

Відповідно до ст. 61 Конституції України ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення. Водночас до особливостей адміністративної відповідальності в сфері використання водних ресурсів варто віднести і те, що така відповідальність може застосовуватись у сукупності з цивільно-правовою відповідальністю, оскільки ці види відповідальності належать до різних її видів. Натомість, притягнення особи до кримінальної відповідальності виключає можливість притягнення до адміністративної відповідальності, адже адміністративна відповідальність за правопорушення, передбачені КУпАП, настає, якщо ці порушення за своїм характером не тягнуть за собою відповідно до закону кримінальної відповідальності (ч. 2 ст. 9 КУпАП).

Таким чином, адміністративній відповідальності за порушення використання водних ресурсів притаманні як загальні ознаки адміністративної відповідальності, так і особливі, які дозволяють відмежувати цей вид відповідальності від інших в досліджуваній сфері. Під адміністративною відповідальністю за порушення в сфері використання водних ресурсів пропонуємо розуміти вид юридичної відповідальності, яка реалізується через специфічні правовідносини, у яких компетентними органами застосовуються заходи адміністративного впливу за протиправні й винні діяння, що порушують встановлений порядок використання водних ресурсів та їх охорони.

¹ Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141 (зі змінами).

² Водний кодекс України від 6 червня 1995 р. № 213/95-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 24. – Ст. 189.

³ Івашко В. Г. Статистичний аналіз стану та використання водних ресурсів України / В. Г. Івашко, Ю. О. Ольвінська // Статистика – інструмент соціально-економічних досліджень : зб. наук. студ. праць. – Одеса, ОНЕУ. – 2017. – Вип. 3. – Ч. I. – С. 82–89.

⁴ Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року : Закон України від 21 грудня 2010 р. № 2818-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 26. – Ст. 218.

⁵ Про затвердження Загальнодержавної програми охорони та відтворення довкілля Азовського і Чорного морів : Закон України від 22 березня 2001 р. № 2333-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 28. – Ст. 135.

⁶ Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1984. – № 51. – Ст. 1122.

⁷ Крижановська В. А. Адміністративна відповідальність в адміністративному праві України: сучасне розуміння, нові підходи: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / В. А. Крижановська ; Національний університет «Львівська політехніка» Міністерства освіти і науки України. – Л., 2016. – 22 с. – С. 10–11.

⁸ Герасименко Є. С. Питання реформування інституту адміністративної відповідальності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / Є. С. Герасименко; Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – К., 2000.

⁹ Адміністративне право України. Академічний курс: підруч.: у 2 т. / ред. колегія: В. Б. Авер'янов (голова). – К.: Вид-во «Юридична думка», 2004. – Т. 1: Загальна частина. – 584 с. – С. 434–435.

¹⁰ Андрейцев В. І. Екологічне право : курс лекцій / В. І. Андрейцев. – К.: Вентурі, 1996. – 208 с. – С. 196.

¹¹ Про виключну морську (економічну) зону : Закон України від 16 травня 1995 р. № 162/95-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 21. – Ст. 152.

¹² Советское административное право. – М.: Юрид. лит., 1990. – С. 183–184.

¹³ Про затвердження Положення про Державну екологічну інспекцію України : постанова Кабінету Міністрів України від 19 квітня 2017 р. № 27 // Урядовий кур'єр. – 2017. – № 89. – 17 трав.

¹⁴ Малишева Н. Р. Науково-практичний коментар до Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» / Н. Р. Малишева, М. І. Єрофєєв. – Х.: Право, 2017. – 416 с. – С. 111, 115.

¹⁵ Куян І. А. Адміністративна відповідальність за екологічні правопорушення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / І. А. Куян; НАН України. Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2001. – 18 с.

¹⁶ Про затвердження Інструкції з оформлення Державною екологічною інспекцією України та її територіальними органами матеріалів про адміністративні правопорушення // Офіційний вісник України. – 2004. – № 31. – С. 241. – Ст. 2104.

Резюме

Гбур Л. В. Поняття та особливості адміністративної відповідальності за порушення в сфері використання водних ресурсів.

У статті досліджено наукові підходи до поняття адміністративної відповідальності за порушення в сфері використання водних ресурсів України. Вибір теми зумовлений відсутністю наукових напрацювань саме у зазначеному напрямі. Розкрито особливості адміністративної відповідальності в сфері використання водних ресурсів порівняно з іншими видами юридичної відповідальності.

Ключові слова: юридична відповідальність, адміністративна відповідальність, адміністративні правопорушення, адміністративні стягнення, водні ресурси.

Резюме

Гбур Л. В. Понятие и особенности административной ответственности за нарушения в сфере использования водных ресурсов.

В статье исследованы научные подходы к понятию административной ответственности за нарушения в сфере использования водных ресурсов Украины. Выбор темы обусловлен отсутствием научных разработок именно в указанном направлении. Раскрыты особенности административной ответственности в сфере использования водных ресурсов по сравнению с другими видами юридической ответственности.

Ключевые слова: юридическая ответственность, административная ответственность, административные правонарушения, административные взыскания, водные ресурсы.

Summary

Hbur L. Concept and features of administrative responsibility for violations in the field of use of water resources.

The article explores scientific approaches to the notion of administrative responsibility for violations in the field of use of water resources of Ukraine. The choice of the theme is due to the lack of scientific developments in this direction. The features of administrative responsibility in the field of use of water resources are revealed in comparison with other types of legal responsibility.

Key words: legal responsibility, administrative responsibility, administrative offenses, administrative penalties, water resources.

УДК 349.6

М. І. ОРЛЕНКО

Марта Ігорівна Орленко, аспірант Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ФУНКЦІОНАЛЬНО-ПРАВОВОГО
ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОЗВІЛЬНОЇ СИСТЕМИ У СФЕРІ
ВИКОРИСТАННЯ ТА ОХОРОНИ НАДР В УКРАЇНІ**

Діяльність уповноважених органів державної влади та місцевого самоврядування обумовлює можливість реалізації фізичними і юридичними особами своїх прав та обов'язків. Україна, ставши на шлях євроінтеграційного поступу, взяла на себе зобов'язання привести своє законодавство у відповідність до *aquis communautaire* і в частині напрямів діяльності уповноважених органів щодо забезпечення раціонального використання природних ресурсів, охорони навколишнього природного середовища, забезпечення екологічної безпеки.

Діяльність у сфері використання надр так чи інакше супроводжується відповідними дозвільними процедурами, без яких принципи не міг би бути дотриманий баланс забезпечення економічної, екологічної та соціальної складових сталого розвитку. Разом із тим напрями діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування в рамках дозвільної системи у сфері використання надр створюють підґрунтя для реалізації Україною свого екологічного потенціалу, а відтак ефективне функціонально-правове забезпечення дозвільної системи у сфері використання та охорони надр є умовою реалізації не тільки екологічного законодавства, а й засобом налагодження гармонії людини і природи.

У контексті реалізації положень екологічного законодавства України актуальною є екологізація галузей адміністративного, господарського, податкового та іншого галузевого законодавства з метою збалансування трьох складових сталого розвитку. Метою цієї статті є поглиблений аналіз поняття та елементів функціонально-правового забезпечення дозвільної системи у сфері використання та охорони надр з метою визначення нормативних положень, що потребують змін та їх перегляду з огляду на реалії сьогодення.

Значний внесок в осмислення цього питання мали наукові праці, що висвітлюють напрями еколого-управлінської діяльності в межах дозвільної системи у сфері використання та охорони надр в Україні, зокрема роботи В. І. Андрейцева, Г. І. Балюк, А. П. Гетьмана, А. С. Євстігнєєва, Н. В. Ільків, Р. С. Кіріна, Н. Р. Кобецької, В. М. Комарницького, М. В. Краснової, О. П. Шем'якова, О. С. Тимошенко, А. К. Соколової. Також важливе значення мали наукові дослідження окремих напрямів досліджуваного функціонально-правового забезпечення, що здійснювалися такими вченими, як Т. В. Лісова, Стів Ліпман, Ю. А. Краснова, О. М. Олійник, Р. А. Перелет та ін.

Досліджуючи значення поняття «функція» зауважимо, що у словнику української мови під поняттям «функція» розуміється: 1) явище, яке залежить від іншого явища, є формою його виявлення і змінюється відповідно до його змін; 2) робота когось, чого-небудь, обов'язок, коло діяльності когось, чогось 3) походить з латинського «*functio*», що означає «виконання»¹. Термін «функціонування права» означає дію права в житті суспільства, втілення його функцій в суспільних відносинах². А. Я. Риженков зазначає, що слово «функція» походить від латинського *function* і вказує на його значення як здійснення. На його погляд, функція – це не призначення, що визначається як сфера застосування чогось, а його здійснення³.

З викладеного вище випливає, що функція – це напрям діяльності когось, впливу чогось на відповідні відносини для досягнення конкретної мети, що має значення для суб'єктів цих відносин. Натомість, що стосується поняття «функціонально-правове забезпечення», науковці не сходяться у його однозначному розумінні та тлумаченні.

Так, Л. О. Святченко та І. І. Бабинець, визначаючи досліджуване поняття, вказують, що сама система функціонально-правових засад спеціального природокористування є досить розгалуженою і включає в себе сукупність дозвільних, реєстраційних, контрольно-наглядових органів державної виконавчої влади⁴. Однак система органів – це організаційно-правове забезпечення, а функціонально-правове забезпечення включає напрями діяльності таких органів.

Так, В. І. Андрейцев підкреслює, що аналіз загальної та спеціальної літератури у сфері тектоєкології, чинного законодавства та практики його застосування свідчить, що функціональне забезпечення переважно пов'язується з інституційними системами у формі дослідження та оцінювання реалізації ними конкретних функціональних повноважень, що з погляду потреб ефективності практики очевидно є недостатнім, оскільки призводить до констатації здебільшого статичного, формально-юридичного стану певної інституційної структури, тобто розкриття продекларованих формально-юридичних можливостей, досягнення мети відповідної діяльності⁵. Однак ми вважаємо, що скільки функціонально-правове забезпечення передбачає динаміку відносин, реалізацію повноважень відповідними органами, про статичний аспект йдеться в організаційно-правовому, а не у функціонально-правовому забезпеченні.

Ю. А. Краснова, аналізуючи функціонально-правові засоби забезпечення екологічної безпеки в галузі авіації вказує, що в основі повноважень органів державної влади є здійснення функціонально-правових засобів забезпечення екологічної безпеки, тобто владна діяльність органів державного управління і контролю, яка носить виконавчо-розпорядчий характер і спрямована на додержання вимог екологічної безпеки у процесі експлуатації об'єктів авіаційного транспорту та охорону довкілля у комплексі із забезпеченням виконання завдань держави щодо авіаційних перевезень⁶.

Стів Ліпман вважає, що функціонально-правове забезпечення охорони навколишнього природного середовища органами державної влади у сфері екології полягає в тому, що здійснюють вплив на інших суб'єктів, визначають характеристики програм екологічного менеджменту ефективного ланцюга взаємодії, а також ключові кроки для ініціювання або розширення цієї діяльності⁷.

Тобто, на основі викладеного вище можна сформулювати таке визначення *функціонально-правового забезпечення у сфері використання та охорони надр в Україні – це визначені нормативно-правовими актами напрями діяльності уповноважених органів державної влади та органів місцевого самоврядування, що носять виконавчо-розпорядчий характер і спрямовані на забезпечення раціонального використання та охорони надр, розробки та забезпечення екологічної безпеки в процесі здійснення відповідної діяльності надрокористувачами.*

Зауважимо, що визначаючи поняття «дозвільної системи у сфері використання надр» ми акцентували на тісному зв'язку цього поняття з відносинами, пов'язаними із видачею, переоформленням, зміною умов, видачею дублікатів, припиненням дії дозвільних документів потенційних і реальних надрокористувачів. Тож у своєму дослідженні ми вважаємо, що до функціонально-правових засобів дозвільної системи у сфері використання надр необхідно віднести: 1) видачу дозвільних документів; 2) продовження строку їх дії, переоформлення, зміну умов; 3) зупинення та припинення їх дії; 4) контроль за дотриманням умов дозвільних документів у сфері надрокористування.

Розглядаючи особливості видачі дозвільних документів у сфері використання надр, зауважимо, що наразі в частині видачі документів дозвільного характеру суб'єктам надрокористування на жоден вид діяльності не потрібно отримувати ліцензію (тільки спеціальні дозволи). Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обмеження державного регулювання господарської діяльності»⁸ було змінено положення ст. 9 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» (наразі цей документ втратив чинність і на зміну йому було прийнято Закон України «Про ліцензування видів господарської діяльності»⁹). Згідно з цією статтею ліцензуванню у сфері надрокористування підлягав лише видобуток дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, дорогоцінного каміння органогенного утворення, напівдорогоцінного каміння (п. 4 ч. 1 ст. 9). При цьому бурштин, наприклад, відноситься наразі до дорогоцінного каміння відповідно до постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження переліків корисних копалин загальнодержавного та місцевого значення»¹⁰.

Але з прийняттям Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності» навіть видобування дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння як вид господарської діяльності було виключено з переліку таких, що підлягають ліцензуванню. Так, наприклад, при видобуванні бурштину у Рівненській, Волинській, Житомирській областях суб'єктам не потрібно отримувати ліцензію. Звертаємо увагу й на пілотний проект рекультивациі земель лісгосподарського призначення, порушених внаслідок незаконного видобування бурштину (постанова Кабінету Міністрів «Деякі питання реалізації пілотного проекту рекультивациі земель лісгосподарського призначення, порушених внаслідок незаконного видобування бурштину»¹¹), реалізація якого виглядає фарсом на фоні скорочення кількості документів дозвільного характеру у цій сфері.

Тому пропонуємо внести зміни до ч. 1 ст. 7 Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності» шляхом доповнення її п. 34 та п. 35 у наступній редакції:

«Стаття 7. Перелік видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню

1. Ліцензуванню підлягають такі види господарської діяльності:

34. видобування дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, дорогоцінного каміння органічного утворення, напівдорогоцінного каміння;

35. видобування нафти та газу».

Зауважимо, що відповідно до п. п. 2, 3 постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку надання спеціальних дозволів на користування надрами» (далі – Порядок № 615)¹², дозволи надаються Державною службою геології та надр України переможцям аукціонів з їх продажу та без проведення аукціонів у випадках, передбачених п. 8 цього Порядку, Державною службою геології та надр України, крім корисних копалин місцевого значення на території Автономної Республіки Крим, дозволи на видобування яких надаються Радою міністрів Автономної Республіки Крим згідно з цим Порядком. На кожний вид користування надрами в межах конкретної ділянки надається окремий дозвіл. Винятки щодо видачі дозволів у сфері використання надр визначаються п. 8 Порядку, де передбачено 15 винятків надання спеціальних дозволів у таких випадках. Питання проведення аукціонів з продажу спеціальних дозволів на користування надрами регулюється відповідною постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку проведення аукціонів з продажу спеціальних дозволів на користування надрами»¹³ (далі – Порядок № 594).

Ми погоджуємося з думкою А. С. Євстігнеєва, який вказує, що саме на стадії прийняття рішення про надання дозволу є можливість вплинути на подальші відносини спеціального надрокористування, забезпечивши одночасно його раціональний, ощадливий характер та унеможлививши неприпустимий негативний вплив на стан довкілля та життя і здоров'я людей. При цьому лише у виключних випадках, коли чітко встановлено неможливість забезпечити баланс, перевага має бути надана інтересам екологічної безпеки і у наданні дозволу має бути відмовлено¹⁴.

Аналізуючи дану позицію зазначимо, що Порядком № 594 не приділяється особливої уваги встановленню еколого-правових вимог до потенційних надрокористувачів, чим очевидно не забезпечується баланс між екологічною, економічною та соціально складовими сталого розвитку. Разом із тим ставляться вимоги більш економічного характеру, що в майбутньому призводить до виснаження надр, їх перевикористання та непридатності відповідних ділянок для подальшої їх розробки.

Крім цього, як вказує А. С. Євстігнеєв, будь-яких вимог екологічного характеру як для «допуску» ділянки надр до участі в аукціоні, так і до умов і підстав надання дозволу за його наслідками, в жодному з названих порядків не міститься. Зазначене, на думку науковця, унеможливає забезпечення балансу та створює умови для порушення екологічної безпеки при здійсненні спеціального використання надр за отриманими на аукціоні дозволами, адже їх надання можливе за умови дотримання вимог Порядку № 594 та Порядку № 615. Більш того, в обох цих документах навіть побічно, декларативно, не згадується питання забезпечення екологічної безпечності діяльності на підставі дозволів та його пріоритетність¹⁵.

Ми погоджуємося з цією позицією і, у свою чергу, аналізуючи зміст Порядку № 594, а саме пакет документів, які претендент на отримання права спеціального користування надрами подає для участі в аукціоні. Так, п. 8 Порядку № 594 передбачено, що претендент подає в порядку і строк, визначені в оголошенні, документи. Аналізуючи даний пакет документів, можемо констатувати, що у ньому немає жодного перспективного плану розробки ділянки надр або, наприклад, кошторису витрат на покращання екологічного стану території, де буде здійснюватися розробка ділянки надр, використання надр (при цьому необхідно було б додати виписку з банківського рахунку, яка б свідчила про фінансову спроможність виконати дані вимоги). Схожі документи (наприклад, програма робіт на ділянці надр) надаються вже на етапі отримання придбаного на аукціоні спеціального дозволу відповідно до положень постанови Кабінету Міністрів України Порядок № 615 (згідно з Додатком 1 Порядку № 615 по кожному виду діяльності – окремий пакет документів). Зауважимо, що було б доцільно включити такий перелік документів саме на етапі до проведення аукціону, адже можна було б встановити, що перевага при продажу спеціальних дозволів на користування надрами надається тому претенденту, який запропонує кращий план згідно з оцінкою комісії, що створиться спеціально для проведення конкурсу серед таких планів. На наш погляд, саме на першому етапі, до прийняття рішення, можливо мінімізувати негативні наслідки, які можуть виникнути у разі надання права спеціального користування надрами певному суб'єкту.

Крім цього, існують і проблеми в частині актів про надання гірничих відводів, адже останнім засвідчується право користування надрами відповідно до ст. 17 Кодексу України про надра (далі – КупН)¹⁶. Порядок надання гірничих відводів встановлюється Положенням про порядок надання гірничих відводів¹⁷. Зокрема, у п. 12 цього Положення зазначено, що на розробку великих родовищ корисних копалин, крім нафтових і газових, гірничі відводи можуть бути надані двом або кільком підприємствам чи громадянам. На розробку родовищ різних видів корисних копалин, які залягають на одній території, гірничі відводи надаються окремо для розробки кожного родовища. Ми вважаємо, що недоцільно кільком підприємствам чи громадянам надавати на розробку великих родовищ корисних копалин без зазначення конкретних їх ділянок. Так, може бути наданий гірничий відвід без розмежування сфер видобутку і за таких умов відбуватиметься «розподіл сфер впливу», що не сприяє застосуванню еколого-правових вимог до використання надр на конкретній ділянці.

При переоформленні, продовженні строку дії і зміні умов дозволів не виникає настільки широке коло проблем, як при їх видачі, однак і певні з них наявні в межах дозвольної системи у сфері використання надр. Так передусім вкажемо на неспіввідносність назви Порядку № 615 та норм, які він вміщує. Зазначена поста-

нова Кабінету Міністрів України охоплює як видачу (надання) спеціальних дозволів на користування надрами, так і внесення змін до них, переоформлення, зупинення їх дії, поновлення та припинення. Вважаємо, що слід узгодити назву акту з нормами, що в ньому містяться. Так, варто було б перейменувати Порядок № 615 на постанову Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку надання, внесення змін, поновлення дії, переоформлення, зупинення та припинення спеціальних дозволів на користування надрами».

О. П. Сергеев і Ю. К. Толстой зазначають, що при зміні умов користування (у нашому випадку надрами – авт.) зберігається юридична сутність попередніх правовідносин, хоча й здійснилось змінення їх суб'єктного складу, предмета, способу, виконання тощо¹⁸. Так, як правильно вказує І. В. Хохлова, у такому випадку право користування надрами зберігається як самостійне явище, причому правоспроможність користувача ділянкою надр залишається у того ж суб'єкта господарської діяльності – користувача надр. Однак у випадку з переоформленням, зміною умов спеціального дозволу на користування надрами перехід права користування надрами слід розглядати як припинення цього права, оскільки в цьому випадку попередній надкористувач звільняється від обов'язків, передбачених спеціальним дозволом¹⁹.

Однак у частині переоформлення права користування надрами, внесення змін до спеціального дозволу в екологічному праві існує певна специфіка, на яку не поширюються цивільно-правові вимоги. У Порядку № 615 не визначено, чи може надкористувач, який має спеціальний дозвіл на користування надрами, відчужити це право на користь іншої особи. Лише у пп. 57 п. 17 цього ж Порядку визначено, що внесення змін до дозволу здійснюється на підставі заяви та поданих надкористувачем документів у разі, зокрема, заснування (створення) надкористувачем юридичної особи з метою продовження діяльності на наданій йому у користування ділянці надр за умови передачі новоутвореній юридичній особі основних засобів або іншого майна, необхідного для забезпечення та ефективного користування надрами згідно з дозволом, та якщо частка надкористувача в статутному (складеному) капіталі новоутвореної юридичної особи на час прийняття рішення про внесення змін до дозволу становить не менш як 50 відсотків.

Однак, враховуючи те, що серед підстав внесення змін до дозволу не існує такої підстави, як «відчуження права надкористування на користь іншої фізичної чи юридичної особи», те, що надра вилучені з цивільного обігу, з цього випливає, що автоматичного переходу права надкористування в принципі в даному випадку відбутися не може, адже поняття «надра» не можна розглядати як складову частину поняття «майно» в його цивільно-правовому розумінні. Вважаємо таку ситуацію з правовим регулюванням виправданою, оскільки перед набуттям права надкористування суб'єкт проходить стадію подачі пакету документів і їх перевірки, а якщо при укладенні договору на відчуження права надкористування такого не здійснюватиметься, неможливим буде і дотримуватися еколого-правових вимог із забезпечення екологічної безпеки при використанні надр. Хоча в даному випадку невідомо, що робити зі спеціальним дозволом на користування надрами, якщо частка надкористувача в статутному (складеному) капіталі новоутвореної юридичної особи на час прийняття рішення про внесення змін до дозволу становить менше 50 відсотків. У такому випадку внесення змін до дозволу також би повинно було б здійснюватися, однак невідомо з яких причин такі дії не здійснюються. За такої ситуації фактично відбуватиметься припинення права користування надрами в одного суб'єкта і надання права користування надрами іншому з наданням окремого спеціального дозволу, а не внесення змін до уже існуючого спеціального дозволу.

Зауважимо, що припинення, зупинення або обмеження права користування надрами, як вказує І. В. Хохлова, розглядається як волевиявлення суб'єкта здійснення права власності на надра через контрольні та управлінські функції цих органів із дотриманням балансу відносин між власником – народом України – і організаційно незалежними суб'єктами підприємницької діяльності – користувачами ділянок надр – для забезпечення раціонального, комплексного використання надр та охорони навколишнього природного середовища²⁰. Однак ми не можемо повністю погодитися з таким визначенням, адже припинення права користування надрами може відбуватися не тільки примусово, а й у добровільному порядку – за волевиявленням надкористувача.

А. П. Гетьман та М. В. Шульга вказують, що повне припинення права надкористування настає, коли користувач позбавляється цього права на весь наданий йому гірничий відвід або спеціального дозволу (ліцензії). Частковим припиненням називається вилучення у надкористувача лише частини гірничого відводу із збереженням за ним права користування частиною, що залишилася²¹.

О. П. Шем'яков зазначає, що існуюче законодавче забезпечення компетенції державних органів в Україні щодо обмеження, зупинення та припинення права користування надрами, підстав та порядку здійснення такої діяльності неадекватно відображає специфіку виникаючих відносин, а іноді входить у протиріччя із принципом забезпечення балансу суспільних і приватних інтересів у відносинах щодо використання й охорони надр. Такі недоліки викликані триваючим процесом становлення законодавства про надра в цілому²².

Ми погоджуємося з такою позицією і зазначимо, що КУпН у ст. ст. 26, 56–57 передбачає підстави припинення, зупинення та обмеження права надкористування, що конкретизовані у п. п. 23, 24, 25 Порядку № 615, а у ст. 27 окремо визначено підстави позбавлення землевласників і землекористувачів права користування надрами.

Зауважимо, що п. 23 Порядку № 615 закріплюється бланкетна норма, відповідно до якої право користування надрами припиняється з підстав та у порядку, передбаченому КУпН та Законом України «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності». Відповідно до ст. 26 КУпН першими підставами, за якими відбувається припинення права користування надрами, є «відсутність потреби у подальшому користуванні надрами» та «закінчення встановленого строку користування надрами». Водночас КУпН не передбачає такої

підстави для припинення право користування надрами як «відмова надрокористувача від користування надрами». По суті, таке припинення мало б здійснюватися за заявою суб'єкта, однак в чинному Порядку про це взагалі не йдеться і процедура припинення права користування надрами необґрунтовано ускладнюється. Вважаємо таку ситуацію недоцільною для оптимізації екологічного управління і забезпечення раціонального використання надр. Більше того, ми пропонуємо передбачити у п. 23 Порядку № 615 ч. 1 ст. 26 КУпН можливість надрокористувача у добровільному порядку припинити користуватися надрами, а то з формулювання даного пункту випливає, що існує тільки «примусовий» порядок такого припинення.

Ще одним функціональним напрямом діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування в межах дозвільної системи у сфері використання надр є контроль за дотриманням умов дозволів у сфері використання надр.

Аналізуючи державний контроль у межах дозвільної системи у сфері використання надр, зазначимо, що в даній ситуації спостерігається дублювання деяких повноважень Державної екологічної інспекції, Державної служби з геології та надр, Державної служби України з питань праці. Так, згідно з пп. «б» п. 4 Положення про Державну екологічну інспекцію, даний орган здійснює державний нагляд (контроль) за додержанням і надрового законодавства. Відповідно до пп. 12 п. 4 відповідного Положення Держгеонадра також здійснює державний контроль за геологічним вивченням надр (державний геологічний контроль) та раціональним і ефективним використанням надр України, а згідно з пп. 6 п. 6 Положення має право зупинити діяльність підприємств, установ та організацій, що здійснюють геологічне вивчення та використання надр без спеціальних дозволів та ліцензій або з порушенням умов, передбачених цими дозволами чи ліцензіями. Державна служба України з питань праці відповідно до Положення, а саме п. 19 ст. 3, здійснює нагляд (контроль) за дотриманням умов спеціальних дозволів на користування надрами в частині державного гірничого нагляду.

Очевидно, що перевірки суб'єкта господарювання в частині використання ним надр та забезпечення їх охорони можуть окремо здійснюватись цими державними органами, а відтак такі державні органи можуть встановлювати у суб'єкта одні й ті ж порушення.

Тобто, з цього випливає, що особа може два рази притягатися до одного і того ж виду відповідальності (наприклад, адміністративної) за порушення дотримання умов спеціальних дозволів на користування надрами, інших дозволів у сфері раціонального використання та геологічного вивчення надр, що є необґрунтованим і не відповідає принципу заборони покладення подвійної відповідальності за одне і те ж правопорушення.

Також існує проблема відсутності громадського екологічного контролю за дотриманням умов дозволів на використання надр. У чинному КУпН законодавець, виокремлюючи лише державний контроль і нагляд за веденням робіт по геологічному вивченні надр, їх використанням та охороною, про громадський контроль в даній сфері забуває. Такий стан речей призводить до фактичної неможливості реалізації громадського екологічного контролю за використанням і охороною надр. Більше того, діяльність громадських інспекторів також не забезпечує реалізацію такого контролю, оскільки останні не мають доступу до геологічної інформації, що дало б змогу їм знати про умови тих спеціальних дозволів на використання надр, які необхідно було б перевірити. Тому пропонуємо визначити у чинному КУпН можливість здійснення громадськими інспекторами геологічного контролю за використанням надр.

Отже, аналізуючи викладене вище, можемо визначити наявність наступних проблем у межах дозвільної системи у сфері використання та охорони надр: 1) неліцензування діяльності з видобутку корисних копалин не відповідає ступеню небезпечності такої діяльності; 2) Порядком № 594 не приділяється особливої уваги встановленню еколого-правових вимог до потенційних надрокористувачів, чим очевидно не забезпечується баланс між екологічною, економічною та соціальною складовими сталого розвитку; 3) у Порядку № 594 немає жодного еколого-правового документа, який би подавався потенційним надрокористувачем до проведення аукціону; 4) недоцільно кільком підприємствам чи громадянам надавати на розробку великих родовищ корисних копалин без зазначення конкретних їх ділянок; 5) у разі переоформлення права користування надрами на іншого надрокористувача це право припиняється, однак дане положення чітко законодавством не визначено, що призводить до різноманітного тлумачення КУпН; 6) процедура припинення права користування надрами необґрунтовано ускладнюється через неможливість припинення права надрокористування за заявою надрокористувача; 7) через дублювання повноважень органів контролю надрокористувач може двічі притягуватися за одне і те ж правопорушення різними органами державного контролю; 8) у законодавстві відсутні норми, що регулюють громадський контроль за використанням надр. Шляхи вирішення означених проблем ми акумулювали у цій статті, але, крім цього, зауважимо, що динаміка надрового законодавства протягом останніх років показує, що найближчим часом у зв'язку з ратифікацією Україною Угоди про асоціацію питання реформування функцій органів державної влади і самоврядування з часом змінять свою спрямованість.

¹ Словник української мови : в 11 т. / за ред. І. К. Білодіда, А. А. Бурячок та ін. – К.: Наукова думка, 1979. – Т. 10. – С. 653.

² Скакун О. Ф. Теорія держави і права: підруч. / О. Ф. Скакун ; пер. з рос. – Х.: Консум, 2001. – С. 345.

³ Рыженков Я. А. Компенсационная функция советского гражданского права / Я. А. Рыженков. – Саратов, 1983. – С. 8.

⁴ Святченко Л. О. Функціонально-правові засади забезпечення права здійснення рибальства / Л. О. Святченко, І. І. Бабинець // Науковий вісник Національного університету біоресурсів і природокористування України. – 2014. – Вип. 197 (3). – С. 54. – (Серія «Право»).

⁵ Андрейцев В. І. Право екологічної безпеки: навч. та наук.-практ. посіб. / В. І. Андрейцев. – К.: Знання-Прес, 2002. – С. 38.

УДК 343.37

О. В. ТИХОНОВА

Олена Вікторівна Тихонова, доктор юридичних наук, професор Національної академії внутрішніх справ

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ОХОРОНА ЕКОНОМІЧНОЇ СИСТЕМИ ДЕРЖАВИ ВІД ЗЛОЧИННИХ ПОСЯГАНЬ В ПЕРІОД ПЕРЕБУВАННЯ УКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЕЛЬ ПІД ПРОТЕКТОРАТОМ ІНШИХ КРАЇН

Захист економічної системи держави від протиправних посягань перебуває під пильною увагою з боку законодавця. Постійно відбувається вдосконалення кримінально-правових норм, які встановлюють відповідальність за порушення суспільних відносин у сфері господарської діяльності.

Вітчизняні науковці приділяють увагу вивченню особливостей кримінально-правової охорони зазначеної сфери у різні періоди соціально-політичного розвитку України. Окремі аспекти досліджуваної проблематики було висвітлено в роботах П. П. Андрушка, А. С. Беницького, Р. А. Волинця, Н. О. Гуторової, О. О. Дудорова, Р. О. Мовчана, В. Р. Мойсика, В. О. Навроцького, І. В. Сингаївської, Є. Л. Стрельцова, М. І. Хавронюка, С. В. Хилюк та інших. Водночас узагальнений погляд на тенденції кримінально-правової охорони суспільних відносин у певний історичний період допоможе визначити закономірності віднесення до переліку суспільно небезпечних окремих діянь залежно від особливостей суспільно-політичних процесів, які відбуваються у суспільстві.

Протягом декількох століть землі Україні перебували під протекторатом різних країн, залежно від чого і змінювалось правове регулювання суспільних відносин. Не є винятком охорона суспільних відносин від злочинних посягань, у тому числі, й у сфері економічної діяльності. На початку XIV ст. на території України-Руси діяла «Руська Правда» та інші джерела права, що застосовувались у державах, під протекцією яких перебувала Україна. У період Литовсько-польської доби не було чітко визначено відповідальність за економічні злочини. Наприклад, у Судебнику великого князя Казимира Ягайловича, що було створено з метою наділення землевласників інструкціями щодо порядку розгляду справ у вотчинних судах, які виникали між підданими різних панів, та встановлення системи покарань¹, жодного слова не було про фальшивомонетництво або несплату податків. Водночас цей законодавчий акт містив статті, присвячені крадіжці, привласненню прибудної худоби та виведенню невільної челяді. Тобто йшлося лише про злочини майнового характеру² і жодної згадки – про злочини економічного характеру.

У подальшому про окремі аспекти захисту економічної системи держави йшлося в розділі I Статуту Великого князівства Литовського третьої редакції 1588 р. «О персоне нашей г[о]с[по]д[а]рської» в «Артикуль 17», у якому містилася норма «О фальшованью монеты, о мынцахъ и о золотарохъ», відповідно до якої було передбачено відповідальність за підроблення монети: «Тежъ хто бы монету нашу фалшоваль, переправоваль и обрезаваль, такъ тежъ мынцары наши, которие золото, серебро и инъшую матерейю, належачую и прислухающую ку мынцы, фальшовали бы, зливали и мешали ку пожитку своему а ку шкоде речи посполитое, а того бы се на нихъ досветъчано, тые маюут быти на горле огнемъ карани безъ милосердьдья. По тому жъ и золотары, которие золото, серебро фальшуют и межы того мешають медь, цынъ або оловъ, а в томъ были бы дознани, тогда сами на горъле огнемъ маюут быть карани, а зъ ихъ маетности тому, кому шкоду учинили, маеть быть плачено. Ведъ же работа тая и матерейя, безъ которое бы тое ремесло ихъ справовано быти не могло, подлугъ звыклости ее то фальшомъ разумено быти не маеть». У подальшому ця норма була перенесена з Литовського статуту до Уложенья 1649 року.

У зазначеному Уложенні було вперше закріплено системну правову охорону формування доходів, у якому визначено окремі діяння, що посягали на систему оподаткування, а саме: об'їзд мостів у зимовий час рікою по льоду для уникнення сплати «мостовини»; образи, побой, пограбування, пов'язані зі стягненням мита; неправомірне стягнення мита з феодалів та осіб, які від них залежали; намагання «служилых людей» провезти торгових людей та їх товарів під прикриттям «служилых людей» тощо.

Якщо особа не сплачувала податки та мито, їй призначався «правеж», тобто побиття тонким гнучким прутом по оголеним голілкам. Тривалість «правежу» залежала від розміру несплаченого податку. Таке покарання застосовувалося не лише до винної особи, а також до її поручителя або осіб, які залежали від винної особи (холопи, селяни).

На межі XVIII ст. відбулося подальше розгалуження податкової системи. Було запроваджено низку нових податків, зокрема військові. Таке ускладнення податкових правовідносин призвело до посилення відповідальності за їх учинення. Несплата податків та мита належала до особливого складу службових злочинів – «казнокрадство». Відповідальність за такі діяння було передбачено в різних правових актах. Наприклад, було встановлено відповідальність за несплату мита та приховане провезення алкогольних виробів у вигляді конфіскації зазначеного товару на користь держави, царя (Указ «Про мито з напоїв, які ввозяться» від 06.10.1699). Іншим нормативно-правовим актом було встановлено відповідальність купців і торговельних людей за те, що вони приховують товар від мита й податків. Передбачалось стягування з них «штрафних грошей». У цей період було скасовано «правеж» за податкові правопорушення, який замінено примусовими роботами³.

Особливістю забезпечення економічної безпеки держави в її податковій сфері того часу можна назвати розрізненість норм, у яких було передбачено відповідальність за досліджувані порушення. Зокрема, в Уставі про акцизні збори⁴ за порушення встановленого порядку збирання «питейного» й «табачного» зборів, акцизу на цукор, акцизу на сірники тощо була передбачена як адміністративна, так і кримінальна відповідальність. Крім цього, Устав містив низку статей, у яких було передбачено відповідальність за зберігання або збут напоїв без сплати акцизу, якщо було відомо про їх приховування від сплати останнього (ст. 1102), за підроблення печаток, пломб, маркувань, які накладалися на посуд з напоями казенним управлінням (ст. 1135)⁵.

Однією з особливостей протиправних посягань на податкову складову економічної системи країни можна назвати поширення так званих акцизних порушень. Це пояснюється тим, що в загальному обсязі податкових надходжень переважали саме надходження у вигляді акцизних зборів. Акцизні правопорушення виявлялися в реалізації підакцизних товарів без відповідних ярликів, які засвідчували сплату акцизного збору. Проте не лише акцизні правопорушення посягали на порядок формування дохідної частини державної казни. Вчинювалися також й інші правопорушення, зокрема різні фальсифікування у фінансовій звітності шляхом перенесення сум з одного рахунку на інший, поєднання кількох рахунків в один, виокремлення з одного інших рахунків та інших подібних маніпуляцій з бухгалтерською документацією. Найпоширенішим способом ухилення від сплати податків було приховування джерел доходу або подання неправдивих відомостей про доходи.

Аналіз першоджерел, у яких було передбачено кримінальну відповідальність за вчинення економічних злочинів, доводить, що вони належали до особливо небезпечних адже безпосередньо стосувалися інтересів державної влади та могли призвести до втрати довіри до неї. Зазначений висновок зроблено спираючись на віднесення досліджуваних діянь до розділів, присвячених протиправним діянням, спрямованим проти князя.

Стрімкий розвиток законодавства, що забезпечувало захист економічної системи держави від злочинних посягань, відбувся під час перебування України в складі Російської імперії. Першою нормою, в якій було чітко встановлено відповідальність за злочини, які дестабілізували нормальне функціонування економічної системи держави, зокрема, за зловживання з грошима державної казни, був Військовий артикул 1715 року. Зокрема, в Артикулі 194 були визначені діяння, що визнавалися протиправними, а саме: приховування казенних коштів, їх викрадення або використання на власну користь, а також неповідомлення про зазначені факти. Покарання за такі діяння було суворим – позбавлення життя.

У ті часи були спроби систематизувати чинне законодавство, зокрема, шляхом систематизації окремих злочинів, у тому числі й тих, які становили загрозу безпеці економічної системи держави. До таких спроб, наприклад, можна віднести проекти кримінальних Уложень. Так, у проекті елизаветинських комісій 1754–1766 рр. у гл. 54 були передбачені окремі норми: § 8 – злісне банкрутство, § 14 (гл. 17 ст. 34 Уложення) – відмова від свого підпису на векселі. У Зведенні Законів – ст. 755 – підроблення векселів – підписування векселя не належною особою або складання його іншим підробним способом; ст. 735 – співучасть у підробленні у випадку вимоги платежу за завідомо зниклим або викраденим векселем.

Більш широкий перелік злочинів, які посягали на економічну систему держави, було визначено в Уложенні про покарання кримінальні та виправні 1845 р., у якому їм було присвячено цілий розділ V «Про злочини та проступки по службі державній та суспільній». Зазначений розділ, зокрема, містив такі глави: III «Про протизаконні проступки службових осіб при зберіганні та управлінні майном, яке було їм ввірено по службі», V «Про злочини та проступки казначей та взагалі чиновників, яким було довірено зберігання грошових сум», VI «Про протизаконні проступки чиновників при укладанні підрядів та поставок, прийманні речей, які постачаються до казни, та здійсненні публічного продажу».

У цей самий час було встановлено відповідальність за ухилення від сплати митних платежів – спочатку в Митному статуті (1819 р.), а в подальшому – в Уложенні про покарання (1845 р.). Розвиток охорони зазначених відносин відбувся в цьому ж Митному статуті (1892 р. та 1906 р.). Остаточне формування системи охорони суспільних правовідносин, що виникають у процесі нарахування та сплати митних платежів, відбулося в Уложенні про покарання кримінальні та виправні (1910 р.). У зазначеному акті ці норми було включено до розділу VII «Про злочини та проступки проти майна та доходів казни».

На підставі дослідження наведених норм доцільно виділити окремі групи злочинів відповідно до зовнішнього вияву щодо предмета злочину:

– що вчинювалися шляхом безпосереднього впливу на нього або вчинення з ним певних операцій, зокрема: використання на свою користь казенного майна, грошей, банківських білетів, облігацій тощо тим, кому ці цінності довірені в межах функціональних обов'язків, а також знищення, пошкодження або зменшення вартості казенних цінностей; необережне зберігання казенних грошей; видача казначесм казенних грошей у випадках, які не були передбачені законом або не санкціоновані вищим керівництвом, їх видача з порушенням установлених строків або надання в борг від власного імені або від імені своїх родичів, без дозволу казенних палат або безпосереднього керівництва, або загалом з порушенням порядку або вимог актів щодо надання коштів; приховування казенних коштів, що надійшли, або перебільшення витрачених сум (покарання у вигляді штрафу вдвічі більшого за суму приховану або перебільшену). Отже, предметом злочину є фактично майно держави (або казни), яке надається або передається злочинним шляхом. Про особливу небезпечність зазначених посягань свідчить відсутність визначеного розміру цінностей, щодо яких учинялися протиправні діяння, для того, щоб вчинене визнати злочином. Таким чином, законодавець вважав достатньо небезпечним власне факт посягання на цілісність державної казни, або, іншими словами, бюджетної системи;

– що вчинювалися шляхом опосередкованого впливу на казенні цінності – порушення встановленого порядку керування процесом надходження або вибуття товарів з казни, зокрема: протиправні діяння, вчинювані під час укладання договорів підядру або постачання товарів до казни (у тому числі у випадку, коли особа, з якою було укладено таку угоду, не відповідала вимогам, установленим законодавством для таких осіб) під час приймання таких товарів або під час проведення відкритих торгів такими товарами (змова чиновника з підприємством, яке бере участь у торгах, укладання будь-яких грошових угод з підрядчиками та постачальниками, які є контрагентами підприємства, на якому працює чиновник; придбання майна, що реалізується з відкритих торгів, безпосередньо особою, яка проводить торги або через підставних осіб);

– що стосувалися казенних коштів, але предметом діянь були різні бухгалтерські документи, зокрема: надання особі, яка сплатила кошти, квитанції або розписки без оформлення відповідного документа або неналежне оформлення такого документа; втрата гербових бланків, призначених для надання квитанції; пошкодження аркушів касової книги, внесення до них невстановлених корегувань або загалом знищення чи приховування бухгалтерських книг або квитанцій, отриманих від приватних осіб, які підтверджують отримання коштів.

Отже, в Уложенні 1845 р. законодавець намагався встановити відповідальність за всі можливі випадки посягань на економічну систему держави. При цьому ним було розмежовано відповідальність залежно від форми вини: за необережні злочини – догана або звільнення з посади та обов'язок відшкодувати шкоду, за навмисне діяння – позбавлення життя або заслання на каторгу.

Економічна система держави зазнавала суттєвого негативного впливу також внаслідок діяльності фальшивомонетників. У нормативно-правових актах того часу було передбачено відповідальність таких осіб за фальшивомонетництво. Так, у 1715 р. було прийнято Військовий артикул, в артикулі 199 глави XXII якого передбачалася смертна кара за «битие лживой монеты». Зазначена норма встановлювала чіткий перелік діянь, що посягали на грошову систему держави, а саме:

- виготовлення монети не тією особою, яка була визначена державою;
- додавання до срібла міді, олову або свинцю;
- зменшення належної маси монети.

Якщо за вчинення перших двох діянь особі призначалася смертна кара, то за останнє передбачено альтернативне покарання: або смертна кара, або позбавлення майна та честі.

Крім Військового артикула, відповідальність за фальшивомонетництво була передбачена й у Морському статуті (1720 р.). Злочинними визнавалися діяння, такі самі, як і у Військовому артикулі. Відрізнялося лише покарання – відсутня була смертна кара шляхом спалювання, а за зменшення належної маси монети смертна кара загалом не передбачалась, а накладалося покарання у вигляді відсилання на довічну каторгу.

Отже, у законодавстві часів Петра I – Воїнському артикулі (1716 р.) та Морському статуті (1720 р.) була передбачена відповідальність за підроблення грошових знаків.

Однією з норм, яка певним чином забезпечувала економічну безпеку держави, була норма, в якій встановлено відповідальність за так зване злісне банкрутство. Зазначалося, що це діяння вчинювалося за допомогою фіктивних угод, приховування майна та фальшивого ведення торговельних книг⁶. Фактично під злісним банкрутством розуміли фіктивне банкрутство, що вчинялося шляхом обману та було спрямоване щодо певного кредитора.

В Уставі про покарання, що накладалися мировими судьями, було передбачено відповідальність за надання позичок з порушенням правил щодо поповнення застави, якщо вона зменшувалась, а також за зміну протягом доби відсоткової ставки за позичками (ст. 472), за надання капіталу в позику з надмірними відсотками та під забезпечення надто великої неустойки, якщо позичальник був змушений погодитися з такими умовами або якщо ці умови кредитором були приховані (наприклад, якщо зростання було включено до капітальної суми, у вигляді сплати за зберігання або неустойки тощо) (ст. 1802)⁷.

У цей самий період відбувається вдосконалення законодавчої охорони суспільних відносин у сфері обігу цінних паперів. Перший законодавчий акт, у якому згадується про «подлог» векселів – Вексельний устав 1729 року. У зазначеному акті достатньо детально визначено це правопорушення та розмежовано шахрайство,

яке було вчинено шляхом надання до «взыскания» векселя, який уже втратив свою силу, та «подлог» векселів: «а ежели кто подъ руки кого нибудь въ векселяхъ подпишется и тьмъ или инымъ образомъ съдѣласть воровски вексель и въ томъ пойманъ и обличень будетъ, такимъ за оное воровство чинить казнь по Уложенію». Тобто мається на увазі, з одного боку, підроблений підпис на векселі, а з другого – будь-яке інше підроблення цього документа. Для того, щоб був склад злочину, достатньо лише факту навмисного підроблення. Водночас для того, щоб злочин був закінченим, не обов'язковим було використання підробленого векселя. Визначивши детально склад злочину – підроблення векселів, при встановленні покарання за «подлог» векселів Вексельний устав посилався на Уложення 1649 року. Але в Уложенні в кількох статтях йшлося про підроблення, тому в судовій практиці спостерігалися різні підходи при винесенні вироку за «подлог» векселів. А в подальшому, в Указі Катерини II від 16 вересня 1774 р. № 14189, «подлог» векселів прирівнювався до крадіжки⁸.

Подальше забезпечення безпеки економічної системи держави від злочинних посягань відбувалося двома шляхами: визначення нових діянь злочинними та утворення певного державного органу, покликаного виявляти факти підроблення монети або цінних паперів.

Щодо першого напрямку, в Уложенні про покарання кримінальні та виправні (1845 р.) було передбачено окрему главу «Про порушення статутів монетних», яку було включено до розділу VII «Про злочини та проступки проти майна та доходів казни». У зазначеній главі (ст. ст. 556–567) перераховано різні діяння, що належали до фальшивомонетництва, та була розмежована відповідальність за підроблення або зменшення вартості монети й відповідальність за підроблення державних кредитних паперів. Також у цьому ж розділі було встановлено відповідальність за підроблення цінних паперів та інші діяння, пов'язані з таким підробленням, зокрема, у ст. ст. 571, 573, 574, 576–578. До відповідальності особи притягалися не лише за безпосереднє підроблення державних кредитних білетів, білетів державного казначейства, білетів кредитних установ, а також за допомогу та пособництво в цьому, за збут підроблених паперів, завезення фальшивих цінних паперів із-за кордону, за неповідомлення про тих, хто підробляв або розповсюджував цінні папери, за розголошення особливостей виготовлення державних кредитних паперів або про їх таємні ознаки. У наступній редакції Уложення було введено також відповідальність за аналогічні дії, предметом яких були векселі (ст. 1160). Також цим документом (ст. ст. 1312–1345) встановлено відповідальність так званих гравців фондового ринку – біржових маклерів, гофмаклерів, біржових нотаріусів та корабельних маклерів за посередництво при укладанні угод між особами, які не мали на це право; завчасне оголошення торговельної угоди, незважаючи на заперечення продавця або покупця тощо.

Водночас у перерахованих нормах не було визначено способи підроблення грошей і цінних паперів, хоча кожна норма встановлювала відповідальність за окреме діяння, а саме: підроблення державної монети, підроблення іноземної монети, пособництво в підробленні монети, неповідомлення про підроблення монети, переплавлення державної монети, ввезення підробленої державної або іноземної монети з-за кордону та введення її в обіг, зменшення маси монети, підроблення кредитних паперів, державних кредитних білетів, білетів державного казначейства, інших білетів кредитних установ.

Зазначена систематизація норм, що встановлювали в Уложенні про покарання кримінальні та виправні відповідальність за підроблення монет, свідчить про загрозу окреслених діянь саме економічній системі держави. Це пояснюється наявністю державної монополії на вироблення грошей. У той час навіть існувала думка, що зазначені діяння призводять до порушення однієї з основних умов міцності економічного розвитку та економічної безпеки держави⁹. Передбачивши в розділі VII «Про злочини та проступки проти майна та доходів казни» відповідальність за протиправні діяння, предметом яких виступали не тільки грошові знаки, а й цінні папери, державою були створені умови для забезпечення інтересів не лише держави, а й приватних фінансово-кредитних установ. За таких обставин відбулися значні позитивні зміни щодо охорони фінансово-кредитної системи як складової всієї фінансової системи держави.

У 1826 р., у межах другого з визначених напрямів, було утворено III відділення Власної Його Величності канцелярії, яке мало виявляти інформацію про виготовлення чи збут підроблених грошей або цінних паперів. У подальшому в 1881 р. на зміну III відділенню утворено Департамент поліції, до головних завдань якого належала протидія фальшивомонетництву. Такий захід був зумовлений наявністю значної кількості кримінальних справ, порушених за фактом підроблення грошей та цінних паперів¹⁰, що свідчило про суттєву небезпеку, в якій перебувала економічна система держави.

Подальший розвиток державної охорони економічної системи від протиправних посягань відбувся в Кримінальному укладенні 1903 року. Діяння, що належали до фальшивомонетництва, було визначено в главі XX «Про підроблення монети, цінних паперів та знаків», а саме: підроблення, яке було вчинене способом, небезпечним для значного розмноження монети, а також підроблення способом, який не є небезпечним для значного розмноження монети; надання грошовим знакам, білетам, цінним паперам вищої вартості. При цьому предметом злочину була монета, державний кредитний білет; державний відсотковий папір, купон, талон або інший цінний папір. Злочин уважався закінченим у той момент, коли було виготовлено хоча б один грошовий знак. Особа, яка сприяла збуту підроблених грошей та цінних паперів, визнавалася суб'єктом злочину. На відміну від неї особи, які брали опосередковану участь у збуті коштів, притягались до відповідальності не за фальшивомонетництво, а за звичайне підроблення.

Таким чином, можна стверджувати, що за часів Литовсько-польської доби законодавчо було передбачено захист лише окремої складової економічної безпеки держави – грошової системи від фактів фальшивомонетництва. У подальшому, під час перебування України під протекторатом Російської імперії, відбувся

інтенсивний розвиток законодавства, норми якого забезпечували безпеку державної казни, грошової системи, сфери обігу цінних паперів, банківського та страхового ринків. Було закріплено достатньо розгалужений перелік протиправних діянь, які посягали на економічну безпеку держави.

Отже, упродовж перебування українських земель під протекторатом інших країн змінювалися підходи до забезпечення безпеки економічної безпеки держави від злочинних посягань, але майже в усіх нормах права, що діяли на території держави, існували статті, в яких було встановлено відповідальність за різноманітні посягання на цінності, які належали казні або державі.

¹ Ковальова С. Г. Судебник великого князя Казимира Ягайловича: моногр. / С. Г. Ковальова. – Миколаїв: Чорномор. держ. ун-т ім. Петра Могили. Видавництво: Видавництво ЧДУ, 2009. – С. 18.

² Ясинский М. Уставніе земские грамоті Литовско-Русского государства / М. Ясинский. – М., 1894. – С. 36.

³ Лешков В. Н. Русский народ и государство. История русского общественного права до XVIII в. / В. Н. Лешков. – М., 1858. – С. 64.

⁴ Филиппов А. Н. Учебник истории русского права (пособие к лекциям) / А. Н. Филиппов. – Юрьев, 1907. – Ч. 1. – С. 102.

⁵ Нюрнберг А. М. Уставы об акцизных сборах / А. М. Нюрнберг. – М., 1912. – С. 359.

⁶ Бернер А. Ф. Учебникъ уголовного права. Части общая и особенная / А. Ф. Бернер – С.-Петербургъ, 1865. – Кн. 3. – С. 187.

⁷ Законы Уголовные / составилъ Н. А. Громовъ. – С.-Петербургъ, 1909. – С. 6864.

⁸ Жижиленко А. А. Подлогъ документовъ: Историко-догматическое изслѣдованіе / А. А. Жижиленко. – С.-Петербургъ, 1900. – С. 277.

⁹ Лохвицкий А. Курс русского уголовного права / А. Лохвицкий. – СПб., 1871. – С. 471.

¹⁰ Пономарев Н. С. Из истории борьбы з фальшивомонетничеством в России / Н. С. Пономарев // Права человека и проблемы обеспечения законности. – 1993. – С. 161.

Резюме

Тихонова О. В. Кримінально-правова охорона економічної системи держави від злочинних посягань в період перебування українських земель під протекторатом інших країн.

Розкрито особливості кримінально-правової охорони економічної системи держави від злочинних посягань в період перебування українських земель під протекторатом Литви, Польщі та Російської імперії. Визначено особливості розвитку системи нормативного забезпечення безпеки економічної системи держави від злочинних посягань шляхом визначення нових діянь злочинними та утворення певного державного органу, покликаного виявляти факти підроблення монети або цінних паперів. Доведено, що за часів Литовсько-польської доби було передбачено захист від злочинних посягань лише окремої складової економічної системи держави – грошової системи, а під час перебування України під протекторатом Російської імперії відбувся інтенсивний розвиток законодавства у досліджуваному напрямі та було закріплено відповідальність за достатньо розгалужений перелік протиправних діянь, які посягали на безпеку економічної системи держави.

Ключові слова: кримінально-правова охорона, економічна безпека, бюджетна безпека, податкові злочини, бюджетні злочини, економічні злочини.

Резюме

Тихонова Е. В. Уголовно-правовая охрана экономической системы государства от преступных посягательств в период пребывания украинских территорий под протекторатом других стран.

Раскрыты особенности уголовно-правовой охраны экономической системы государства от преступных посягательств в период пребывания украинских территорий под протекторатом Литвы, Польши и Российской империи. Обозначено особенности развития системы нормативного обеспечения безопасности экономической системы государства от преступных посягательств путем определения преступными новых деяний и создания определенного государственного органа, призванного выявлять факты подделки монет или ценных бумаг. Доказано, что во время Литовско-польской эпохи было предусмотрено защиту от преступных посягательств только отдельной составляющей экономической системы государства – денежной системы, а во время пребывания Украины под протекторатом Российской империи произошло интенсивное развитие законодательства в исследуемом направлении и была установлена ответственность за достаточно разнообразный перечень противоправных деяний, которые посягали на безопасность экономической системы государства.

Ключевые слова: уголовно-правовая охрана, экономическая безопасность, бюджетная безопасность, налоговые преступления, бюджетные преступления, экономические преступления.

Summary

Tikhonova O. Criminal law protection of the state's economic system from criminal encroachments during the period of stay of Ukrainian lands under the protection of other countries.

The peculiarities of the criminal legal protection of the state economic system from crimes during the stay of Ukrainian territories under the protectorate of Lithuania, Poland and the Russian Empire are revealed. Specific features of the development of the regulatory system for ensuring the security of the state economic system from criminal encroachments were identified through the definition of crimes of new acts and the creation of a certain state body designed to identify the facts of counterfeiting coins or securities. It was proved that during the Lithuanian-Polish era it was provided protection from criminal encroachments only as a separate component of the economic system of the state – the monetary system, and during Ukraine's stay under the protectorate of the Russian Empire, intensive development of legislation in the research direction occurred and the responsibility for a sufficiently diverse list of unlawful Acts that encroached on the security of the economic system of the state.

Key words: criminal-law protection, economic security, budget security, tax crimes, budget crimes, economic crimes.

А. В. АНДРУШКО

Андрій Васильович Андрушко, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Ужгородського національного університету

КРИМІНОЛОГІЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЗАХОПЛЕННЯ ЗАРУЧНИКІВ

Закріплене у ст. 29 Конституції України право на свободу та особисту недоторканність є невід'ємним природним правом кожної людини. Визнаючи та гарантуючи свободу кожного індивіда, законодавець у розділі III Особливої частини КК України встановив кримінально-правові заборони, спрямовані на протидію вказаним посяганням. Одним із таких посягань є захоплення або тримання особи як заручника (ст. 147).

Якщо проблеми кримінальної відповідальності за дане діяння в працях вітчизняних науковців розглядалися неодноразово, то дослідженню кримінологічних аспектів захоплення заручників у науковій літературі увага приділялась значно менше. У публікаціях відомих кримінологів В. В. Голіни та В. С. Батиргарєєвої¹, О. В. Лисоседа² питання, пов'язані з кримінологічною характеристикою захоплення або тримання особи як заручника, аналізувалися у загальному контексті злочинів проти волі, честі та гідності особи; безпосередньо захопленню заручників приділено мало місця. До того ж, вказані публікації побачили світ понад десятиліття тому.

З огляду на викладене, **мета** цієї статті – на підставі аналізу офіційних статистичних даних та доступної емпіричної бази (матеріалів 24 кримінальних проваджень) надати кримінологічну характеристику захоплення заручників.

У правозастосовній практиці захоплення заручників трапляється порівняно рідко. З даними МВС України, протягом 1991–2006 рр. зареєстровано всього 113 випадків вчинення даного діяння³. За 2013 р. органами прокуратури обліковано 4 випадки захоплення або тримання особи як заручника, у 2014 р. зареєстровано 41, у 2015 р. – 17, у 2016 р. – 7, у 2017 р. – 3 таких злочини⁴. Різке зростання кількості розглядуваних злочинів у 2014 р. пов'язано, вочевидь, із запровадженням нового порядку приймання, реєстрації та розгляду в органах прокуратури України заяв, повідомлень та іншої інформації про злочини, а також із проведенням антитерористичної операції на Донбасі.

Занепокоєння викликає стан розкриття вказаних злочинів та притягнення винних у їх вчиненні до кримінальної відповідальності: так, у 2014 р., за який обліковано 41 випадок захоплення або тримання особи як заручника, тільки по чотирьом із них провадження були направлені до суду з обвинувальним актом, у 2013 р. з обвинувальним актом до суду направлені лише два провадження, у 2015 р. – п'ять, у 2016 р. – три, а у 2017 р. – два⁵.

Варто зазначити, що окрім ст. 147, яка передбачає загальний склад захоплення заручників, КК України містить спеціальні норми (ст. ст. 349, 349-1), які встановлюють відповідальність відповідно за захоплення представника влади або працівника правоохоронного органу як заручника та за захоплення журналіста як заручника. Вказані діяння включені законодавцем до розділу XV Особливої частини КК, який об'єднує злочинні посягання проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян та злочини проти журналістів. Хоча за задумом законодавця основним безпосереднім об'єктом діянь, передбачених ст. ст. 349, 349-1 КК, не є особиста свобода людини, об'єктивна сторона цих злочинів аналогічна захопленню заручників, відповідальність за яке встановлена у ст. 147 КК. Раніше ми зазначали, що ст. ст. 349, 349-1 лише породжують непотрібну конкуренцію норм, а існуюча з точки зору вітчизняного законодавця доцільність посиленої відповідальності за захоплення як заручника певної категорії осіб може бути реалізована шляхом конструювання кваліфікованого складу злочину⁶. У зв'язку з цим доцільно навести також статистичні дані, які стосуються спеціальних видів захоплення або тримання особи як заручника. За 2013 р. органами прокуратури обліковано один випадок захоплення представника влади або працівника правоохоронного органу як заручника, у 2014 р. зареєстровано 59, у 2015 р. – один, у 2016 р. – три, у 2017 р. – два таких злочини⁷. Що ж стосується захоплення журналіста як заручника, то жодного відповідного діяння за період від 14 травня 2015 р., коли КК України був доповнений ст. 349-1, органами прокуратури не обліковано.

У кримінологічній літературі зазначається, що захоплення заручників характеризується низьким рівнем латентності⁸. О. В. Лисоседа підкреслює, що в більшості випадків сам факт захоплення або тримання особи як заручника спеціально розголошується через специфічні цілі цього злочину⁹. Разом із тим, як засвідчує аналіз доступної емпіричної бази, коло осіб, яким розголошується факт вчинення таких дій, здебільшого досить вузьке (передовсім це родичі). Зважаючи на можливі погрози заподіяння шкоди потерпілому чи членам його сім'ї, а також з огляду на інші причини (зокрема, недовіру до правоохоронних органів) частина таких посягань може бути неврахованою в офіційній статистичній звітності. У цьому контексті показовим є такий приклад: навіть будучи звільненим, підприємець, якого захопили і утримували як заручника, продовжував виконувати незаконні вимоги учасників озброєної банди, пояснивши своїм родичам, що «це дуже

серйозна справа, що він збирається виконати їхні вимоги, щоб ні у кого з нас не було проблем»¹⁰. Підкреслимо також, що в абсолютній більшості випадків затримання винуватих у вчиненні даного діяння мало місце в результаті повідомлення про факт скоєння цього злочину з боку родичів потерпілого чи інших осіб. У будь-якому разі навряд чи можна погодитись з О. О. Володіною, яка наголошує, що «місцезнаходження заручників, як правило, не приховується від правоохоронних органів»¹¹.

Захоплення заручників вчиняється здебільшого у містах: столиці (3,6 %), обласних центрах (35,7 %), районних центрах (21,4 %), містах обласного значення (14,3 %). У 21,4 % випадках цей злочин було вчинено в селі, в 3,6 % – у селищі міського типу, яке є районним центром. Отримані результати можна пояснити об'єктивними причинами: саме в містах (насамперед в обласних центрах) проживає більшість заможних людей, котрі здебільшого і стають жертвами розглядуваного злочину. При цьому варто додати, що такі діяння (насамперед скоєні з корисливих мотивів) далеко не завжди вчиняються за місцем проживання злочинців. Визначальним є місце проживання заздалегідь обраної жертви, а також зменшення ризику викриття. Так, приміром, організована група, яка протягом березня-жовтня 2010 р. тричі захоплювала і утримувала заможних громадян КНР з метою одержання викупу від їхніх родичів, складалася в т. ч. з киян, які для вчинення злочину спеціально приїжджали до Одеси та Іллічівська Одеської області, де проживали потенційні жертви¹². Крім того, захоплення особи як заручника нерідко вчиняється в одному місці, а його тримання – в іншому. Для прикладу, та ж організована група викрадала громадян КНР в Одеській області, а потім переміщала їх до приватного будинку, розташованого в одному із сіл Київської області, де й утримувала.

Обов'язковою ознакою юридичного складу захоплення заручників є спеціальна мета – спонукання родичів затриманого, державної або іншої установи, підприємства чи організації, фізичної або службової особи до вчинення чи утримання від вчинення будь-якої дії як умови звільнення заручника. Саме по собі захоплення або тримання особи як заручника виступає не метою винного, а засобом досягнення мети. Тому варто розглянути цілі, які ставлять перед собою ті, хто зважаються на вчинення цього злочину.

Аналіз доступної емпіричної бази дає змогу зробити висновок: в більшості випадків (64,2 %) такою метою є мета незаконного збагачення шляхом вимагання викупу від третіх осіб як умови звільнення заручника. Зазначимо, що подібні результати свого часу отримав М. О. Акімов, за даними якого у 88 % випадків вчинення даного злочину має місце корисливий мотив¹³.

Захоплення або тримання заручників з корисливих мотивів характеризується суттєвими особливостями.

Складність і багатоетапність вчинення такого злочину обумовлює необхідність залучення до його вчинення співучасників із чітким розподілом ролей. Тому абсолютна більшість таких посягань вчинена учасниками організованої групи.

Вивчення матеріалів кримінальних проваджень засвідчило, що захопленню заручника з метою отримання викупу від третіх осіб як умови його звільнення часто передують тривала підготовка до вчинення такого злочину. Наприклад, учасники організованої групи, які захопили і з метою одержання викупу у сумі 2 млн доларів США утримували в будинку підприємця, до злочину ретельно готувалися протягом кількох місяців. Зокрема, вони довго вели спостереження за помешканням обраної жертви, вивчаючи розпорядок дня підприємця, а також розпорядок дня його дружини та дітей. З метою конспірації учасники групи під час спілкування користувались виключно псевдонімами, а їхні телефонні номери постійно змінювались. Кімнату будинку, в якій утримували заручника, спеціально обладнали: всі поверхні стін, підлоги, стелі та стільця покрили поліетиленовою плівкою, щоб виключити можливість залишення потерпілим будь-яких слідів та виключити можливість в подальшому впізнати потерпілим цю кімнату. Під час безпосереднього спілкування із заручником учасники групи використовували спеціальний одяг: плащові костюми, маски, рукавички і бахіли – все для того, аби виключити ймовірність залишення будь-яких слідів злочину, а також не допустити можливість у подальшому впізнати себе¹⁴.

Аналіз доступної емпіричної бази засвідчує, що в абсолютній більшості випадків вимога сплати викупу адресується родичам затриманого. І тільки в поодиноких випадках відповідна вимога висувається іншим особам. Так, Апеляційним судом Київської області у 2010 р. засуджено двох братів-співучасників, які захопили й утримували головного бухгалтера одного з київських підприємств з метою вимагати у керівництва цього підприємства передати їм грошові кошти в сумі 10 тис. дол. США як умову звільнення заручниці¹⁵.

Злочинець і жертва при захопленні або триманні як заручника, вчиненому з корисливих мотивів, як правило, незнайомі між собою. Однак трапляються винятки. Скажімо, у згаданому вище випадку жертва злочину була дівчиною одного із братів-співучасників. Останній, маючи фінансові труднощі та вирішивши позбутися їх у злочинний спосіб, зустрів дівчину біля прохідної підприємства, на якому вона працювала, та навіть подарував їй квіти. Втрюх вони поїхали до м. Бровари, де у будинку, який він винаймав для проживання з нею, зв'язали потерпілу і повідомили, що її відпустять тільки після того, як отримають гроші¹⁶.

Для розглядуваних злочинів, вчинених з метою отримання викупу від третіх осіб як умови звільнення заручника, характерна ще одна особливість – порівняна тривалість незаконного утримання жертви. Утримання жертви, як правило, становить 1–2 доби – час, необхідний родичам потерпілого для того, аби зібрати потрібну суму і передати її вимагачам. Разом з тим і тут трапляються винятки. Так, Соснівський районний суд м. Черкаси у 2013 р. засудив учасників організованої групи, які захопили і протягом 21 доби утримували підприємця з метою отримання від брата останнього грошової винагороди як умови його звільнення¹⁷.

Сума грошових коштів, яку злочинці прагнули отримати в результаті вчинення злочину, у кожному випадку різна – від 10 тис. до 2 млн дол. США. При цьому сума викупу в ході «переговорів» нерідко змен-

шується. Для прикладу, в одному з випадків злочинці, вимагаючи спершу 1 млн дол. США, погодились зрештою на вдсятеро меншу суму¹⁸.

Другою за поширеністю (21,4 %) метою є використання заручника в якості «живого щита» для того, аби спонукати працівників правоохоронних органів (частіше) чи інших осіб до утримання від вчинення дій щодо припинення протиправної діяльності та затримання злочинця. При цьому вчиненню розглядуваного злочину завжди передують скоєння особою іншого діяння і, відповідно, загроза бути затриманим за його вчинення. Так, наприклад, Малиновський районний суд м. Одеси у 2016 р. засудив чоловіка, який після невдалої спроби квартирної крадіжки, тікаючи від переслідувачів, котрі намагалися його затримати, захопив як заручника неповнолітню дівчину з метою спонукати їх утриматись від подальшого його переслідування¹⁹.

Спільним для всіх таких випадків є також те, що захоплення заручника із вказаною вище метою здійснюється особою самостійно (без співучасників), є спонтанним (рішення захопити заручника виникає у певний момент з огляду на загрозу затримання), а утримування особи як заручника триває недовго (до моменту затримання злочинця правоохоронцями або ж до моменту зникнення такої загрози).

Аналіз доступної емпіричної бази засвідчує, що особа, яка захоплює або утримує заручника, іноді має на меті й інші цілі, однак такі випадки є поодинокими. Так, в одному випадку наркозалежний у приміщенні аптеки взяв у заручники жінку, що знаходилась у торговому залі, з метою спонукання працівників міліції, яких на вимогу винного викликала фармацевт аптеки, надати йому для вживання наркотичні засоби, що було умовою звільнення заручниці²⁰. У другому – чоловік, який знаходився під впливом психотропних препаратів, погрожуючи розбитою склянкою пляшкою, захопив та утримував в якості заручників пасажирів автобуса, вимагаючи забезпечити йому зустріч з працівниками міліції та прокурором, що було умовою звільнення заручників²¹. У третьому – двоє засуджених у приміщенні СІЗО захопили в заручники чергового, висунувши співробітникам установи вимогу надати їм транспорт та можливість безперешкодно покинути територію слідчого ізолятору як умову звільнення заручника²². У четвертому – пенсіонер мав умисел на захоплення та тримання як заручника дружини секретаря РНБО України (однак помилився і захопив іншу жінку) з метою спонукання останнього до вибачення перед жителями Донбасу за прийняття ним рішення, які начебто призвели до початку бойових дій на сході України, що було умовою звільнення заручниці²³.

О. О. Володіна стверджує, що мотив захоплення заручників, як правило, політичний або екстремістський²⁴. На політичних та екстремістських мотивах розглядуваного діяння наголошують також численні російські дослідники. Певною мірою такі твердження пов'язані з позицією законодавців окремих держав (у т.ч. й РФ), які відносять даний злочин до злочинів проти громадської безпеки. Водночас здійснене нами дослідження засвідчує, що відповідний мотив трапляється рідко.

Слід зупинитися також на кримінологічній характеристиці осіб, які вчинили захоплення або тримання особи як заручника. З цією метою автор узагальнив дані, що стосуються 54 засуджених за вчинення вказаного діяння.

Аналіз емпіричної бази засвідчує, що 100 % осіб, засуджених за захоплення або тримання особи як заручника, є чоловіками. Такий показник не дивує, адже вказаний злочин, як правило, пов'язаний із застосуванням насильства, подоланням опору з боку потерпілої особи. Водночас О. В. Лисодед відзначає, що трохи більше 1 % тих, хто вчиняє даний злочин, – жінки²⁵. Можливість вчинення цього посягання жінкою справді не виключається, оскільки альтернативною формою захоплення заручників є тримання особи як заручника. Крім того, не варто забувати, що цей злочин часто вчиняється учасниками організованої групи, у складі якої жінка також може виконувати певну роль (наприклад, бути організатором злочину).

Проведене нами дослідження засвідчує, що у відсотковому відношенні кількість осіб, які вчинили захоплення або тримання особи як заручника, у віці від 18 до 30 років становить 42,6 %, у віці від 30 до 40 років – 37 %, у віці від 40 до 50 років – 14,8 %, у віці понад 50 років – 5,6 %. Отримані дані загалом корелюють з даними, що їх наводить О. В. Лисодед, який зазначає, що захоплення заручників здебільшого вчиняється чоловіками віком від 20 до 30 років, рідше – особами до 20 років, ще рідше – у віці понад 40 років²⁶.

Серед засуджених за цей злочин – громадяни України (94,4 %) та громадяни інших держав (5,6 %).

68,5 % осіб, засуджених за даний злочин, мають повну загальну середню освіту чи спеціальну середню освіту, 22,2 % – вищу (у т.ч. незакінчену) освіту, і лише 9,3 % – неповну середню освіту. Таким чином, доводиться констатувати порівняно високий освітній рівень осіб, які вчиняють захоплення заручників. При цьому вищий рівень освіти мають особи, які вчинили цей злочин з корисливих мотивів. У цьому контексті слід погодитись з Н. Ф. Кузнецовою, яка свого часу підкреслювала, що попри високий рівень освіти у деяких злочинців, у них спостерігається деформація моральної та правової культури²⁷.

Відомо, що поширеність злочинної поведінки серед одружених є меншою, ніж серед тих, хто сім'ї не має. Більшість (72,2 %) із тих, хто вчинив захоплення заручників, неодружені. 22,2 % засуджених за вказане діяння мали на утриманні неповнолітніх дітей.

На момент вчинення злочину 85,1 % осіб не працювали, 7,13 % – працювали за трудовим договором чи неофіційно або ж були підприємцями, 1,9 % – були пенсіонерами. Двоє з працевлаштованих обіймали посади директорів приватних підприємств, один – заступника директора підприємства. Організаторські здібності цих осіб стали в пригоді й при вчиненні ними розглядуваних злочинів, де вони виконували роль організаторів. Прагнення до легкого збагачення призвело до того, що ці, вочевидь не бідні люди, пішли на скоєння особливо тяжкого злочину і опинилися в місцях позбавлення волі. Цікаво також, що один із засуджених за захоплення заручника раніше працював в правоохоронних органах.

Матеріали проаналізованих кримінальних проваджень засвідчують, що більшість (63 %) засуджених за захоплення заручників раніше не мали судимості. Що ж стосується раніше засуджених, то слід зазначити, що ці судимості, як правило, мали місце за злочини проти власності. Нами не виявлено жодного випадку, коли б засуджений за розглядуваний злочин раніше був судимий за захоплення заручників чи за будь-який інший злочин проти волі, честі та гідності особи.

Варто підкреслити, що на момент затримання за захоплення заручників такі особи здебільшого «встигають» вчинити й інші злочини, які одержують самостійну кримінально-правову оцінку. Супутніми захопленню заручників злочинами є діяння, передбачені ст. ст. 115 (пп. 3, 6, 9, 12 ч. 2), 146 (зазначимо при цьому, що в окремих випадках така кваліфікація була зайвою, оскільки вчинене охоплювалось ст. 147), 187, 189, 257, 263 КК України.

22,2 % осіб засуджені за ч. 1 ст. 147 КК України, 70,4 % – за ч. 2 цієї статті. Ще 7,4 % засуджені за ст. 349 КК України. Серед кваліфікованих видів захоплення заручників переважають вчинення цього злочину організованою групою та спрочинення ним тяжких наслідків.

Звертає на себе увагу поширеність позитивних характеристик на осіб, які вчинили захоплення заручників, виданих за місцем їхнього проживання і роботи. Іноді наявність таких характеристик, які враховуються судами при призначенні покарання винним, дуже дисонує з тяжкістю вчинених ними злочинів, їх жорстокістю та цинічністю.

Залежними від вживання алкоголю чи наркотиків на момент вчинення цього злочину були лише 5,6 % осіб. Визнані винними у захопленні заручників особи здебільшого визнаються також такими, що не мають якихось психічних розладів. Хоча наявність певних психічних відхилень у деяких осіб була констатована, на момент вчинення злочину вони все ж зберігали здатність усвідомлювати свої діяння та керувати ними. Разом із тим у правозастосовній практиці іноді трапляються випадки захоплення заручників особами, які були позбавлені такої здатності. Так, у 2014 р. Саксаганський районний суд м. Кривого Рогу, на підставі висновку судово-психіатричної експертизи, застосував примусові заходи медичного характеру у вигляді госпіталізації до психіатричної лікарні з посиленням наглядом до визнаного неосудним громадянина Росії, який захопив у заручники свою співмешканку і звернувся до державної влади України з вимогою щодо передачі його та будинку, в якому він орендував квартиру, під юрисдикцію РФ, що було умовою звільнення заручниці²⁸.

У 96,3 % випадків суд призначив засудженим за цей злочин покарання у виді позбавлення волі на певний строк з реальним його відбуванням; двох засуджених суд звільнив від відбування покарання з випробуванням. Щодо чотирьох осіб суд дійшов висновку про можливість призначення їм більш м'якого покарання, ніж передбачено законом. Зазначимо також, що мінімальний строк призначеного покарання у виді позбавлення волі за захоплення заручників сягав одного року і одного місяця, максимальний – 12 років. При цьому, виходячи із сукупності злочинів чи вироків та призначаючи винним остаточне покарання, суд іноді призначав і триваліші строки цього покарання. В одному випадку двом засудженим за вчинення злочинів, передбачених ч. 2 ст. 147, ч. 4 ст. 187 та пп. 3, 6, 9, 12 ч. 2 ст. 115 КК України, суд призначив остаточне покарання у виді довічного позбавлення волі з конфіскацією майна.

Вважаємо, що іноді суди призначають засудженим за захоплення заручників невинуватим м'яке покарання. Так, Іллічівський міський суд Одеської області, визнавши винними у вчиненні злочинів, передбачених ч. 3 ст. 146, ч. 2 ст. 147 та ч. 2 ст. 353 КК України трьох учасників організованої групи, призначив організатору вказаних діянь остаточне покарання у виді позбавлення волі строком на три роки (цей же строк є призначеним строком даного покарання за захоплення заручників), а двом виконавцям – остаточне покарання у виді одного року і одного місяця позбавлення волі (цей же строк є призначеним строком даного покарання за захоплення заручників). При цьому суд врахував їх щире каяття, їх явки з повинною та активне сприяння розкриттю злочину, а також особи винних (зокрема, те, що вони раніше не судимі, на обліку у психіатра та нарколога не перебувають, за місцем проживання характеризуються посередньо)²⁹. Цього, таким чином, виявилось достатньо, аби суд дійшов висновку про доцільність призначення покарання, нижчого від найнижчої межі, встановленої в санкціях частин вказаних вище статей КК України, особам, котрі, використовуючи форму працівників міліції, тричі захоплювали і утримували заможних громадян КНР з метою одержання колосальних сум викупу від їхніх родичів.

В одному випадку суд, призначаючи покарання особам, які у приміщенні СІЗО захопили в заручники чергового, критично оцінив їх каяття та визнання своєї вини. Суд справедливо, на наш погляд, підкреслив, що про визнання вини обвинуваченими у цьому випадку не можна стверджувати однозначно, оскільки фактично воно є наслідком повної та об'єктивної фіксації їх діянь засобами відеоспостереження, що є невід'ємною частиною безпеки режимної установи. На переконання суду, заперечувати чи спотворювати обставини вчинення злочину у даному випадку не тільки неможливо, а й недоцільно, а тому метою вказаного зізнання та каяття є прагнення обвинувачених до призначення їм більш м'якого покарання, що, зрозуміло, є їх природним правом³⁰.

Отримані дані дають змогу розробити криминологічний портрет особи, котра вчиняє захоплення заручників: це раніше не судимий, неодружений чоловік у віці від 18 до 30 років, який має середню або середню спеціальну освіту, не працює, мешкає у місті, з дещо авантюричним складом характеру, у системі ціннісних орієнтацій якого ключове місце посідають егоїстичні та корисливі спонукання.

Підсумовуючи, підкреслимо, що розроблення ефективних шляхів запобігання розглядуваним посяганням можливе лише у разі врахування викладених вище криминологічних особливостей захоплення заручників.

- ¹ Голина В. В. Проблемы борьбы с преступлениями против личной свободы человека в Украине / В. В. Голина, В. С. Батыргареева // Проблемы законности: респ. міжвідом. наук. зб. – Х., 2001. – Вип. 49. – С. 131–141.
- ² Лысодед А. В. Актуальные криминологические проблемы преступлений против свободы, чести и достоинства личности / А. В. Лысодед // Проблемы законности: респ. міжвідом. наук. зб. – Х., 2006. – Вип. 81. – С. 127–136.
- ³ Акімов М. О. Кримінально-правова характеристика захоплення заручників за законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право» / М. О. Акімов. – К., 2009. – С. 1.
- ⁴ Статистична інформація про зареєстровані кримінальні правопорушення та результати їх досудового розслідування за 2013–2017 рр. // Офіційний сайт Генеральної прокуратури України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.gov.ua/ua/stat.html>
- ⁵ Там само.
- ⁶ Андрушко А. В. Окремі аспекти кримінальної відповідальності за захоплення заручників / А. В. Андрушко // Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. – 2017. – № 3. – С. 162–163.
- ⁷ Статистична інформація про зареєстровані кримінальні правопорушення та результати їх досудового розслідування за 2013–2017 рр. // Офіційний сайт Генеральної прокуратури України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.gov.ua/ua/stat.html>
- ⁸ Теоретические основы исследования и анализа латентной преступности: моногр. / под ред. С. М. Иншакова. – М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. – С. 339, 619.
- ⁹ Лысодед А. В. Вказана праця. – С. 128; Криминологія: підруч. / за ред. В. В. Голіни, Б. М. Головкина. – Х.: Право, 2014. – 440 с. – С. 193–194.
- ¹⁰ Архів Бобринецького районного суду Кіровоградської області за 2011 рік. Кримінальна справа № 1-2/11.
- ¹¹ Володіна О. О. Кримінальна відповідальність за викрадення людини (аналіз складу злочину): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Оксана Олександрівна Володіна. – Х., 2003. – С. 87.
- ¹² Архів Іллічівського міського суду Одеської області за 2012 рік. Кримінальна справа № 1511/930/2012.
- ¹³ Акімов М. О. Вказана праця. – С. 10.
- ¹⁴ Архів Солом'янського районного суду м. Києва за 2013 рік. Кримінальна справа № 2609/11008/12.
- ¹⁵ Архів Апеляційного суду Київської області за 2010 рік. Кримінальна справа № 1-13/10.
- ¹⁶ Там само.
- ¹⁷ Архів Соснівського районного суду м. Черкаси за 2013 рік. Кримінальна справа № 1-525/12.
- ¹⁸ Вирок Приморського районного суду м. Маріуполя Донецької обл. від 6 квітня 2017 р. (справа № 263/13009/15-к) // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/65890710>
- ¹⁹ Вирок Малиновського районного суду м. Одеси від 11 квітня 2016 р. (справа № 521/22504/14-к) // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/57057037>
- ²⁰ Приговор Торезского городского суда Донецкой обл. от 5 августа 2011 г. (дело № 1-174/11) // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/17644546>
- ²¹ Архів Генічеського районного суду Херсонської обл. за 2013 р. Кримінальна справа № 2107/3786/2012.
- ²² Вирок Малиновського районного суду м. Одеси від 28 серпня 2015 р. (справа № 521/12752/15-к) // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/49223915>
- ²³ Вирок Шевченківського районного суду м. Києва від 21 квітня 2017 р. (справа № 761/33185/16-к) // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/67246771>
- ²⁴ Володіна О. О. Вказана праця. – С. 138.
- ²⁵ Криминологія: підруч. / за ред. В. В. Голіни, Б. М. Головкина. – Х.: Право, 2014. – С. 194.
- ²⁶ Там само.
- ²⁷ Криминология: учеб. для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / науч. ред.: Н. Ф. Кузнецова, В. В. Лунев. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – С. 127.
- ²⁸ Ухвала Сакаганського районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської обл. від 7 серпня 2014 р. (справа № 214/6874/14-к) // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/40189175>
- ²⁹ Архів Іллічівського міського суду Одеської області за 2012 рік. Кримінальна справа № 1511/930/2012.
- ³⁰ Вирок Малиновського районного суду м. Одеси від 28 серпня 2015 р. (справа № 521/12752/15-к) // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/49223915>

Резюме

Андрушко А. В. Криминологічна характеристика захоплення заручників.

У статті на підставі аналізу офіційних статистичних даних та доступної емпіричної бази розроблено криминологічну характеристику захоплення заручників (ст. 147 КК України). Проаналізовано кількісно-якісні показники таких злочинів, а також дані, які характеризують особу злочинця, що вчиняє вказані діяння.

Ключові слова: злочини проти волі, честі та гідності особи, захоплення заручників, особа злочинця.

Резюме

Андрушко А. В. Криминологическая характеристика захвата заложников.

В статье на основании анализа официальных статистических данных и доступной эмпирической базы разработана криминологическая характеристика захвата заложников (ст. 147 УК Украины). Проанализированы количественно-качественные показатели таких преступлений, а также данные, характеризующие личность преступника, совершающего указанные деяния.

Ключевые слова: преступления против свободы, чести и достоинства личности, захват заложников, личность преступника.

Summary

Andrushko A. Criminological Characteristics of Hostage-Taking.

The article develops a criminological characteristic of the capture of hostages (Article 147 of the Criminal Code of Ukraine) based on an analysis of official statistics and an accessible empirical database. The quantitative and qualitative indicators of such crimes as well as data characterizing the identity of the offender committing the said acts are analyzed.

Key words: crimes against the will, honor and dignity of the person, seizure of hostages, person of the offender.

УДК 343.161.1

В. А. АХМЕДОВ

Вусал Алігісмаг огли Ахмедов, кандидат юридичних наук, керівник науково-дослідного та судово-прецедентного відділу Академії юстиції Міністерства юстиції Азербайджанської республіки

**КЛАСИФІКАЦІЯ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ПРАВОСУДДЯ
ЗА СУБ'ЄКТНИМ КРИТЕРІЄМ: КРИТИЧНИЙ АНАЛІЗ**

Системна і науково обґрунтована класифікація злочинів проти правосуддя допомагає не лише аналізувати актуальні проблеми цієї категорії злочинів у їх взаємозв'язку і взаємозумовленості, а й правильно виявляти пріоритети і приймати практичні рішення. Класифікація досліджуваної групи злочинів у жодному випадку не може бути самоціллю, вона повинна слугувати виявленню сутнісних зв'язків в системі злочинів проти правосуддя і комплексному дослідженню методів та способів їх запобігання. Цим і обумовлена актуальність даного дослідження.

Метою статті є дослідження суб'єкта злочинів проти правосуддя в якості класифікаційного критерію та вивчення можливості побудови єдиної науково обґрунтованої системи злочинів проти правосуддя саме за ознакою суб'єкта таких злочинів. Питанням класифікації злочинів проти правосуддя присвячували праці такі вчені, як Т. К. Агузаров, М. І. Бажанов, І. О. Власов, С. А. Денисов, А. П. Кузнецов, А. В. Кудрявцева, В. П. Малков, А. М. Подшибякін, проф. В. І. Тютюгін, І. М. Тяжкова, А. В. Федоров, О. І. Чучаєв та ін. При цьому, хоча більшість дослідників беруть за основу класифікації родовий, видовий або безпосередній об'єкт злочину, велика група вчених обґрунтовує доцільність систематизації злочинів проти правосуддя саме за суб'єктним критерієм.

Суб'єкт злочину як класифікаційний критерій вперше був названий у роботах Я. М. Кульберга та І. М. Черних. Як правило, свою позицію автори мотивували тим, що злочини проти правосуддя вчиняються спеціальним суб'єктом: службовою особою правоохоронних і судових органів, що здійснюють попереднє розслідування, прокурорський нагляд, розгляд і вирішення відповідних справ; особою, щодо якої вжито заходи правового примусу; учасником процесу, що порушує передбачені законом обов'язки. Зокрема, Я. М. Кульберг досліджувані злочини підрозділяв на дві групи: а) діяння, які можуть бути вчинені тільки посадовими особами; б) діяння, які можуть бути вчинені окремими громадянами¹. Проте нам видається, що хоч автор і наголошував на суб'єкті злочину як класифікаційній ознаці, але насправді у класифікації застосовано критерій механізму впливу на об'єкт злочину: перша група поєднувала діяння, що посягають на об'єкт «зсередини», а друга – «ззовні».

До теорії поділу злочинів проти правосуддя за суб'єктним критерієм схилялася і Ш. С. Рашковська. Вчена пропонувала всі злочини проти правосуддя підрозділяти на дві групи: 1) злочини, що вчиняються посадовими особами – працівниками органів дізнання, слідчими, прокурорами, суддями; 2) злочини, що здійснюються іншими особами. Водночас друга група поділялась автором ще на три підгрупи: а) злочини, які протидіють розслідуванню, розгляду і вирішенню судом кримінальних справ; б) злочини, які протидіють виконанню судового вироку; в) злочини, які протидіють правильній діяльності органів правосуддя шляхом приховування злочинів і недонесення про злочини². Очевидно, що у запропонованій класифікації використовується одразу два критерії: суб'єкт злочину як основний (за ним всі злочини поділені на дві групи) і спосіб вчинення злочину проти інтересів правосуддя як додатковий (за ним друга група поділена на підгрупи). Така непослідовність вносить у запропоновану класифікацію певну суперечливість і нелогічність.

Інші вчені за ознакою суб'єкта аналізовані злочини диференціюють на злочини, які вчиняються: посадовими особами суду, прокуратури, органів дізнання і попереднього розслідування; особами, покликаними законом сприяти правосуддю; засудженими або особами, які знаходяться під вартою; іншими особами³.

Дослідниця Н. Р. Ємеєва виділяє наступні види злочинів проти правосуддя за суб'єктним критерієм:

– злочини, що здійснюються суддями, в тому числі присяжними засідателями (наприклад, незаконне затримання, взяття під варту або утримання під вартою, винесення завідомо неправосудного вироку, рішення або іншого судового акта);

– злочини, що вчиняються посадовими особами правоохоронних органів при провадженні досудового розслідування (притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності, незаконне звільнення від кримінальної відповідальності, примушування до дачі показань, фальсифікація доказів);

– злочини, що вчиняються посадовими особами правоохоронних і службовцями державних та інших органів (перешкоджання здійсненню правосуддя і провадженню попереднього розслідування, розголошення відомостей про заходи безпеки, які застосовуються до судді та учасників кримінального процесу, невиконання вироку, рішення суду або іншого судового акту);

– злочини, які вчиняються особами, що характеризуються спеціальним правовим статусом у справі (завідомо неправдиві показання, висновок експерта, спеціаліста або неправильний переклад, відмова свідка чи потерпілого від дачі показань, розголошення даних попереднього розслідування, незаконні дії щодо майна, підданого опису чи арешту, або яке підлягає конфіскації, втеча з місця позбавлення волі, з-під арешту або з-під варти);

– злочини, що вчиняються особами, які не володіють спеціальним правовим статусом (перешкоджання здійсненню правосуддя і провадженню попереднього розслідування, посягання на життя особи, яка здійснює правосуддя або попереднє розслідування, погроза або насильницькі дії у зв'язку із здійсненням правосуддя, неповага до суду, завідомо неправдивий донос, підкуп або примушування до дачі показань або ухилення від дачі показань або до неправильного перекладу, приховування злочинів тощо)⁴.

Зазначимо, що наведена класифікація має певні недоліки, адже, по-перше, її автором не розкривається поняття «спеціальний правовий статус особи», а, по-друге, недосконалість самого класифікаційного критерію призводить до віднесення одного і того ж злочину до різних груп (наприклад, перешкоджання здійсненню правосуддя і провадженню попереднього розслідування).

Відстоюючи класифікацію злочинів за суб'єктом, М. О. Гараніна доводить, що при побудові системи злочинів проти правосуддя за безпосереднім об'єктом злочини всередині глави розташовуються не залежно від тяжкості злочинів – від більш тяжких до менш тяжких – а з порушенням цього принципу. Розташування ж складів злочинів за суб'єктами приводить до того, що такий принцип витримується. Розділивши всі злочини проти правосуддя на чотири групи залежно від суб'єкта, можна класифікувати їх диференційовано: кожна групу розташувати залежно від ступеня суспільної небезпеки, а норми всередині кожної групи – диференційовано за ступенем тяжкості злочинів⁵.

Л. В. Лобанова стверджує, що вимоги єдності класифікаційного критерію стосовно досліджуваних злочинів мають спричинити не просте, а складне угруповання. На переконання вченої, на початковому етапі логічно виділити дві групи злочинів проти правосуддя, одну з яких утворять злочини, що здійснюються спеціальним суб'єктом, а іншу – злочини, що здійснюються будь-якими особами, наділеними лише ознаками, обов'язковими для будь-якого суб'єкта злочину. Всі злочини першої групи автором піддаються подальшій класифікації, в основу якої вже кладуться ті особливі якості, якими наділені їх виконавці. На цій підставі виділяються:

– злочини, що вчиняються особами з використанням службових або посадових повноважень, зокрема посадовими особами, які здійснюють попереднє розслідування або правосуддя, а також особами, зобов'язаними виконувати вирок чи іншої судовий акт або зобов'язаними зберігати в таємниці відомості про заходи безпеки, які застосовуються щодо учасників кримінального процесу;

– злочини, що вчиняються особами, які володіють процесуальними і постпроцесуальними правами і обов'язками, не пов'язаними або не обов'язково пов'язаними зі здійсненням посадових повноважень, включаючи осіб, які беруть участь у цивільній справі, або їх представників, а також осіб, зобов'язаних: а) сприяти правосуддю або здійсненню попереднього розслідування; б) зберігати в таємниці дані попереднього розслідування; в) забезпечувати збереження майна, підданого опису чи арешту; г) піддатися заходам покарання або процесуального примусу.

Очевидна складність і надмірна громіздкість наведеної класифікації впливає з вихідної позиції Л. В. Лобанової, яка прагне одночасно застосовувати і суб'єктний, і об'єктний класифікаційні критерії. З одного боку, вчена вважає, що класифікація злочинів проти правосуддя з урахуванням ознак суб'єкта має важливе теоретичне й практичне значення, оскільки вказує на те, від кого захищено правосуддя шляхом кримінально-правових обмежень, а також на особу, яка підлягає притягненню до кримінальної відповідальності за відповідною статтею кримінального закону, дає змогу побачити недоліки правового регулювання. З другого боку, дослідниця стверджує, що побудова класифікації злочинів проти правосуддя на цій підставі не повинно усувати групування даних посягань за традиційним критерієм – з урахуванням ознак основного безпосереднього об'єкта злочину. Адже без цього неможливо уявити, що саме в правосудді підлягає кримінально-правовій охороні, таке угруповання лежить в основі побудови системи Особливої частини Кримінального закону і, нарешті, вона дозволить встановити співвідношення окремих складів злочинів один з одним. У зв'язку з цим вчена пропонує спочатку відокремити злочини, які порушують умови, необхідні для успішного здійснення процесуальних і постпроцесуальних функцій, від посягань на суспільні відносини, що забезпечують виконання поставлених перед правосуддям завдань. Перша група об'єднуватиме дві підгрупи діянь: а) посягання на суспільні відносини, що забезпечують розвиток процесуальної діяльності відповідно до завдань правосуддя; б) посягання на суспільні відносини, що забезпечують виконання процесуальних актів відповідно до завдань правосуддя (посягання, що порушують суспільні відносини, які забезпечують обов'язковість процесуальних актів).

Після цього дані підгрупи з урахуванням конкретного змісту і типу тих завдань, виконання яких ускладнюється відповідним злочином, підрозділяються на більш дрібні структурні частини. Так, виділяються посягання на правосуддя як на: 1) пізнавально-правозастосовну діяльність; 2) охоронну діяльність; 3) процесуально-впорядковану діяльність. Зазіхання на правосуддя як на охоронну діяльність, на думку Л. В. Лобанової, об'єднують два різновиди злочинів:

– діяння, які порушують суспільні відносини, що забезпечують виконання такого завдання правосуддя, як захист від необґрунтованого засудження невинних осіб, уникнення недоцільної реалізації кримінальної відповідальності або надмірно суворого покарання викритих у скоєнні злочину громадян;

– діяння, які посягають на суспільні відносини, що забезпечують викриття винних, визначення міри їх провини, реалізацію згідно з останньою кримінальної відповідальності, призначення кримінального покарання.

Злочини, що посягають на суспільні відносини, які забезпечують виконання судових актів відповідно до завдань правосуддя, підрозділяються на: загальні склади, що стосуються виконання процесуальних актів в цілому; склади злочинів, які зазіхають на суспільні відносини, покликані забезпечити вирішення завдання реалізації кримінальної відповідальності і призначеного відповідно до закону кримінального покарання; склади злочинів, які зазіхають на суспільні відносини, покликані забезпечити вирішення відновлювальних завдань виконавчого провадження.

Крім названих груп і підгруп, Л. В. Лобанова вважає за необхідне окремо групувати посягання, спрямовані на забезпечення виконання учасниками процесуальних відносин своїх функцій. Утворена на цій підставі група в свою чергу поділяється на сім самостійних структурних утворень: посягання на життя, здоров'я і безпеку учасників процесуальної і постпроцесуальної діяльності; посягання на незалежність судової влади та процесуальну самостійність осіб, які здійснюють розслідування; посягання на авторитет суду, честь і гідність посадових осіб, які відправляють правосуддя або сприяють йому; посягання на суспільні відносини, що забезпечують нормальні умови для вирішення питання про порушення кримінальної справи; посягання на суспільні відносини, що забезпечують таємницю слідства; посягання на неупередженість осіб, які сприяють здійсненню правосуддя; посягання на суспільні відносини, що забезпечують нормальні умови для виконання процесуальних актів⁶.

У результаті дослідження запропонованих концепцій стає очевидним, що науково обґрунтовано класифікувати злочини проти правосуддя за суб'єктивним критерієм надзвичайно складно. В такому випадку ігнорується принцип систематизації норм Особливої частини Кримінального кодексу, що передбачає об'єднання норм в рамках однієї глави за ознаками спільності їх видового об'єкта. Окрім цього, суб'єкти злочинів проти правосуддя мають настільки різний статус, що їх неможливо якісно об'єднати в однорідні групи. Поділяємо думку вчених, що класифікація злочинів за спеціальним суб'єктом є методологічно помилковою, адже за основу в цьому випадку береться не первинна, а вторинна ознака. Річ у тім, що спеціальний суб'єкт сам по собі породжується специфічним за змістом об'єктом злочину (правосуддям). Крім того, порушується логічний принцип поділу цілого на частини: спочатку з усієї спільності виділяються родовий і видовий об'єкти, а подальше членування системи проводиться вже за суб'єктом⁷.

Натомість ми пропонуємо власну класифікацію злочинів проти правосуддя, яка ґрунтується на єдиному критерії, а саме: ознаках видового об'єкта, в якому відображено завдання і цілі правосуддя в його широкому значенні, що допомагає виявити взаємний зв'язок і взаємообумовленість елементів класифікації. Пропонуємо злочини проти правосуддя поділяти на такі групи: злочини, що посягають на суспільні відносини зі створення необхідних умов здійснення правосуддя; злочини, що посягають на суспільні відносини із процесуально регламентованого здійснення правосуддя судом; злочини, що посягають на суспільні відносини із забезпечення реалізації права особи на правову допомогу; злочини, які посягають на суспільні відносини із забезпечення встановлення істини у справі та ухвалення справедливого рішення; злочини, які посягають на суспільні відносини з реалізації принципу невідворотності юридичної відповідальності.

¹ Кульберг Я. М. Преступления против правосудия / Я. М. Кульберг. – М., 1962. – С. 20–21.

² Рашковская Ш. С. Преступления против правосудия / Ш. С. Рашковская. – М., 1978 – С. 15.

³ Игнатов А. Н. Курс российского уголовного права : в 2 т. / А. Н. Игнатов, Ю. А. Красиков. – М., 2002. – Т. 2: Особенная часть. – С. 847.

⁴ Емеева Н. Р. Уголовная ответственность за преступления против правосудия, совершаемые судьями и должностными лицами правоохранительных органов : дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 / Нелли Рашидовна Емеева. – Казань, 2005. – 206 с. – С. 32.

⁵ Гаранина М. А. Система преступлений против правосудия (формирование и развитие): дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08. / Марина Алексеевна Гаранина ; Московский государственный университет им. М. В. Ломоносова. Юридический факультет. – М., 1995. – 167 с. – С. 91.

⁶ Лобанова Л. В. Преступления против правосудия: Проблемы классификации посягательств, регламентации и дифференциации ответственности : дисс. ... д-ра юрид. наук: спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Любовь Валентиновна. Лобанова. – Казань, 2000. – 305 с. – С. 67–95.

⁷ Друзин А. И. Воспрепятствование исполнению судебного акта / А. И. Друзин. – Ульяновск, 2001. – С. 51.

Резюме

Ахмедов В. А. Класифікація злочинів проти правосуддя за суб'єктним критерієм: критичний аналіз.

Стаття присвячена проблематиці систематизації злочинів проти правосуддя. Автор аналізує різні підходи до класифікації таких злочинів і, зокрема, досліджує суб'єктний критерій як основу класифікації. Автор доходить висновку, що використання суб'єктного критерію не може мати наслідком науково обгрунтовану класифікацію злочинів проти правосуддя через методологічну помилковість такого підходу, а також через надто велику різноманітність статусу суб'єктів злочинів проти правосуддя. Автором пропонується власна класифікація злочинів проти правосуддя за їх видовим об'єктом.

Ключові слова: злочини проти правосуддя, класифікація злочинів, суб'єкт злочину, учасник процесуальних відносин, посадова особа.

Резюме

Ахмедов В. А. Классификация преступлений против правосудия по субъектному критерию: критический анализ.

Статья посвящена проблематике систематизации преступлений против правосудия. Автор анализирует различные подходы к классификации таких преступлений и, в частности, исследует субъектный критерий как основу классификации. Автор приходит к выводу, что использование субъектного критерия не может иметь следствием научно обоснованную классификацию преступлений против правосудия из-за методологической ошибочности такого подхода, а также из-за слишком большой разнородности статуса субъектов преступлений против правосудия. Автором предлагается собственная классификация преступлений против правосудия по их видовым объектам.

Ключевые слова: преступления против правосудия, классификация преступлений, субъект преступления, участник процессуальных отношений, должностное лицо.

Summary

Ahmedov V. Classification of crimes against justice by subject criterion: critical analysis.

The article is devoted to the problem of systematization of crimes against justice. The author analyzes different approaches to the classification of such crimes, and in particular, explores the subject criterion as the basis of classification. The author concludes that the use of the subjective criterion cannot result in a scientifically based classification of crimes against justice, due to the methodological error of this approach, as well as because of the extremely heterogeneous status of the subjects of crimes against justice. The author proposed his own classification of crimes against justice for their specific object.

Key words: crimes against justice, classification of crimes, subject of crime, participant in procedural relations, official.

УДК 343.35:347.51

О. В. НОВІКОВ

Олег Володимирович Новіков, кандидат юридичних наук, асистент кафедри Національного юридичного університету ім. Ярослава Мудрого, науковий співробітник Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДШКОДУВАННЯ ЗБИТКІВ, ШКОДИ, ЗАВДАНИХ УНАСЛІДОК ВЧИНЕННЯ КОРУПЦІЙНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ

Корупційні та пов'язані з корупцією правопорушення завжди мають певні негативні наслідки, що проявляються в усіх сферах суспільного життя. Чинним антикорупційним законодавством встановлено спеціальний механізм мінімізації цих наслідків, який, окрім іншого, передбачає обов'язковість відшкодування збитків, шкоди, завданих унаслідок вчинення корупційного правопорушення. У свою чергу, Закон України «Про запобігання корупції»¹ не розкриває саму процедуру відшкодування такої шкоди, тому у правозастосовній практиці іноді виникають проблемні питання з цього приводу. Отже, метою статті є визначення порядку, підстав, умов та особливостей відшкодування збитків, шкоди, завданих унаслідок вчинення корупційних правопорушень.

Слід розпочати з того, що положення стосовно відшкодування збитків, шкоди завданих унаслідок вчинення корупційного правопорушення не є новелою чинного законодавства та були наявні як у попередніх антикорупційних законах (зокрема ст. ст. 23, 25 Закону України «Про засади запобігання та протидії корупції»²), так і взагалі у загальних принципах та нормах національного законодавства. Наприклад, відповідно до ст. 66 Конституції України кожен зобов'язаний відшкодувати завдані ним збитки. А згідно зі ст. 15 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення. Серед способів захисту цивільних прав та інтересів зокрема передбачено (ст. 16 ЦК України): відновлення становища, яке існувало до порушення; відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди; відшкодування моральної (немайнової) шкоди тощо.

© О. В. Новіков, 2017

Окрім цього, обов'язок відшкодування збитків, шкоди завданих унаслідок вчинення корупційного правопорушення передбачено й чинними міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Так, згідно зі ст. 35 Конвенції ООН проти корупції³ передбачено, що «кожна Держава-учасниця вживає таких заходів, які можуть бути необхідними, відповідно до принципів її внутрішнього права, для забезпечення того, щоб юридична або фізична особа, яка зазнала шкоди в результаті будь-якого корупційного діяння, мала право порушити провадження щодо осіб, які несуть відповідальність за цю шкоду, з метою одержання компенсації». Відповідно до ст. 3 Цивільної конвенції про боротьбу з корупцією⁴, «кожна Сторона передбачає у своєму внутрішньому законодавстві для осіб, яким заподіяно шкоду внаслідок корупційних дій, право на порушення судової справи з метою отримання повної компенсації за заподіяну шкоду. Така компенсація може охоплювати матеріальні збитки, втрачену вигоду та немайнову шкоду».

Закон України «Про запобігання корупції» окремо вирізняє відшкодування державі збитків, шкоди, завданих унаслідок вчинення корупційного правопорушення (ст. 66 Закону) та відшкодування збитків, моральної або майнової шкоди фізичним та юридичним особам, завданих унаслідок вчинення корупційного правопорушення (ст. 68 Закону). Таким чином, існує певна специфіка відшкодування шкоди різним учасникам цивільних правовідносин.

Відшкодування державі збитків, шкоди, завданих унаслідок вчинення корупційного правопорушення. Згідно зі ст. 66 Закону України «Про запобігання корупції» збитки, шкода, завдані державі внаслідок вчинення корупційного або пов'язаного з корупцією правопорушення, підлягають відшкодуванню особою, яка вчинила відповідне правопорушення, в установленому законом порядку. Виходячи з цього, *підставою* виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди є факт завдання майнової шкоди державі внаслідок вчинення корупційного або пов'язаного з корупцією правопорушення.

Але самого факту завдання шкоди державі від корупційного правопорушення недостатньо для виникнення зобов'язання з її відшкодування. Для цього повинні існувати ще й певні загальні та спеціальні умови. До *загальних умов* виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди належать: 1) наявність шкоди; 2) протиправність поведінки особи, що її завдала; 3) наявність причинного зв'язку між протиправною поведінкою правопорушника та заподіяною шкодою; 4) доведеність вини особи.

Шкодою вважається будь-які применшення (знецінення) блага, майнового або немайнового, що охороняється правом⁵. Складовими частинами шкоди є майнова і немайнова (моральна) шкода. Майновою визнається шкода, яку можна оцінити у грошовому еквіваленті. Відповідно до ч. 1 ст. 1192 ЦК України майнова шкода відшкодовується або в натурі (передача речі того ж роду і такої ж якості, полагодження пошкоджені речі тощо), або шляхом відшкодування завданих збитків у повному обсязі. При цьому розмір збитків, що підлягають відшкодуванню потерпілому, визначається відповідно до реальної вартості втраченого майна на момент розгляду справи або виконання робіт, необхідних для відновлення пошкоджені речі.

Згідно зі ст. 22 ЦК України *збитками* визнаються: 1) втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки); 2) доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода). Як бачимо, збитки – це грошова оцінка шкоди, яка має місце у разі неможливості відшкодування шкоди в натурі.

Слід зазначити, що збитки державі можуть бути завдані не тільки внаслідок учинення корупційного та пов'язаного з корупцією правопорушення (наприклад, ненадходження до державного бюджету грошових коштів тощо), а й у випадку відшкодування державою: 1) шкоди, завдані незаконними рішеннями, дією чи бездіяльністю органу державної влади при здійсненні ними своїх повноважень (ст. 1173 ЦК України); 2) шкоди, завдані незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю посадової або службової особи органу державної влади при здійсненні нею своїх повноважень (ст. 1174 ЦК України); 3) шкоди, завдані в результаті прийняття органом державної влади нормативно-правового акта, що був визнаний незаконним і скасований (ст. 1175 ЦК України); 4) шкоди, завдані фізичній особі внаслідок її незаконного засудження, незаконного притягнення до кримінальної відповідальності, незаконного застосування запобіжного заходу, незаконного затримання, незаконного накладення адміністративного стягнення у вигляді арешту чи виправних робіт (ст. 1176 ЦК України); 5) шкоди, завдані потерпілому внаслідок кримінального правопорушення, у випадках та порядку, передбачених законом (ст. 1177 ЦК України).

У випадках, коли така шкода була спричинена корупційним правопорушенням, держава має право зворотної вимоги до винної особи, у розмірі виплаченого відшкодування, якщо інший розмір не встановлений законом (ст. 1191 ЦК України). Також, відповідно до ч. 2 ст. 68 Закону України «Про запобігання корупції» держава, Автономна Республіка Крим, орган місцевого самоврядування, які відшкодували збитки, шкоду, завдану незаконним рішенням, діями або бездіяльністю суб'єкта, що здійснює заходи щодо запобігання та протидії корупції, мають право зворотної вимоги (регресу) до особи, яка завдала збитків, шкоди, у розмірі виплаченого відшкодування (крім відшкодування виплат, пов'язаних із трудовими відносинами, відшкодуванням моральної шкоди).

Стосовно *протиправності поведінки особи*, яка відповідальна за заподіяння шкоди, то це означає, що своїми діями вона порушує встановлену нормою права заборону або охоронювані законом суб'єктивні права потерпілого. Наприклад, у ст. 22 Закону України «Про запобігання корупції» встановлено загальне обмеження щодо використання службових повноважень чи свого становища. Вчиняючи корупційне або пов'язане з корупцією правопорушення, винна особа порушує, окрім іншого, передбачене вище обмеження. По суті,

визнання особи винною у вчиненні корупційного або пов'язаного з корупцією правопорушення вже характеризує її дії, бездіяльність, рішення як протиправну поведінку.

Третьою умовою відшкодування шкоди, завданої внаслідок корупційного або пов'язаного з корупцією правопорушення, є наявність причинного зв'язку між протиправною поведінкою правопорушника та заподіяною шкодою. Відповідно до ч. 1 ст. 1166 та ч. 1 ст. 1167 ЦК України неправомірно завдана майнова та моральна шкода відшкодовується особою, яка її завдала. Таким чином, спричинена шкода має бути наслідком корупційного або пов'язаного з корупцією правопорушення.

Останньою умовою відшкодування шкоди, завданої внаслідок корупційного або пов'язаного з корупцією правопорушення, є доведеність вини особи. Вина визначається як психічне ставлення особи до протиправної дії чи бездіяльності та її наслідків, виражене у формі умислу чи необережності⁶. Відповідно до ч. 2 ст. 1166 ЦК України особа, яка завдала шкоди, звільняється від її відшкодування, якщо вона доведе, що шкоду завдано не з її вини. Таким чином, цивільне законодавство виходить із принципу презумпції вини. У будь-якому випадку, притягнення особи до відповідальності за вчинення корупційного або пов'язаного з корупцією правопорушення вказує на наявність її вини.

Що стосується спеціальних умов виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди, завданої корупційним чи пов'язаним з корупцією правопорушенням, то до них належать: 1) заподіяння шкоди спричиняється спеціальними суб'єктами (особами, зазначеними у ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції»); 2) встановлення незаконності таких дій (заборонені законодавством; вчинені без підстав, передбачених законодавством; вчинені не в тому порядку, який для них визначений законодавством); 3) наявність вини в діях цих осіб⁷.

Таким чином, наявність цих загальних та спеціальних умов призводить до виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди, завданої корупційним або пов'язаним з корупцією правопорушенням.

Порядок та процедура відшкодування шкоди державі, завданої внаслідок вчинення корупційних або пов'язаних з корупцією правопорушень, регулюються кримінально-процесуальним та цивільно-процесуальним законодавством.

Зокрема, гл. 9 Кримінального процесуального кодексу України (далі –КПК України) передбачені такі форми відшкодування (компенсації) шкоди у кримінальному провадженні: 1) добровільне відшкодування (компенсація) шкоди (ч. 1 ст. 127 КПК України); 2) примусове відшкодування (компенсація) шкоди: а) цивільний позов (ч. 2 ст. 127, ст. 128, 129 КПК України); б) звернення застави на виконання вироку в частині майнових стягнень (ч. 1 ст. 177; ч. 4 та ч. 11 ст. 182 КПК України); в) компенсація шкоди за рахунок Державного бюджету України (ч. 3 ст. 127, ч. 2 та ч. 3 ст. 572 КПК України); г) кримінально-правова реституція (п. 5 ч. 9 та ч. 10 ст. 100; ч. 4 ст. 374 КПК України); д) відшкодування (компенсація) шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду у випадках та порядку, передбачених законом (ст. 130 КПК України)⁸.

Дієвим способом відшкодування шкоди, завданої державі внаслідок вчинення корупційного правопорушення, є цивільний позов. Цивільний позов в інтересах держави пред'являється прокурором (ч. 3 ст. 128 КПК України). Форма та зміст позовної заяви повинні відповідати вимогам, встановленим до позовів, які пред'являються у порядку цивільного судочинства (ч. 4 ст. 128 КПК України). Цивільний позов у кримінальному провадженні розглядається судом за правилами, встановленими КПК України. Якщо процесуальні відносини, що виникли у зв'язку з цивільним позовом, КПК України не врегульовані, то до них застосовуються норми ЦПК України за умови, що вони не суперечать засадам кримінального судочинства (ч. 5 ст. 128 КПК України).

Стосовно відшкодування шкоди, завданої внаслідок правопорушення, пов'язаного з корупцією, то відповідно до ч. 3 ст. 40 Кодексу України про адміністративні правопорушення такі питання вирішуються у порядку цивільного судочинства.

Відшкодування збитків, моральної або майнової шкоди фізичним та юридичним особам, завданих їм унаслідок вчинення корупційного правопорушення. Відшкодування майнової шкоди, яка завдана фізичним та юридичним особам, відбувається за аналогічних як і для держави підстав та умов, але за винятком деяких особливостей положень, що стосуються виключно держави. В свою чергу, відповідно до ч. 1 ст. 68 Закону України «Про запобігання корупції», фізичні та юридичні особи, права яких порушено внаслідок вчинення корупційного або пов'язаного з корупцією правопорушення, окрім відшкодування майнової шкоди, також мають право на відновлення прав та відшкодування моральної шкоди.

Що стосується моральної шкоди, то під нею розуміються втрати немайнового характеру внаслідок моральних чи фізичних страждань, завданих фізичній чи юридичній особі незаконними діями або бездіяльністю інших осіб. Моральна шкода полягає: а) у фізичному болю та стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я; б) у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку із знищенням чи пошкодженням її майна; в) у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з протиправною поведінкою щодо неї самої, членів її сім'ї чи близьких родичів; г) у пониженні честі, гідності, а також ділової репутації фізичної або юридичної особи (ч. 2 ст. 23 ЦК України).

Моральна шкода відшкодовується грошми, іншим майном або в інший спосіб. Розмір грошового відшкодування моральної шкоди визначається судом залежно від характеру правопорушення, глибини фізичних та душевних страждань, погіршення здібностей потерпілого або позбавлення його можливості їх реалізації, ступеня вини особи, яка завдала моральної шкоди, якщо вина є підставою для відшкодування, а також з урахуванням інших обставин, які мають істотне значення. При визначенні розміру відшкодування враховуються вимоги розумності і справедливості (ч. 3 ст. 23 ЦК України). Моральна шкода відшкодовується незалежно

від майнової шкоди, яка підлягає відшкодуванню, та не пов'язана з розміром цього відшкодування (ч. 4 ст. 23 ЦК України).

Згідно з ч. 1 ст. 1167 ЦК України моральна шкода, завдана фізичній або юридичній особі неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю, відшкодовується особою, яка її завдала, за наявності її вини. Таким чином, для виникнення зобов'язання з відшкодування моральної шкоди, завданої внаслідок корупційного або пов'язаного з корупцією правопорушення, необхідна наявність тих самих загальних умов, про які було зазначено раніше, а саме: наявність моральної шкоди; протиправність поведінки особи, яка її завдала; наявність причинного зв'язку між протиправною дією та шкодою; доведеність вини правопорушника.

Стосовно *порядку відшкодування моральної шкоди*, завданої корупційним правопорушенням, то відповідно до ч. 1 ст. 128 КПК України особа, якій кримінальним правопорушенням або іншим суспільно небезпечним діянням завдано майнової та/або моральної шкоди, має право під час кримінального провадження до початку судового розгляду пред'явити цивільний позов до підозрюваного, обвинуваченого або до фізичної чи юридичної особи, яка за законом несе цивільну відповідальність за шкоду, завдану діяннями підозрюваного, обвинуваченого або неосудної особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння.

Як вже зазначалося раніше, форма та зміст позовної заяви повинні відповідати вимогам, встановленим до позовів, які пред'являються у порядку цивільного судочинства. Такі вимоги (реквізити) передбачені ст. 175 Цивільного процесуального кодексу України. Позовна заява подається до суду в письмовій формі і підписується позивачем або його представником, або іншою особою, якій законом надано право звертатися до суду в інтересах іншої особи. Особа, яка не пред'явила цивільного позову в кримінальному провадженні, а також особа, цивільний позов якої залишено без розгляду, має право пред'явити його в порядку цивільного судочинства (ч. 7 ст. 128 КПК України).

Законодавцем також передбачено такий спосіб усунення наслідків корупційних та пов'язаних з корупцією правопорушень як *відновлення прав і законних інтересів* фізичних та юридичних осіб, що були порушені внаслідок вчинення таких правопорушень. Відповідно до ч. 1 ст. 16 ЦК України кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу. Способами захисту (відновлення) цивільних прав та інтересів можуть бути: 1) визнання права; 2) визнання правочину недійсним; 3) припинення дії, яка порушує право; 4) відновлення становища, яке існувало до порушення; 5) примусове виконання обов'язку в натурі; 6) зміна правовідношення; 7) припинення правовідношення; 8) відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди; 9) відшкодування моральної (немайнової) шкоди; 10) визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб (ч. 2 ст. 16 ЦК України).

Слід зазначити, що не можуть бути визнані й відновлені права, що здійснюються фізичними та юридичними особами з порушенням вимог законодавства. Так, право отримане особою всупереч закону (наприклад, шляхом надання неправомірної вигоди службовій особі), не може бути відновлене судом.

У деяких випадках шкода, завдана фізичним та юридичним особам внаслідок вчинення корупційного або пов'язаного з корупцією правопорушення, може бути відшкодована безпосередньо державою, Автономною Республікою Крим або органом місцевого самоврядування незалежно від наявності вини: 1) шкода завдана незаконними рішеннями, дією чи бездіяльністю органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування при здійсненні ними своїх повноважень (ст. 1173 ЦК України); 2) шкода завдана незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю посадової або службової особи органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування при здійсненні нею своїх повноважень (ст. 1174 ЦК України); 3) шкода завдана в результаті прийняття органом державної влади, органом влади Автономної Республіки Крим або органом місцевого самоврядування нормативно-правового акта, що був визнаний незаконним і скасований (ст. 1175 ЦК України).

Окрім цього, відповідно до ч. 2 ст. 68 Закону України «Про запобігання корупції» збитки, шкода, завдані фізичній або юридичній особі внаслідок незаконних рішень, дій або бездіяльності суб'єкта, який здійснює заходи щодо запобігання і протидії корупції, відшкодовуються з Державного бюджету України в установленому законом порядку.

Отже, як підсумок, можна зазначити, що національним законодавством достатньо детально регламентована процедура відшкодування збитків, шкоди завданих унаслідок вчинення корупційних правопорушень та існують відповідні правові гарантії.

¹ Про запобігання корупції: Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2014. – № 49. – Ст. 2056.

² Про засади запобігання та протидії корупції: Закон України від 7 квітня 2011 р. № 3206-VI // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2011. – № 40. – Ст. 404.

³ Конвенція ООН проти корупції. ООН, 31.10.2003: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_c16

⁴ Цивільна конвенція про боротьбу з корупцією. Рада Європи, 04.11.1999: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_102

⁵ Смирнов В. Т. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве / В. Т. Смирнов, А. А. Собчак. – Л. : ЛГУ, 1983. – 152 с. – С. 17.

⁶ Цивільне право : підруч. : у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бегова та ін.; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – Х.: Право, 2011. – Т. 2. – 816 с. – С. 738.

⁷ Боротьба з корупцією : підруч. / авт. кол. ; кер. авт. кол. Є. Д. Скулиш. – К. : Наук.-вид. відділ НА СБ України, 2010. – 336 с. – С. 234.

⁸ Кримінальний процес : підруч. / Ю. М. Грошевий, В. Я. Тацій, А. Р. Туманянц та ін.; за ред. В. Я. Тація, Ю. М. Грошевого, О. В. Капліної, О. Г. Шило. – Х.: Право, 2013. – 824 с. – С. 243.

Резюме

Новиков О. В. Правове регулювання відшкодування збитків, шкоди, завданих унаслідок вчинення корупційних правопорушень.

У статті проаналізовано порядок, підстави та умови відшкодування збитків, шкоди, завданих унаслідок вчинення корупційних правопорушень. Розглянуто особливості відшкодування шкоди, спричиненої корупційними правопорушеннями різними суб'єктам цивільних правовідносин (державі, фізичним та юридичним особам). Визначено інші способи відновлення прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб.

Ключові слова: корупційні правопорушення, наслідки корупційних правопорушень, усунення наслідків корупційних правопорушень, відшкодування шкоди, завданої корупційними правопорушеннями, відновлення прав та законних інтересів фізичних та юридичних осіб.

Резюме

Новиков О. В. Правовое регулирование возмещения убытков, ущерба, причиненных вследствие совершения коррупционных правонарушений.

В статье проанализирован порядок, основания и условия возмещения убытков, ущерба, причиненных вследствие совершения коррупционных правонарушений. Рассмотрены особенности возмещения ущерба, причиненного коррупционными правонарушениями различным субъектам гражданских правоотношений (государству, физическим и юридическим лицам). Определены другие способы восстановления прав и законных интересов физических и юридических лиц.

Ключевые слова: коррупционные правонарушения, последствия коррупционных правонарушений, устранение последствий коррупционных правонарушений, возмещение ущерба, причиненного коррупционными правонарушениями, восстановление прав и законных интересов физических и юридических лиц.

Summary

Novikov O. Legal regulation of compensation for losses, damage caused by the commission of corruption offenses.

The article analyzes the procedure, grounds and conditions for compensation of damages, harm caused as a result of corruption offenses. Features of compensation for damage caused by corruption offenses to various subjects of civil legal relationships (state, individuals and legal entities) are considered. Other ways of restoring the rights and legitimate interests of individuals and legal entities are determined.

Key words: corruption offenses, consequences of corruption offenses, elimination of consequences of corruption offenses, compensation of damage caused by corruption offenses, restoring the rights and legitimate interests of individuals and legal entities.

УДК 343.92

С. О. ФІЛІППОВ

Станіслав Олександрович Філіппов, кандидат психологічних наук, доцент, підполковник юстиції, доцент Національної академії Державної прикордонної служби України імені Богдана Хмельницького

КРИМІНОЛОГІЧНЕ ЗНАЧЕННЯ ПОКАЗНИКА «ЦІНА ТРАНСКОРДОННОЇ ЗЛОЧИННОСТІ»

Кількісно-якісний показник шкоди від злочинності та витрат, що несе суспільство внаслідок необхідності протидії злочинній діяльності, має узагальнену назву «ціна злочинності». Очевидно, що математичне вимірювання цього показника для транскордонної злочинності обмежено наявними труднощами методологічного та правового змісту. Серед них, наприклад, проблема визначення спільного знаменника для різнооб'єктних транскордонних посягань або невизначеність оптимальних параметрів соціально-негативних наслідків транскордонних злочинів, що підлягають вимірюванню, для визначення ціни злочинності.

Водночас, якщо погодитися з тим, що застосування показника «ціна злочинності» по суті означає погляд на злочинність з точки зору економічної раціональності, можна побачити його яскраве утилітарне значення. Наприклад, цей же економічний підхід (серед інших) застосовується для оцінки результатів оперативно-службової діяльності правоохоронних органів на державному кордоні. А це свідчить про потенцій-

ну його застосовність до оцінювання ефективності виконання завдань у сфері прикордонної безпеки. У свою чергу, цей показник може бути використано для забезпечення доцільного розподілу сил та засобів системи протидії злочинності та, зрештою, може вплинути на підвищення ефективності оперативно-службової діяльності задіяних спеціалізованих суб'єктів. Іншими словами, державні інвестиції можуть приносити значний соціально значущий ефект від протидії злочинності.

Окремим аспектам досліджуваної проблеми присвячені роботи таких вчених, як П. С. Берзін, А. А. Голікова, В. В. Голіна, Б. М. Головін, Р. О. Долотов, В. Ю. Квашис, О. М. Костенко, В. В. Лунєєв, Н. А. Лопашенко, Т. В. Мельничук, В. С. Овчинський, Н. А. Орловська, Н. В. Сметаніна, В. І. Шакун, J. Bichot, J. Szabanski та ін. Авторами, зокрема, розроблено теоретичні засади вимірювання ціни злочинності (далі – ЦЗ) і розроблено відповідну термінологію та організаційно-методологічні підходи. Зокрема, поняття «ціна злочинності» найчастіше трактується як прямі та побічні витрати фізичного, матеріального, морального, духовного характеру, яких зазнає держава і суспільство внаслідок вчинення злочинів, спрямованих на подолання наслідків злочинних діянь, утримання всієї правоохоронної, пенітенціарної системи та інших інститутів держави, а також сукупні активи злочинних угруповань і їх витрати на підтримку своєї злочинної діяльності¹. Обґрунтовано науковий підхід, згідно з яким базою визначення ЦЗ слід вважати насамперед ті діяння, які історично (протягом усього існування людства) сприймалися абсолютною більшістю людей як такі, що є суспільно небезпечними та потребують покарання з боку держави². Неурядовим дослідницьким центром «RAND Center on Quality Policing» (США) розроблено он-лайнний «калькулятор ціни злочинності»³. Також розроблено методологічні основи, а саме запропоновано базові принципи розрахунку ЦЗ, альтернативні витрати злочинності, наведено вартість наслідків злочинності⁴.

Однак у межах зазначених робіт не досліджується методика визначення ціни окремих видів злочинності, зокрема транскордонної. При цьому авторами припускається обмеження сфери застосування даного криминологічного показника залежно від різних методологічних підходів.

Виходячи з вищевикладеного, **мета** дослідження полягає в знаходженні оптимальних параметрів соціально негативних наслідків транскордонних злочинів, що підлягають вимірюванню для визначення ціни злочинності. Завданням, яке розв'язується для досягнення даної мети, є теоретичне обґрунтування можливості й доцільності квантифікації наслідків транскордонної злочинності, що включають не тільки її кількісні, а й якісні характеристики.

Криминологи, характеризуючи ЦЗ, вказують на глобальний масштаб збитків соціального та економічного характеру. «Фантастична ціна злочинності, – пише В. В. Лунєєв, – це багатомільйонні людські жертви; величезні фізичні, а також матеріальні та моральні збитки; утримання величезної системи кримінальної юстиції (темпи приросту якої збільшуються швидше темпів приросту злочинності); витрати на охорону повсякденного правопорядку, окремих осіб з підвищеною службовою або професійною віктимністю; дорогі охоронні системи і системи спостереження. Для багатьох країн обсяг цих втрат (збитків, витрат) держави, бізнесу, громадських організацій та окремих громадян стає економічно невідомим завданням, і в цьому випадку проблема виживання в умовах зростаючої злочинності є доленосною. Такою вона стає і в світі в цілому у зв'язку з інтенсивною транснаціоналізацією і глобалізацією злочинності. Однак глибокого сутнісного розуміння повсякденних і масових кримінальних загроз в світовому співтоваристві і окремих країнах, на жаль, немає»⁵. Ми навмисно навели таку об'ємну цитату, тому що вона, по суті, ілюструє всі наукові підходи до складників ціни злочинності. Разом із тим, через відсутність чіткого усвідомлення практичної користі від вимірювання ЦЗ, праксеологічні аспекти цього питання залишаються на етапі обговорення методики вимірювання.

Слід зауважити, що у вітчизняних та зарубіжних джерелах спостерігається різноманітність точок зору на складники ціни злочинності, що проілюстровано нами у табл. 1⁶.

Таблиця 1

Порівняння методологічних підходів до розуміння складників ціни злочинності

| Автор | Складник ціни злочинності |
|------------------------------------|--|
| Л. В. Кондратюк і В. С. Овчинський | 1) кримінальна експансія (захоплення певних благ, рейдерство); 2) кримінальна агресія (психодуховна деструктивна енергія людини, що спрямована на руйнування таких благ, як життя, здоров'я (духовне, душевне, тілесне)); 3) кримінальний обман (злочини, що завдали матеріальних збитків) |
| Є. Сміт | 1) сума щорічних бюджетних витрат, що спрямовані на запобігання злочинності, 2) сума кримінальних прибутків злочинців |
| М. Коен | Нематеріальні наслідки злочинності: 1) життя людини; 2) страх, психічні та фізичні страждання |
| Т. В. Мельничук | 1) пряма матеріальна шкода; 2) непрямі втрати – упущена вигода; 3) витрати на кримінальну юстицію |

| Автор | Складник ціни злочинності |
|----------------------------------|---|
| М. М. Бабаєв, В. Ю. Квашиш | 1) в широкому значенні – реальна шкода, яка виражається в сукупності причинно пов'язаних зі злочинними діями прямих і непрямих безпосередніх та опосередкованих негативних змін соціальних (економічних, моральних, правових та ін.) цінностей, а також сукупності економічних та інших витрат суспільства, пов'язаних з організацією боротьби зі злочинністю і профілактикою злочинів; 2) у вузькому значенні ціна злочинності – це вартісне вираження заподіяної шкоди, що складається з: оцінки безпосередніх та опосередкованих наслідків кримінальних діянь (протиправне спричинення) та витрат держави і суспільства на боротьбу зі злочинністю та профілактику правопорушень (соціально корисні і об'єктивно необхідні витрати) |
| Х. Деммерт | 1) безпосередня шкода, завдана злочинною поведінкою; 2) витрати, які несе суспільство в процесі профілактики і запобігання злочинів, притягнення злочинців до кримінальної відповідальності; 3) втрати самого злочинця (наприклад, час, витрачений злочинцем на відбування покарання) |
| В. В. Голіна, Н. В. Сметаніна | 1) прямі збитки матеріального характеру; 2) прямі збитки особистого характеру. |
| Р. О. Долотов | 1) шкода від злочину (пряма, непряма); 2) витрати суспільства на боротьбу зі злочинністю (вимушені та добровільні) |

Отже, як бачимо, порівняння наукових підходів демонструє основні відмінності між ними, які виникають з приводу того, чи підлягають вимірюванню в контексті ЦЗ нематеріальні (моральні, особистісні) наслідки злочинності. Крім того, на наш погляд, існує певний дисонанс між економічним і моральним виміром ЦЗ. Беззаперечно, що загальнотеоретичними орієнтирами, з урахуванням яких вимірюється ціна транскордонної злочинності, є прямі і непрямі наслідки правопорушення.

Вимірюванню підлягають також і витрати на функціонування системи протидії злочинності. Їх структура містить дві частини: постійну і ситуативну. Постійна – яка обумовлена виконанням функцій держави (наприклад, підтримання системи охорони державного кордону або забезпечення потреб органів кримінальної юстиції). Ситуативна може бути обумовлена появою нових кримінальних загроз або підвищенням інтенсивності наявних кримінальних загроз. Тут є неоднозначний момент, пов'язаний з тим, чи відносити до негативних наслідків злочинності витрати на безпеку від кримінальних загроз. Уперше на це питання звернув увагу Р. О. Долотов, висловлюючи думку, що витрати на безпеку позитивним чином впливають на розвиток суспільства (науки, економіки). Ми також не вважаємо витрати на безпеку негативним наслідком злочинності. Аргументом на користь цієї позиції, на нашу думку, є те, що безпечний стан об'єкта, який охороняється правом (у нашому випадку – відносин у прикордонній сфері), є беззаперечною цінністю. У такому випадку інвестиції у систему протидії транскордонній злочинності гарантують розвиток транскордонних відносин, забезпечують позитивну соціодинаміку держави і допомагають утримувати належний баланс між заходами протидії кримінальним загрозам та належним рівнем безпеки з безумовним дотриманням прав і свобод людини і громадянина.

Наш підхід до ціни злочинності полягає у тому, що це – один з базових кримінологічних показників для планування ефективної протидії транскордонній злочинній діяльності. Більше того, ми бачимо системоутворюючий зв'язок показника «ціна транскордонної злочинності» та діяльності щодо протидії цьому виду злочинності. Іншими словами, запобігання транскордонній злочинності спрямоване на досягнення стану безпеки охоронюваного правом об'єкта. Потреба в інвестиціях в цю безпеку теоретично не виникає у випадку відсутності кримінальних загроз. Але практично створення системи запобігання цим загрозам якраз і є гарантією «не виникнення» наслідків як кримінально-правового явища.

З урахуванням даного підходу вважаємо необхідним методологію з вимірювання ціни транскордонної злочинності пов'язати з обґрунтуванням доцільних витрат на систему протидії кримінальним загрозам (crime threat). Це поняття, разом з системою інших понять, що розроблені у сфері прикордонної безпеки⁷, вважаємо цілком придатним для застосування в інтересах теорії та практики протидії транскордонній злочинності (табл. 2).

Отже, так само як криміногенні та антикриміногенні явища і процеси взаємопов'язані та співвідносяться у системі суспільних відносин, так і протидія злочинності пов'язана з кримінальними загрозам як діалектичні протилежності⁸.

Щорічними звітами та аналізом результатів діяльності FRONTEX, EUROPOL, EUROJUST підтверджується загальна тенденція – поява нових або зміна характеру наявних викликів, загроз та ризиків, що мають транскордонну природу, диверсифікація їх глобальної географії. Разом із тим навіть при достатніх даних про параметри та фактори обстановки наслідки їх впливу неоднозначні. За таких умов виникає потреба їх оцінки, для чого може бути застосований, наприклад, SWOT-аналіз, що передбачає оцінку кримінальної загрози, дієвих та низькоєфективних сторін системи протидії та її можливостей. У кримінальному аналізі, що здійс-

нюється в органах Державної прикордонної служби України, застосовується підхід, що ґрунтується на аналізі загроз, впливу, уразливості системи та ризику.

Таблиця 2

**Система понять
у сфері протидії транскордонним кримінальним загрозам**

| Поняття | Характеристика |
|---|---|
| Кримінальна загроза | явище (чинник, сукупність чинників), здатні реально створити умови або стати причиною неможливості реалізації функції об'єктом правової охорони |
| Небезпека | явище (чинник, сукупність чинників), здатні завдати шкоди охоронюваному правом об'єкту, а також сторона, що загрожує застосуванням специфічних загрозливих сил та засобів |
| Оцінка загроз | їх дослідження, виявлення тенденцій, формування прогнозу, оцінка рівнів загроз та можливих наслідків у прикордонній сфері. Оцінка загроз у різних сферах здійснюється за факторами та параметрами обстановки. Кожен фактор та параметр оцінюється за розробленою для нього шкалою. Оцінка може бути якісною чи кількісною. Для оцінки рівнів загроз враховуються кількісні та якісні оцінки факторів обстановки, результати статистичного аналізу |
| Рівень складових загроз | визначається числовим значенням, що характеризує стан фактора, та важливістю фактора в групі, до якої він відноситься. Рівень загрози визначається за прийнятими критеріями оцінки для кожного рівня загрози. Наприклад, повсякденного, підвищеного та небезпечного |
| Спосіб реалізації кримінальної загрози | послідовність дій з боку носія загрози, що може завдати шкоди охоронюваному правом об'єкту. Аналіз та оцінка загрози передбачає оцінку її джерела та потенціалу загрози |
| Безпечний стан охоронюваного правом об'єкта | стан, коли забезпечуються сприятливі умови його функціонування за наявності та (або) у передбаченні кримінальних загроз. Протилежна характеристика – уразливість об'єкта |

Ми вважаємо можливим і доцільним квантифікацію як кримінальних загроз, так і наслідків, що містять не тільки кількісні, а й якісні характеристики. Це важливо для знаходження оптимальних параметрів соціально негативних наслідків транскордонних злочинів, що підлягають вимірюванню, для визначення ціни транскордонної злочинності.

При цьому ми вбачаємо такі основні проблеми:

1) дисонанс між економічним та моральним виміром ціни злочинності. Наша традиційна культура принципово не визнає можливість грошової оцінки гідності та життя людини⁹. Повне ігнорування цих норм на користь раціонально-економічного підходу суперечить інтересам людства;

2) досить часто в суміжних країнах зустрічаються відмінності в підходах до оцінки наслідків транскордонних злочинів. Це виникає тоді, коли в одній із сусідніх держав встановлено кримінальну відповідальність за певні діяння, а в іншій – адміністративну (або юридична відповідальність взагалі не встановлена). Або ж, коли в боротьбі з діянням, яке формально визнається злочином на території обох сусідніх держав, ці держави мають різний ступінь заінтересованості. Це буває через економічні або політичні (іноді – культурні) передумови.

Але первинним при цьому є визначення того, які саме транскордонні злочини розглядати в якості маркерних. Складність полягає в тому, що не можна виробити ефективну методологію оцінки соціально-негативних наслідків всіх транскордонних злочинів. Занадто різними є шкода, наприклад, від загибелі людей при організації їх незаконного переправлення через морський кордон і шкода від контрабанди спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації¹⁰. Крім того, слід врахувати, що повна тотожність підходу до криміналізації однакових діянь у суміжних державах буває досить рідко. Та й у межах кожної окремої держави постійними є законодавчі процеси криміналізації-декриміналізації¹¹.

З метою формування меж визначення маркерних злочинів звернімося до документу EUROPOL. Стратегією розвитку МВС України до 2020 р. та Угодою між Україною і Європейським поліцейським офісом про оперативне та стратегічне співробітництво передбачено упровадження правоохоронними органами України Методології аналізу криминогенної ситуації в ЄС, що застосовується Європолем для оцінки загроз від «серйозних» (serious) злочинів та організованої злочинності (SOCTA)¹². Дана методологія охоплює збір та аналіз даних, складання переліку загроз та ризиків, підготовку рекомендацій. Ці рекомендації враховують спільний підхід різних держав, зважаючи на транскордонний масштаб та наслідки злочинів, що піддаються аналізу, а саме:

- підробка грошей;
- кіберзлочини (у т.ч. сексуальна експлуатація дітей у кіберпросторі, шахрайство з платіжними картками);
- виробництво, торгівля та розповсюдження наркотиків;
- шахрайство в галузі інформаційних технологій (фрод);
- перевезення небезпечних відходів;

- злочини проти інтелектуальної власності;
- незаконне ввезення мігрантів;
- організовані злочини проти власності;
- корупція у спорті;
- торгівля «червонокнижними» видами природи;
- незаконний обіг зброї;
- торгівля людьми та органами¹³.

Отже, можемо зробити висновки, що кримінологічне значення ціни транскордонної злочинності насамперед полягає у тому, що вона є одним із базових економічних показників для планування протидії злочинності. В практичній площині це означає прямо пропорційний зв'язок ціни транскордонної злочинності з рівнем кримінальних транскордонних загроз (вище рівень загроз – вище ціна) та зворотно пропорційний – з ефективністю протидії цим загрозам (вище ефективність – нижче ціна).

Не всі транскордонні злочини можуть бути маркерними для визначення ціни транскордонної злочинності. Як найбільш раціонально визначити маркерні злочини? Більшість дослідників вважають, що такими можуть бути лише діяння, вчинені проти волі конкретної особистості, яка виступає потерпілою. Ці злочини не викликають суперечок про криміналізацію, а також з моральної точки зору кримінальна відповідальність за такі діяння не викликає сумнівів навіть з огляду на різні культурологічні традиції в різних державах. При цьому синхронізований погляд суміжних держав є виключно важливим з точки зору кінцевої мети визначення ціни транскордонної злочинності, а саме – ефективної протидії злочинності. Очевидно, що з точки зору мультилатерального підходу в межах міжнародної взаємодії у протидії транскордонній злочинності легше домогтися виділення сил і засобів для боротьби з тими діяннями, кримінальні загрози від яких є очевидними у різних країнах. Для цього доцільно взяти до уваги перелік злочинів, що визначено в аналізі СОСТА. Отже, визначення маркерних злочинів є практично важливим завданням.

Основними параметрами, необхідними для розробки методики вимірювання ціни транскордонної злочинності, слід вважати прями та непрямі витрати, спричинені певною сукупністю злочинів за певний проміжок часу з урахуванням їх вчинення на території різних країн; витрати держави та суспільства (в цих країнах) на протидію кримінальним загрозам.

Для оцінювання різних видів наслідків злочинів слід застосовувати найближчі за економічною природою показники, розробка яких є доцільним напрямом подальших досліджень.

¹ Сметаніна Н. В. Наукові підходи до теорії злочинності у сучасній українській кримінології: моногр. / Н. В. Сметаніна; за заг. ред. В. В. Голіни. – Х. : Право, 2016. – 192 с. – С. 152.

² Czabanski J. Estimates of Cost of Crime: History, Methodologies, and Implications. Publisher: Springer 2008. Heidelberg. – 148 p. – P. 5–8.

³ Cost of Crime Calculator. RAND Center on Quality Policing : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.rand.org/jie/justice-policy/centers/quality-policing/cost-of-crime.html>

⁴ Долотов Р. О. Цена преступности как криминологический показатель: некоторые методологические аспекты / Р. О. Долотов // Криминологический журнал БГУЭП. – 2012. – № 3. – С. 15–21.

⁵ Лунеев В. В. Курс мировой и российской криминологии : учеб. для магистров : в 2 т. Т. I. Общая часть / В. В. Лунеев. – М. : Изд-во «Юрайт», 2015. – 1003 с. – 24 с.

⁶ Кондратюк Л. В. Криминологическое измерение / Л. В. Кондратюк, В. С. Овчинский. – М. : Норма, 2012. – 272 с. – С. 21; Мельничук Т. В. Ціна економічної злочинності: проблемні аспекти визначення та застосування / Т. В. Мельничук // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. – 2013. – № 5. – С. 189–193. – С. 193; Цена преступности (методология ее определения): моногр. / под ред. Н. А. Лопашенко. – М. : Юрлитинформ, 2014. – 216 с. – С. 4–16; Бабаев М. М. Цена преступности: проблемы теории и практики / М. М. Бабаев, В. Е. Квашиш // Российский криминологический взгляд. – 2009. – № 2. – С. 246–259. – С. 242; Demmert H. G. Crime and Crime Control: What are the Social Costs? Stanford University, Hoover Institution, Center for Econometric Studies of the Justice System. – 1979. – P. 2–5; Долотов Р. О. Вказана праця. – № 3. – С. 15–21. – С. 16–17.

⁷ Мисик А. Б. Концептуальна модель побудови системи управління ризиками у сфері охорони державного кордону / А. Б. Мисик, І. С. Катеринчук // Честь і закон. – Х., 2007. – № 2. – С. 27–29; Мисик А. Б. Методичні підходи до кваліфікації та ідентифікації ризиків у системі охорони державного кордону / А. Б. Мисик, М. Ю. Цибровський // Збірник наукових праць НАДПСУ. – Хмельницький: Вид-во НАДПСУ, 2004. – Ч. II. – № 43. – С. 25–29.

⁸ Головкин Б. М. Причинність у системі детермінації злочинності / Б. М. Головкин // Теорія і практика правознавства. – 2014. – Вип. 1 (5) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://scholar.google.com.ua/scholar?oi=bibs&cluster=11557750404335008929&btnI=1&hl=ru>

⁹ Долотов Р. О. Цена преступности как показатель общественной опасности преступности / Р. О. Долотов // Актуальные проблемы экономики и права. – 2012. – № 4. – С. 20–25. – С. 21.

¹⁰ Філіппов С. О. Динаміка та географічні особливості транскордонної злочинності, пов'язаної з незаконним переправленням мігрантів до Європейського Союзу / С. О. Філіппов // Вісник Національної академії Державної прикордонної служби України. – 2016. – № 1. – (Серія «Юридичні науки») : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/UJRN/vnaprurn_2016_1_19

¹¹ Орловська Н. А. Злочинність як система : синергетичний підхід / Н. А. Орловська // Вісник Запорізького національного університету. – 2014. – № 4 (1). – С. 254–261. – (Серія «Юридичні науки»).

¹² Угода між Україною та Європейським поліцейським офісом про оперативне та стратегічне співробітництво. Угоду ратифіковано Законом України № 2129-VIII від 12 липня 2017 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/984_001-16

¹³ Serious and organised crime Threat assessment. Crime in the age of technology. European Police Office 2017. 60 p. – P. 13 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/report_socta2017_1.pdf

Резюме

Філіппов С. О. Криминологічне значення показника «ціна транскордонної злочинності».

У статті охарактеризовано системоутворюючий зв'язок показника «ціна транскордонної злочинності» з діяльністю щодо протидії цій злочинності. Мета дослідження полягає в знаходженні оптимальних параметрів соціально негативних наслідків транскордонних злочинів, що підлягають вимірюванню для визначення ціни злочинності. Завданням, яке розв'язується для досягнення цієї мети, є теоретичне обґрунтування можливостей та доцільності квантифікації наслідків, що містять не тільки кількісні, а й якісні характеристики.

Ключові слова: транскордонна злочинність, ціна злочинності, кримінальні загрози, наслідки злочину, SOCTA.

Резюме

Филиппов С. А. Криминологическое значение показателя «цена трансграничной преступности».

В статье охарактеризована системообразующая связь показателя «цена трансграничной преступности» с деятельностью по противодействию этой преступности. Цель исследования состоит в нахождении оптимальных параметров социально негативных последствий трансграничных преступлений, подлежащих измерению для определения цены преступности. Задачей, которая решается для достижения данной цели, является теоретическое обоснование возможности и целесообразности квантификации последствий, включающих не только количественные, но и качественные характеристики.

Ключевые слова: трансграничная преступность, цена преступности, криминальные угрозы, последствия преступления, SOCTA.

Summary

Filippov S. Criminological meaning of «the cost of cross-border crime» indicator.

The article describes the system-forming link between the indicator “cost of cross-border crime” and the activity on counteracting this crime. The purpose of the study is to find the optimal parameters for the socio-negative effects of the crossborder crimes to be measured in order to determine the cost of a crime. The task that is solved to achieve this goal is the theoretical substantiation of the possibility and feasibility of quantization of consequences, including not only quantitative but also qualitative characteristics.

Key words: cross-border crime, cost of crime, crime threat, crime's consequences, SOCTA.

УДК 343.13 (477)

Т. Г. ФОМІНА

Тетяна Григорівна Фоміна, кандидат юридичних наук, доцент Харківського національного університету внутрішніх справ

**ТИМЧАСОВИЙ АРЕШТ ЯК СПЕЦІАЛЬНИЙ ВИД ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ:
ПІДСТАВИ ТА ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ПОРЯДОК ЗАСТОСУВАННЯ**

Сучасна криминогенна ситуація набуває такого розвитку, що поширення злочинів за межі власних державних кордонів є явищем не новим. На сьогодні об'єднання зусиль держав у цьому напрямі має важливе значення, оскільки направлено передусім на збереження державного суверенітету. Відповідно, це спонукає до міжнародної співпраці під час здійснення діяльності, пов'язаної із попередженням та розслідуванням злочинів, які мають транснаціональний характер або виходять за межі України. Одним із основних видів міжнародного співробітництва в межах кримінального провадження є екстрадиція. Під час вирішення питання про екстрадицію до особи можуть бути застосовані такі запобіжні заходи, як: 1) затримання особи, яка вчинила кримінальне правопорушення за межами України; 2) тимчасовий арешт; 3) екстрадиційний арешт; 4) запобіжний захід, не пов'язаний із триманням під вартою, для забезпечення видачі особи на запит іноземної держави.

Оскільки тимчасовий арешт є одним із видів запобіжних заходів, який може бути застосовано під час здійснення екстрадиції, то слід вказати, що правову природу запобіжних заходів досліджували такі вчені, як Ю. М. Грошевой, В. Г. Даєв, А. Я. Дубинський, З. З. Зінатуллин, М. І. Капінус, Л. М. Карнєєва, Ю. Д. Лившиц, В. О. Михайлов, М. М. Михеєнко, І. Л. Петрухін, В. В. Рожнова, М. С. Строгович, В. М. Тертишник, Н. В. Ткачова, А. Я. Хитра та інші. Разом із тим більшість праць присвячена дослідженню сутності загальних видів запобіжних заходів. Відсутність єдиного наукового бачення у визначенні поняття та правильного застосування запобіжних заходів при здійсненні міжнародного співробітництва, зокрема екстрадиції, спонукає висловити свої міркування з цього приводу.

Метою даної статті є визначення особливостей процесуального порядку застосування тимчасового арешту відповідно до національного законодавства та висвітлення практичних проблем під час обрання даного виду запобіжного заходу.

Тимчасовий арешт займає, умовно кажучи, серединне положення між затриманням особи та вирішенням питання про застосування до неї екстрадиційного арешту. Так, у разі затримання особи, яка вчинила кримінальне правопорушення за межами України, протягом 72 годин повинно бути вирішено питання про звільнення особи або застосування до неї запобіжного заходу у вигляді тимчасового арешту. *Тимчасовим арештом*, відповідно до п. 10 ч. 1 ст. 541 КПК України, є взяття під варту особи, розшукуваної за вчинення злочину за межами України, на строк, визначений КПК України або міжнародним договором України, до отримання запиту про видачу (екстрадицію).

Як визначено у положеннях ч. 1 ст. 16 Європейської конвенції про видачу правопорушників 1957 р. у термінових випадках компетентні органи запитуючої Сторони можуть звертатися із запитом про тимчасовий арешт розшукуваної особи. Компетентні органи запитуючої Сторони вирішують це питання відповідно до свого законодавства¹. У Конвенції СНД 1993 р. не вживається термін «тимчасовий арешт», але передбачено можливість взяття особи під варту або її затримка до одержання вимоги про видачу. У положеннях ч. 1 ст. 61 Конвенції СНД 1993 р. вказано, що особа, видача якої потрібна, за клопотанням може бути узята під варту також і до одержання вимоги про видачу. У клопотанні повинно бути посилення на постанову про узяття під варту або на вирок, що вступив у законну силу, і вказівка на те, що вимога про видачу буде представлена додатково. Клопотання про узяття під варту до одержання вимоги про видачу може бути передано поштою, телеграфом, телексом або телефаксом². У ст. 12 Рамкового рішення Ради Європейського Союзу про європейський ордер на арешт і процедури передачі осіб між державами-членами 2002 р. зазначено, що коли особа затримана на підставі європейського ордеру на арешт, судовий орган, який виконує ордер, вирішує питання про необхідність тримання особи під вартою відповідно до права держави-члена, що виконує ордер³.

За даними Державної судової адміністрації України, у 2013 р. судами першої інстанції було розглянуто 10 запитів (клопотань, скарг) про застосування тимчасового арешту (задоволено – 10); у 2014 р. розглянуто 10 (задоволено – 7); у 2015 р. розглянуто 9 (задоволено – 8); у 2016 р. розглянуто 22 (задоволено – 16); за I півріччя 2017 р. розглянуто 19 (задоволено – 15)⁴.

Строк застосування тимчасового арешту, відповідно до ч. 1 ст. 583 КПК України, становить сорок діб або інший встановлений відповідним міжнародним договором України строк. Слід зазначити, що дані положення відповідають положенням ч. 4 ст. 16 Європейської конвенції про видачу правопорушників 1957 р., де визначено, що тимчасовий арешт може бути припинено, якщо упродовж 18 днів після арешту запитувана Сторона не отримує запиту про видачу правопорушника і необхідні підтверджуючі документи. У будь-якому випадку цей період не може перевищувати 40 днів від дати здійснення такого арешту. Можливість тимчасового звільнення у будь-який час не виключається, однак запитувана Сторона вживає будь-яких заходів, які, на її думку, необхідні для запобігання втечі розшукуваної особи⁵. У ч. 1 ст. 62 Конвенції СНД 1993 р., якою регламентуються питання надання правової допомоги країнами СНД, встановлено інший строк – один місяць⁶.

Разом з тим слід враховувати, що строк тимчасового арешту може бути встановлений міжнародним договором України. Так, наприклад, ст. 15 Договору між Україною та Федеративною Республікою Бразилія про видачу правопорушників від 21 жовтня 2003 р. передбачено, що в термінових випадках запитуюча сторона може зробити запит про попереднє затримання особи, видача якої запитується, а також арешт предметів, пов'язаних зі злочиним. Запит протягом шістдесяти днів повинен бути підтверджений належним чином обґрунтованим запитом про видачу⁷. У такому випадку при вирішенні питання про обрання тимчасового арешту слід застосовувати міжнародні двосторонні договори, якими встановлено інший строк, ніж передбачений у КПК України.

Враховуючи те, що строк тимчасового арешту чітко визначений, виникає питання, з якого моменту його необхідно враховувати. Вважаємо, що даний строк починає плинати не з моменту винесення ухвали слідчим суддею про застосування тимчасового арешту, а саме – з моменту затримання особи в порядку ст. 582 КПК України. У такому разі слідчий суддя повинен обов'язково вказати строк дії ухвали, тобто кінцевий термін тримання особи під вартою. У іншому разі, тобто, коли слідчий суддя в ухвалі не вкаже кінцевого терміну застосування тимчасового арешту, це буде суттєвим порушенням прав особи. З цього приводу ЄСПЛ також зауважив: необхідно, щоб постанова про тримання під вартою містила конкретні підстави та встановлювала конкретний граничний строк (Мелоні проти Швейцарії, § 53)⁸.

У випадку, коли від іноземної держави не надійшов або несвоєчасно надійшов запит про видачу, а максимальний строк тимчасового арешту закінчився, затримана особа підлягає негайному звільненню з-під тимчасового арешту. Разом з тим виникає питання, чи можливо здійснення повторного затримання особи після звільнення з-під тимчасового арешту? У даному випадку слід врахувати положення ч. 5 ст. 16 Європейської конвенції про видачу правопорушників 1957 р. та ч. 8 ст. 583 КПК України, де вказано, що таке звільнення не перешкоджає повторному арешту і видачі правопорушника у разі отримання в подальшому запиту про видачу.

Протягом строку застосування тимчасового арешту до особи, яка вчинила кримінальне правопорушення за межами України (40 діб або іншого строку, передбаченого міжнародним договором), центральний орган України має право звертатися до запитуючої сторони для **отримання необхідних документів**. Так, у ч. 2

ст. 12 Європейської конвенції про видачу правопорушників 1957 р. серед таких документів названі: а) оригінал або завірена копія обвинувального вироку та постанови суду або постанови про негайне затримання чи ордеру на арешт або іншого розпорядження, яке має таку ж силу та видано відповідно до процедури, передбаченої законодавством запитуючої Сторони; б) виклад правопорушень, за які вимагається видача. Час і місце їх вчинення, їх юридична кваліфікація і посилання на відповідні правові положення зазначаються якнайточніше; в) копія відповідних законодавчих актів або, коли це неможливо, виклад відповідного закону і, по можливості, якнайточніший опис відповідної особи, а також будь-якої іншої інформації, яка може сприяти встановленню її особистості та громадянства⁹. Аналогічні положення містяться й у двосторонніх договорах. Так, наприклад, у ч. 2 ст. 5 Договору між Україною та Ісламською Республікою Іран про видачу правопорушників від 11 травня 2004 р. зазначено: якщо запитуваний Стороні потрібна будь-яка додаткова інформація або документи, то вона може вимагати від іншої Сторони надати необхідну інформацію або документи та може встановлювати строк її отримання¹⁰. Ненадання компетентним органом іноземної держави на вимогу центрального органу України додаткових матеріалів або даних, без яких неможливе прийняття рішення за запитом про видачу (екстрадицію), відповідно до п. 4 ч. 1 ст. 589 КПК України є підставою для відмови у видачі особи.

З приводу отримання необхідних документів, у п. 4.14 Інструкції про порядок використання правоохоронними органами можливостей Національного центрального бюро Інтерполу в Україні у попередженні, розкритті та розслідуванні злочинів від 9 січня 1997 р. зазначено, що у разі надходження від органів іноземної держави згоди на видачу розшукуваної особи і повідомлення про її затримання (арешт) Генеральна прокуратура України дає доручення відповідним правоохоронним органам про прийом цієї особи. Разом із таким дорученням надсилається постанова про тримання під вартою особи, яка видається іншою державою, або офіційно завірена копія вироку, а також повідомляється, куди слід направити заарештованого та за яким органом він буде числитися¹¹.

Загалом, як свідчить узагальнення судової практики, застосування тимчасового арешту до особи, яка вчинила кримінальне правопорушення за межами України, суди розглядають справи зазначеної категорії, як правило, своєчасно, у встановлений законом строк, та відповідно до вимог ст. 583 КПК України. Так, наприклад, 20 серпня 2017 р. до Білоцерківського міськрайонного суду надійшло клопотання прокурора про обрання запобіжного заходу у виді тимчасового арешту громадянину Французької Республіки ОСОБА_4, який підозрюється у вчиненні злочинів, передбачених ст. ст. 113-6, 113-8, 121-4, 121-5, 132-71, 113-2, 113-3, 313-8, 324-1, 324-2, 324-3, 324-4, 324-5, 324-6, 324-7, 324-8 КК Французької Республіки, перебував у міжнародному розшуку та був затриманий уповноваженими працівниками ГУ контррозвідувального захисту інтересів держави в сфері економічної безпеки СБУ 18 вересня 2017 р. о 16 год.50 хв. На затримання та арешт ОСОБА_4 6 квітня 2017 р. паном Рене-Кро, головою суду Високої інстанції м. Париж, видано Європейський ордер. Заслухавши затриманого, перевіrivши документи, що містять дані про вчинення ОСОБА_4 злочинів на території іноземної держави та щодо необхідності його затримання компетентним органом іноземної держави, документи, що підтверджують особу затриманого, суд дійшов висновку щодо необхідності обрання до ОСОБА_4 запобіжного заходу у виді тимчасового арешту строком на 40 діб¹².

Тимчасовий арешт застосовується до особи виключно на підставі ухвали слідчого судді. На важливості судового контролю за дотриманням прав людини, яка була затримана на території України як така, що розшукується іноземною державою у зв'язку із вчиненням кримінального правопорушення, під час прийняття рішення про застосування тимчасового арешту наголошується й у науковій літературі¹³. Ініціатором розгляду такого питання є прокурор, у межах територіальної юрисдикції якого здійснено затримання. Разом із тим **зміст клопотання про застосування тимчасового арешту** у КПК України не визначено. Проте його зміст суттєво відрізняється від клопотання про застосування запобіжних заходів у загальному порядку, визначений у ст. 184 КПК України. Тому вважаємо, що клопотання про застосування тимчасового арешту повинно містити: 1) відомості про затримання особи, яка вчинила кримінальне правопорушення за межами України (дата, час та місце затримання особи; назва компетентного органу України та прізвище, ім'я та по батькові уповноваженої службової особи, яка здійснила затримання; норми КПК України, в порядку якої особу було затримано); 2) відомості про особу, щодо якої вноситься клопотання (прізвище, ім'я та по батькові, дата та місце народження; громадянство); 3) відомості про запитуючу сторону, яка розшукує особу (найменування держави та компетентного органу або найменування міжнародної організації); 4) відомості про кримінальне провадження запитуючої сторони щодо затриманої особи (відомості про повідомлену компетентним органом запитуючої сторони підозру, обвинувачення, оголошення особи в розшук, відомості про обрання щодо особи запобіжного заходу компетентним органом іноземної держави); 5) відомості про кримінальні правопорушення, вчинені особою згідно із законом про кримінальну відповідальність запитуючої сторони (статті кримінального закону запитуючої сторони); 6) відомості про інкриміновані кримінальні правопорушення за законодавством України (статті закону України про кримінальну відповідальність із зазначенням санкції; строк давності притягнення до кримінальної відповідальності за вчинене особою кримінальне правопорушення); 7) посилання на положення КПК України та міжнародного договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.

Окремо зазначимо, що на вимогу п. 2 ч. 1 ст. 583 КПК України передбачено, що **до клопотання про застосування тимчасового арешту додаються документи**, що містять дані про вчинення особою злочину на території іноземної держави та обрання щодо неї запобіжного заходу компетентним органом іноземної держави. Разом із тим чинним КПК України не конкретизовано перелік таких документів. Відповідно, таки-

ми документами є ті, що у будь-який спосіб свідчать про факт вчинення злочину на території іншої держави. Наприклад, в Україні таким документом можна вважати ухвалу слідчого судді про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою.

Слід вказати, що клопотання про застосування тимчасового арешту повинно бути розглянуто у найкоротший строк, але не пізніше 72 годин з моменту затримання (ч. 5 ст. 583 КПК України). Зрозуміло, що отримання протягом цього часу від іноземної держави належним чином оформлених документів часто є неможливим. У зв'язку з тим підтверджуючим документом про вчинення особою злочину на території іноземної держави може бути як судове рішення держави, якою розшукується особа, про взяття її під варту, так і лист Інтерполу про перебування особи у міжнародному розшуку та застосування до неї арешту.

Крім того, слід наголосити, що прокурору при ініціюванні застосування тимчасового арешту і слідчому судді при вирішенні питання про його застосування **необхідно детально обґрунтовувати мотиви обрання цього виду запобіжного заходу**, враховуючи при цьому підстави для такого рішення, визначені як у КПК України, так і в міжнародних договорах, згода на використання яких надана Верховною Радою України, що визначають порядок, підстави та умови видачі осіб.

Аналіз судової практики України свідчить про те, що є випадки, коли прокурори звертаються з клопотанням про застосування тимчасового арешту і належним чином його не обґрунтовують. Так, наприклад, у результаті розгляду клопотання прокурора про застосування тимчасового арешту до громадянина ОСОБА_2, на 40 діб до надходження запиту про його видачу від компетентних органів Угорської Республіки, суд дійшов висновку про його необґрунтованість та невідповідність доданих до нього документів вимогам кримінального процесуального законодавства, тому в задоволенні такого клопотання відмовив з таких мотивів. Так, у поданому прокурором міжнародному ордері на арешт, виданому районним судом міста Мішкольц 21 липня 2016 р. лише припускається, а не стверджується, що громадянин Угорщини ОСОБА_2 вчинив злочин, крім того, у вказаному документі не зазначено, на території якої держави було вчинено злочин. Також прокурором не було подано документи, що підтверджують особу затриманого. Як вбачається з матеріалів справи, прокурор додав до клопотання про застосування тимчасового арешту фотокопії документів на невідомій для суду мові з фотографіями особи, схожої на особу, щодо якої було подано клопотання про застосування тимчасового арешту. При цьому дані документи не було перекладено українською мовою, а відтак суд був позбавлений можливості надати їм належну оцінку. Також прокурором взагалі не надано докази, що підтверджують перебування ОСОБА_2 в міжнародному розшуку¹⁴. Слід врахувати недоліки у правозастосовній практиці та окремо наголосити, що якість та обґрунтованість вивчених нами клопотань компетентних органів про застосування щодо осіб тимчасового арешту не завжди відповідають вимогам національного законодавства України та положенням міжнародних договорів.

Разом із тим позиція Генеральної прокуратури з цього питання є іншою. Як зазначено у Листі «Про практику застосування міжнародних договорів та окремих положень Кримінального процесуального кодексу України» від 1 серпня 2017 р. № 14-28, положеннями чинного законодавства встановлено мінімальні вимоги до обсягу документів та відомостей, які надаються суду з клопотанням про застосування тимчасового арешту, оскільки процесуальні рішення ухвалюються в іноземній державі та їх переклад українською мовою на момент затримання особи на території України відсутній¹⁵.

З приводу даного питання зауважимо, що відповідно до положень ч. 1 ст. 29 КПК України кримінальне провадження здійснюється державною мовою. Сторона обвинувачення, слідчий суддя та суд складають процесуальні документи державною мовою. Відповідно, вважаємо, що прокурор, звертаючись до слідчого судді із клопотанням про застосування тимчасового арешту, повинен надати належним чином оформлені документи, що містять дані про вчинення особою злочину на території іноземної держави, зокрема й забезпечити переклад необхідних документів українською мовою.

Отже, можемо зробити такі висновки. Враховуючи особливі підстави, порядок, строк застосування тимчасового арешту та статус особи, стосовно якої може бути обрано даний вид запобіжного заходу, тимчасовий арешт є спеціальним видом тримання під вартою. Хоча процесуальний порядок та підстави застосування тимчасового арешту визначено на рівні КПК України, у правовій регламентації даного питання наявні деякі проблеми, зокрема відсутнє чітке визначення змісту клопотання про застосування тимчасового арешту. Крім того, у практичній діяльності виникає проблема належного обґрунтування прокурором клопотання про обрання даного виду запобіжного заходу. Разом із тим прокурору при ініціюванні обрання тимчасового арешту і слідчому судді при вирішенні питання про його застосування необхідно детально обґрунтовувати мотиви обрання цього виду запобіжного заходу із врахуванням даних про вчинення особою злочину на території іноземної держави та обрання щодо неї запобіжного заходу компетентним органом іноземної держави.

¹ Європейська конвенція про видачу правопорушників: Міжнародний документ від 13 грудня 1957 р. // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_033

² Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах: Міжнародний документ від 22 січня 1993 р. // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/997_009

³ Рамкове рішення Ради ЄС про європейський ордер на арешт і процедури передачі осіб між державами-членами: Міжнародний документ від 13 червня 2002 р. № 2002/584/ПВД // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_b17

⁴ Звіт судів першої інстанції про розгляд матеріалів кримінального провадження. Форма 1-1. Розділ 7 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/

⁵ Європейська конвенція про видачу правопорушників: Міжнародний документ від 13 грудня 1957 р. // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_033

⁶ Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах: Міжнародний документ від 22 січня 1993 р. // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/997_009

⁷ Договір між Україною та Федеративною Республікою Бразилія про видачу правопорушників: Міжнародний документ від 21 жовтня 2003 р. // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/076_013

⁸ Справа «Мелоні проти Швейцарії» (Заява № 61697/00): Рішення Європейського суду з прав людини від 10 липня 2008 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{“itemid”:\[“001-85776”\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{“itemid”:[“001-85776”]})

⁹ Європейська конвенція про видачу правопорушників: Міжнародний документ від 13 грудня 1957 р. // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_033

¹⁰ Договір між Україною та Ісламською Республікою Іран про видачу правопорушників: Міжнародний документ від 11 травня 2004 р. // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/364_027

¹¹ Про затвердження Інструкції про порядок використання правоохоронними органами можливостей НЦБ Інтерполу: Наказ МВС України, Генеральної прокуратури України, Служби безпеки України [...] від 9 січня 1997 р. № 3/1/2/5/2/2 // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0054-97/page>

¹² Ухвала слідчого судді Білоцерківського міськрайонного суду Київської області Закаблук О. В. у справі № 357/9493/17 від 21 серпня 2017 р. // База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/68381745>

¹³ Ахтирська Н. М. Судовий контроль за екстрадиційним процесом: підстави для тимчасового та екстрадиційного арешту / Н. М. Ахтирська // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2014. – № 10. – С. 141.

¹⁴ Ухвала слідчого судді Березівського районного суду Закарпатської області Ільтьо І. І. у справі № 297/3031/16-к від 1 грудня 2016 р. // База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/63126517>

¹⁵ Про практику застосування міжнародних договорів та окремих положень Кримінального процесуального кодексу України: лист-орієнтування Генеральної прокуратури України від 1.08.2017 № 14-28.

Резюме

Фомина Т. Г. Тимчасовий арешт як спеціальний вид тримання під вартою: підстави та процесуальний порядок застосування.

Досліджено питання процесуального порядку застосування тимчасового арешту. Визначено, що у КПК України у правовій регламентації даного питання наявні деякі проблеми, зокрема, відсутнє чітке визначення змісту клопотання про застосування тимчасового арешту. Висвітлено практичні проблеми під час обрання даного виду запобіжного заходу.

Ключові слова: КПК України, екстрадиція, запобіжний захід, тимчасовий арешт, клопотання прокурора, ухвала слідчого судді.

Резюме

Фомина Т. Г. Временный арест как специальный вид содержания под стражей: основания и процессуальный порядок применения.

Исследован вопрос процессуального порядка применения временного ареста. Определено, что в УПК Украины в правовой регламентации данного вопроса имеются некоторые проблемы, в частности, отсутствует четкое определение содержания ходатайства о применении временного ареста. Освещены практические проблемы при избрании данного вида меры пресечения.

Ключевые слова: УПК Украины, экстрадиция, мера пресечения, временный арест, ходатайство прокурора, постановление следственного судьи.

Summary

Fomina T. Temporary Arrest as a Special Type of Detention in Custody: Grounds and Procedures of the Application.

The author has researched the issue of the procedure of the application of the temporary arrest. It has been determined that the Criminal Procedural Code contains some problems within legal regulation of this issue, in particular there is no clear definition of the content of the request to apply the temporary arrest. The author has highlighted the practical problems while choosing this type of a preventive measure.

Key words: Criminal Procedural Code of Ukraine, extradition, a preventive measure, temporary arrest, prosecutor's request, authorization of an investigating judge.

Р. О. БОЛГОВ

Руслан Олегович Болгов, аспірант Національної академії внутрішніх справ, приватний детектив

«КІБЕРСУІЦИДАЛЬНІСТЬ» – НОВИЙ ВИКЛИК СУСПІЛЬСТВУ

Всесвітня мережа – це велике скупчення різноманітних людей, які готові віддати свої кошти за нові іграшки, продукти, інформацію та почуття, особливо – гострі почуття. Почуття та влада, завжди були бажаними насолодами, які давали людині відчуття зверхності над іншими, відкривали нові горизонти самопізнання та створювали можливість маніпулювати іншими. Фантазія людини настільки різноманітна, а іноді й шокуюча, що не кожен у змозі її зрозуміти та сприйняти. Частіше небезпечну фантазію людина може стримувати та так і залишати її фантазією, але деякі індивідууми не в змозі стримувати свої бажання та відтворюють їх у життя.

Особи, які шукали гостроти відчуттів, були у всі часи¹. Наприклад, Жиль де Ре (серійний вбивця дітей IV ст.). За словами тих, що вижив, де Ре заманював дітей, переважно хлопчиків, у яких було світле волосся й сині очі, у свою резиденцію і гвалтував, катував та калічив їх. Він був страчений 26 жовтня 1440 р., до цього був капітаном в армії під керівництвом Жанни Д'Арк). Відомі також господар Валахії (південь Румунії) IV ст. Владислав III Цепіш, він же – Влад «колосаджетель» та Влад Дракула (ім'я, яке стало відоме завдяки пісеннику Брему Стокеру) та інші душоубці.

До цієї категорії злочинців належить і Девід Берковіч (вбивця провів серію вбивств влітку 1976 року. Використовуючи револьвер «Бульдог» 44 калібру, він убив 6 людей і поранив ще 7), Джеффри Дамер (відомий як «Канібал Мілуокі»). Джеффри був американським серійним вбивцею, який звалтував, убив і розчленував 17 чоловіків і хлопчиків у період з 1978 по 1991 роки, Андрій Чикатило (серійний вбивця на прізвище «ростовський м'ясник»). У 1978–1990 рр. він звалтував і вбив, як мінімум, 52 людини, серед яких були жінки і діти), Теді Банді (Тед був звинувачений тільки у двох вбивствах, хоча відомо про його 50 фактів вчинення подібних злочинів). Джон Уейн Гейсі (брав участь у сексуальному нападі та вбивстві щонайменше 33 підлітків і молодих людей у період між 1972 і 1978 роками. Злочинець заманював своїх жертв у наручниках під приводом показати їм кілька трюків, а потім душив їх мотузкою. Після скоєння злочину він ховав жертву або на своїй ділянці, або топив у найближчій річці. І найвідоміший український маніяк Анатолій Онопрієнко (серійний вбивця, на його рахунку 52 жертви). Однак, питання про мотиви вчинення ним злочинів ще досі вивчається кримінологами.

Усі ці історичні злодії не змогли стримувати своїх жахливих фантазій тоді, але зараз, завдяки можливостям Інтернету – такі особи можуть нагодувати своїх «маленьких демонів», фактично, дистанційно вчиняти кримінальні правопорушення. Такі злочинці є адреналін-залежними і, як будь-яка залежна особа, потребують збільшення «доз» і саме «дозу» почуттів та влади – жагу влади над людським життям. А Інтернет дає можливість зробити це майже безкоштовно та безкарно. Так почали з'являтися: порнографічна продукція, відео з ігровим звалтуванням та насиллям, але й це стало не цікаво, тоді з'явилися особи, які почали цілеспрямовано гвалтувати та вбивати, знімаючи це на камеру і продавати моральним збоченцям, які хочуть більше гострих відчуттів. Та і це згодом набридло. У мережі Інтернет почали з'являтися нові, досі невідомі, маніяки та «володарі долі» – «кіберманіяки» – особи, які здійснюють правопорушення – «кіберсуїцидальність».

Під терміном «кіберсуїцидальність» ми розуміємо сукупність дій користувачів мережі Інтернет, які направлені на доведення до самогубства інших користувачів даної мережі шляхом: провокування, спонукання, маніпуляцій, психологічного тиску, шантажу, введення в оману; також шляхом гри, яка включає в себе нанесення собі (або іншим) пошкоджень та дій, які можуть призвести до летального випадку гравця або інших осіб. До недавнього часу, це був невідомий вид злочинності, і національне законодавство не встигало вчасно реагувати на зміни в суспільному житті, що, фактично, призводило до безкарності користувачів Інтернету, які здійснювали таку антисоціальну діяльність.

Для України у 2015 р. відзначився резонансним викриттям злочину, про який у нашій країні до цього ніхто не чув. Це був резонанс, що як лакмусовий папірець виявив цілу низку проблем нашої правоохоронної та судової системи, а також неспроможність на той час законодавства України протидіяти злочинам нового рівня – «кіберсуїцидальності».

Так, у листопаді 2015 р. було викрито соціально небезпечного соціопата, який вишукував дівчат із явними проявами депресії у групах підтримки депресивного характеру та демонстративним небажанням жити і за допомогою маніпулювання та психологічного тиску підштовхував до самогубства дівчат з Росії та України. Цю особу було викрито за допомогою небайдужості та професіоналізму журналістів, приватних детективів та узгодженої співпраці з працівниками Департаменту кіберполіції Національної поліції України².

Злочинець назвав себе Анастасія К. і під цим ім'ям зареєструвався в соціальній мережі, створивши легенду, нібито, Анастасія К. перебувала у відчаї та не хотіла жити. Однак самотужки вона не могла піти з

життя. З цього моменту розпочалася її психологічна гра з потенційними жертвами. Входячи у довіру, Анастасія К. під час особистої переписки підшукувала дівчат, які не бажали жити, і використовуючи різні важелі впливу (вигадувала легенду, яка максимально була подібною до життєвої ситуації майбутньої жертви). Далі, за результатом спілкування у віртуальному просторі з іншими дівчатами, вона отримувала згоду піти з життя разом із ними. Нею вже була розроблена схема примушування майбутньої жертви до вчинення суїциду через повішення.

Окрім цього, Анастасія К. просила направити фото майбутнього місця повішення та рекомендувала, де і як краще це зробити. Згодом, визначались день та час одночасного повішення. Коли це траплялося, Анастасія К. переглядала сторінку жертви та писала близьким і рідним, щоб отримати подробиці самогубства, а декого з рідних спонукала до самогубства на ґрунті пережитого. Іноді, прямо й відверто говорила, що це вона підштовхнула дівчину до самогубства. У результаті дій даної особи було виявлено дев'ять жертв, яких було доведено до самогубства у такий спосіб.

Злочинна діяльність «кіберманіяка» була доведена за допомогою професіоналізму, небайдужості та узгодженої співпраці журналістів, приватних детективів і працівників Департаменту кіберполіції Національної поліції України. Журналісти В. Гур'ян та К. Базарова (Гудаковська) переробили свою сторінку в соцмережі ВКонтакте так, нібито нещодавно втратили близьку людину. Було зроблені депресивні пости, зроблено запит на вступ у майже всі соціальні групи, де була помічена Анастасія К. З часом Анастасія К. відгукнулася, розпочалося листування та «підготовка» до вчинення самогубства, так само як і інших жертв.

Шляхом генерації повідомлень із посиланнями, в яких містився код для вирахування IP-адреси тієї особи, яка натисне на посилання, було виявлено її адресу. Це було місто Запоріжжя. Шлях вів до місцевого провайдера. Оскільки законодавство України забороняє приватним детективам вчиняти дії щодо збору персональних даних особи (дізнатися точну адресу користувача мережі Інтернет за його IP-адресу), усі зібрані дані були передані до Департаменту кіберполіції Національної поліції України. Співробітники Департаменту в законний спосіб встановили точну адресу комп'ютера, з якого Анастасія К. виходила в мережу. Далі було проведено слідчі дії (обшук квартири користувача (власника IP-адреси)). Ним виявився гр. К., який працював системним інженером і мешкав разом із своєю вагітною дружиною.

Під час проведення слідчих дій у помешканні був виявлений і оглянутий персональний комп'ютер, на якому була відкрита саме та сторінка в соціальній мережі дівчини на ім'я Анастасія К. Враховуючи, що дії гр. К. лише формально підпадали під ознаки злочину передбаченого ст. 120 КК України, йому не було інкриміновано доведення до самогубства дівчат, оскільки слідчі й прокурори не змогли визначити чітку кваліфікації дій гр. К.³.

Це дало зрозуміти усьому суспільству загалом і правоохоронним органам зокрема, що зародився і крокує новий вид злочинності. Саме це стало поштовхом до розроблення (після низки телепередач та статей, завдяки яким дана справа отримала розголос та стала прецедентом) відомим криминологом А. Малир законопроекту, який дав би змогу притягнути в майбутньому до відповідальності таких кіберзбоченців.

Так 17.02.2016 р. до Верховної Ради України було подано проект Закону «Про внесення змін до Кримінального кодексу України (щодо встановлення кримінальної відповідальності за сприяння здійсненню самогубства)» (реєстраційний номер 4088)⁴, а вже 24.05.2017 р. Верховна Рада прийняла даний закон у першому читанні. За дане рішення проголосувало 229 із 337 народних депутатів, зареєстрованих у сесійній залі. Даним законопроектом вносяться зміни до ст. 120 Кримінального кодексу України. Ними передбачено, що доведення особи до самогубства або до спроби самогубства, що є наслідком жорстокого з нею поводження, шантажу, примусу до протиправних дій, систематичного приниження її людської гідності, підбурювання, в тому числі підкупу, обману, а також будь-якого сприяння здійсненню самогубства, карається обмеженням волі на строк до трьох років або позбавленням волі на той самий строк. У пояснювальній записці зазначається, що, за даними ВООЗ, до 2012 р. в Україні було скоєно близько 10 тис. актів суїциду.

Народний депутат Д. Силантьєв (фракція Радикальної партії) повідомив на засіданні парламенту, що середній показник для нашої країни – 22 суїциду на 100 тис. осіб, і Україна входить в десятку країн з найвищим рівнем самогубств⁵. За його словами, як свідчать наукові джерела, співвідношення самогубств і доведення до самогубства становить близько один до двадцяти. Він навів дані, згідно з якими з 2010 по 2015 р. в Україні винесено тільки чотири звинувачувальні вироки за доведення до самогубства, тобто менше одного вироку на рік. Силантьєв підкреслив, що з'являються нові, раніше не існуючі, злочини і способи вчинення злочинів, зокрема, доведення до самогубства, що набирає обертів у світі разом із ростом числа постійних користувачів мережі Інтернет.

Отже, суспільство на всіх рівнях гостро зреагувало на появу «кіберсуїцидальності» – доведення до самогубства через мережу Інтернет. Нині, завдяки потугам спільноти та детективів в Україні, кіберполіція дуже відповідально почала виявляти такі факти та діяти на попередження подібних випадків⁶.

Після виявлення цього кіберманіяка, суспільство зіштовхнулось з новою проблемою і вже міжнародного масштабу – «групами смерті». До вирішення цієї проблеми долучилися поліція, приватні детективи, психологи, журналісти, та просто небайдужі громадяни, які робили і роблять все можливе, щоб часно виявляли такі «групи смерті», в яких намагаються довести до самогубства підлітків та дітей. Також проходять безкоштовні навчальні семінари з профілактики та попередження дій таких груп, ведуться роботи з їх наслідками. Постійно перевіряється мережа на предмет виявлення «груп смерті», їх адміністраторів та кураторів, про що одразу повідомляється в службу підтримки ресурсів і до правоохоронних органів.

¹ Ревяко Т. И., Трус Н. В. Сексуальные маньяки, серийные преступления. Энциклопедия преступлений и катастроф : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.e-reading.club/bookreader.php/126300/Revyako%2C_Trus_-_Ubiicy_i_man%27yaki.html

² Серійний маніяк в інтернеті. Телепрограма «Говорить Україна» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://burorus.com/index.php/my-v-smi/138-serijnnyj-manyak-v-internete-polnyj-vypusk-govorit-ukrajina>

³ Кримінальний кодекс України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>

⁴ Проект Закону про внесення змін до Кримінального кодексу України (щодо встановлення кримінальної відповідальності за сприяння вчиненню самогубства) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=58195

⁵ Рада ввела уголовную ответственность за содействие в самоубийстве, в том числе и через интернет [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://burorus.com/index.php/articles/160-rada-vvela-ugolovnyu-otvetstvennost-za-sodejstvie-v-samoubijstve-v-tom-chisle-i-cherez-internet>

⁶ Киберполиция заблокировала более тысячи «групп смерти» в соцсетях Подробности УНИАН : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.unian.net/society/2318456-kiberpolitsiya-zablokirovala-bolee-tyisyachi-grupp-smerti-v-sotssetyah-knyazev.html>

Резюме

Болгов Р. О. Киберсуицидальність – новий виклик суспільству.

У статті проаналізовано новий вид злочинності, а саме доведення до самогубства дітей через мережу Інтернет шляхом вмовляння, навіювання, підбурювання та інших дій. На прикладі резонансного викриття «кіберманьяка» висвітлено досвід взаємодії приватних детективів, журналістів із працівниками правоохоронних органів під час розслідування злочинів зазначеної категорії.

Ключові слова: кіберсуицидальність, кіберманьяк, доведення до самогубства, детективна діяльність.

Резюме

Болгов Р. О. Киберсуицидальность – новый вызов обществу.

В статье проанализирован новый вид преступности, а именно доведение до самоубийства детей через Интернет, путем увещевания, внушения, подстрекательства и других действий. На примере резонансного разоблачения «киберманьяка» показано взаимодействие частных детективов, журналистов с сотрудниками правоохранительных органов при расследовании преступлений указанной категории.

Ключевые слова: киберсуицидальность, киберманьяк, доведение до самоубийства, детективная деятельность.

Summary

Bolgov R. «Cyberbullying» is a new challenge for the society.

The article is devoted to a new type of crime, namely, bringing children to suicide through the Internet by persuasion, suggestion of incitement and other actions. The example of the resonance revelation of the “cybermaniac” highlights the experience of interaction between private detectives, journalists and law enforcement officers during the investigation of crimes of this category.

Key words: cyberbullying, cybermaniac, suicide attempt, detective activity.

УДК 343.9

С. В. ЄРМОЛАЄВА-ЗАДОРОЖНЯ

*Світлана Вікторівна Єрмолаєва-Задорожня,
здобувач Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого*

ДЕТЕРМІНАНТИ ПЕРЕШКОДЖАННЯ СЛУЖБОВІЙ ДІЯЛЬНОСТІ ПРАЦІВНИКІВ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ

Причини і умови злочинності проти працівників правоохоронних органів криються як в об'єктивних явищах і процесах життєдіяльності людей, так і в груповій свідомості. Соціальна обумовленість цього виду злочинності, як і злочинності в цілому, залежить від стану політичного, соціального та духовно-морального життя суспільства на певному етапі його розвитку. Звісно, будь-які зміни в певному суспільстві, як-то зміна політичного режиму, тягнуть за собою і зміни в цих умовах. Виявлення причин та умов, що призводять до такого виду злочинності, є необхідним задля побудови ефективного комплексу запобіжних заходів, які зможуть в перспективі мінімізувати злочинні прояви проти правоохоронців.

На думку І. М. Даньшина, сукупність детермінантів злочинності необхідно позначати терміном «фактор», який є рушійною силою будь-якого явища. Учений пропонував класифікувати фактори злочинності за їх змістом та за характером механізму впливу на цю злочинність. Відтак, за першим критерієм він виділяв:

економічні, соціальні, соціально-психологічні, організаційно-управлінські, правові та інші криміногенні фактори. За другим критерієм ці фактори можуть виконувати роль причин або ж умов. Дослідник вказував, що інші криміногенні фактори не мають причинно-наслідкового значення, але до них входять певні явища та процеси, які впливають на злочинність. Організаційно-управлінські та правові, своєю чергою, виконують роль умов. Тобто, лише сприяють існуванню злочинності в суспільстві. Відповідно, зв'язок економічних, соціальних та соціально-психологічних факторів із злочинністю носить причинний характер¹. Поділяючи позицію І. М. Данишина, ми пропонуємо застосувати цей підхід до розгляду криміногенних детермінантів перешкоджання службовій діяльності працівників правоохоронних органів.

Економічні чинники групи злочинів стосовно перешкоджання службовій діяльності працівників правоохоронних органів криються в затяжній економічній кризі та її наслідках. Загальновідомим є факт того, що економічна нестабільність в країні призводить до винайдення громадянами нових способів задоволення власних потреб. О. М. Костенко стверджує: сучасна вітчизняна злочинність є особливим різновидом злочинності – це злочинність кризового типу. З одного боку, вона породжена соціальною кризою в Україні, а з іншого – будучи її породженням, сьогоднішня злочинність створює благодатний ґрунт для поглиблення кризи. Злочинність кризового типу має властивість зводити нанівець будь-які добрі наміри реформаторів².

Керівники правоохоронних органів також підтверджують факт впливу економічної кризи на рівень злочинності: в країні погіршується економічна ситуація, а це завжди супроводжується зростанням злочинності. Як тільки знижується рівень життя людей, злочинність зростає, і насамперед це стосується майнових злочинів³. Умови, коли доходи бідних та багатих різняться в декілька разів, спричиняють зростання невдоволення серед незаможних верств населення, виникнення бажання порушення норм і правил поведінки.

Серед українських науковців доволі типовим є віднесення до соціально-економічних умов і брак фінансування правоохоронної системи. Однак дані, які наявні в проекті Державного бюджету на 2018 р., свідчать про збільшення фінансування, зокрема, Генеральної прокуратури України на 16 % (до 6,7 млрд грн), а МВС на 20 % (до 63,9 млрд грн)⁴ порівняно з попереднім роком. Звісно, скрутною залишається ситуація із матеріально-технічним забезпеченням правоохоронців – відповідно до проекту бюджету на 2017 р. Національна поліція забезпечується лише на 58,8 % від потреби, що становить майже 11 млрд гривень. Національна гвардія забезпечується на 83,5 %, недостача фінансування становить близько 1,7 млрд гривень. Прикордонна служба забезпечується на 71,3 %, недофінансування – 2,8 млрд гривень⁵. Низький рівень фінансування правоохоронної діяльності означає низький рівень заробітної плати співробітників таких органів. Постійний напружений графік, ненормований робочий день, регулярні стресові ситуації в поєднанні з низьким рівнем оплати праці тягнуть за собою виникнення в правоохоронців формального ставлення до власних обов'язків, що своєю чергою, викликає невдоволення з боку суспільства.

Через низький рівень фінансування правоохоронної системи відбувається підвищення вторинної зайнятості серед співробітників правоохоронних органів, тобто зросла кількість працівників, котрі з метою покращення свого матеріального становища шукають додаткові джерела доходу. Під час здійснення своїх службових обов'язків правоохоронці використовують службові повноваження для отримання неправомірної вигоди. Працівники правоохоронних органів можуть не тільки брати участь у певних видах підприємницької діяльності, а й бути їх засновниками. У такому разі вони мають порівняно більші переваги, ніж інші підприємці. Це пояснюється наявністю службових повноважень та можливістю доступу до інформації з обмеженим доступом, наприклад, комерційної.

У літературі зазначається: важливо не те, що правоохоронці отримують при інших рівних умовах додатковий дохід від своєї ділової активності, більший, ніж інші учасники ринку. Проблема в тому, що така нерівність деформує ринкові відносини в цілому, створює прецедент, коли хтось заробляє більше інших не тому, що виробляє продукцію або послуги дешевше або кращої якості порівняно з іншими, а за рахунок приналежності до певного державного відомства. За даними дослідження, правоохоронцям значно легше знайти роботу, яка носиме незаконний характер⁶. До того ж, специфічним видом незаконного доходу серед працівників правоохоронних органів є так зване «кришування» або ж надання послуг щодо захисту від будь-якого виду втручання ззовні в діяльність приватних підприємств, установ, організацій. Так, у країні відомі випадки, коли працівники правоохоронних органів були причетні до «кришування» грального бізнесу, незаконного видобутку бурштину, контрабанди, незаконного обігу наркотичних речовин та діяльності злочинних угруповань⁷.

Усі перелічені вище явища призводять до виникнення конфлікту інтересів – наявності в особи приватного інтересу в сфері, в якій вона виконує свої службові чи представницькі повноваження, що може вплинути на об'єктивність чи неупередженість прийняття нею рішень, або на вчинення чи не вчинення дій під час виконання зазначених повноважень⁸. Він, як відомо, є одним із проявів корупції, яка наразі поширена в державі. Згідно з даними авторитетних досліджень, правоохоронна система входить до топ-10 найкорумпованіших сфер суспільного життя в Україні. Так, дослідники Київського міжнародного інституту соціології вказують, що в правоохоронних органах динаміка корупції йде лише на збільшення⁹. За даними НАЗК, приблизно 15 % українців стикались із корупцією в правоохоронній системі в 2017 році¹⁰. Корупційні практики в правоохоронних органах також є одним із способів отримання незаконного доходу. До типових корупційних проявів у правоохоронній сфері слід віднести такі: розтрата, привласнення, розкрадання бюджетних коштів при здійсненні державних закупівель; службові зловживання процесуальними рішеннями (наприклад, у м. Дніпро було затримано працівника поліції, який вимагав надання йому неправомірної вигоди за закриття

кримінального провадження¹¹); використання службових повноважень із доступу до інформації з обмеженим доступом, у тому числі комерційної, з метою її подальшого продажу. Рейдерство, зайняття незаконною комерційною діяльністю, корупційні практики в правоохоронних органах – усі ці дії викликають невдоволення з боку громадян.

Політичні чинники, які сприяють вчиненню зазначеної групи злочинів, пов'язані із усталеною політичною кризою в державі. Загальновідомі події, що сталися в 2013–2014 рр., призвели до затяжної політичної кризи всередині нашої країни. Під час згаданих подій працівники правоохоронних органів виконували власні службові обов'язки та стримували масові протести, чим викликали зневагу з боку суспільства. Працівники правоохоронних органів були вимушені виконувати злочинні накази, які призвели до збільшення злочинних посягань, вчинюваних проти них. Через виконання ролі інструменту подавлення протестів громадяни країни сприймали працівників правоохоронних органів радше як джерело небезпеки, аніж захисту.

Після подій Революції Гідності в країні виникла необхідність у створенні нової системи правоохоронних органів. Так, прийняття Верховною Радою України законопроекту № 2822 «Про національну поліцію» сприяло початку роботи нової патрульної служби в багатьох містах України, який сприймався здебільшого позитивно¹². Тим не менш, правоохоронні органи продовжують ототожнюватись з владною системою і через це сприймаються переважно негативно: вони асоціюються з корумпованою системою; з системою, яка виконує репресивну функцію, а не надає соціальні послуги. До організації цієї системи, її чисельності, якісного складу, фахового рівня працівників, специфіки стосунків між правоохоронцями і громадянами у населення виникає чимало зауважень і відвертого обурення. Прояви корупції у правоохоронних органах стають резонансними та приводом для політичних спекуляцій¹³.

Працівники правоохоронних органів покликані від імені держави застосовувати примус (у вигляді застосування спеціальних засобів захисту, вогнепальної зброї тощо) задля захисту прав та інтересів суспільства і громадян. Цей чинник зумовлює бажання певних політичних груп використовувати правоохоронні органи у власних інтересах. Вітчизняна правоохоронна система характеризується мілітаризованою моделлю діяльності, яка впливає на тактику охорони громадського порядку, орієнтовану переважно на жорстке реагування в умовах масових заворушень. Процес підготовки особового складу, відповідно, в якості пріоритетів залишає зразки поведінки, притаманні більш військовим, аніж поліцейським підрозділам. Найбільш наочно це проявилось під час подій Євромайдану, коли силовими акціями спецпідрозділів міліції та внутрішніх військ були незаконно спричинені тілесні ушкодження сотням учасників мирного зібрання та журналістам¹⁴.

До *організаційно-управлінських чинників* належать: неефективне управління сектором безпеки, ротації керівної ланки правоохоронних органів, низьким рівнем професійної компетенції окремих співробітників тощо. Головною проблемою, яка наявна сьогодні в системі правоохоронних органів, є кадровий дефіцит, що спостерігається майже в кожній області. На сьогоднішній день правоохоронним органам бракує досвідчених та професійно підготовлених осіб. Нові кадри, які прийшли на заміну старим, фізично не здатні виконувати той обсяг роботи, який від них вимагається.

МВС у плануванні своєї діяльності залишається під суттєвим впливом політичних сил, що наочно проявилось у кадровій політиці останніх років¹⁵. В Україні зберігається квотний принцип висунення кандидатів на посади керівників Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ, Служби безпеки України тощо, який зберігає політичну залежність цих підрозділів. Останнім часом розповсюдженою є практика призначення на керівні посади в цих органах осіб без відповідного стажу роботи в правоохоронних органах – такі особи радше є політиками, аніж фахівцями в цій галузі. На жаль, такі призначення зумовлюють використання кадрів та ресурсів певних правоохоронних органів (поліція, прокуратура тощо) в інтересах політичної партії, представником якої є політик-очільник правоохоронного органу. Зловживання службовими повноваженнями керівників правоохоронних органів призводить до дезорганізації та дезорієнтації таких органів, негативного клімату як в середині правоохоронної системи, так і серед населення, зростає кількість конфліктів за участю правоохоронців¹⁶.

Доволі розповсюдженими є і явища порушення підбору і розстановки кадрів, які характеризуються низьким рівнем професійної компетенції. Брак кваліфікації існуючих кадрів потенційно може призвести до нехтування правоохоронцями нормами закону та перевищення своїх службових повноважень, що може зумовити дії у формі злочинних посягань. Вони можуть виражатися, зокрема, в діях репресивного характеру: насильства, тортур та катувань. Розвитку цього явища сприяють декілька причин:

– безкарність правоохоронців. Як і раніше скарги або надходять безпосередньо в поліцію і розглядаються там, або йдуть у прокуратуру, яка адресує роботу з перевірки скарги знову ж поліції. Тобто, дані оцінюються, збираються та формуються самими ж правоохоронними органами¹⁷, що призводить до латентизації цих незаконних посягань;

– стара система оцінювання діяльності правоохоронних органів, яка ґрунтується на планових показниках. Працівники правоохоронних органів вимушені «вбивати» визнання вини особи у скоєнні того чи іншого злочину (наприклад, нещодавно було затримано трьох поліцейських Донеччини за катування людей. Вони силоміць вимагали у затриманих зізнаватись у злочинах для покращення показників¹⁸);

– неефективна система збору та розслідувань скарг стосовно побиття: як вказувалось раніше, в країні існує закрыта система розгляду таких скарг і здебільшого самі – правоохоронні органи розглядають такі заяви;

– порушення прав самих поліцейських: в основному це відбувається, коли, наприклад, при затриманні злочинця він чинить опір працівникам правоохоронних органів та завдає їм тим самим тілесних ушкоджень.

За даними інтерв'ювання працівників поліції, останні погоджуються, що коли «при затриманні поклали людину на землю в наручниках, вона вже нічого не робить, але пару разів дати їй можна»¹⁹.

Соціально-психологічні чинники, які можуть призвести до злочинів щодо перешкоджання службової діяльності працівників правоохоронних органів, виражаються в занепаді суспільної моралі, усталених традиціях нетерпимого ставлення до правоохоронців та корпоративній субкультурі, яка панує серед працівників правоохоронних органів. Згадані вище події Революції Гідності у 2013–2014 рр. призвели до падіння і без того низького рейтингу правоохоронців. У суспільстві наразі домінує культура відсторонення від співпраці з правоохоронною системою. Зокрема, серед сучасної української молоді пропагується культура протиставлення себе правоохоронній системі. Провокування правоохоронців, відверто грубе та неетичне спілкування з ними, прояви неповаги до них – це лише декілька прикладів сучасного ставлення молоді до поліції. Така культура бере свій початок з навколофутбольних рухів вболівальників, у яких з самого початку вважалося необхідним через неповагу показувати недосконалість як кожного окремого правоохоронця, так і усєї правоохоронної системи. Звичка не взаємодіяти з органами безпеки, зокрема, повідомляти про вчинені кримінальні правопорушення, також перейшла з кримінальної субкультури, де будь-яке спілкування та контакти з правоохоронними органами не схвалюється. Окремо потрібно виділити соціокультурні чинники, які можуть призвести до пенітенціарних злочинів досліджуваної групи – злісної непокори вимогам адміністрації установи виконання покарань (ст. 393 КК України) та дії, що дезорганізують роботу установ виконання покарань (ст. 394 КК України). Дослідження матеріалів кримінальних проваджень показало, що здебільшого вчинення цих злочинів було пов'язано саме із культурним неприйняттям певних вимог адміністрації установи засудженими особами. Так, у деяких випадках засуджені відмовлялись виконувати вимоги режиму за законні накази представників адміністрації установ виконання покарань через впевненість, що виконання таких вимог принижує людську гідність. Неодмінно йдеться про неприйняття виконання певних робіт кримінальною субкультурою, наприклад, прибирання камерного приміщення.

Учені вважають, що занепад суспільної моралі, агресія і жорстокість, на жаль, можуть спровокувати особу до скоєння правопорушень та злочинів, у тому числі проти правоохоронців під час виконання ними своїх службових обов'язків.

Нетерпимість до діяльності правоохоронних органів викликана передусім самою діяльністю цих органів. Виявлення та розкриття злочинів, проведення перевірок, винесення процесуальних та інших управлінських рішень – усі ці дії можуть нести як законний, так і незаконний характер. У певної частини суспільства є усталена думка стосовно апріорі незаконних дій правоохоронців. Недовіра до правоохоронних органів виникає внаслідок нехтування їх співробітниками власними посадовими обов'язками, недотримання законодавства (зокрема, застосування насильства до затриманих, про що було зазначено вище), вчинення ними різного роду злочинів. Більшість українців не мають намір звертатись до правоохоронців із заявами про злочин, оскільки вони не хочуть марнувати власний час та впевнені у без результативності звернення²⁰.

Усередині правоохоронних органів, як і в будь-якій організації, існує певна корпоративна субкультура. Зазначимо, що під корпоративною субкультурою розуміють систему цінностей та переконань, яку розділяє кожен працівник, що передбачає його поведінку, обумовлює характер життєдіяльності певної організації. Однак культура, яка панує всередині правоохоронних органів, є деформованою через усі вищевказані чинники. Молодий співробітник, потрапляючи до системи, вимушений або ж пристосовуватись до її внутрішніх норм, або ж, не погоджуючись, виходити з неї. Переймання деформованої корпоративної субкультури зазвичай відбувається з досвіду старших колег. Так, наприклад, керівний склад правоохоронних органів може залучати підлеглих до власної незаконної діяльності, чим створює підґрунтя для виникнення взаємодовіри між ними. Тим самим створюється традиція захисту один одного. Так, відомими є факти, коли в 2013 р. в с. Врадіївка Миколаївської області працівники міліції скоїли злочин, передбачений п. п. 4, 6, 9, 12 ч. 2 ст. 115 КК України (завершений замах на умисне вбивство з особливою жорстокістю, з корисливих мотивів, з метою приховати інший злочин та вчинений групою осіб). Подія цього злочину активно приховувалася керівництвом правоохоронних органів області. Тобто, мав місце факт спроби захистити «своїх» підлеглих²¹.

Нормативно-правові чинники полягають у недосконалості, суперечливості законодавства, правовому нігілізмі співробітників правоохоронних органів. Як вказував І. М. Даньшин, нормативні чинники безпосередньо не породжують злочинність, а лише зумовлюють її²². Як ми побачили, існування в Кримінальному процесуальному кодексі України норми щодо обов'язковості реєстрації відомостей про кримінальне правопорушення в Єдиному реєстрі досудових розслідувань зумовлює можливість «торгівлі» процесуальними рішеннями з боку правоохоронців.

Останнім часом доволі поширеною є практика виникнення спорів між окремими правоохоронними органами щодо підслідності кримінальних проваджень, зокрема тих, які стосуються корупційних правопорушень. Такі спори можуть призводити до виникнення конфліктів та відкритих протистоянь між правоохоронними органами.

Через низький рівень фахової компетентності, відсутність правової установки, деформацію правосвідомості серед працівників правоохоронних органів доволі поширеним явищем є правовий нігілізм. Як було проаналізовано раніше, певна частина співробітників правоохоронних органів, внаслідок певних життєвих обставин, орієнтована на отримання додаткового доходу, у тому числі незаконного, що є прямим порушенням принципу несумісності. Чинники, з якими стикаються правоохоронці під час виконання службових обов'язків (стрес, напруженість, тиск з боку керівництва та суспільства), призводять до розвитку негативних психологіч-

²⁰ Головкин Б. М. Як стають жертвами злочинів / Б. М. Головкин // Проблеми законності. – 2017. – Вип. 136. – С. 161–172 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pz_2017_136_19

²¹ Народ проти міліції: хроніка подій у Врэдівці : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.bbc.com/ukrainian/news/2013/07/130702_vradivka_protests_ko

²² Даньшин И. Н. Общетеоретические проблемы криминологии : моногр. / И. Н. Даньшин. – Х. : Прапор, 2005. – 224 с. – С. 93–96.

Резюме

Єрмолаєва-Задорожня С. В. Детермінанти перешкоджання службовій діяльності працівників правоохоронних органів.

Стаття присвячена проблемі детермінації групи злочинів щодо перешкоджання службовій діяльності працівників правоохоронних органів. Аналізуються економічні, політичні, організаційно-управлінські, соціально-психологічні та нормативно-правові чинники цих злочинів. Аналіз вказаних чинників дає змогу зробити висновок про подальшу спрямованість досліджень та методів запобігання цій групі злочинів.

Ключові слова: детермінація, криміногенні чинники, перешкоджання службовій діяльності працівників правоохоронних органів.

Резюме

Єрмолаєва-Задорожня С. В. Детерминанты препятствование служебной деятельности сотрудников правоохранительных органов.

Статья посвящена проблеме детерминации группы преступлений относительно препятствования служебной деятельности сотрудников правоохранительных органов. Анализируются экономические, политические, организационно-управленческие, социально-психологические и нормативно-правовые факторы этих преступлений. Анализ указанных факторов позволяет сделать вывод о дальнейшей направленности исследований и методов предотвращения в этой группе преступлений.

Ключевые слова: детерминация, криминогенные факторы, препятствование служебной деятельности сотрудников правоохранительных органов.

Summary

Ermolaeva-Zadorozhnaya S. Determinants of obstructing the performance of law enforcement officers.

The article is devoted to the problem of determination of a group of crimes concerning the obstruction of official activities of law enforcement officers. Economic, political, organizational, socio-psychological and legislation factors of these crimes are analyzed. An analysis of these factors allows us to make a conclusion about further research and about methods of preventing this group of crimes.

Key words: determination, criminal factors, obstruction of official activities of law enforcement officers.

УДК 343.973

Р. П. ІЖЕВСЬКИЙ

Ростислав Петрович Іжевський, аспірант Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

КРИМІНОЛОГІЧНИЙ АНАЛІЗ ПРОБЛЕМ УПРАВЛІННЯ ДОРОЖНІМ ГОСПОДАРСТВОМ В УКРАЇНІ

У криминології проблемі управління дорожнім господарством досить тривалий час не приділялась належна увага. В Україні відсутні комплексні криминологічні дослідження даного питання. Деякою мірою питання адміністративного управління та наслідків, яке воно спричинює, вивчалось вченими, які займаються питаннями економіки, адміністративного права та управління. Проте їхні теоретичні положення, висновки та рекомендації не відбивають усієї глибини існуючої проблеми в сфері дорожнього господарства, а відтак мають дещо однобічний характер.

Метою статті є надання криминологічної оцінки стану сучасного дорожнього господарства України, проведення криминологічного аналізу існуючої системи управління в даній сфері.

Дорожнє господарство України в його цілісному вигляді дісталось нашій державі у спадок від СРСР. У найбільш загальному визначенні *дорожнє господарство – це система автомобільних доріг, інженерних мереж, державних та приватних підприємств і організацій, що їх обслуговують*¹. Разом із комплексом, в який входять автомобільні дороги, підприємства, адміністративні будівлі, техніка Україна також отримала й стару систему управління галуззю, яка протягом 27 років не відчувала духу реформ. Як наслідок, сьогодні постає питання стосовно необхідності реформування галузі задля забезпечення ефективної роботи відомства в його довгостроковій перспективі з метою економічно доцільного та виправданого використання матеріально-технічних і людських ресурсів, якими володіє дорожнє господарство.

Об'єктом кримінологічного пізнання є сукупність суспільних відносин, пов'язаних зі злочинністю та протидією злочинності². Об'єктом дослідження в рамках обраної теми є існуючий в Україні процес управління дорожнім господарством. Основна увага повинна бути спрямована передусім на систему управління державними фінансами в галузі. Це зумовлено тим, що сфера дорожнього господарства України схожа на засмоктуюче болото, яке поглинає в себе все більше фінансових ресурсів.

У найбільш спрощеному варіанті управління – це діяльність суб'єкта, що проявляється у цілеспрямованому, організуючому впливі на об'єкт управління, з метою приведення останнього у бажаний для суб'єкта стан. В свою чергу, управлінська система – це єдине ціле, що існує і розвивається завдяки взаємодії його компонентів. Суб'єктами управління в системі державних фінансів виступають держава (в особі органів стратегічного та оперативного управління), фінансові служби підприємств, установ, організацій. Об'єктами управління є фінансові відносини, що пов'язані з формуванням і використанням централізованих та децентралізованих фондів фінансових ресурсів в усіх ланках державних фінансів³.

Особливості управління державними фінансами у сфері дорожнього господарства України слід розглядати крізь призму органів управління галуззю та їх повноважень при перерозподілі державних фінансів.

Центральна роль у забезпеченні належного функціонування дорожнього господарства належить Міністерству інфраструктури України. Відповідно до виконуваних функцій основними завданнями міністерства у сфері дорожнього господарства є: формування та забезпечення реалізації державної політики у сфері дорожнього господарства; розробка державної стратегії та програм розвитку дорожнього господарства, забезпечення їх фінансування та виконання; забезпечення сталого фінансування дорожнього господарства, пошук додаткових джерел для його фінансування; затвердження нормативів визначення витрат, пов'язаних із будівництвом, ремонтом та утриманням автомобільних доріг загального користування; затвердження технічних правил ремонту і утримання автомобільних доріг загального користування; розробка, затвердження, внесення змін до галузевих будівельних норм⁴.

На виконання завдань Міністерства інфраструктури в Україні функціонує Державне агентство автомобільних доріг України. Відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 10 вересня 2014 р. № 439 державне агентство автомобільних доріг України (далі – Укравтодор) є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через Міністра інфраструктури, який реалізує державну політику у сфері дорожнього господарства. Структурно свою діяльність агентство здійснює через територіальні органи (служби автомобільних доріг), які розміщені в кожній із адміністративно-територіальних одиниць країни.

З огляду на вищезазначене, сучасний стан управління дорожнім господарством характеризується централізованими становищем Укравтодору на чолі із Міністерством інфраструктури, що в свою чергу ускладнює проведення раціонального розподілу та перерозподілу фінансових коштів, які щорічно виділяються із державного бюджету. Відповідно, проведення повноцінного контролю за цільовим використанням державних коштів, що виділяються на дорожнє господарство, в таких умовах – досить складний процес.

Безумовним є той факт, що автомобільні дороги є фундаментом та основною складовою дорожнього господарства України. Їх стан і розвиток значною мірою впливають на соціально-економічний добробут країни.

Загальна протяжність автомобільних доріг загального користування в Україні становить 169 652 тис. км. Відповідно до постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження переліку автомобільних доріг загального користування державного значення» від 16 вересня 2015 р. № 712 загальна протяжність доріг державного значення сягає 46 985 тис. км, що становить 28 % від загальної кількості автомобільних доріг в Україні. У структурі доріг державного значення частка територіальних доріг становить 22 657 тис. км (48 %); частка міжнародних доріг – 9 033 тис. км (19 %); частка національних доріг – 7 175 тис. км (15 %); частка регіональних доріг – 8 121 (18 %). Дороги місцевого значення мають протяжність 122 667 тис. км і становлять 72 % від загальної протяжності автомобільних доріг загального користування⁵.

Слід зазначити, що станом на грудень 2017 р. 10 954 тис. км автомобільних доріг загального користування, що становить 6,5 % від загальної протяжності автомобільних доріг, знаходяться на тимчасово непідконтрольній території України. З них частка доріг державного значення становить 3 325 тис. км, а доріг місцевого значення – 7 629 тис. км. За регіонами така градація виглядає наступним чином: на територію АРК Крим припадає 6 267 тис. км, на територію Донецької області – 2 404 тис. км та на територію Луганської області відповідно – 2 283 тис. км.

Окреслена протяжність автомобільних доріг загального користування потребує значних бюджетних асигнувань. Зокрема, відповідно до Закону України «Про державний бюджет України на 2018 рік» розмір бюджету закладений у граничному розмірі 917,8 млрд грн. З них тільки 28,3 млрд грн передбачено для фінансування дорожнього господарства, ще 11,5 млрд грн з державного бюджету виділяється в якості субвенцій для допомоги місцевим бюджетам для покращення стану автомобільних доріг регіонів. Частину коштів планують отримати від міжнародних фінансових організацій та стратегічних партнерів України, зокрема, Міжнародний Банк Реконструкції та Розвитку – 2,7 млрд грн; Європейський Банк Реконструкції та Розвитку – 1,1 млрд грн; Європейський Інвестиційний Банк – 1,3 млрд грн та ряд інших.

Водночас середньостатистичні світові асигнування в дорожнє господарство коливаються в межах 1,9–2,5 % від валового внутрішнього продукту країни (далі – ВВП), середні показники в Західній Європі становлять 3–5 % від ВВП країн, а США щорічно виділяють близько 10 % від ВВП. За даними Світового банку

ВВП України становить 93 млрд дол. США. Для порівняння: ВВП Польщі становить 186,7 млрд дол. США, а в Сполучених Штатах Америки ВВП становить 18,57 трільйона дол. США. Виходячи з наведених даних, слід зазначити, що видатки державного бюджету України на 2018 р. становлять 35,29 % від ВВП країни. Частка ж державних фінансів, що виділяються на дорожнє господарство, становить 4,35 % від бюджету України та 1,53 % відповідно від ВВП нашої країни.

Таким чином, розмір асигнувань в дорожнє господарство України в 2018 р. є близьким до середньосвітових показників, проте із вищезазначених сум лише 11 млрд грн (0,42 % від ВВП) підуть на цільове покращення автомобільних доріг загального користування, ще 10,7 млрд грн (0,41 % від ВВП) – на розвиток та утримання автомобільних доріг загального користування державного значення.

На підставі вищезазначеного можемо зробити висновок, що сучасний фінансовий стан галуззі свідчить про її недофінансування. У результаті чого виникає неспроможність існуючої системи управління державними фінансами в сфері дорожнього господарства забезпечити ефективний та прогресивний розвиток галузі.

З огляду на це, січень 2018 р. дасть старт реформі децентралізації управління галуззю дорожнього господарства. В Україні почне функціонувати спеціальний дорожній фонд, який покликаний акумулювати кошти, що надходять з різноманітних джерел бюджетних надходжень і спрямувати їх на розвиток дорожнього господарства, безпосередньо на будівництво, реконструкцію, ремонт та утримання автомобільних доріг загального користування. Крім того, завдяки появі спеціального дорожнього фонду кожна область буде самостійно відповідати за будівництво, ремонт, утримання доріг, які будуть їй передані. Проте спеціальний фонд бюджету не є «панацеєю» від усіх проблем галузі, він становить лише перший крок до побудови сучасної моделі управління.

За інформацію, яку надано Міністерством інфраструктури, станом на 2015–2017 рр. 95–97 % автомобільних доріг в Україні знаходяться в незадовільному стані, 40 % потребують капітального ремонту, тобто будівництва з «нуля», а отже, є непридатними для користування. З огляду на це варто зазначити, що в дорожньому господарстві України є низка проблемних місць, які не дають змоги ефективно використовувати державні фінанси на розвиток та обслуговування дорожньої сфери. На наш погляд, до таких слід віднести:

1. Неефективне управління державними фінансами.

2. Недофінансування і неефективний механізм контролю за використанням державних фінансів.

3. Незаконне використання бюджетних ресурсів, що виділені на дорожнє господарство в сфері будівництва, реконструкції, ремонту та утримання автомобільних доріг.

Основними чинниками, які зумовили виникнення таких проблемних питань, стали: а) фінансування дорожнього господарства за залишковим принципом; б) здійснення «ямкових» та поточних ремонтів, що утруднюють належний контроль за ефективним використанням бюджетних ресурсів; в) недосконалі стратегія управління державними фінансами в сфері дорожнього господарства.

Сфера дорожнього господарства України є однією з найбільш сприятливих для злочинних посягань. Корупційна складова за різними оцінками становить від 20 до 60 % від виділених коштів з державного бюджету України. Згідно зі статистичними даними у 2016 р. на підприємствах, установах, організаціях усього вчинено 2 129 злочинів з незаконним використанням бюджетних коштів⁶, у 2017 р. цифра зупинилась на позначці 3 049 злочинів⁷. При цьому частка злочинів, пов'язаних з будівництвом автомобільних доріг, становить за різними оцінками приблизно 15–20 % від загальної кількості. Зауважимо, що це лише вершина айсбергу, оскільки дана категорія злочинів характеризується високим ступенем латентності, а відтак говорити про реальні масштаби злочинних посягань вкрай складно.

Порушення законності використання бюджетних коштів службами автомобільних доріг проявляється, зокрема, в:

- а) завищенні вартості виконаних робіт шляхом необґрунтованого збільшення підрядниками перевезеного ґрунту; подвійного включення до актів виконаних робіт вартості в'язучих матеріалів; завищення нормативної кількості асфальтобетонної суміші; включення до актів виконаних робіт витрат на технічне обслуговування машин, які фактично не працювали;

- б) залучення фіктивних субпідрядних підприємств⁸.

На думку Н. О. Гуторової, на сучасному етапі розвитку нашої держави можна констатувати об'єктивну необхідність кримінально-правової охорони державних фінансів, тобто наявність підстав для криміналізації суспільно небезпечних посягань на ці відносини⁹. Це твердження знаходить своє практичне застосування з огляду на існуючу системність незаконного використання бюджетних коштів, що виділяються на дорожнє господарство. Збільшення рівня злочинів, пов'язаних з незаконним використанням бюджетних коштів у галузі дорожнього господарства, свідчить про стрімку криміналізацію даної сфери.

Злочини, що вчиняються в даній сфері, належать відповідно до існуючої класифікації видів злочинності до злочинів у сфері економіки¹⁰. Суспільно небезпечними наслідками економічних злочинів є спричинення матеріальної шкоди державі і суб'єктам господарювання, підрив їхньої ділової репутації, а також спричинення шкоди інтересам споживачів¹¹.

Враховуючи проведений аналіз, слід зазначити, що всі наявні недоліки, прорахунки, проблемні питання державного управління у сфері дорожнього господарства створюють сприятливі умови для незаконного використання бюджетних коштів. З огляду на це дорожнє господарство потребує системної, логічної та глибокої реформи управління.

На підставі отриманих емпіричних даних можна виділити такі особливості дорожнього господарства України:

- розгалуженість структурних елементів;
- велика протяжність автомобільних доріг;
- наявність кількох центрів управління;
- недосконалість моделі управління;
- непрозорість процесу перерозподілу державних фінансів;
- нескінченний «фінансовий апетит» галузі;
- наявність реальних можливостей для вчинення корупційних злочинів.

Отже, можемо зробити висновок, що реформування існуючої стратегії управління галуззю є першочерговим завданням на сьогодні. Особливості управління дорожнім господарством в Україні спричинили виникнення проблемних мільч, які зумовили криміналізацію даної сфери. Наявність сприятливих умов для вчинення корупційних злочинів в даній галузі завдає непоправної шкоди економіці країни, тим самим негативно впливаючи на її соціально-економічний добробут. Криміногенна ситуація дорожнього господарства обумовлена багатьма чинниками, серед яких соціальні, економічні, політичні, владно-управлінські. Подолання злочинності в сфері дорожнього господарства дасть змогу країні очікувати приросту ВВП в районі від 3,5–5 % щорічно, що в умовах затяжної кризи, в якій знаходиться Україна, є неабияким стимулом.

¹ Дорожнє господарство : [Електронний ресурс] – Режим доступу : <https://mtu.gov.ua/timeline/Dorozhne-gospodarstvo.html>

² *Головкін Б. М.* Поняття, предмет, система кримінології та її завдання на сучасному етапі розвитку / Б. М. Головкін // Питання боротьби зі злочинністю: зб. наук. пр. / редкол. : В. І. Борисов та ін. – Х. : Право, 2014. – Вип. 28. – С. 59–68. – С. 61.

³ *Онищенко В. О.* Фінанси (державні, корпоративні, міжнародні) : підруч. / В. О. Онищенко, А. Ю. Бережна, Л. О. Птащенко, І. Б. Чичкало-Кондрацька. – К.: Центр учбової літератури, 2016. – 600 с. – С. 217–218.

⁴ Про затвердження Положення про міністерство інфраструктури : постанова Кабінету Міністрів України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/460-2015-%D0%BF>

⁵ Звіт роботи Міністерства інфраструктури України за 2017 рік : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://mtu.gov.ua/news/29418.html>

⁶ Звіт про кримінальні правопорушення, вчинені на підприємствах, установах, організаціях за видами економічної діяльності за січень-грудень 2016 року : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=112757&libid=100820&c=edit&c=fo#

⁷ Звіт про кримінальні правопорушення, вчинені на підприємствах, установах, організаціях за видами економічної діяльності за січень-грудень 2017 року : [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://www.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=112757&libid=100820&c=edit&c=fo

⁸ Запобігання злочинам, пов'язаним з незаконним використанням бюджетних коштів: наук.-практ. посіб. / В. В. Кулаков, В. В. Лень, С. С. Мірошниченко, В. М. Руфанова, О. О. Титаренко. – Запоріжжя: Дніпровський металург, 2011. – 289 с. – С. 75.

⁹ *Гуторова Н. О.* Кримінально-правова охорона державних фінансів в Україні: моногр. / Н. О. Гуторова. – Х.: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2001. – 384 с. – С. 59.

¹⁰ *Головкін Б. М.* Види злочинності / Богдан Миколайович Головкін // Журнал Східноєвропейського права. – 2015. – № 18. – С. 14–21. – С. 17.

¹¹ *Головкін Б. М.* Поняття злочинності в сфері економіки / Богдан Миколайович Головкін // Форум права. – 2013. – № 3. – С. 128–133. – С. 131.

Резюме

***Іжевський Р. П.* Кримінологічний аналіз проблем управління дорожнім господарством в Україні.**

Стаття присвячена проблемам управління дорожнім господарством в Україні. Надано кримінологічну оцінку стану сучасного дорожнього господарства України, здійснено кримінологічний аналіз існуючої системи управління в даній сфері. Автор визначає основні органи управління, їх компетенцію, вказує на головні недоліки управління та причини цього. Аналіз злочинів даної сфери дає можливість для подальшого запобігання їх вчиненню.

Ключові слова: дорожнє господарство, державні фінанси, управління, злочини в сфері економіки, корупція.

Резюме

***Izhevskiy R. P.* Кримінологічний аналіз проблем управління дорожнім господарством в Україні.**

Стаття присвячена проблемам управління дорожнім господарством в Україні. Представлено кримінологічну оцінку стану сучасного дорожнього господарства України, здійснено кримінологічний аналіз існуючої системи управління в даній сфері. Автор визначає основні органи управління, їх компетенцію, вказує на головні недоліки управління та причини цього. Аналіз злочинів даної сфери дає можливість для подальшого запобігання їх вчиненню.

Ключевые слова: дорожнє господарство, державні фінанси, управління, злочини в сфері економіки, корупція.

Summary

***Izhevskiy R.* Criminological analysis of problems of road management in Ukraine.**

The article is devoted to the problems of road management in Ukraine. Criminological assessment of the state of the modern road management of Ukraine is given, criminological analysis of the existing management system in this area is carried out. The author

defines the main management bodies, their competence, points to the main shortcomings of management and its main causes. The analysis of crimes in this sphere provides an opportunity for further prevention of their commission.

Key words: road management, public finances, management, crimes in the sphere of economy, corruption.

УДК 343.36

С. І. КРАВЧЕНКО

Станіслав Іванович Кравченко, голова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду

МОМЕНТ ЗАКІНЧЕННЯ ЗЛОЧИНУ, СКЛАД ЯКОГО ПЕРЕДБАЧЕНИЙ СТ. 372 КК УКРАЇНИ

Питання моменту закінчення злочину, передбаченого ст. 372 Кримінального кодексу України (далі – КК), є актуальним. Правильне визначення моменту закінчення злочину виступає однією з гарантій захисту прав і свобод особи, у тому числі від злочинних посягань та необґрунтованого звинувачення. Так, від правильного його встановлення залежить належна кримінальна правова кваліфікація вчиненого, а відповідно – й законність притягнення особи до кримінальної відповідальності, порядок обчислення строків давності, а також призначення особі покарання. Наприклад, відповідно до вимог ч. 2, 3 ст. 68 КК покарання за готування до вчинення злочину та замаху на злочин призначається в розмірі, що не може перевищувати половини при готуванні чи двох третин при замаху строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК.

Серед вчених, які досліджували проблеми кримінальної відповідальності за злочини проти правосуддя, необхідно виділити П. П. Андрушка, В. І. Борисова, В. В. Кузнецова та М. В. Сийплові, В. О. Навроцького, В. І. Тація, В. І. Тютюгіна та інших. Однак у зв'язку зі змінами законодавства, якими змінено порядок притягнення до кримінальної відповідальності, окремі положення потребують подальшого наукового дослідження.

Зауважимо, що в доктрині кримінального права та у правозастосовній практиці розрізняють момент закінчення злочину і момент закінчення діяння. Так, виділяють юридичний і фактичний моменти закінчення злочину. Юридичний момент пов'язують з установленням у вчиненому всіх ознак складу злочину, який і визначає кваліфікацію вчиненого як закінченого злочину. При цьому фактичний момент закінчення злочину пов'язують із фактичним припиненням суспільно небезпечного діяння, що має значення при визначенні часу вчинення злочину, з якого починають обчислюватися строки давності.

У науковій літературі існують різні підходи щодо визначення моменту закінчення злочину, передбаченого ст. 372 КК. А. С. Беніцький¹, М. І. Хавронюк², В. І. Тютюгін³, Є. В. Фесенко⁴ вважають, що злочин, передбачений ч. 1 ст. 372 КК, є злочином з формальним складом, який закінчений з моменту пред'явлення особі обвинувачення у його вчиненні. Такий підхід застосовується і після набрання чинності КПК 2012 р., зокрема, що злочин, передбачений ч. 1 ст. 372 КК України, закінчений з моменту повідомлення особі про підозру у вчиненні нею кримінального правопорушення.

В. І. Борисов та В. І. Тютюгін зазначають, що переважну більшість посягань на нормальну діяльність щодо здійснення правосуддя сконструйовано як злочини з формальним складом (наприклад, за ст. ст. 372, 376¹, 383–385, 387, 389, 390 КК України), і тому вони визнаються закінченими з моменту вчинення суб'єктом зазначених у диспозиціях відповідних статей діянь (дії чи бездіяльності)⁵. Слід зауважити, що момент закінчення злочину з огляду на конструкцію складу злочину є різним, зокрема залежить від опису ознак діяння безпосередньо в тексті статті. У теорії кримінального права юридичні склади злочину за конструкцією об'єктивної сторони поділяють на матеріальні й формальні. С. Д. Шапченко вважає, що об'єктивна сторона матеріальних складів злочинів завжди включає: а) принаймні, два обов'язкових елементи – діяння та наслідки; б) принаймні, один зв'язок між обов'язковими елементами – причинний між діянням та наслідками. Формальний склад злочину – це юридичний склад, який не передбачає наслідки як обов'язковий елемент об'єктивної сторони. Отже, обов'язковим елементом об'єктивної сторони формального складу будь-якого злочину завжди є діяння⁶.

У доктрині кримінального права висловлено думку, що злочин, передбачений ст. 372 КК, є закінченим з моменту складання письмового повідомлення про підозру. Так, М. В. Сийплові пов'язує момент закінчення аналізованого злочину саме з моментом складання та підписання уповноваженою особою письмового повідомлення про підозру завідомо невинної особи в скоєнні кримінального правопорушення. Учений вважає, що вручення письмового повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення перебуває поза межами складу об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 372 КК. Також, на його думку, не мають значення для кваліфікації цього злочину такі умови: чи було обрано запобіжний захід щодо особи, чи було скасовано повідомлення про підозру, чи була особа засуджена за цей злочин⁷. Зауважимо, що раніше М. В. Сийп-

локі зазначав, що злочин, передбачений ст. 372 КК, слід вважати закінченим не з моменту пред'явлення обвинувачення, а вже з моменту винесення постанови про притягнення особи як обвинуваченого⁸. Вважаємо такий підхід дискусійним, оскільки згідно із положеннями ч. 1 ст. 278 КПК письмове повідомлення про підозру вручається в день його складення слідчим або прокурором, а у випадку неможливості такого вручення – у спосіб, передбачений цим Кодексом для вручення повідомлень. Крім того, відповідно до ч. 2 ст. 278 КПК письмове повідомлення про підозру затриманій особі вручається не пізніше двадцяти чотирьох годин з моменту її затримання, оскільки у разі, якщо особі не вручено повідомлення про підозру після двадцяти чотирьох годин з моменту затримання, така особа підлягає негайному звільненню (ч. 3 ст. 278 КПК).

П. П. Андрушко пропонує вирішувати питання про момент закінчення злочину, передбаченого ст. 372 КК, з огляду на те, що цей злочин є триваючим. На обґрунтування своєї позиції вчений зазначає, що врахування легального нормативного визначення поняття «притягнення до кримінальної відповідальності», яке дається в п. 14 ч. 1 ст. 3 КПК та в п. 1.2 Рішення Конституційного Суду України від 27 жовтня 1999 р. № 9-рп/99 у справі за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України щодо офіційного тлумачення положень ч. 3 ст. 80 Конституції України (справа про депутатську недоторканність), як стадії кримінального провадження (кримінального переслідування), яка починається з моменту повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення (обвинувачення у вчиненні злочину), дає підстави вважати, що притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності є триваючим злочином, який розпочинається з моменту повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення і триває до моменту закриття кримінального провадження з підстав, передбачених пунктами 1, 2, 3 ч. 1 ст. 284 КПК⁹.

Вважаємо, що П. П. Андрушко обґрунтовано зазначає про можливість виділення двох підходів щодо визначення моменту закінчення цього злочину, а саме: 1) притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності є злочином з формальним складом і є закінченим злочином з моменту повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення (пред'явлення обвинувачення за КПК 1960 р.); 2) злочин слід вважати триваючим, оскільки у визначенні поняття «притягнення до кримінальної відповідальності» у КПК вжито формулювання «стадія кримінального провадження, яка починається з моменту пред'явлення особі повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення»¹⁰. Крім того, необхідно погодитися з автором, що наведене формулювання є аргументом на користь того, що КПК під притягненням до кримінальної відповідальності розуміє не одномоментну дію, а послідовність дій по здійсненню досудового розслідування¹¹. Такий підхід сприйнято й доктриною кримінального процесу. Зокрема, О. В. Капліна пише, що терміном «повідомлення про підозру» може позначатися певний етап стадії досудового розслідування, з якого починається притягнення особи до кримінальної відповідальності, та що під ним також розуміється сукупність кримінально-процесуальних дій та рішень, які здійснюються та приймаються на цьому етапі¹². На користь підходу, що злочин, передбачений ст. 372 КК, є триваючим, свідчить описання змісту кваліфікованого виду складу злочину – «притягнення... поєднане зі штучним створенням». Якщо ж вважати більш правильним перший підхід, то тоді будь-які протиправні дії слідчого, прокурора, вчинені після повідомлення особі про підозру (пред'явлення обвинувачення за КПК 1960 р.), повинні діставати самостійну кримінально-правову оцінку¹³.

Наведемо аргументи на користь підходу, який запропонував П. П. Андрушко, що злочин, передбачений ст. 372 КК, є триваючим. Аналізуючи положення ст. ст. 276–278 КПК, зазначимо, що сама процесуальна дія повідомлення про підозру включає в себе складові частини. Зокрема, слідчий або прокурор спочатку складає повідомлення про підозру, вручає його особі і при врученні цього повідомлення зобов'язаний негайно поінформувати таку особу про її права, які визначені ст. 42 КПК. При цьому слід зауважити, що кримінальне провадження підлягає закриттю з підстав, передбачених пунктами 1–3 ч. 1 ст. 284 КПК, якщо: встановлено відсутність події кримінального правопорушення; встановлено відсутність в діянні складу кримінального правопорушення; не встановлено достатніх доказів для доведення винуватості особи в суді і вичерпано можливості їх отримати.

Поетапність притягнення особи до кримінальної відповідальності дає можливість вирішувати питання щодо кваліфікації дій слідчого або прокурора з урахуванням положень ст. ст. 14 та 15 КК. Згідно з ч. 1 ст. 14 КК готуванням до злочину є підшукування або пристосування засобів чи знарядь, підшукування співучасників або змова на вчинення злочину, усунення перешкод, а також інше умисне створення умов для вчинення злочину. При цьому необхідно враховувати положення ч. 2 цієї статті, що готування до злочину невеликої тяжкості не тягне за собою кримінальної відповідальності. Крім того, відповідно до положень ч. 1 ст. 15 КК замахом на злочин є вчинення особою з прямим умислом діяння (дії або бездіяльності), безпосередньо спрямованого на вчинення злочину, передбаченого відповідною статтею Особливої частини цього Кодексу, якщо при цьому злочин не було доведено до кінця з причин, що не залежали від її волі.

Зауважимо, що закон України про кримінальну відповідальність не дає визначення дефініції «триваючий злочин», а розрізняє лише повторні та продовжувані злочини. Згідно із ч. 2 ст. 32 КК повторність, передбачена частиною першою цієї статті, відсутня при вчиненні продовжуваного злочину, який складається з двох або більше тожних діянь, об'єднаних єдиним злочинним наміром. При цьому в п. 6 постанови Пленуму Верховного Суду України від 4 червня 2010 р. № 7 «Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки» роз'яснюється, що від повторності злочинів необхідно відрізнити продовжуваний злочин. Об'єднання тожних діянь єдиним зло-

чинним наміром означає, що до вчинення першого з низки тотожних діянь особа усвідомлює, що для реалізації її злочинного наміру необхідно вчинити декілька таких діянь, кожне з яких спрямовано на реалізацію цього наміру. Такі діяння не утворюють повторності, оскільки кожне з них стає елементом одиничного (єдиного) злочину і окремим (самостійним) злочином щодо будь-якого іншого з цих діянь бути не може, а при повторності тотожних злочинів кожен із них має свою суб'єктивну сторону, зокрема самостійний умисел, який виникає щоразу перед вчиненням окремого злочину¹⁴. Крім того, зазначимо, що Пленумом Верховного Суду СРСР у постанові від 4 березня 1929 р. «Про умови застосування давності й амністії до триваючих і продовжуваних злочинів» було сформульовано поняття триваючого злочину, зокрема, визначено, триваючий злочин як дію, що несе за собою безперервно здійснюваний злочинний стан або як тривале невчинення дій, передбачених законом, під страхом кримінального переслідування.

Для визначення поняття «триваючий злочин» слід звернутися до положень теорії кримінального права, оскільки КК такого визначення не дає. Дослідженню триваючих злочинів присвячено значну кількість робіт, зокрема: Франц фон-Ліста¹⁵, Л. С. Білогриць-Котляревського¹⁶, О. О. Жижилєнка¹⁷, В. І. Тютюгіна¹⁸, І. О. Зінченко¹⁹, О. В. Ободовського²⁰ та інших. Ми підтримуємо позицію А. А. Піонтковського, який писав, що від продовжуваних злочинів слід відрізнити злочини триваючі. У них раз виконаний склад злочину безперервно продовжує існувати аж до настання обставини, що його усуває. Наприклад, незаконне позбавлення волі є триваючим злочином: діяння є закінченим у момент позбавлення волі і триває до того часу, поки не вчинена дія, яка припиняє цей стан. Триваючий злочин завжди є єдиним злочином і ні за яких конкретних умов не може розглядатися як реальна сукупність²¹.

Для триваючих злочинів характерним є те, що для досягнення кінцевого результату суб'єкт вчиняє ряд дій, спрямованих на отримання єдиного результату, з однією метою. Зазначимо, що КК Грузії містить окрему главу IV «Види єдиного злочину», зокрема ст. 14 «Триваючий злочин», якою регламентовано, що триваючим є злочин, передбачений однією статтею або частиною статті цього Кодексу, що включає два або більше діяння, вчинених з єдиною метою та спільним умислом (ч. 1 ст. 14). Відповідно до ч. 2 ст. 14 КК Грузії триваючий злочин є закінченим з моменту вчинення останнього діяння. Майже аналогічне положення міститься в ст. 30 КК Республіки Молдови. Тобто, триваючий злочин вчиняється за допомогою ряду дій (бездіяльності), спрямованих до єдиної мети і здійснених з єдиним наміром, що утворюють у цілому один злочин. Вважаємо за доцільне в тексті КК, зокрема, ст. 32 КК доповнити ч. 5, дати визначення поняттю «триваючий злочин».

При кваліфікації триваючих злочинів виникає питання розмежування такого злочину і систематичного вчинення низки схожих дій (бездіяльності) іншого злочину; розуміння загального умислу з точки зору його конкретизації; співвідношення триваючого злочину з малозначним діянням. Вважаємо, що триваючий злочин складається з двох і більше дій, які виконують функції певного етапу досягнення запланованого конкретного злочину. При цьому злочин є закінченим внаслідок дії суб'єкта злочину, направленої на припинення злочину, або настання подій, що перешкоджають здійсненню злочину (наприклад, у зв'язку з втручанням органів влади).

Триваючий злочин кваліфікується за статтею або частиною статті КК як єдиний злочин, етапи здійснення якого, хоча зовні й схожі з окремими (самостійними) закінченими злочинами, але такими не є. Крім того, триваючий злочин визнається закінченим до досягнення запланованої мети. Згідно з ч. 1 ст. 13 КК закінченим злочином визнається діяння, яке містить усі ознаки складу злочину, передбаченого відповідною статтею Особливої частини цього Кодексу. При цьому незакінченим злочином є готування до злочину та замах на злочин.

Перерваний злочин за обставин, незалежних від особи, яка готується до триваючого злочину або почала його вчиняти (виконувати об'єктивну сторону складу злочину), кваліфікується як незакінчений злочин за ст. 14 КК і статтею, що передбачає триваючий злочин. При замаху на вчинення триваючого злочину перші дії (етапи його вчинення) не оцінюються як малозначні та не кваліфікуються як самостійні злочини. При вчиненні триваючого злочину наявна мета для досягнення результату, а відсутність такої мети, наміру поетапного її досягнення виключає кваліфікацію вчиненого як єдиного складного триваючого злочину.

Наприклад, у ситуації, коли прокурор умисно склав повідомлення про підозру невинуватій особі та доручив його вручення слідчому, однак слідчий відмовився і не виконав доручення прокурора, мотивуючи це тим, що вручення повинен здійснити той, хто склав повідомлення про підозру, дії прокурора слід кваліфікувати за ч. 2 ст. 15, ч. 1 або ч. 2 ст. 372 КК.

Крім того, при кваліфікації триваючого злочину постають питання: чи є злочин триваючим; які особливості оцінки співучасті в такому діянні; чи допустима добровільна відмова від такого злочину; як оцінювати сукупність злочинів. На наш погляд, до закінчення триваючого злочину пособництво в ньому кваліфікується за правилами співучасті. Особливість триваючого злочину допускає добровільну відмову від нього на стадії лише підготовчих діянь. Всі злочини, здійснені суб'єктом триваючого злочину до його завершення, кваліфікуються за правилами ідеальної сукупності.

У ситуації, коли прокурор умисно склав повідомлення про підозру невинуватій особі та доручив його вручення слідчому, і слідчий виконав доручення прокурора, не усвідомлюючи і не маючи можливості усвідомлювати злочинного характеру наказу чи розпорядження, відповідно до ч. 5 ст. 41 КК за діяння, вчинене з метою виконання такого наказу чи розпорядження, відповідальності підлягає тільки особа, що віддала злочинний наказ чи розпорядження.

Якщо слідчий знав про незаконність такого доручення, то в діях прокурора наявний склад злочину, передбачений ч. 1 або ч. 2 ст. 372 КК, а дії слідчого необхідно кваліфікувати за ч. 5 ст. 27, ч. 1 або ч. 2 ст. 372 КК.

У разі якщо прокурор повідомив слідчому, що він притягнув у кримінальному провадженні до кримінальної відповідальності певну особу, і слідчий пообіцяв прокурору не розголошувати цю інформацію, то дії слідчого слід кваліфікувати (за наявності підстав) за ч. 1 ст. 396 КК як заздалегідь не обіцяне приховування тяжкого чи особливо тяжкого злочину.

Вважаємо, що у випадку, коли слідчий склав письмове повідомлення про підозру щодо завідомо невинуватої особи, погодив його з прокурором, який також знав, що до кримінальної відповідальності притягується завідомо невинувата особа і слідчий вручив таку підозру цій особі, його дії слід кваліфікувати залежно від фактичних обставин за ч. 1 або ч. 2 ст. 372 КК, а дії прокурора – за ч. 5 ст. 27, ч. 1 або ч. 2 ст. 372 КК.

Тобто за таких обставин слідчий, який склав і вручив повідомлення про підозру завідомо невинуватій особі, буде виконавцем злочину, а прокурор вчинив дії як пособник, оскільки згідно з положеннями ч. 5 ст. 27 КК пособником є особа, яка порадами, вказівками, наданням засобів чи знарядь або усуненням перешкод сприяла вчиненню злочину іншими співучасниками, а також особа, яка заздалегідь обіцяла переховати злочинця, знаряддя чи засоби вчинення злочину, сліди злочину чи предмети, здобуті злочинним шляхом, придбати чи збути такі предмети, або іншим чином сприяти приховуванню злочину.

Щодо ситуації внесення слідчим або прокурором в Єдиний реєстр досудових розслідувань відомостей, які зазначено в п. 5 ст. 214 КПК щодо конкретної особи з метою притягнення її до кримінальної відповідальності, за відсутності для того законних підстав такі дії можна кваліфікувати як готування до злочину, а формула кваліфікації дій особи буде такою: ч. 1 ст. 14, ч. 1 або ч. 2 ст. 372 КК.

Крім того, якщо особа з будь-яких мотивів здійснила завідомо неправдиве повідомлення суду, прокурору, слідчому або органу досудового розслідування про вчинення злочину, то її дії необхідно кваліфікувати за спеціальною статтею, зокрема за ч. 1 або ч. 2 ст. 383 КК.

З урахуванням зазначеного можемо констатувати, що в доктрині кримінального права існує дуалізм думок щодо моменту закінчення злочину, передбаченого ст. 372 КК: одні вчені вважають цей злочин із формальним складом, інші – триваючим злочиним. Вважаємо, що для нашого дослідження більш прийнятним є підхід, що злочин, передбачений ст. 372 КК, за констrukцією об'єктивної сторони складу злочину є триваючим. При цьому початком злочину є вручення повідомлення про підозру невинуватій особі (потерпілому) у вчиненні кримінального правопорушення. Такий злочин буде тривати до моменту закриття кримінального провадження з підстав, передбачених п. 1, 2, 3 ч. 1 ст. 284 КПК.

¹ Кримінальне право (Особлива частина) : підруч. / за ред. О. О. Дудорова, Є. О. Письменського. – Луганськ : Еталон-2, 2012. – Т. 2. – С. 521.

² Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – [9-те вид., переробл. та доповн.]. – К. : Юрид. думка, 2012. – С. 1095.

³ Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. – [5-те вид., доповн.]. – Х. : Право, 2013. – Т. 2 : Особлива частина / [Баулін Ю. В., Борисов В. І., Тютюгін В. І. та ін.]. – С. 844.

⁴ Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України : у 2 т. / за ред. П. П. Андрушка, В. Г. Гончаренка, Є. В. Фесенка. – [3-є вид., переробл. та доповн.]. – К. : Правова єдність, 2009. – Т. 2. – С. 449.

⁵ Злочини проти правосуддя: навч. посіб. / за заг. ред. проф. В. І. Борисова, проф. В. І. Тютюгіна. – Х.: Нац. юрид. акад. України, 2011. – С. 13.

⁶ Кримінальне право України: Загальна частина : підруч. для студ. юрид. вузів і фак. / за ред. П. С. Матишевського, П. П. Андрушка, С. Д. Шапченка ; Київський нац. ун-т ім. Тараса Шевченка ; Юрид. фак. – К. : Юрінком Інтер, 1998. – С. 112.

⁷ Сийплові М. В. Особливості об'єктивної сторони притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності за новим кримінальним процесуальним законодавством України / М. В. Сийплові // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2014. – С. 282–285.

⁸ Сийплові М. В. Кримінально-правова характеристика притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 / М. В. Сийплові. – К., 2009. – 20 с.

⁹ Андрушко П. П. Особливості кримінально-правової кваліфікації притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності: теоретичні орієнтири та правозастосовна практика / П. П. Андрушко // Юридична Україна. – 2015. – № 10–12. – С. 176–242.

¹⁰ Там само. – С. 176–242.

¹¹ Там само.

¹² Грошевий Ю. М. Кримінальний процес: підруч. / Ю. М. Грошевий, В. Я. Тацій, А. Р. Туманянц та ін. – Х. : Право, 2013. – С. 460.

¹³ Андрушко П. П. Вказана праця. – С. 176–242.

¹⁴ Постанови Пленуму Верховного Суду України в кримінальних справах : офіц. текст / упоряд. В. В. Рожнова, А. С. Сизоненко, Л. Д. Удалова. – К. : Паливода А. В., 2012. – С. 446.

¹⁵ Фонь-Листь Ф. Учебник уголовного права. Общая часть : разрешенный автором перевод с 12-го переработанного издания / Франц фонь-Листь ; пер. Ф. Ельяшевич. – М., 1903. – С. 259.

¹⁶ Білогриць-Котляревській Л. С. Учебник русского уголовного права. Общая и особенная части / Л. С. Білогриць-Котляревській. – К. ; Петербург ; Х., 1903. – С. 201.

¹⁷ Уголовный кодекс. Практический комментарий. Общая часть. / М. Н. Гернет, А. А. Жижиленко, М. М. Исаев [и др.] ; под ред. М. Н. Гернета и А. Н. Трайнина. – М., 1925. – С. 63–64.

¹⁸ Зінченко О. І. Одиначні злочини: поняття, види, кваліфікація : моногр. / О. І. Зінченко, В. І. Тютюгін. – Х.: Фінм, 2010. – 256 с.

¹⁹ Там само.

²⁰ *Ободовський О. В.* Триваючі злочини у кримінальному праві України : моногр. / О. В. Ободовський. – Одеса : Юридична література, 2016. – 256 с.

²¹ *Пионтковский А.* Советское уголовное право / А. А. Пионтковский ; 3-е изд., испр. и доп. – М. : Ленинград, 1929. – Т. 1: Общая часть. – С. 323.

Резюме

Кравченко С. І. Момент закінчення злочину, склад якого передбачений ст. 372 КК України.

У статті досліджено окремі теоретико-практичні питання визначення моменту закінчення злочину, склад якого передбачений ст. 372 КК України. Обґрунтовано, що такий злочин є триваючим. За результатами дослідження автор пропонує шляхи вирішення проблемних питань притягнення до кримінальної відповідальності за притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності.

Ключові слова: кримінальне право, злочини проти правосуддя, притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності, момент закінчення злочину, триваючий злочин.

Резюме

Кравченко С. И. Момент окончания преступления, состав которого предусмотрен ст. 372 УК Украины.

В статье исследованы отдельные теоретико-практические вопросы определения момента окончания преступления, состав которого предусмотрен ст. 372 УК Украины. Обосновано, что такое преступление является длящимся. По результатам исследования автор предлагает пути решения проблемных вопросов привлечения к уголовной ответственности за привлечение заведомо невинного к уголовной ответственности.

Ключевые слова: уголовное право, преступления против правосудия, привлечение заведомо невинного к уголовной ответственности, момент окончания преступления, длящееся преступление.

Summary

Kravchenko S. Moment of ending a crime, which components are stipulated by article 372 of the Criminal Code of Ukraine.

The article deals with some theoretical and practical questions how to determine a time of ending a crime, which components are stipulated by article 372 of the Criminal Code of Ukraine. It is substantiated that as for structure of the objective part of the components of a crime, such a crime is continuing. According to the results of the research, the author suggests ways to solve problem issues as for qualification of person's actions.

Key words: criminal law, crimes against justice, bringing to criminal responsibility a person known to be innocent, moment of ending a crime, continuing crime.

УДК 343.97

Д. О. ОЛІЙНИК

Дмитро Олександрович Олійник, аспірант Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ДЕТЕРМІНАЦІЯ КОРУПЦІЙНИХ ЗЛОЧИНІВ У СФЕРІ ЗДІЙСНЕННЯ МИТНИХ ПРОЦЕДУР

Дослідження детермінації корупційних злочинів у сфері здійснення митних процедур охоплює визначення взаємопов'язаних відносин, явищ, процесів і подій (криміногенних чинників), що зумовлюють та спричиняють їх вчинення, викликають зміни кількісних і якісних характеристик. Розкриття процесу детермінації передбачає визначення сукупності криміногенних чинників, їх взаємодії та співвідношення, встановлення спільного та відмінного із причинами й умовами явища злочинності, проявами якої вони є.

Розробкою окремих аспектів детермінації корупційних правопорушень у сфері зовнішньоекономічної діяльності займалися такі науковці, як Л. І. Аркуша, А. М. Бойко, Б. М. Головкін, О. І. Добровольський, Є. В. Додін, Ю. В. Коваленко, Т. В. Мельничук та ін.

Як зазначає А. М. Бойко, визначення детермінуючого комплексу певної групи злочинів полягає у встановленні сукупності взаємопов'язаних і взаємозалежних чинників, що формуються на різних соціальних рівнях, у різних просторово-часових межах і мають неоднаковий детермінуючий вплив на злочинну поведінку. Частина з таких чинників довготривалої дії, інша має короткостроковий вплив на суспільну свідомість і злочинну поведінку. Проте для визначення детермінуючого комплексу недостатньо лише встановити просту сукупність чинників, так чи інакше пов'язаних із вчиненням певної групи злочинів. Необхідно показати їх структурну цілісність, інтегрованість в систему суспільних відносин, у межах якої вони склалися і діють¹.

Згідно з точкою зору Б. М. Головкина, головну роль у спричиненні злочинної поведінки відіграють криміногенні деформації суспільної свідомості у виді антисуспільних поглядів, звичаїв, традицій, установок, що за певних умов та обставин закономірно призводять до вчинення злочинів².

Митні процедури є основним засобом здійснення державної митної справи. У свою чергу, державна митна справа виступає механізмом реалізації митної політики держави. Виходячи із положень ст. 7 Митного кодексу України (далі – МК), державна митна справа являє собою регламентовану нормами митного права систему заходів і механізм їх застосування до суб'єктів митних правовідносин для забезпечення режиму законності переміщення товарів через митний кордон України та недопущення порушень митного законодавства і злочинних посягань, пов'язаних з таким переміщенням. Безпосереднє здійснення митних процедур покладено державою на митні органи Державної фіскальної служби України (далі – ДФС). Через здійснення митних процедур держава контролює законність руху товарів, транспортних засобів через митний кордон України, упорядковує відносини між митними органами ДФС та особами, що переміщують вказані об'єкти на митну територію України і за її межі, а також визначає порядок дій і обсяг повноважень посадових осіб митних органів ДФС щодо здійснення обов'язкових митних формальностей відповідно до заявленого митного режиму такого переміщення. Здійснення митних процедур пов'язано з різними видами діяльності митних органів ДФС, а також передбачає взаємодію з іншими органами державного контролю.

Із викладеного випливає необхідність класифікувати корупціогенні чинники за змістом та інтенсивністю детермінаційного впливу на вчинення корупційних злочинів у сфері здійсненні митних процедур. Виходячи з цього пропонуємо вирізнити *інституційні, нормативно-правові, зовнішньоекономічні, організаційно-управлінські, морально-етичні та соціально-психологічні*.

Інституційні корупціогенні чинники загалом виражаються у неспроможності діючої системи митних органів ДФС належним чином виконувати своє призначення щодо створення сприятливих умов для розвитку зовнішньоекономічної діяльності, забезпечення безпеки суспільства, захисту митних інтересів України (ст. 544 МК). У концептуальному плані інституційна неспроможність полягає в тому, що діюча система митних органів ДФС не справляється з управлінням митною справою в економічних інтересах України в умовах входження до зони вільної торгівлі з Європейським Союзом (далі – ЄС) та торгово-економічного співробітництва зі Світовою організацією торгівлі (далі – СОТ). У контексті завдань нашого дослідження йдеться про неефективне управління державною митною справою в нових геополітичних умовах, існування бюрократичних бар'єрів, непрозору роботу митниць, невідповідність здійснення державної митної справи європейськими митним стандартам і правилам професійної доброчесності.

Систематизація інституційних корупціогенних чинників дає змогу вирізнити основні з них:

- прорахунки державної митної політики, розбалансованість системи управління державною митною справою;
- незавершеність реформування системи митних органів і невизначеність стратегії розвитку державної митної справи;
- недостатній кадровий потенціал для реалізації реформи митних органів за міжнародними стандартами здійснення митної справи;
- дискреційний підхід і фіскальна спрямованість здійснення державної митної справи;
- «корупційне підприємництво» або залученість представників усіх органів державного контролю і правоохоронних органів до обслуговування «сірих» і «чорних» схем переміщення товарів і транспортних засобів через державний кордон України, поєднання їхніх комерційних і службових інтересів;
- не інтегрованість митної системи України в міжнародну систему митної безпеки та управління ланцюгом постачання товарів.

Нормативно-правові корупціогенні чинники виражаються у недоліках законодавства з питань державної митної справи та низькій якості нормативно-правового регулювання митно-правових відносин. До них належать такі:

- складна система правового регулювання порядку переміщення товарів і транспортних засобів через митний кордон, велика кількість митних режимів;
- надмірні тарифні обтяження й нетарифні обмеження зовнішньоекономічної діяльності, непередбачуваність торговельної політики України;
- прогалини в нормах про спрощене оподаткування та звільнення від сплати митних платежів;
- недосконалість норм Митного кодексу України про відповідальність за порушення митних правил та накладення адміністративних стягнень;
- неповна імплементація міжнародних правил і стандартів здійснення митних процедур до національного митного законодавства.

Корупційні ризики недотримання норм Законів України та інших нормативно-правових актів з питань державної митної справи та зловживання службовими повноваженнями при здійсненні митних процедур закладені в складному законодавстві, неоднозначних приписах норм митного права, неузгодженості нормативно-правових актів різної юридичної сили, невідповідності національного і міжнародного законодавства у цій сфері. Оскільки державна митна справа є інструментом зовнішньоторгівельної і податкової політики держави, то правові засади її здійснення одночасно регламентуються національним і міжнародним законодавством з питань митної справи.

Зовнішньоекономічні корупціогенні чинники за характером детермінуючого впливу на досліджувані корупційні злочини пропонуємо поділити на такі:

- надмірна залежність національної економіки від зовнішньої торгівлі та її вагоме бюджетоутворююче значення, а також фіскальна спрямованість діяльності митних органів;
- недостатні економічна свобода і стимулювання вільної торгівлі, значні бюрократичні перешкоди на шляху зовнішньоекономічної діяльності, високі транзакційні витрати на експортно-імпортні операції;
- непрозоре ліцензування і квотування зовнішньоторговельних операцій;
- тінізація і криміналізація зовнішньоторговельного обігу.

Дослідивши зв'язок тіншової зовнішньої торгівлі і корупції на митницях, Б. М. Головкін дійшов висновку, що рівень корупції у сфері зовнішньоекономічної діяльності залежить від обсягу нелегальних експортно-імпортних операцій з сировинними ресурсами і високоліквідними товарами. У корупційних практиках беруть участь усі органи і служби, що забезпечують державний контроль за рухом товарів через митний кордон України і здійснюють правоохоронну діяльність у цій сфері. До того ж, в митних органах функціонує «конкурентна корупція» між регіональними митницями і їх відокремленими структурними підрозділами за надання корупційних послуг за нижчими цінами³.

До *організаційно-управлінських корупціогенних чинників* у сфері здійснення митних процедур належать такі:

- організаційна і функціональна підпорядкованість та підконтрольність діяльності митних органів органам ДФС, втручання у здійснення митних процедур та їх результати;
- низький рівень професійної компетентності посадових осіб митних органів, неналежний кадровий добір, а також недостатній професіоналізм працівників підрозділів, що здійснюють виявлення, запобігання та припинення корупційних злочинів під час митних процедур;
- поєднання повноважень і дублювання посадових обов'язків службових осіб митних органів різного рівня у частині здійснення митних процедур, недосконалий порядок оскарження їх рішень, дій або бездіяльності та відшкодування заподіяної матеріальної шкоди;
- низька ефективність інформаційно-аналітичної роботи, недостатнє впровадження ризик-орієнтованого підходу у сфері здійснення митного контролю, а також збереження практики довільного вибору об'єктів, форм та видів митного контролю;
- незадовільні умови оплати праці посадових осіб митниць і митних постів;
- відсутність системи протидії корупції в митних органах ДФС, неефективні антикорупційні програми ДФС, недосконалі механізми здійснення контролю за діяльністю посадових осіб митниць під час здійснення митних процедур.

До корупціогенних чинників, що стають причинами вчинення корупційних злочинів і пронизують діяльність митних органів під час здійснення митних процедур, належать *морально-етичні та соціально-психологічні*.

Серед *морально-етичних* корупціогенних чинників найбільше детермінуюче значення мають:

- низький рівень професійної доброчесності особового складу і керівників структурних підрозділів митних органів ДФС;
- порушення правил професійної етики;
- конфлікт інтересів у діяльності осіб, уповноважених на здійснення митних процедур.

За результатами авторського опитування понад 200 суб'єктів ЗЕД і громадян, що у 2017 р. переміщували товари і транспортні засоби через митний кордон України, однією із головних причин вчинення корупційних злочинів при здійсненні митних процедур є професійна недоброчесність посадових осіб митних органів (40,2 %). За інформацією ДФС, упродовж 2015–2016 рр. було звільнено близько 300 керівників митниць різного рівня за корупційні правопорушення та порушення правил професійної етики⁴.

Згідно з положеннями ч. 5 ст. 4 Закону України «Про державну службу» доброчесність полягає у спрямованості дій державного службовця на захист публічних інтересів та відмові від превалювання приватного інтересу під час здійснення наданих йому повноважень. Як бачимо, законодавець убачає доброчесність у служінні публічним інтересам та недопущенні конфлікту інтересів. На наш погляд, професійна доброчесність передбачає належне виконання посадових обов'язків, дотримання норм чинного законодавства і стандартів професійної етики при застосуванні норм законодавства з питань державної митної справи під час здійснення митних процедур, недопущення використання займаної посади, службового становища та пов'язаних з ними можливостей у неправомірних цілях, у тому числі для одержання для себе або інших осіб неправомірної вигоди. Професійна недоброчесність розуміється нами як деформація моральної і правової свідомості, схильність до службових зловживань в корисливих цілях.

У Кодексі поведінки працівників, до функціональних обов'язків яких належить здійснення управління кордонами, закріплені обмеження щодо використання службових повноважень та пов'язаних з ними можливостей з метою одержання неправомірної вигоди. Норми вказаного кодексу поширюються на державних службовців Державної митної служби України. Зокрема, забороняється неправомірно сприяти фізичним або юридичним особам у здійсненні ними господарської діяльності; неправомірно сприяти призначенню на посаду особи; неправомірно втручатися в діяльність посадових осіб; неправомірно надавати перевагу фізичним або юридичним особам у зв'язку з підготовкою проектів, виданням нормативно-правових актів та прийняття рішень, затвердженням (погодженням) висновків⁵.

Правила етичної поведінки та запобігання корупції в органах ДФС забороняють використовувати службове становище, посаду або будь-які повноваження, пов'язані зі службовим становищем для примушення або спонукання третіх осіб (у тому числі підлеглих) до надання неправомірної вигоди для себе, друзів, родичів або близьких осіб; для надання переваг юридичним або фізичним особам⁶.

Тісно пов'язаним з професійною недоброчесністю є конфлікт інтересів. На відміну від професійної недоброчесності, що є деформацією моральної і правової свідомості особи, конфлікт інтересів – це суперечність між службовими обов'язками та приватним інтересом, що негативно впливає на об'єктивність та неупередженість при прийнятті рішень під час реалізації службових повноважень, або на вчинення чи не вчинення дій під час здійснення митних процедур. Конфлікт інтересів у діяльності осіб, уповноважених на здійснення митних процедур, зумовлений особистими або близькими відносинами з іншими суб'єктами та учасниками митних правовідносин. Згідно зі ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції» приватний інтерес – це будь-який майновий чи немайновий інтерес особи, у тому числі зумовлений особистими, сімейними, дружніми чи іншими позаслужбовими стосунками з фізичними чи юридичними особами, у тому числі ті, що виникають у зв'язку з членством або діяльністю в громадських, політичних, релігійних чи інших організаціях. Як показало наше дослідження, найчастіше конфлікт інтересів зумовлений позаслужбовими відносинами з фізичними та юридичними особами, що здійснюють зовнішньоторгівельні операції. В його основі лежить матеріальний інтерес, у зв'язку з чим він породжує корисливі мотиви корупційних злочинів.

У літературних джерелах описуються корупційні прояви в митних органах, в основі яких лежить конфлікт інтересів. Найбільш типовими з них є: зрощування інтересів управлінського апарату митних органів з комерційними інтересами суб'єктів ЗЄД та встановлення ділових відносин поза межами правового поля⁷; лобіювання інтересів, надання незаконних переваг, податкових преференцій, не виявлення порушень митних правил в діяльності окремих суб'єктів ЗЄД і при цьому створення штучних перешкод для їх конкурентів у регіоні; надання службової інформації конкурентам⁸; внесення завідомо неправдивої інформації до електронних баз даних про фактичну вартість задекларованого товару⁹. До цього слід додати приховану участь посадових осіб митних органів у господарській діяльності осіб, пов'язані родинними та іншими особистими зв'язками. Сфера надання митних послуг монополізована діючими і колишніми митниками та їх родичами. Переважно із числа колишніх митників та їхніх близьких осіб складається контингент митних брокерів, власників митних складів, магазинів безмитної торгівлі, власників митних терміналів, компаній, що займаються митними перевезеннями. Керівники регіональних митниць, використовуючи посадове становище, обслуговують комерційні інтереси приватних підприємств, сприяють заниженню розмірів митних платежів, необґрунтовано надають податкові преференції, приховують порушення митних правил, сприяють незаконному переміщенню товарів і ТЗ на митну територію України.

Слід зауважити, що у західних регіонах нашої держави досить часто поєднанні родинними зв'язками, особистими відносинами і комерційними інтересами посадові особи митних органів, правоохоронних органів, органів державного контролю та суб'єкти ЗЄД. На основі зрощення службових повноважень з приватними інтересами будуються корупційні мережі, створюються організовані злочинні групи, що спеціалізуються на переміщенні контрабанди і контрафакту через митний кордон, здійснюється сприяння митному шахрайству фізичних і юридичних осіб, приховується злочинна діяльність у сфері господарювання¹⁰.

Соціально-психологічні корупціогенні чинники включають професійну деформацію посадових осіб митних органів, традиції хабарництва, корпоративні цінності, неформальні правила позаслужбових відносин, поведінкові установки одержувати додаткові доходи під час здійснення митних процедур у виді неправомірної вигоди. Соціально-психологічні чинники породжують корисливу мотивацію і корупційну спрямованість злочинної поведінки, підвищену готовність вчиняти корупційні злочини за сприятливих умов, а також штучно створювати умови для одержання неправомірної вигоди.

За результатами проведеного автором експертного опитування 274 працівників правоохоронних органів встановлено наступні причини вчинення корупційних злочинів при здійсненні митних процедур: постійна пропозиція з боку суб'єктів ЗЄД і громадян неправомірної вигоди (35,1 %), традиції хабарництва в митних органах (21,1 %), стимулювання або примус до систематичного хабарництва з боку безпосередніх керівників та начальників (15,0 %), підвищений попит на незаконні доходи у посадових осіб митних органів (13,3 %), втягнення посадових осіб митних органів в злочинну діяльність, пов'язану з переміщенням товарів через митний кордон (12,0 %), антисупільні погляди і переконаність у допустимості одержання неправомірної вигоди (3,5 %).

Професійна деформація посадових осіб митних органів полягає у зміні індивідуальних рис та якостей особистості (образу мислення, ціннісних орієнтацій, способу поведінки) під впливом неналежного виконання посадових обов'язків та позаслужбових відносин. Деформації професійної свідомості посадових осіб митних органів формуються в умовах давніх традицій хабарництва в митній системі, неформальних корпоративних цінностей митних органів і постійної пропозиції неправомірної вигоди з боку осіб, які переміщують товари і ТЗ через митний кордон та намагаються вирішувати питання про заниження розмірів митних платежів тощо. Корпоративні цінності митних органів включають сприйняття корупції як основного джерела доходів, пріоритет приватних інтересів над інтересами служби, віддання початку і напарникам по черговій зміні, зловживання владою і службовим становищем (пред'явлення необґрунтованих вимог, прийняття обов'язкових для виконання рішень, необґрунтоване застосування санкцій) у відносинах із декларантами, закритість митних органів від громадського контролю, пов'язаність комерційними інтересами з правоохоронними органами та органами виконавчої влади на регіональному рівні (клановість), визнання авто-

ритету посади і суворя субординація, дотримання негласних правил поведінки, кругова порука, нерозголошення інформації про злочинну діяльність та ін.

Ступінь деформації професійної свідомості посадових осіб митних органів залежить від набутого злочинного досвіду, займаної посади, обсягу службових повноважень та пов'язаних з ними можливостей впливати на поведінку осіб, які переміщують товари і ТЗ через митний кордон. Посадові особи митних митниць і митних постів стають на шлях вчинення корупційних злочинів з різних причин. Одні з них ініціюють корупційні відносини, штучно створюють умови для одержання неправомірної вигоди і ставлять це за мету своєї професійної діяльності. Здебільшого такі особи грубо порушують посадові обов'язки, створюють штучні бюрократичні перешкоди, вимагають неправомірну вигоду, сприяють незаконному переміщенню товарів і ТЗ через митний кордон, а також злочинній діяльності організованих злочинних груп. Інша категорія державних службовців одержує неправомірну вигоду за надання разових послуг під час здійснення митних процедур. Такі особи більше схильні сприяти заниженню розмірів митних платежів, приховуванню порушень митних правил. Поряд із тим існує категорія посадових осіб, які вимушено вчиняють корупційні злочини у складі чергової зміни, під впливом або примусом безпосередніх начальників. Втім, найбільшу суспільну небезпечність виявляють окремі керівники різних рівнів, що організовують корупційні схеми, прикривають злочинну діяльність підлеглих посадових осіб, втягують через довірених осіб у злочинну діяльність молодих спеціалістів, накопичують незаконні доходи та розподіляють фінансові потоки, займаються підкупом політиків, суддівського корпусу, чиновників органів місцевої влади, працівників правоохоронних органів, розробляють систему конспірації та убезпечення від викриття.

Таким чином, розглянуті корупціогенні чинники становлять структурну цілісність, утворюють детермінуючий комплекс та у своїй взаємодії спричиняють і зумовлюють вчинення корупційних злочинів у сфері здійснення митних процедур.

¹ Бойко А. М. Детермінація економічної злочинності в Україні в умовах переходу до ринкової економіки (теоретико-криминологічне дослідження : моногр. / А. М. Бойко. – Л.: ЛНУ ім. Івана Франка, 2008. – С. 170. – 380 с.

² Головкін Б. М. Причинність у системі детермінації злочинності / Б. М. Головкін // Теорія і практика правознавства. – 2014. – Вип. 1 (5). – С. 1–8 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/6358/1/Golovkin.pdf>

³ Головкін Б. М. Тіньова зовнішня торгівля і корупція на митницях / Б. М. Головкін // Проблеми законності. – 2017. – Вип. 139. – С. 227. – С. 218–230.

⁴ ДФС звільнила понад 250 керівників митниць різного рівня за останні 9 місяців : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://dt.ua/ECONOMICS/dfs-zvinila-ponad-250-kerivnikov-mitnic-riznogo-rivnya-za-ostanni-9-misyaciv-narisov-212066_.html

⁵ Кодекс поведінки працівників, до функціональних обов'язків яких належить здійснення управління кордонами: затверджено спільним наказом Міністерства внутрішніх справ України, Міністерства закордонних справ України, Міністерства фінансів України, Адміністрацією Державної прикордонної служби України, головного управління державної служби України від 5 липня 2011 р. № 330/151/809/434/146 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0922-11>

⁶ Правила етичної поведінки та запобігання корупції в органах ДФС: затверджено наказом ДФС від 1 грудня 2016 р. № 979 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: sfs.gov.ua/baneryi/protidiya-koruptsii/antikoruptsiyna-programa-dfs/29189.html

⁷ Добровольський О. І. Адміністративно-правове регулювання протидії корупції в органах Державної фіскальної служби України: дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / О. І. Добровольський. – К. : Міжрегіональна академія управління персоналом, 2015. – С. 46. – 201 с.

⁸ Аркуша Л. І. Прояви корупції в митних органах: умови, особливості вчинення / Л. І. Аркуша // Південноукраїнський правничий часопис. – 2012. – № 4. – С. 186–187.

⁹ Коваленко Ю. В. Адміністративно-правові засоби протидії корупції в органах державної митної служби України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Ю. В. Коваленко. – К. : ДНДІ МВС України, 2011. – С. 10. – 23 с.

¹⁰ Головкін Б. М. Поняття корупційної злочинності у митній сфері / Б. М. Головкін // Традиції та новачії юридичної науки: минуле, сучасність, майбутнє: матеріали Міжнародної наук.-практ. конф. (м. Одеса, 19 травня 2017 р.): у 2 т. / відп. ред. Г. О. Ульянова. – Одеса : Вид. дім «Гельветика», 2017. – Т. 2. – С. 285–287.

Резюме

Олійник Д. О. Детермінація корупційних злочинів у сфері здійснення митних процедур.

Визначено детермінуючий комплекс корупційних злочинів та розкрито особливості їх детермінації у сфері здійснення митних процедур. Проаналізовано інституційні, нормативно-правові, зовнішньоекономічні, організаційно-управлінські, морально-етичні та соціально-психологічні корупціогенні чинники, що спричиняють і зумовлюють вчинення корупційних злочинів під час здійснення митних процедур.

Ключові слова: детермінуючий комплекс, корупційні злочини, митні процедури.

Резюме

Олейник Д. А. Детерминация коррупционных преступлений в сфере выполнения таможенных процедур.

Определен детерминирующий комплекс коррупционных преступлений и раскрыты особенности их детерминации в сфере выполнения таможенных процедур. Проанализированы институциональные, нормативно-правовые, внешнеэкономические, организационно-управленческие, морально-этические и социально-психологические коррупциогенные факторы, которые порождают и обуславливают совершение коррупционных преступлений во время выполнения таможенных процедур.

Ключевые слова: детерминирующий комплекс, коррупционные преступления, таможенные процедуры.

Summary

Oleynik D. Determination of corruption crimes in the field of customs procedures.

It is defined the determinative complex of corruption crimes and the features of their determination in the field of customs procedures are revealed. It is analyzed the institutional, normative-legal, foreign-economic, organizational-managerial, moral-ethical and socio-psychological corruption-causing factors, which cause and predetermine the commission of corruption crimes during the implementation of customs procedures.

Key words: determinative complex, corruption crimes, customs procedures.

УДК 343.74

О. Р. СЛОТИЛО

Олена Романівна Слотило, аспірант Львівського національного університету імені Івана Франка

СОЦІАЛЬНА ОБУМОВЛЕНІСТЬ ВИДІЛЕННЯ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ «ПРОТИПРАВНЕ ЗАВОЛОДІННЯ МАЙНОМ ПІДПРИЄМСТВА, УСТАНОВИ, ОРГАНІЗАЦІЇ»

Законом України № 642-VII від 10 жовтня 2013 р. КК України було доповнено ст. 206-2 «Протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації». На сьогодні існує потреба вдосконалення кримінально-правових норм, що встановлюють відповідальність за незаконне захоплення та поглинання юридичних осіб. Одним із питань у цьому контексті, що заслуговують на увагу, є питання про соціальну обумовленість встановлення, збереження кримінальної відповідальності за діяння, передбачені ст. 206-2 КК України. Дослідники обґрунтовано зазначають, що соціальна обумовленість встановлення та збереження кримінальної відповідальності за певний вид злочинів є елементом кримінально-правової характеристики відповідного виду злочинів. Великого значення набуває встановлення відповідності кожної кримінально-правової норми потребам суспільства та констатація ефективності її дії¹.

Над цією темою працювали такі науковці, як П. Андрушко, А. Бойко, Н. Грищенко, О. Дудоров, А. Закалюк, О. Кальман, В. Киричко, В. Мойсик, Г. Марітчак, П. Матишевський, О. Перепилиця, М. Погорецький, Л. Скора, Є. Стрельцов, М. Хавронюк та інші. Зазначені дослідники розглядали проблеми, що стосуються об'єкта даного злочину, об'єктивної сторони, соціальної обумовленості існування в КК України відповідної норми. Однак питання про соціальну обумовленість, як видається, залишаються дискусійними і потребують вирішення.

Необхідність посилення попереджувальної функції кримінального закону, зазвичай, має наслідком виділення спеціальних кримінально-правових норм. Попри це, Ю. Баудін зазначає, що надмірне захоплення спеціальними складами злочинів часто призводить до необґрунтованої конкуренції загальної і спеціальної кримінально-правових норм, що негативно відбивається на практиці застосування КК України². Зважаючи на це, видається необхідним з'ясувати соціальну обумовленість виділення законодавцем в Особливій частині КК складу злочину, передбаченого ст. 206-2, зокрема, чи обґрунтованим є встановлення й існування в Кримінальному кодексі України зазначеної статті, що передбачає відповідальність за протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації.

Слід зазначити, що серед дослідників немає одностайності як щодо системи факторів, що обумовлюють встановлення (існування, збереження) кримінальної відповідальності, так і щодо терміна, яким доцільно їх власне позначати. При цьому використовуються такі поняття, як підстави, критерії, принципи. На нашу думку, найбільш оптимальною є система принципів, запропонована Г. Злобіним, до яких, зокрема, науковець пропонує відносити соціальні і соціально-психологічні принципи криміналізації; системно-правові принципи криміналізації³. Розглянемо, чи відповідає таке діяння, кримінальна відповідальність за яке встановлена у ст. 206-2 КК України, групі соціальних і соціально-психологічних принципів криміналізації.

До *соціальних і соціально-психологічних принципів криміналізації* відносять такі: принцип суспільної небезпеки; принцип відносної поширеності діяння; принцип домірності позитивних і негативних наслідків криміналізації; принцип кримінально-політичної адекватності криміналізації.

Принцип суспільної небезпеки є найважливішим для криміналізації діяння. Виправданою є криміналізація лише того діяння, суспільна небезпека якого із точки зору кримінального права є досить високою. О. І. Коробеев обґрунтовано зазначає, що кримінальне законодавство, як чинне, так і те, що лише проектується, можна визнавати науково обґрунтованим за умови, якщо воно адекватно відображає в каральних заходах характер та ступінь суспільної небезпеки діянь, з якими воно покликане боротись⁴.

Відповідно до ст. ст. 41, 42 Конституції України кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю; ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності; кожен має право на

підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом. На зазначені конституційні права, гарантії підприємницької діяльності посягає злочин, передбачений ст. 206-2 КК України. Суспільна небезпека цього злочину полягає у протиправному вилученні з володіння підприємств, установ, організацій належного їм майна. При цьому істотна шкода заподіюється суспільним відносинам, пов'язаним з реалізацією підприємствами, установами, організаціями прав на їхнє майно (законодавець визначив це як один з аспектів встановленого порядку здійснення господарської діяльності) та додатковому об'єкту – відносинам власності. В. Тацій зазначає, що при вчиненні даного злочину порушується встановлений законодавством порядок щодо використання майна підприємств, установи чи організацій, тим самим завдається шкода суспільним відносинам, які встановлюються державою для забезпечення їх нормальної діяльності⁵.

Захоплення підприємств, установ, організацій нерідко руйнує їх, залишаючи людей без роботи, створюючи підґрунтя для соціальних конфліктів та суперечностей. Це спричиняє низку негативних наслідків для економіки держави – відтік інвесторів, ненадходження до бюджету податків. У результаті чого тисячі громадян стали безробітними. Як наслідок, руйнуються стратегічні підприємства, банкрутують ефективні виробництва, знижується інвестиційна привабливість цілих галузей, при цьому тиск рейдерів на бізнес щорічно відбирає у країни до 1 % економічного росту⁶. Рейдерство цілком може зруйнувати малий та середній бізнес, якщо не протидіяти цьому явищу.

Принцип відносної поширеності діяння означає, що криміналізоване діяння повинно бути відносно розповсюдженим, проте не загальнопоширеним явищем. В. Кудрявцев обґрунтовано зазначає, що будь-які спроби криміналізувати занадто поширені форми поведінки були б, беззаперечно, дисфункціональними, тому що результат вийшов би за межі практичних можливостей кримінальної юстиції, і тим самим була б зведена в норму безкарність діянь, оголошених злочинними⁷.

Якщо розглядати у цьому контексті діяння, передбачене ст. 206-2 КК України, слід зазначити, що 2005–2006 рр. стали часом розквіту українського рейдерства – жоден порушник, жодна особа чи компанія, які винні у незаконному захопленні власності, не були притягнуті хоча б до адміністративної відповідальності⁸.

Про рівень рейдерства в Україні та його вражаючі масштаби свідчать такі факти: в нашій країні діє щонайменше 40–50 спеціалізованих рейдерських груп, які складаються з досвідчених юристів та економістів; рейдерство набуло в Україні системного характеру. Кількість захоплень сягає 3000 на рік; результативність рейдерських атак – понад 90 %; українське рейдерство має відчутну кримінальну складову: протиправні дії чиняться із залученням збройних формувань, а подекуди – навіть співробітників правоохоронної системи тощо⁹.

Водночас за даними офіційної статистики Генеральної прокуратури України за період 2015 р. зареєстровано 25 злочинів за ст. 206-2 КК України, за якими здійснювались кримінальні провадження; з них вручено повідомлення про підозру у одному провадженні; одне з обвинувальним актом направлено до суду; у восьми – кримінальне провадження закрито; судові рішення не прийнято на кінець року у 24, тобто практично у жодному провадженні. За 2016 р. зареєстровано 66 злочинів за ст. 206-2 КК України, з них вручено повідомлення про підозру у трьох провадженнях; два провадження зупинені; одне з обвинувальним актом направлено до суду; у 14 – кримінальне провадження закрито; судові рішення не прийнято на кінець року у 63. Щодо 2017 р. – зареєстровано 68 кримінальних проваджень за ст. 206-2 КК України, з них вручено повідомлення про підозру в семи; одне провадження зупинене; чотири з обвинувальним актом направлено до суду; у 12 – кримінальне провадження закрито; судові рішення не прийнято на кінець року у 63, тобто практично у жодному провадженні¹⁰. Ці дані свідчать про поширеність цих злочинів та недостатній рівень боротьби з ними.

Принцип домірності позитивних і негативних наслідків криміналізації. А. М. Яковлев зазначає, що оптимальна криміналізація забезпечує баланс між бажаним результатом і витратами, невідворотними в ході його досягнення; вона передбачає корегування кримінального закону так, щоб звести витрати або інші шкідливі побічні результати до можливого мінімуму. Крайнім варіантом максимальної криміналізації буде ситуація, коли невраховані при виданні кримінального закону побічні результати самі по собі виявляються більш шкідливими і небажаними для суспільства, ніж те явище, для боротьби з яким була створена кримінально-правова норма¹¹.

За неофіційними даними громадських організацій у 2015 р. з 3000 рейдерських захоплень 2700 були успішними. За експертною оцінкою, щорічний обсяг сегмента поглинань і злиттів (без приватизації) становить понад 3 млрд дол. США; середньостатистична норма прибутку рейдера в Україні, за експертними оцінками, становить близько 1000 %¹². Видається, що витрати держави на ведення боротьби кримінально-правовими засобами з цим суспільно небезпечним явищем, в тому числі на виконання покарання щодо осіб, засуджених за ст. 206-2 КК України, навряд чи перевищить ту майнову шкоду, яка щороку завдається державі, фізичним та юридичним особам. Виділення в КК України цієї статті створює підґрунтя для належної боротьби з цим видом посягань.

Принцип кримінально-політичної адекватності полягає у врахуванні при криміналізації діянь тенденцій соціальної політики суспільства і держави у кримінальній політиці держави¹³.

Статтями 205-1, 206-2, спрямованими на правову охорону майна юридичних осіб від незаконних корпоративних захоплень, КК України було доповнено ЗУ № 642-VII від 10 жовтня 2013 року. Проект цього Закону мав назву «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо протидії протиправному поглинанню та захопленню підприємств», та за пояснювальною запискою до нього був розроблений з метою недопущення використання схем і методів протиправного поглинання і захоплення підприємств, що створює

реальну загрозу національним та економічним інтересам нашої держави і вимагає формування ефективної системи протидії цим проявам¹⁴.

На основі викладеного вище можна зробити висновок про відповідність норм, передбачених ст. 206-2 КК України, групі соціальних і соціально-психологічних принципів, які зумовлюють встановлення кримінальної відповідальності.

Наступну групу представляють системно-правові принципи, які дослідники поділяють на: загальноправові системні та кримінально-правові принципи криміналізації¹⁵. Однак ми ведемо мову про принципи не лише криміналізації, а й існування та збереження кримінальної відповідальності за певні діяння, тобто систему принципів, що визначають соціальну обумовленість виділення відповідної норми в кримінальному праві України.

Принцип конституційної адекватності в практиці законотворчості застосування цього правила за необхідності приймає форму і здійснюється шляхом відповіді на запитання, чи не суперечить в чому-небудь пропонує новела Конституції¹⁶.

У цьому контексті доцільно згадати вищезгадані ст. ст. 41, 42 Конституції України та ст. 68, згідно з якою кожен зобов'язаний неухильно додержуватися Конституції України та законів України, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей. Дії осіб щодо протиправного заволодіння майном підприємства, установи, організації способом, передбаченим у ст. 206-2 КК України, посягають на права та свободи громадян, котрі є власниками та засновниками цих підприємств, установ чи організацій. Тобто, кримінально-правова заборона протиправного заволодіння майном підприємства, установи, організації не суперечить положенням Конституції України, але й покликана охороняти передбачені нею права особи, а, отже, повною мірою відповідає цьому принципу.

Принцип системно-правової несуперечності криміналізації конкретного діяння. В науковій літературі зазначається, що його сутність полягає у необхідності з'ясування, чи не суперечить криміналізація нормам інших галузей права¹⁷ та принципам побудови системи кримінального права. Стаття 206-2 входить до Розділу VII «Злочини у сфері господарської діяльності» Особливої частини КК України. Із назви статті може постати питання, чи не вступає ця норма у відносини конкуренції з деякими нормами, передбаченими статтями розділу VI Особливої частини КК України «Злочини проти власності», однак, виходячи зі змісту диспозиції норми, передбаченої ч. 1 ст. 206-2 КК України, можна зробити висновок про доцільність виділення цієї норми в системі Особливої частини, виходячи зі специфічного способу заволодіння майном підприємства, установи, організації. Несуперечність нормам інших галузей права розкриває себе у тому, що не вважається злочинним те, що допущене чи дозволене іншим чинним законом. Злочин, передбачений ст. 206-2 КК України, посягає на конституційні основи правового господарського порядку в Україні, визначені в ч. 2 ст. 5 Господарського кодексу України, тому таке діяння не може бути передбачене як дозволене будь-яким нормативно-правовим актом, отже, криміналізація цього злочину повністю відповідає принципу системно-правової несуперечності.

Принцип міжнародно-правової необхідності і допустимості криміналізації. Даний принцип набув важливості із вступом України у Раду Європи та, відповідно, із обов'язком узгодження норм вітчизняного права згідно із нормами міжнародного права.

Найчастіше протиправні заволодіння майном підприємства, установи, організації вчиняються злочинними організаціями. Положення щодо боротьби із ними передбачено у Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності (2000 р.), Конвенції ООН проти корупції (2003 р.), Рамковій Конвенції ООН проти організованої злочинності (1997 р.) та ін. Отже, норми, передбачені ст. 206-2 КК України, відповідають положенням зазначених міжнародно-правових актів, оскільки спрямовані на боротьбу з діяльністю злочинних організацій у сфері рейдерських захоплень та боротьби з організованою злочинністю.

Принцип процесуальної здійсненості переслідування являє собою можливість бути достатньо ефективним за умови, якщо всі ознаки, що передбачені нормою складу злочину, можуть бути реально доведеними. Науковці стверджують: «будь-яка ознака складу злочину повинна бути сформульована таким чином, щоб факт її існування в більшості випадків міг бути виявленим та доведеним із достатнім ступенем достовірності, процесуально допустимими діями, без шкоди для моралі та соціально позитивних міжособистісних зв'язків людей»¹⁸. Цей принцип поширюється не лише на об'єктивні ознаки діяння, а й також на всі істотні елементи суб'єктивної сторони злочину, доведення якої становить більші труднощі.

Видається, що норми, передбачені ст. 206-2 КК України, відповідають цьому принципу, оскільки зазначений злочин завжди залишає за собою матеріальні сліди, крім того, спосіб його вчинення свідчить про умисну форму вини.

Другу підгрупу становлять кримінально-правові системні принципи, до яких відносять: принцип відсутності прогалин у законі і ненадмірності заборони, принцип визначеності і єдності термінології, принцип домірності санкції і економії репресії¹⁹.

Принцип відсутності прогалин у законі і ненадмірності заборони. Цей принцип полягає у позитивній відповіді на такі запитання: чи зміниться в результаті новизни міра відповідальності злочинця за будь-яке з можливих діянь? Чи є зміна, та якщо вона настала чи є вона саме такою, як передбачав законодавець²⁰? Цей принцип тісно пов'язаний із *принципом повноти складу*. Криміналізація певного діяння передбачає конкретність і визначеність кримінально-правової норми. У законі необхідна вказівка на всі ознаки відповідного діяння (дії чи бездіяльності) при конструюванні конкретного складу злочину²¹.

Аналізуючи норми ст. 206-2 КК України, можна зробити висновок, що вони повною мірою відповідають зазначеному принципу та виправдано передбачені у розділі VII, а не у розділі VI Особливої частини КК України. Інколи виникає запитання: чи слід було виокремлювати в самостійний злочин «Протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації», якщо у розділі VI передбачено відповідальність за заволодіння майном юридичних осіб шляхом вчинення злочинів проти власності – крадіжки, грабежу, розбою, вимагання та іншими способами, що є ознаками відповідних складів злочинів проти власності? Насправді слід дати ствердну відповідь на це запитання, оскільки злочин, передбачений ст. 206-2 КК України, характеризується особливим способом – шляхом вчинення правочинів з використанням підроблених або викрадених документів, печаток, штампів підприємства, установи, організації. Також у даному злочині відмінний як родовий, так і безпосередній об'єкти посягання, порівняно з вищезгаданими злочинами проти власності.

Принцип визначеності і єдності термінології полягає в тому, що формулювання в кримінально-правовій нормі суспільно небезпечних діянь повинне здійснюватися визначеною в законі термінологією, яка є єдиною для Загальної і Особливої частин КК України. Якщо ознаки злочину та умови настання відповідальності за нього не можуть бути виражені єдиною термінологією та спонукають вживати нові терміни, то такі терміни повинні бути визначені в самому законі.

Досить часто, ведучи мову про злочин, передбачений ст. 206-2 КК України, вживають таке поняття, як «рейдерство», проте у самому кримінальному законі цей термін не закріплений. Тобто, логічним було б закріплення цього поняття разом із визначенням у КК України, для уникнення труднощів тлумачення цієї норми.

Принцип домірності санкції і економії репресії тісно пов'язаний із принципом суспільної небезпечності. Факт справедливості у кримінальному праві напряму впливає із співрозмірності санкції злочину²². Видається, що санкція ст. 206-2 КК України є недостатньо збалансованою і не повністю відповідає суспільній небезпечності передбачених цією статтею діянь. Це лише обумовлює необхідність наступних наукових досліджень з метою вдосконалення її змісту та забезпечення відповідності цьому принципу.

Отже, здійснений системний аналіз дає можливість зробити висновок про наявність необхідних та достатніх підстав, що свідчать про соціальну обумовленість виділення, існування та збереження норм, передбачених ст. 206-2 КК України.

Зважаючи на збільшення протягом останніх років спроб та реально здійснених випадків протиправного заволодіння майном підприємств, установ, організацій, можна констатувати об'єктивну необхідність кримінально-правової охорони суспільних відносин, що виникають з приводу здійснення законної господарської діяльності, зокрема, реалізації суб'єктом господарювання свого права власності на належне йому майно. Це обумовлює необхідність встановлення достатньої відповідальності за так зване рейдерство. Водночас норми ст. 206-2 КК України потребують удосконалення у контексті такого принципу, як домірності санкції і економії репресії, що має бути предметом наступних наукових досліджень.

¹ Борисов В. До питання про сутність кримінально-правової характеристики злочинів / В. Борисов, О. Пашенко // Вісник Академії правових наук України. – Х.: Право, 2005. – С. 181, 186.

² Баулін Ю. В. Сучасне кримінальне право України: підсумки, тенденції, перспективи розвитку / Ю. В. Баулін // Питання боротьби зі злочинністю : зб. наук. пр. – Х. : Право, 2012. – Вип. 23. – С. 29–42.

³ Кудрявцев В. Н. Основания уголовно-правового запрета: криминализация и декриминализация / В. Н. Кудрявцев. – М. : Наука, 1982. – 304 с.

⁴ Коробеев А. И. Советская уголовно-правовая политика. Проблемы криминализации и пенализации / А. И. Коробеев. – Владивосток : Дальневост. ун-т, 1987. – 268 с.

⁵ Тацій В. Я. Об'єкт і предмет злочину в кримінальному праві: моногр. / В. Я. Тацій. – Х.: Право, 2016. – 256 с.

⁶ Носова О. В. Національна економіка: навч. посіб. / за заг. ред. О. В. Носової. – К.: Центр учбової літератури, 2013. – 512 с.

⁷ Основні передумови та шляхи подолання рейдерства в Україні: аналітична записка, підготовлена відділом регіональної політики Національного інституту стратегічних досліджень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://old.niss.gov.ua/monitor/juli/1.htm>

⁸ Хто реально протидіє рейдерам : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.epravda.com.ua/columns/2016/08/4/601356/>

⁹ Там само.

¹⁰ Офіційний сайт Генеральної прокуратури України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=113653&libid=100820&c=edit&_c=fo#

¹¹ Кудрявцев В. Н. Вказана праця. – С. 178.

¹² Основні передумови та шляхи подолання рейдерства в Україні: аналітична записка, підготовлена відділом регіональної політики Національного інституту стратегічних досліджень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://old.niss.gov.ua/monitor/juli/1.htm>

¹³ Мисливий В. А. Сучасні тенденції криміналізаційних (декриміналізаційних) процесів / В. А. Мисливий : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/4731/Mislivij%20V.%20A.%20Krim%D1%96nal%D1%96zac%D1%96ja%20ta%20dekrim%D1%96nal%D1%96zac%D1%96ja.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹⁴ Офіційний сайт Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=45160&pf35401=239430>

¹⁵ Дагель П. С. Основания уголовно-правового запрета : Криминализация и декриминализация / В. Н. Кудрявцев, П. С. Дагель, Г. А. Злобин и др.; отв. ред. В. Н. Кудрявцев, А. М. Яковлев. – М. : Наука, 1982. – 304 с.

¹⁶ Кудрявцев В. Н. Вказана праця. – С. 228.

¹⁷ Тацій В. Я. Ответственность за хозяйственные преступления: объект и система / В. Я. Тацій. – Х. : Изд-во при Харьк. гос. ун-те ИО «Вища школа», 1984. – 232 с.

¹⁸ Кудрявцев В. Н. Вказана праця. – С. 232.

¹⁹ Дагель П. С. Вказана праця. – С. 204.

²⁰ Кудрявцев В. Н. Вказана праця. – С. 235–236.

²¹ Коробеев А. И. Вказана праця. – С. 226.

²² Дагель П. С. Вказана праця. – С. 240.

Резюме

Слотило О. Р. Соціальна обумовленість виділення складу злочину «Протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації».

У статті досліджено доцільність виокремлення складу злочину «Протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації». Проведено системний аналіз відповідності суспільно небезпечного діяння, передбаченого ст. 206-2 КК України, соціальним і соціально-психологічним принципам криміналізації, загальноправовим системним принципам та кримінально-правовим принципам криміналізації, які виділяють дослідники в галузі кримінального права. З'ясовано відповідність цього діяння принципам, що обумовлюють встановлення та збереження кримінальної відповідальності за ці діяння.

Ключові слова: соціальна обумовленість, криміналізація, кримінальна відповідальність, протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації.

Резюме

Слотило О. Р. Социальная обусловленность выделения состава преступления «Противоправное завладение имуществом предприятия, учреждения, организации».

В статье исследовано целесообразность выделения состава преступления «Противоправное завладение имуществом предприятия, учреждения, организации». Проведен системный анализ соответствия общественно опасного деяния, предусмотренного ст. 206-2 УК Украины, социальным и социально-психологическим принципам криминализации, общеправовыми системными принципами и уголовно-правовым принципам криминализации, которые выделяют исследователи в области уголовного права. Выяснено соответствие этого деяния принципам, обуславливающим установление и сохранение уголовной ответственности за эти деяния.

Ключевые слова: социальная обусловленность, криминализация, уголовная ответственность, противоправное завладение имуществом предприятия, учреждения, организации.

Summary

Slotylo O. Social conditionality of corpus delicti determination «Illegal takeover of property of an enterprise, institution, organization».

The article deals with the necessity of corpus delicti determination «Illegal takeover of property of an enterprise, institution, organization». The socially dangerous act according to the Article 206-2 of Criminal Code of Ukraine in the context of social, socio-psychological principles of criminalization, general legal system and criminal-law principles have been analyzed. The act relevance to the principles ensuring determination and duration of criminal liability. has been revealed.

Key words: social conditionality, criminalization, criminal liability, illegal possession of the property of an enterprise, institution, organization.

УДК 343.28/29

Б. Б. УМАНЕЦЬ

Богдана Богданівна Уманець, аспірант Класичного приватного університету

ЗАГАЛЬНІ ЗАСАДИ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ У МЕЖАХ САНКЦІЇ СТАТТІ ТА ВІДПОВІДНО ДО ПОЛОЖЕНЬ ЗАГАЛЬНОЇ ЧАСТИНИ КК: ВЗАЄМОЗВ'ЯЗОК ТА ВЗАЄМОБУМОВЛЕНІСТЬ

Інститут призначення покарання, як і будь-який інститут кримінального права, має величезне значення для точної оцінки та формулювання перспектив розвитку доктрини кримінального права, а також правозастосовної практики реалізації положень закону про кримінальну відповідальність України. Частина 1 ст. 65 Кримінального кодексу України¹ (далі – КК України) визначає, що суд призначає покарання: 1) у межах, установлених у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини цього Кодексу, що передбачає відповідальність за вчинений злочин, за винятком випадків, передбачених частиною другою ст. 53 цього Кодексу; 2) відповідно до положень Загальної частини цього Кодексу; 3) враховуючи ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного та обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання.

© Б. Б. Уманець, 2017

Фундаментальні роботи у напрямі визначення змісту та основних засад призначення покарання належать таким зарубіжним та вітчизняним вченим, як М. І. Бажанов, Є. В. Благгов, С. А. Велієв, Т. А. Денисова, Д. С. Дядькин, О. В. Євдокімова, А. В. Наумов, Т. В. Непомняща, В. В. Полтавець, Т. В. Сахарук, В. І. Тютюгін, М. А. Шнейдер та іншим провідним науковцям.

За визначенням М. І. Бажанова, загальні засади призначення покарання – це встановлені законом критерії (вимоги, положення, правила) про порядок і межі призначення покарання, якими має керуватися суд при призначенні покарання у будь-якій кримінальній справі і щодо кожного підсудного². Водночас чинний закон про кримінальну відповідальність у п. 1 ч. 1 ст. 65 КК України зазначає: «...за винятком випадків, передбачених ч. 2 ст. 53 цього Кодексу». Слід підкреслити, що наведене положення являє собою не загальну засаду призначення покарання, а є спеціальним правилом призначення покарання у виді штрафу за межами санкції статті Особливої частини КК України.

Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» від 15 листопада 2011 р. № 4025-VI³ ч. 2 ст. 53 КК України було доповнено положенням, що за вчинення злочину, за який передбачене основне покарання у виді штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (далі – НМДГ), розмір штрафу, що призначається судом, *не може бути меншим* (виділено нами. – *Б.У.*) за розмір майнової шкоди, завданої злочинцем, або отриманого внаслідок вчинення злочину доходу, незалежно від граничного розміру штрафу, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини цього Кодексу.

Не можуть залишатися без уваги й спеціальні правила призначення покарання, передбачені ч. 3 ст. 43 КК щодо засудження особи, яка при виконанні спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації умисно вчинила у складі такої групи чи злочинної організації особливо тяжкий злочин, поєднаний з насильством над потерпілим, або тяжкий злочин, пов'язаний з спричиненням тяжкого тілесного ушкодження потерпілому чи настанням інших тяжких або особливо тяжких наслідків. Спеціальні правила призначення покарання також передбачені й ст.ст. 68, 69-1, 70, 71 та 103 КК України.

Слід також погодитися з науковою позицією, що при призначенні покарання певну обмежувальну роль виконують й норми, що регламентуються іншими інститутами Загальної частини кримінального права України щодо чинності закону про кримінальну відповідальність у часі (ч. 2 ст. 4 КК); зворотної дії кримінального закону (ст. 5 КК); правових наслідків засудження особи за межами України (ст. 9 КК); покарання особи, яка вчинила злочин у стані осудності, але до постановлення вироку захворіла на психічну хворобу (ч. 3 ст. 19 КК); врахування судом визнання особи обмежено осудною при призначенні покарання (ч. 2 ст. 20 КК); призначення за один злочин лише одного основного покарання та приєднання до нього одного чи кількох додаткових покарань у випадках та порядку, передбачених КК України (ч. 4 ст. 52 КК); заміни несплаченої суми штрафу покаранням у виді громадських або виправних робіт чи позбавлення волі (ч. 5 ст. 53 КК); призначення позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як додаткового покарання й у випадках, коли воно не передбачене в санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК України (ч. 2 ст. 55 КК); обмеження призначення окремих видів покарання певним категоріям осіб (ч. 3 ст. 56, ч. 2 ст. 57, ст. 58, ч. 3 ст. 60, ч. 3 ст. 61, ч. 2 ст. 64 КК); застосування давності до особи, засудженої до довічного позбавлення волі (ч. 5 ст. 80 КК); призначення покарання неповнолітнім (ст. ст. 98–103 КК) тощо.

Ми повністю поділяємо позицію А. А. Музики та О. П. Гороха, згідно з якою загальними засадами призначення покарання є лише правила, що знайшли своє закріплення у ч. 1 ст. 65 КК України. Положення про можливість призначення більш суворого виду покарання з числа передбачених за вчинений злочин (ч. 2 ст. 65 КК); більш суворого покарання, ніж передбачене відповідними статтями Особливої частини КК за сукупністю злочинів і за сукупністю вироків (ч. 4 ст. 65 КК); призначення більш м'якого покарання, ніж це передбачено відповідною статтею Особливої частини КК (ч. 3 ст. 65 КК), не є окремими критеріями (правилами) загальних засад призначення покарання, а лише деталізують таку складову загальної засади, як призначення покарання в межах санкції статті Особливої частини КК (п. 1 ч. 1 ст. 65 КК) і за своєю сутністю мають відсильний характер. «Доречно зазначити, що суди у вирокках не посилаються (і не повинні посилятися) на інші пункти ст. 65 Кримінального кодексу України, крім передбачених ч. 1 ст. 65 КК (так само, як вони не посилаються, зокрема, на положення статей 11, 18, 23, 32 КК)»⁴.

Водночас у юридичній літературі наголошується, що головною метою як загальних засад, так і принципів призначення покарання, є забезпечення правильного та обгрунтованого призначення покарання, що й зумовлює характер їх співвідношення⁵. На таких позиціях знаходиться й судова практика, зазначаючи у п. 1 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику призначення судами кримінального покарання» від 24 жовтня 2003 р. № 7: «Звернути увагу судів на те, що вони при призначенні покарання в кожному випадку і щодо кожного підсудного, який визнається винним у вчиненні злочину, мають суворо дотримувати вимог ст. 65 КК стосовно загальних засад призначення покарання, оскільки саме через останні реалізуються принципи законності, справедливості, обгрунтованості та індивідуалізації покарання»⁶.

У юридичній літературі зазначається, що перша засада, передбачена п. 1 ч. 1 ст. 65 КК, зобов'язує суд призначити покарання в межах, що встановлені санкцією статті КК (частини статті), за якою кваліфіковано злочин. Водночас, оскільки більшість санкцій статей є альтернативними, законом закріплено положення, яким передбачено, що більш суворий вид покарання з числа передбачених за вчинений злочин призначається лише у разі, якщо менш суворий вид покарання буде недостатнім для виправлення особи та попередження

вчинення нею нових злочинів (ч. 2 ст. 65 КК України)^{7,8,9}. В. І. Ткаченко зазначає, що при обранні покарання за злочин, санкція якого містить вказівку на два або декілька видів основних покарань, суд насамперед обирає конкретний вид покарання, потім за обраним видом покарання призначає його розмір. Оскільки абсолютна більшість статей мають санкції з вказівкою на верхній або на верхній і нижній розміри, суд в їх межах і обирає конкретне покарання. «Цей вибір проводиться із урахуванням інших загальних засад призначення покарання»¹⁰.

С. В. Благов наголошує на тому, що при конструюванні санкцій статей Особливої частини законодавець достатньо часто вдається до визначення виключно верхньої межі покарання, не встановлюючи мінімальний розмір (формат) того чи іншого виду покарання¹¹. Така практика конструювання санкцій, передбачених окремою статтею (або частиною статті) Особливої частини, є достатньо поширеною і у КК України. Так, визначаючи строк виправних робіт, обмеження волі та позбавлення волі за умисні вбивства, вчинені за обставин, що пом'якшують відповідальність (ст. ст. 116–118 КК України), законодавець вказує виключно на максимальні межі таких видів покарання (до п'яти років – ст. ст. 116 та 117 КК; до двох або до трьох років – ст. 118 КК), не встановлюючи нижню межу відповідного виду покарання. Відсутність чітко визначених меж, установлених у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК, унеможливорює текстуальну реалізацію загальної засади призначення покарання, передбачену п. 1 ч. 1 ст. 65 КК України, оскільки виключається можливість призначення покарання у відповідних межах, що, у свою чергу, не дозволяє характеризувати такий припис як уособлений і самостійний серед інших засад, передбачених цією нормою.

У такому випадку призначення покарання у межах, встановлених у санкції статті, повинно застосовуватися тільки у поєднанні з іншою засадою – відповідно до положень Загальної частини КК (п. 2 ч. 1 ст. 65 КК). Тільки за такої сукупності можуть бути визначені мінімальні межі застосування відповідного виду покарання, здійснена реалізація положень, передбачених п. 1 ч. 1 ст. 65 КК України, та з'ясується, що покарання у виді виправних робіт встановлюється на строк від шести місяців (ч. 1 ст. 57 КК), обмеження волі встановлюється на строк від одного року (ч. 2 ст. 61 КК), позбавлення волі – від одного року (ч. 2 ст. 63 КК). Водночас, як вже зазначалося, положення Загальної частини КК України містять й іншу деталізацію засад призначення покарання у межах, установлених у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК, як передбачені ч. 2 ст. 4, ст. ст. 5 та 9, ч. 3 ст. 19, ч. 2 ст. 20, ч. 4 ст. 52, ч. 5 ст. 53, ч. 2 ст. 55, ч. 3 ст. 56, ч. 2 ст. 57, ст. 58, ч. 3 ст. 60, ч. 3 ст. 61, ч. 2 ст. 64, ч. 5 ст. 80, ст. ст. 98–103 КК України.

В. І. Тютюгін, посилаючись на судову практику застосування постанови ПВС України від 24 жовтня 2003 р. № 7¹², зазначає, що визначити у вироку конкретну його міру – означає визначити строк, розмір, суму. При визначенні цієї міри закон зобов'язує суд керуватися мінімумом і максимумом конкретної санкції і, за загальним правилом, забороняє виходити за ці межі. Отже, при призначенні покарання суд обмежений мінімальними й максимальними межами конкретної санкції. По-перше, це стосується можливості вибору судом виду покарання, тому що за один злочин суд може: а) призначити лише одне основне покарання; б) приєднати до основного одне або кілька додаткових покарань. По-друге, обмежені й рамки конкретної міри покарання – вона має бути визначена лише в тих межах «від» і «до», які встановлені в санкції. Якщо ж у санкції визначено лише максимальну межу конкретного виду покарання (основного і/або додаткового), то мінімальна його межа дорівнює тому мінімуму, який встановлено для відповідного виду покарання у ст. ст. 53–63 Загальної частини КК і за межі якого суд не має права вийти за жодних умов¹³.

Таким чином, сенс введення у кримінальний закон вказівки щодо обрання покарання «з урахуванням положень Загальної частини цього кодексу» відносно першого загального правила призначення покарання, яке розглядається, науковці вбачають у конкретизації вказівки на межі, в яких слід визначати покарання, якщо вони повністю не окреслені у статті, що передбачає відповідальність за вчинений злочин. Наведене дає підстави окремим дослідникам припускати, що обрання покарання в межах, передбачених відповідною статтею Особливої частини КК та з урахуванням положень Загальної частини кримінального закону, являє собою одне єдине загальне правило призначення покарання¹⁴. Таку позицію підтримує й Д. С. Дядькін, зазначаючи, що обидві вказані засади становлять єдине і нерозривне правило, оскільки у такому випадку маються на увазі ті норми Загальної частини, які пов'язані з призначенням покарання (визначають його задачі й принципи, поняття покарання, його мету та види, загальні та спеціальні правила призначення покарання, призначення покарань, прямо не зазначених у санкціях статей Особливої частини КК, особливості кримінальної відповідальності та покарання неповнолітніх), а також норми Загальної частини КК, що вирішують інші питання, які відносяться до покарання, вчиненого злочинцем й особистості злочинця¹⁵.

Аналізуючи таку позицію, А. М. Ященко зауважує, що введення у кримінальний закон вказівки щодо обрання покарання з урахуванням положень Загальної частини цього Кодексу вбачається не лише в конкретизації меж, в яких слід визначати покарання. Суд при визначенні покарання має керуватися й іншими приписами Загальної частини КК, більшість з яких слід віднести до інших самостійних загальних засад призначення покарання або навіть узагалі до спеціальних засад призначення покарання. Відтак, «єдність» першого правила призначення покарання, яке розглядаємо, може полягати лише у тому, що окремі положення Загальної частини КК виключно конкретизують межі «від» і «до» строку, розміру, суми, в яких слід визначити покарання, якщо вони повністю не окреслені у статті, що передбачає відповідальність за вчинене кримінальне правопорушення¹⁶. Виходячи з цього, автор вважає призначення покарання в межах санкції статті Особливої частини та враховуючи положення Загальної частини КК як два самостійні правила, які у сукупності мають враховуватися судом при призначенні покарання.

Водночас Л. Л. Кургликов обґрунтовано наголошує, що арсенал кримінально-правових засобів впливу, який може бути застосований судом, є більш широким, ніж той, що вказаний в санкції статті Особливої частини КК, але в окремих випадках може бути й вужчим (наприклад, встановлення обмежень щодо застосування конкретного виду покарання стосовно певної категорії осіб). Він наголошує, що за великим рахунком практично жодна санкція не здатна надати суду точного бачення про коло засобів впливу, які можуть бути застосовані, їх межі, строки та розміри, які суд має право або зобов'язаний вжити до особи, яка вчинила злочин¹⁷.

У зв'язку з наведеним нам імпонує пропозиція Є. В. Благов, що в межах цієї загальної засади призначення покарання необхідно вказати у законі на точне дотримання характеру визначення відповідного покарання в конкретній статті Особливої частини КК¹⁸.

Така позиція цілком може бути реалізована шляхом зміни редакції п. 1 ч. 1 ст. 65 КК України та формулювання щодо цієї засади необхідності врахування положень Загальної частини закону про кримінальну відповідальність, які стосуються різного роду винятків, пов'язаних з неможливістю застосування окремих видів покарання, передбачених санкцією відповідної статті Особливої частини КК, щодо певного кола осіб (ст. 54, ч. 3 ст. 56, ч. 2 ст. 57, ст. 58, ч. 3 ст. 60, ч. 3 ст. 61, ст. 62, ч. 2 ст. 64 КК) або конкретних обставин вчинення злочину (ч. 3 ст. 43, ч. 4 ст. 49, ч. 2 ст. 55, ст. ст. 68, 69-1, 70, 71 та 103 КК), заміни одного виду покарання іншим (ч. 5 ст. 53 КК), особи винного (ст. ст. 98–102 КК) чи перевищення відповідного розміру, зазначеного у санкції статті (ч. 2 ст. 53 КК).

На нашу думку, така пропозиція може бути реалізована викладенням п. 1 ч. 1 ст. 65 КК України у наступній редакції:

«1) у межах, установлених у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини цього Кодексу, що передбачає відповідальність за вчинений злочин, *на підставі, в межах та у спосіб, що встановлені положеннями Загальної частини цього Кодексу*».

Водночас наведене жодним чином не обумовлює необхідності будь-яких змін у визначенні загальної засади призначення покарання, передбаченої п. 2 ч. 1 ст. 65 КК України.

¹ Кримінальний кодекс України: Закон від 5 квітня 2001 р. № 2341-III // База даних «Законодавство України» / ВР України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2001-05>

² *Бажанов М. И.* Назначение наказания по советскому уголовному праву / М. И. Бажанов. – К. : Вища школа. Головное изд-во, 1980. – 216 с. – С. 23–24.

³ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності: Закон від 15 листопада 2011 р. № 4025-VI // База даних «Законодавство України» / ВР України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4025-17> (дата звернення: 09.02.2018).

⁴ *Музыка А. А.* Покарання та його застосування за злочини проти здоров'я населення: моногр. / А. А. Музыка, О. П. Горюх. – К.: Паливода А. В., 2012. – 404 с. – С. 160.

⁵ *Прохоров Л. А.* Общие начала назначений наказания и предупреждение рецидивной преступности / Л. А. Прохоров. – Омск: Омская высш. школа милиции МВД СССР, 1980. – 77 с. – С. 11–14.

⁶ Про практику призначення судами кримінального покарання: постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 р. № 7 // База даних «Законодавство України» / ВР України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-03>

⁷ *Маляренко В. Т.* Про покарання за новим Кримінальним кодексом України: моногр. / В. Т. Маляренко. – К. : Фонд «Правова ініціатива», 2003. – 156 с. – С. 82.

⁸ *Соловьев А. Д.* Вопросы применения наказания по Советскому уголовному праву (законодательство и судебная практика) / А. Д. Соловьев. – М. : Госюриздат, 1958. – 203 с. – С. 35.

⁹ Кримінальне право. Загальна частина: підруч. / за ред. А. С. Беніцького, В. С. Гусласького, О. О. Дудорова, Б. Г. Розовського. – К. : Істина, 2011. – 1112 с. – С. 854.

¹⁰ *Ткаченко В. И.* Общие начала назначения наказания: учеб. пособ. / В. И. Ткаченко. – М. : ВЮЗИ, 1984. – 71 с. – С. 8.

¹¹ *Благов Е. В.* Применение уголовного права (теория и практика): моногр. / Е. В. Благов. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – 505 с. – С. 318–319.

¹² Про практику призначення судами кримінального покарання: постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 р. № 7 // База даних «Законодавство України» / ВР України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-03>

¹³ Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. / за ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна ; 5-те вид., допов. – Х.: Право, 2013. – Т. 1: Загальна частина / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін. – 376 с. – С. 248–249.

¹⁴ *Благов Е. В.* Вказана праця. – С. 319.

¹⁵ *Дядькин Д. С.* Теоретические основы назначения уголовного наказания: алгоритмический подход: моногр. / Д. С. Дядькин. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2006. – 510 с. – С. 193–194.

¹⁶ *Яценко А. М.* Застосування заходів кримінально-правового характеру: моногр. / А. М. Яценко. – Х.: Харків. нац. ун-т внутр. справ, 2014. – 349 с.

¹⁷ *Кругликов Л. Л.* Дифференциация ответственности в уголовном праве: моногр. / Л. Л. Кругликов, А. В. Васильевский. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 300 с. – С. 282.

¹⁸ *Благов Е. В.* Применение уголовного права (теория и практика): моногр. / Е. В. Благов. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – 505 с. – С. 320–321.

Резюме

Уманець Б. Б. Загальні засади призначення покарання у межах санкції статті та відповідно до положень Загальної частини КК: взаємозв'язок та взаємообумовленість.

У статті розглядаються питання визначення сутності загальних засад призначення покарання, передбачених пунктами 1 та 2 ч. 1 ст. 65 КК України, щодо призначення покарання у межах, установлених у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК, що передбачає відповідальність за вчинений злочин, та відповідно до положень Загальної частини КК. Досліджуються взаємозв'язок і взаємообумовленість цих двох засад призначення покарання та робиться висновок про неможливість реалізації першої з них без урахування положень Загальної частини КК. Пропонується авторська редакція п. 1 ч. 2 ст. 65 КК України, що дозволить розглядати таку засаду як самостійну та відокремлену від інших засад призначення покарання.

Ключові слова: загальні засади призначення покарання; призначення покарання у межах санкції статті; призначення покарання відповідно до положень Загальної частини КК; підстави, межі та спосіб призначення покарання.

Резюме

Уманець Б. Б. Общие начала назначения наказания в пределах санкции статьи и в соответствии с положениями Общей части УК: взаимосвязь и взаимообусловленность.

В статье рассматриваются вопросы определения сущности общих начал назначения наказания, предусмотренных пунктами 1 и 2 ч. 1 ст. 65 УК Украины, относительно назначения наказания в пределах, установленных санкцией статьи (санкцией части статьи) Особенной части УК, предусматривающей ответственность за совершенное преступление, и в соответствии с положениями Общей части УК. Исследуются взаимосвязь и взаимообусловленность этих двух начал назначения наказания и делается вывод о невозможности реализации первого из них без учета положений Общей части УК. Предлагается авторская редакция п. 1 ч. 2 ст. 65 УК Украины, которая позволит рассматривать такой элемент как самостоятельный и изолированный от других начал назначения наказания.

Ключевые слова: общие начала назначения наказания; назначение наказания в пределах санкции статьи; назначение наказания в соответствии с положениями Общей части УК; основания, пределы и способ назначения наказания.

Summary

Umanets B. General beginning awarding punishment within the limits of approval the article and in accordance with positions of General part of the Criminal Code of Ukraine: intercommunication and interconditionality.

The questions of determination of essence of the general beginnings of awarding punishment, foreseen points 1 and 2 are examined in the part is 1 articles 65 of the Criminal Code of Ukraine, in relation to awarding punishment scope, set approval of the article (by approval of part of the article) of Special part of the Criminal Code of Ukraine, foreseeing responsibility for a perfect crime, and in accordance with positions of General part of the Criminal Code of Ukraine. Intercommunication and interconditionality is probed these two began awarding punishment and drawn a conclusion about impossibility of realization first from them without the account of positions of General part of the Criminal Code of Ukraine. The author release of point 1 part is 2 articles 65 of the Criminal Code of Ukraine which will allow to examine such element as independent and isolated from other beginnings of awarding punishment.

Key words: general beginnings of awarding punishment; awarding punishment within the limits of approval the article; awarding punishment in accordance with positions General part of the Criminal Code of Ukraine; grounds, limits and method of awarding punishment.

УДК 340.134

О. Р. ВАЙЦЕХОВСЬКА

Оксана Романівна Вайцеховська, кандидат юридичних наук, доцент юридичного факультету Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

ПРАВОВА ПРИРОДА КОМЕРЦІЙНИХ УГОД МІЖ ДЕРЖАВАМИ ТА ІНОЗЕМНИМИ ПРИВАТНИМИ ЮРИДИЧНИМИ ОСОБАМИ

Кількість комерційних угод між державами та юридичними приватними особами щодо отримання кредитів (позик) та інвестицій в останні десятиліття стрімко зростає. Потужні процеси глобалізації в сфері фінансових відносин міжнародного характеру обумовили зростання ролі приватних юридичних осіб. Близько 50 % боргових зобов'язань України належать приватним іноземним особам¹ (як юридичним, так і фізичним), які в сукупності своїй є важливим кредитором для України. На сьогодні в міжнародному фінансовому правопорядку спостерігається, з одного боку, посилення уваги публічних суб'єктів до приватноправових питань та зростання участі публічних суб'єктів у приватноправових відносинах міжнародного характеру, з іншого боку, – приватноправові відносини поступово набувають, так би мовити, «публічності»². На фоні таких тенденцій викликає науковий інтерес правова природа комерційних угод між державами як суб'єктами міжнародного права та іноземними юридичними особами як суб'єктами іноземного національного права. В свою чергу, з практичної точки зору актуальність дослідження даного питання обумовлена активною договірною діяльністю України у сфері фінансових відносин міжнародного характеру.

Метою статті є дослідження правової природи комерційних угод між державами та іноземними приватними юридичними особами, а також визначення правового статусу держав в таких угодах.

Сфера фінансових відносин міжнародного характеру має свою галузеву специфіку, яка накладає певний відбиток на особливості відносин між її учасниками. Держави вступають у правовідносини з іншими державами з питань фінансів у таких випадках: 1) при розробці міжнародних фінансових норм, що регулюють поведінку між державами в міжнародній фінансовій системі (питання валютних курсів тощо); 2) при розробці уніфікованих правових норм щодо зміни національних правових режимів у фінансовій сфері (питання уникнення подвійного оподаткування та інше); 3) при укладенні комерційних угод (оформлення індивідуальних кредитів, інвестицій тощо). Останній вид відносин, на відміну від двох попередніх, можливий також між державами та приватними юридичними особами.

Одним із можливих критеріїв класифікації правових осіб (фізичних, юридичних і суверенних) є системне походження, тобто первинна приналежність суб'єкта до тієї чи іншої правової системи. Відповідно до даного критерію правові особи, що вступають в міжнародно-правові комунікації, поділяються на: 1) оригінальні міжнародно-правові особи (держави та міжнародні організації), які виникають у межах міжнародно-правової системи, отримують персонативну форму міжнародно-правової особи і безпосередньо підпадають під пряму дію норм міжнародного права; 2) комплементарні суб'єкти (юридичні та фізичні особи), які первинно виникають в межах певної національної правової системи, отримують там персонативну форму національно-правової особи, безпосередньо підпадають під дію норм національного права і тільки в тому випадку, якщо національно-правова система допускає вихід подібних національно-правових осіб на міжнародно-правовий рівень, можливе встановлення з ними міжнародно-правової комунікації³.

У випадку, коли суб'єкти однакового системного походження вступають у відносини між собою, такі відносини регулюються відповідною системою права: 1) відносини між оригінальними міжнародно-правовими особами регулюються нормами міжнародного права; 2) відносини між комплементарними суб'єктами – нормами національного права (включаючи міжнародне приватне право). Складність виникає, коли у відносини вступають суб'єкти різного системного походження. Виникає питання, яким правом регулюються відносини, де з однієї сторони виступає держава, а з іншої – юридична чи фізична особа.

Сучасною тенденцією західних, а згодом і постсоціалістичних країн, стало впровадження на практиці концепції функціонального імунітету держав. Згідно з даною концепцією у відносинах комерційного харак-

теру держави, укладаючи договори з іноземними приватними контрагентами, відмовляються від свого імунітету, що прирівнює державу до юридичної особи⁴. Підтвердженням того, що до даної концепції схиляється більшість держав, стало підписання 2 грудня 2004 р. в рамках ООН Конвенції про юрисдикційні імунітети держав та їх власності⁵ (Конвенція ще не набрала чинності), в преамбулі якої зазначається: юрисдикційні імунітети держав та їх власності отримали загальне визнання в якості одного з принципів звичаєвого права. Норми ст. 10 Конвенції закріплюють, що в разі укладення державою, її складовою частиною або державною установою комерційної угоди з іноземною фізичною чи юридичною особою, і якщо в силу застосованих норм міжнародного приватного права вирішення спірної ситуації повинно розглядатись в іноземному суді, держава не може посилається на імунітет від юрисдикції даного суду іноземної держави. Дана норма Конвенції не поширюється на такі ж за своїм характером комерційні угоди, що укладаються між двома державами⁶.

Оскільки Конвенція про юрисдикційні імунітети держав та їх власності ще не набрала чинності, а чинну на сьогодні Європейську конвенцію про імунітет держав від 1972 р. ратифікувала незначна кількість країн⁷, тягар імплементації принципу відмови держав від імунітетів покладається на країни, які в своєму національному законодавстві закріплюють відповідні положення. У багатьох країнах даний принцип юридично закріплено або шляхом прийняття спеціальних законів щодо імунітетів держави та їх майна (США, Великобританія, Канада, Пакистан, Сінгапур, ПАР, Австралія тощо), або шляхом застосування в національних судах (Австрія, Франція, ФРН, Італія, Швейцарія, Бельгія, Греція, Данія, Норвегія, Фінляндія тощо)⁸. Проявом підтримки Україною даної концепції на нормативному рівні є положення ст. 3 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», в якій зазначено, що Україна (в особі її органів), місцеві органи влади і управління (в особі створених ними зовнішньоекономічних організацій), які беруть участь у зовнішньоекономічній діяльності, а також інші держави, які беруть участь у господарській діяльності на території України, діють як юридичні особи⁹.

На думку В. М. Шумілова, вступаючи у відносини з ТНК, приватними банками та іншими національними юридичними особами, держава виступає як юридична особа, а відносини мають міжнародний приватноправовий характер. Такі «діагональні» відносини між державою і іноземним приватним контрагентом регулюються національним правом країни, а у випадку колізій – національними нормами двох і більше країн, тобто міжнародним приватним правом¹⁰. Таким чином, подібного роду відносини виводяться з-під юрисдикції міжнародного публічного права.

Можливість держав вступати у відносини з приватними особами закріплюється в національних законодавствах країн. Відповідно до ст. 16 Бюджетного кодексу України «кредити (позики) від іноземних держав, банків і міжнародних фінансових організацій для реалізації інвестиційних проектів залучаються державою на підставі міжнародних договорів України і відносяться до державних зовнішніх запозичень. Кошти для реалізації таких інвестиційних проектів, а також витрати на обслуговування та погашення відповідних кредитів (позик) передбачаються у законі про Державний бюджет України протягом усього строку дії кредитних договорів. Відповідні міжнародні договори не потребують ратифікації, якщо інше не встановлено законом»¹¹.

Згідно з Додатком 9 до Закону України «Про Державний бюджет України на 2018 рік», в якому закріплюється перелік кредитів (позик), що залучаються державою до державного бюджету у 2018 р., серед кредиторів окрім держав та міжнародних міжурядових фінансових організацій зазначений Ексімбанк Угорщини¹² (юридична приватна особа, що зареєстрована в Угорщині). Отже, між Україною та Ексімбанком укладено кредитну угоду, згідно з якою Ексімбанком виділено 50 000 євро кредитних коштів на фінансування Проекту з розбудови прикордонної дорожньої інфраструктури на українсько-угорському державному кордоні. В свою чергу, можливість укладення даної угоди була закріплена Рамковим договором між Урядом України та Урядом Угорщини про надання кредиту на умовах пов'язаної допомоги від 24 листопада 2016 року¹³. Договором закріплюється кредитна лінія для фінансування визначених у Договорі проектів на суму 50 млн євро з боку угорських експортерів, до яких належать юридичні особи з місцем реєстрації в Угорщині, що відібрані в установленому порядку для реалізації проекту в рамках даного договору¹⁴. Даний договір між урядами Угорщини та України є міжнародним договором, оскільки укладений між двома суб'єктами міжнародного права (суверенними державами) відповідно до процедури, яка передбачена міжнародним правом. Будь-які розбіжності між сторонами даного договору щодо його тлумачення або застосування закріплено вирішувати шляхом прямих переговорів між ними за допомогою дипломатичних каналів. При відсутності результативності даного способу спір може вирішуватись у міжнародному суді за нормами міжнародного права.

Незважаючи на те, що укладення індивідуального кредитного договору між Україною та Ексімбанком передбачене міжнародним договором між урядами України та Угорщини, правова природа індивідуального кредитного договору відрізняється від міжурядового, оскільки він укладений між Україною та приватною юридичною особою. Як ми вже зазначали, вступаючи в комерційні відносини з приватною юридичною особою, держава відмовляється від статусу суверенної держави і виступає в ролі юридичної особи. Це надає таким відносинам статус міжнародних приватноправових відносин і вилучає їх з-під юрисдикції міжнародного права. Згідно з нормами міжнародного приватного права такі відносини регулюються національним правом однієї зі сторін відповідно до колізійних норм або попередньої домовленості. У даному випадку згідно зі ст. 8 Рамкового договору між Урядом України та Урядом Угорщини «індивідуальні кредитні договори мають регулюватись правом Угорщини»¹⁵. Цілком очевидно, що міжнародні публічні відносини не можуть регулюватись національним правом будь-якої зі сторін. Тим більше, відносини суверенної держави не можуть регулюватись національним правом країни місця реєстрації приватної юридичної особи. Тому, в

даному випадку, вибір права Угорщини здійснений відповідно до існуючих способів вирішення спірних ситуацій у міжнародних приватноправових відносинах (між юридичними та фізичними особами).

Подібною є ситуація в інвестиційній сфері, де між країнами укладаються угоди про сприяння та взаємний захист інвестицій, які виступають правовою підставою для конкретних інвестиційних угод. Наприклад, відповідно до Угоди між Україною та Республікою Австрія про сприяння та взаємний захист інвестицій від 8 листопада 1996 р. спори між Україною і Австрією щодо даної Угоди, які не вирішилися шляхом дружніх переговорів, вирішуються в Арбітражному Суді, який «приймає рішення на основі цієї Угоди і загальновизнаних норм міжнародного права»¹⁶. Натомість, спори відносно інвестицій між Договірною Стороною (Україною або Австрією) та інвестором іншої Договірної сторони вирішуються у Міжнародному центрі для вирішення інвестиційних спорів між державами та громадянами інших держав¹⁷. Відповідно до ст. 42 Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами «у випадку відсутності згоди сторін Арбітраж застосовує право Договірної держави, що виступає як сторона в спорі, а також норми міжнародного права, які можуть бути застосовані»¹⁸. У даному випадку пріоритет віддається національному праву держави, що виступає стороною спору, проте регулювання здійснюється все одно національним правом. Стосовно міжнародних договорів, які можуть бути застосовані, то це можуть бути міжнародна угода про сприяння та взаємний захист інвестицій або інші міжнародні договори, які здійснюють допоміжну роль при вирішенні спору. Часто сторони в таких інвестиційних угодах оговорюють правові норми, якими хочуть врегулювати свої відносини, що, на наш погляд, є застосуванням важливого колізійного принципу міжнародного приватного права – «автономії волі». У такому випадку, як зазначалось у ст. 42 Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами, «арбітраж розглядає спір згідно норм права відповідно до згоди сторін»¹⁹.

Концепція відмови державами від свого імунітету обумовлена насамперед прагненнями сприяти розвитку транснаціональних економічних відносин, в яких сторонам з метою надання безпеки і захисту своїх прав гарантувався б рівний правовий статус. Так, ст. 2 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» до принципів зовнішньоекономічної діяльності між суб'єктами господарської діяльності України та іноземних суб'єктів господарської діяльності відносить принцип юридичної рівності і недискримінації, який полягає у рівності перед законом всіх суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, незалежно від форм власності, в тому числі держави²⁰.

Отже, сучасна тенденція впровадження на практиці концепції функціонального імунітету держав у комерційних відносинах з іноземними юридичними особами, яка підтримується в багатьох зарубіжних державах та Україні, отримала своє конвенційне закріплення. Держави, укладаючи угоди з іноземними приватними контрагентами, відмовляються від свого імунітету, що прирівнює їх до юридичних осіб. Відповідно, фінансові правовідносини між державами та приватними юридичними особами належать до міжнародних приватноправових відносин і регулюються за допомогою національних правових норм (включаючи міжнародне приватне право) та міжнародних звичаїв *lex mercatoria*. Такий нормативний комплекс утворює фінансове транснаціональне право (*lex finanziaria*). Натомість держави не відмовляються від своїх імунітетів, вступаючи в такі ж комерційні угоди між собою.

¹ Державний борг України: оцінка ризиків загострення ситуації до кінця 2015 року. – Нова Україна. Інститут стратегічних досліджень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://newukraineinstitute.org/media/news/572/file/Debt0710.pdf>

² Шумилов В. М. Міжнародне економічне право: учеб. для магистров / В. М. Шумилов ; 6-е изд., перераб. и доп. – М.: Изд-во Юрайт, 2015. – С. 612. – С. 31.

¹ Тарасов О. В. Проблема суб'єкта в міжнародному публічному праві : дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.11 / О. В. Тарасов; Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. – Х., 2014. – 509 с. – С. 161.

² Фединяк Г. С. Міжнародне приватне право: підруч / Г. С. Фединяк, Л. С. Фединяк ; 4-те вид., переробл. і допов. – К.: Атіка, 2009. – 500 с. – С. 160–161.

³ Конвенція Організації Об'єднаних Націй про юрисдикційні імунітети держав та їх власності від 2 грудня 2004 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_e50

⁴ Там само.

⁵ Європейська конвенція про імунітет держав від 16 травня 1972 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/994_060

⁶ Фединяк Г. С. Вказана праця. – С. 162.

⁷ Про зовнішньоекономічну діяльність : Закон України від 16 квітня 1991 р. № 959-ХІІ : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/959-12>

⁸ Шумилов В. М. Міжнародне економічне право: учеб. для магистров / В. М. Шумилов ; 6-е изд., перераб. и доп. – М.: Изд-во Юрайт, 2015. – 612 с. – С. 91.

⁹ Бюджетний кодекс України № 2456-VI від 8 липня 2010 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2456-17>

¹⁰ Про Державний бюджет України на 2018 рік : Закон України від 7 грудня 2017 р. № 2246-VIII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2246-19/page>

¹¹ Рамковий договір між Урядом України та Урядом Угорщини про надання кредиту на умовах пов'язаної допомоги від 24 листопада 2016 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/348_001-16/paran2#n2

¹² Там само.

¹³ Там само.

¹⁴ Угода між Україною та Республікою Австрія про сприяння та взаємний захист інвестицій від 8 листопада 1996 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/040_721

¹⁵ Там само.

¹⁶ Конвенція про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами від 18 травня 1965 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_060

¹⁷ Там само.

¹⁸ Про зовнішньоекономічну діяльність : Закон України від 16 квітня 1991 р. № 959-ХІІ : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/959-12>

Резюме

Вайцеховська О. Р. Правова природа комерційних угод між державами та іноземними приватними юридичними особами.

Стаття присвячена аналізу правової природи комерційних угод між державами та іноземними приватними юридичними особами. Особливу увагу було приділено дослідженню проблеми правового регулювання таких угод, оскільки держави є суб'єктом міжнародного права, а приватні юридичні особи – суб'єкти іноземного національного права. Було розглянуто особливості правового статусу держави в комерційних угодах міжнародного характеру.

Ключові слова: правовий статус держави, міжнародні фінансові відносини, міжнародні комерційні угоди, приватні юридичні особи.

Резюме

Вайцеховская О. Р. Правовая природа коммерческих соглашений между государствами и иностранными частными юридическими лицами.

Статья посвящена анализу правовой природы коммерческих соглашений между государствами и иностранными частными лицами. Особенное внимание было уделено исследованию проблемы правового регулирования таких соглашений, поскольку государства относятся к субъектам международного права, а частные юридические лица – к субъектам иностранного национального права. Рассмотрены особенности правового статуса государства в коммерческих соглашениях международного характера.

Ключевые слова: правовой статус государства, международные финансовые отношения, международные коммерческие соглашения, частные юридические лица.

Summary

Vaitshovska O. The Legal Nature of Commercial Agreements between States and Foreign Private Individuals.

The study analyses the legal nature of commercial agreements between states and foreign private legal entities. Special attention in the research is paid to the problem of legal regulation of such transactions since states are subjects of the international law whereas private legal entities are subjects of the foreign national law. The peculiarities of the legal status of the state in the international commercial transactions were also considered.

Key words: legal status of the state, international financial relations, international commercial transactions, private legal entities.

УДК 341.64

Г. Ф. ПІВТОРАК

*Галина Федорівна Півторак, старший викладач
Національного університету «Одеська морська
академія»*

МІЖНАРОДНИЙ ТРИБУНАЛ З МОРСЬКОГО ПРАВА ЯК МЕХАНІЗМ ВРЕГУЛЮВАННЯ СПОРІВ ЩОДО ЮРИСДИКЦІЇ ДЕРЖАВИ ПРАПОРА

Минуло майже 35 років з того часу, як у 1982 р. людство з честю розв'язало важке завдання, встановивши універсальні правові рамки діяльності в Світовому океані шляхом укладення Конвенції ООН з морського права. Її недарма називають «Конституцією океанів», тому що в ній встановлені основні положення, що регулюють буквально всі сфери морської діяльності, і в якій бере участь переважна більшість держав. Одна з багатьох суттєвих новацій, запроваджених Конвенцією, – встановлення, легалізація та нормативна проєктування обов'язкової процедури вирішення спорів, яка передбачає вибір кожним учасником Конвенції одного або більше судових органів, перерахованих у Конвенції, для вирішення його суперечок про тлумачення та застосування її положень.

Одним із таких органів названо Міжнародний трибунал з морського права (далі – Трибунал) – новий судовий орган, який, поряд з факультативною компетенцією, якою наділені всі міжнародні суди та арбітражі, володіє також обов'язковою компетенцією щодо деяких категорій суперечок.

Займаючись вирішенням спірних питань по суті і встановлюючи процесуальні рамки розгляду, Трибунал постійно стикається з необхідністю тлумачення багатьох статей Конвенції, іноді аж до окремих термінів. Крім того, діяльність Трибуналу має велике значення і тому, що в його веденні знаходиться оцінка правового регулювання діяльності держав з видобутку мінеральних ресурсів глибоководного району морського дна, який отримав статус «спільної спадщини людства», абсолютно нової правової концепції. Діяльність Трибуналу має також безпосереднє значення і для нашої країни, так як Трибуналом розглядаються справи, що прямо зачіпають інтереси України, свідченням чого є той факт, що вже в ряді справ, що розглядалися Судом, Україна виступала як в якості позивача, так і відповідача. Оскільки правила, за якими працюють міжнародні суди, мають багато спільного, дослідження і аналіз практики Трибуналу дасть змогу оцінити доцільність використання Україною інших судів. Для правильної оцінки як місця Трибуналу в системі мирного вирішення міжнародних суперечок, так і його ефективності в плані сприяння встановленню надійного правопорядку в Світовому океані, необхідно уважно розглянути як методи його роботи, так і ту позицію, яку він займає з конкретних питань реального зв'язку судна з державою прапора.

Міжнародні морські спори стали об'єктом дослідження таких авторів, як Р. Черчілль, А. Оуде-Ельфелінк, С. Нандан, М. В. Лодж, Ш. Розен, М. Нордквіст. Серед книг і статей про Міжнародний трибунал необхідно виділити роботи, написані такими вченими, як А.-К. Ешер, Г. Рашбрук, Дж. Шамзі. Особливо важливими з наукової точки зору є книги і статті колишніх і діючих членів Міжнародного Суду та Міжнародного трибуналу з морського права. Судді В. В. Голіцин, Г. Ейріксон, Г. Гійом, Р. І. Йеннінгс, Ш. Ода, С. М. Швельбель, Т. Тревес, Г. Тюрк опублікували роботи, що являють собою значну цінність для розуміння характеру діяльності цих судових органів. Однак слід визнати, що до цих пір поки не було систематизованого аналізу діяльності Міжнародного трибуналу з морського права.

Багато положень Конвенції ООН з морського права 1982 р. носить абсолютно новий, новаторський характер. Роблячи спробу перерахувати нові найважливіші інститути міжнародного морського права, введені Конвенцією ООН з морського права, Г. М. Мелков включає до них Міжнародний трибунал з морського права¹ та ін.

Разом із тим слід констатувати, що широке розповсюдження засобів мирного врегулювання, і зокрема міжнародних судів і арбітражів, носило об'єктивний характер, було природним явищем. Воно було детерміновано становленням системи світогосподарських зв'язків, потребою в ефективному управлінні міжнародними справами в умовах глобалізації економіки та перетворення нашого світу на більшу взаємопов'язану систему. Саме тому не дарма вважається, що кінець ХХ ст. – це час міжнародних організацій, і саме подібно ним та саме при них з метою затвердження такої профільної спеціалізації з'являлась та зростала кількість міжнародних судових установ, бо як міжнародні організації спеціалізувалися, зберігаючи загальні міжнародно-правові принципи своєї організації і діяльності, так і міжнародні судові органи організацій створювалися для вирішення спеціальних категорій спорів.

Крім цього слід наголосити на відповідній хаотичності цього процесу – множення числа нових міжнародних судових установ не тільки обмежувалося певними визначеними організаційними рамками, а й між ними не виникало жодних формальних зв'язків і не створювалась ніяка субординаційна чи реординаційна ієрархія. Проте в наукових колах одержав популярність вираз Я. Броунлі «співтовариство судів»². Вважаємо, що його виникнення було обумовлено перманентним процесом збільшення числа міжнародних судів, що було дуже вражаючим, бо до 1990-х рр. існувало лише шість постійних міжнародних судів.

Підтвердженням цього є доктринальна позиція Г. Г. Шинкарецької, яка зазначає, що «останні 30 років стали періодом небаченого (і досить несподіваного для всього світу) розвитку міжнародних судових установ. В даний час налічується до 50 судів і квазісудових організацій різної модифікації, і всі вони працюють дуже інтенсивно. Крім множення числа міжнародних судів все більш різноманітними стають їх форми. Відбувається регіоналізація судових установ (створені Європейський і Міжамериканський суди з прав людини), з'являються спеціалізовані суди (для вирішення спорів в області боротьби із забрудненням, суперечок в системі ГАТТ/СОТ, інвестиційних спорів). Спеціалізація дозволяє пристосувати органи вирішення спорів до конкретної соціально-політичної обстановки, уточнити їх компетенцію»³.

Інший дослідник, Дж. Мартінес, відмічає ще одну, але більш тривожну тенденцію. Він зазначає, що, коли число міжнародних судів досягло «критичної маси», вони почали активно контактувати не тільки між собою, а й з національними судами, на все більш регулярній основі⁴. Тобто, таким чином даний представник міжнародно-правової доктрини акцентує увагу на конкуруючій компетенції, що стала виникати як між міжнародними судовими установами, так і між міжнародними та національними судами. Хоча співробітництво судів у різних сферах їх діяльності, в принципі, слід підтримувати і всіляко вітати.

Разом із тим цей дослідник підтверджує наш висновок, вказуючи, що взаємопов'язаність судових установ проявляється в тому, що різні суди виявляються наділеними юрисдикцією щодо одних і тих же суперечок, тобто їх юрисдикції переплітаються і накладаються одна на одну; виносячи рішення, різні суди звертаються до рішень, ухвалених іншими судами, і виявляються перед неминучістю тлумачення рішень цих інших судів.

У практиці Міжнародного трибуналу з морського права є низка справ, що торкаються суперечок про негайне звільнення затриманих суден, одним із предметів яких була необхідність визначення наявності реального зв'язку між судном і державою.

Але слід зазначити, що наведений механізм має свою історичну ретроспективу. Так, принцип виключної юрисдикції держави прапора, що зумовлює реальний зв'язок між судном і державою, а також норми міжнародно-правових документів, що його закріплюють, своїм корінням сягають справи про судно «Лотус»⁵.

Справу про судно «Лотус» було розглянуто Постійною палатою міжнародного правосуддя в 1927 році. Палата в своєму рішенні постановила в тому числі, що суду підлягають юрисдикції тільки держави прапора. Цей постулат є класичним принципом юрисдикції держави у відкритому морі. Спир про судно «Лотус» стався між Францією і Туреччиною. Французьке судно «Лотус» («Lotus») у відкритому морі зіткнулося з турецьким судном «Бозкурт» («Bos-Kourt»). Зіткнення сталося пізно ввечері (майже опівночі) 2 серпня 1926 р. в 5-6 милях на північ від мису Ситро (м. Митилена на о-ві Лесбос, Греція). Турецьке судно розламалося навпіл і затонуло, загинуло 8 турецьких пасажирів і моряків, 10 чоловік були врятовані. Французький поштовий пароплав пішов у Константинополь, куди він прибув 3 серпня 1926 року. У відношенні капітана турецького судна Хассана Бея і вахтового офіцера, який перебував на борту судна для транспортування вугілля «Лотуса» під час зіткнення, лейтенанта Демонса, громадянина Франції, який після нещасного випадку був в числі тих, хто врятувався, було розпочато кримінальний процес відповідно до норм права Туреччини з обвинуваченнями в ненавмисному вбивстві. У своєму рішенні кримінальний суд Стамбула визнав і лейтенанта Демонса, і Хассана Бея винними і призначив відповідну міру покарання.

Стосовно рішення французький уряд неодноразово виражав протести в зв'язку з порушеннями Туреччиною міжнародного права, вимагаючи відпустити лейтенанта Демонса або передати справу до французького суду. Контраргументом Туреччини був той факт, що французький офіцер добровільно зійшов на територію Туреччини, в результаті чого він опинився під юрисдикцією Туреччини⁶.

У підсумку уряди Франції та Туреччини вирішили передати справу в суд до Гааги. Постійна палата міжнародного права повинна була вирішити питання, чи порушила Туреччина своїми діями принципи міжнародного права. Для лейтенанта Демонса було зроблено запит відносно грошової компенсації.

Відповідно до ст. 15 Лозаннської конвенції щодо режиму проток від 24 липня 1923 р., яка регламентувала питання про дотримання умов місця проживання, діяльності і юрисдикції, всі питання юрисдикції між Туреччиною і Францією повинні вирішуватися згідно з принципами міжнародного права.

Судом було встановлено, що зіткнення відбулося на території відкритого моря. У своєму рішенні від 7 вересня 1927 р. Постійна палата визнавала можливість здійснення кримінальної юрисдикції над іноземним судном у відкритому морі.

Суд підкреслив, що судна у відкритому морі підпадають під юрисдикції тільки держави прапора – основний аргумент Франції в даній суперечці. Цей принцип означає, що судно у відкритому морі прирівнюється до території держави прапора, де воно і здійснює свою юрисдикцію. Тобто держава не може здійснювати юрисдикцію над іноземними судами. Суд зазначив, що міжнародним правом не заборонено державі, якій завдано шкоду з боку іноземної держави, почати процедуру кримінального переслідування, за винятком випадків, коли міжнародним правом, зокрема, міжнародними договорами, передбачається юрисдикція саме держави прапора під час здійснення кримінального переслідування. Таким чином, була підтверджена особлива і домінуюча роль реального зв'язку між судном і державою.

Також зроблено висновок, що має велике методологічне та фактично прецедентне значення про те, що принцип міжнародного права у розумінні ст. 15 Лозаннської конвенції 1923 р., який би забороняв проведення кримінальної процедури, Туреччина своїми діями не порушила.

У рішенні була використана доктрина територіальності, згідно якої держава має право здійснювати юрисдикцію щодо громадян іншої держави, які перебувають за її межами, якщо наслідки вчиненого ними правопорушення позначаються (здійснюють вплив) на територію цієї першої держави. При винесенні рішення Палатою голоси суддів розділилися порівну (6 проти 6), вирішальний голос був відданий Президенту палати.

В окремій думці судді М. Мура підкреслюється, що визнаним принципом міжнародного права є абсолютна і виключна юрисдикція держави над своєю територією⁷, а принцип територіальності по відношенню до суден у відкритому морі, може тлумачитися тільки на користь судна. В окремій думці судді М. Альтаміра йдеться про те, що юрисдикцію над своїми громадянами держава здійснює самостійно. Випадки, коли державі дозволяється здійснювати юрисдикцію щодо громадян третьої держави, є винятками для блага всього людства або проти загальної небезпеки (работоргівля, піратство тощо).

Крім розглянутого аспекту справа «Лотуса» є відомим і питанням піратства, щодо міжнародно-правового поняття якого суддя М. Мур з особливою думкою в справі «Лотуса» посилається на універсальну юрисдикцію⁸. Так, М. Мур підкреслює, що піратство є злочином *sui generis*, що порушує норми права націй, в зв'язку з чим юрисдикція ґрунтується на міжнародному звичаєвому праві. Тобто йшлося про денаціоналізацію піратства: неможливість для піратів скористатися дипломатичним захистом своєї держави⁹. Це, вважаємо, є яскравим прикладом виключення національної юрисдикції з принципу реального зв'язку між судном і державою.

Разом з тим, слід відмітити, що основний висновок, зроблений в рішенні Палати у справі про судно «Лотус» щодо здійснення юрисдикції над французьким громадянином судом Туреччини, був пізніше скасований положеннями міжнародної Конвенції про уніфікацію деяких правил про кримінальну юрисдикції у справах про зіткнення судів та інших подій, пов'язаних з судноплаванням, 1952 р. (ст.ст. 1, 2) і пізніше Конвенцією 1958 р. про відкрите море (ст. 11) та Конвенцією ООН з морського права 1982 р. (ст. 97). У разі зіткнення або будь-якої іншої події в області судноплавання, яка пов'язана з морським судном і тягне за собою кримінальну та дисциплінарну відповідальність капітана чи будь-якої іншої особи, що служить на судні, кримінальне або дисциплінарне переслідування може бути порушено тільки перед судом або адміністративними властями держави, під прапором якої судно знаходилося в момент зіткнення або іншої пов'язаної із судноплаванням події. У подібній ситуації ніякий наказ про арешт або затримання судна не може бути відда-

ний, навіть для проведення розслідування, ніякою владою, ніж влада держави, під прапором якої знаходилося судно.

Таким чином, Постійна палата міжнародного правосуддя в своєму рішенні по справі про судно «Лотус» підкреслила, що за винятком окремих випадків, які встановлені міжнародним правом, судна у відкритому морі підлягають юрисдикції держави суду. Звідсіля, принцип виключної юрисдикції держави прапора судна¹⁰ означає, що у відкритому морі судно користується імунітетом від юрисдикції інших держав. Пізніше цей принцип був закріплений у Конвенції про відкрите море 1958 р. і Конвенції 1982 р.¹¹

Слід зазначити, що спори даної категорії займають важливе місце в юрисдикції Міжнародного трибуналу з морського права. Крім того, у кількісному вимірюванні що ці спори є найчисленнішими, а в якісному – в них, як правило, часто-густо зачіпаються розбіжності сторін в тлумаченні тих чи інших положень Конвенції ООН з морського права, так що Трибуналу нерідко доводиться вдаватися до їх офіційного тлумачення, і тому його судова функція є більш широкою та системною, оскільки вона не обмежується механістичною присутністю, а також роллю лише оцінювача наявних фактів.

Отже, слід погодитись з доктринальною позицією А. Л. Колодкіна і В. М. Гуцуляка про те, що негайне звільнення судна і екіпажу, встановлене ст. 292 Конвенції ООН по морському праву, є найважливішою новелою в міжнародному праві¹², тому що ні в одному міжнародному договорі, що приймалися раніше, фактично не було зобов'язання, що покладалось на державу, відпускати затримане судно після внесення застави. Той факт, що саме дане повноваження Трибуналу використовується державами найчастіше, свідчить не тільки про абсолютно правильне рішення укладачів Конвенції, про те, що цей захід дійсно сприяє безперешкодному здійсненню свободи судноплавства, а й про те, що реальний зв'язок між судном і державою прапора виступає в якості обов'язкового елемента у вирішенні суперечок такого характеру.

Розглянемо практику Трибуналу з морського права щодо досліджуваної проблематики:

а) Справа танкера «Сайга»-2¹³.

Питання про наявність «реального зв'язку» між судном і державою прапора було порушено в другій справі про танкер «Сайга», коли Трибунал виносив судження про правомірність затримання танкера. Гвінея, яка затримала судно, заявила, що судновласник не має громадянства Республіки Сент-Вінсент і Гренадіни, отже, між судном і цією державою немає «реального зв'язку», тому вона не має юрисдикції над судном.

На підтвердження своєї позиції Гвінея наводила ст. 91 Конвенції ООН з морського права, згідно з якою «Кожна держава визначає умови надання своєї національності суднам, реєстрації суден на її території і права плавати під її прапором. Судна мають національність тієї держави, під прапором якої вони мають право плавати. Між державою і судном повинен існувати реальний зв'язок». У розвиток ст. 91 до Конвенції включена ст. 94, в якій викладено зобов'язання держави реєстрації судна (держави прапора) щодо забезпечення, з одного боку, безпеки самого судна в морі, а, з іншого, – для усунення потенційної шкоди, яка може виходити від судна для інших суден і для морського середовища.

Проблеми «реального зв'язку» настільки важливі для забезпечення нормального судноплавства, що прийнято цілий ряд міжнародних документів – зокрема, Конвенція ООН про умови реєстрації морських суден¹⁴. Трибунал зробив системне тлумачення статей Конвенції в поєднанні з зазначеними вище міжнародними документами і на підставі цього тлумачення зробив висновок про те, що вони спрямовані на підвищення ефективності виконання своїх обов'язків державами прапора, а не на встановлення критеріїв, що дозволяють іншим державам оскаржувати дійсність реєстрації суден. Трибунал зробив висновок, що наявність справжньої зв'язку не є умовою визнання або дійсності національності судна для інших держав, а являє собою засіб забезпечення більш ефективного виконання своїх обов'язків державами прапора. Трибунал відмовився визнати, що відсутність реального зв'язку між державою прапора і судном дає іншій державі підстави для відмови у визнанні національності судна. Таким чином, на думку Трибуналу, для звернення до нього щодо звільнення судна реальний зв'язок між судном і державою прапора не потрібен.

У зв'язку з питанням про національність судна Трибунал висловився також щодо суб'єкта захисту екіпажу. У міжнародному праві є загально визнаним, що держава виступає на захист свого громадянина. Відповідно до цієї концепції в розглянутій нами справі Гвінея стверджувала, що на захист членів екіпажу повинні виступати їх держави. На відміну від цього, Трибунал постановив, що держава-заявник, в даному випадку Сент-Вінсент і Гренадіни, має право захищати не тільки судно, що ходить під її прапором, а і його команду незалежно від громадянства кожного члена команди. Трибунал роз'яснив, що в сучасному судноплаванні команди часто мають багатонаціональний склад, і, якщо кожен потерпілий буде звертатися за захистом до власної держави, «це викличе надмірні труднощі».

Слід зазначити, що така аргументація має не стільки юридичну, скільки явну прагматичну, праксеологічну підставу. Тому, на нашу думку, є абсолютно справедливим обережне зауваження Х. Дипла про те, що такий акцент Трибуналу на увазі, що повинна приділятися командам заарештованих суден і їх захисту в рамках морського права, є вкрай незвичайним¹⁵. Дійсно, з точки зору формальних канонів дипломатичного захисту така позиція Трибуналу їм не відповідає та є незвичайною, проте деяке онтологічне обґрунтування цього дає сама ст. 292, в якій прямо закріплено, що держава прапора має право клопотати про звільнення всього екіпажу, а не тільки окремих своїх громадян.

У цьому рішенні Суд зробив також ряд інших важливих висновків, хоча і не зупинився на них докладніше. Це свобода навігації, забезпечення виконання митного законодавства, національність позовів, відшкодування шкоди та ін., що за великим рахунком потребують як свого наступного доктринального обґрунту-

вання, так і наступного міжнародного нормопроекування. На думку судді Трибуналу Х. Терка, це є важливим внеском Трибуналу в розвиток міжнародного права.

б) Справа «Джуно Трейдер»¹⁶.

Справу «Джуно Трейдер» було порушено від імені держави прапора судна (Сент-Вінсент і Гренадіни) проти Гвінеї-Бісау. Спир виник у зв'язку із затриманням судна і його екіпажу за звинуваченням в порушенні національного рибальського законодавства у виключній економічній зоні Гвінеї-Бісау.

Гвінея-Бісау заперечила проти юрисдикції Трибуналу на тій підставі, що, згідно з її національним законодавством, право володіння судном «Джуно Трейдер» перейшло Гвінеї-Бісау, а, отже, Сент-Вінсент і Гренадіни не можуть вважатися державою прапора судна.

Трибунал, однак, вважав, що, якими б не були наслідки остаточної зміни національності власника судна, конкретні обставини справи, що розглядається, не дають підстав вважати, що зміна власника вже завершена. У своєму рішенні від 18 грудня 2004 р. Трибунал розпорядився негайно звільнити судно «Джуно Трейдер» під заставу в 300 000 євро. Він також заявив, що всім членам команди повинна бути надана можливість вільно покинути Гвінею-Бісау без будь-яких умов.

з) Справа «Гранд Принц».

Рибальський траулер «Гранд Принц», що ходив в той час під прапором Белізу, був заарештований владою Франції у виключній економічній зоні островів Кергелен за звинуваченням у незаконній ловлі риби.

Компетентний французький суд підтримав затримання судна і встановив заставу за його звільнення в розмірі 11 млн фр. франків, після чого був виданий наказ про конфіскацію судна. 20 квітня 2001 р. Трибунал виніс рішення у справі, в якому зазначив, що, згідно зі ст. 292 Конвенції, не має юрисдикції для розгляду клопотання, оскільки документальні докази, надані позивачем, не підтверджують того, що на момент подачі клопотання державою прапора судна був Беліз. Дане рішення підкреслює значимість, яку Трибунал надає питанню ресстрації суден. Спори, в яких Міжнародний трибунал з морського права встановлює реальний зв'язок судна і держави прапора, є обов'язковою частиною справ про негайне звільнення судна та екіпажу, що займають важливе місце в його юрисдикції. Крім того, що у кількісному вимірюванні ці спори є найчисленнішими, а в якісному – в них, як правило, часто-густо зачіпаються розбіжності сторін в тлумаченні тих чи інших положень Конвенції ООН з морського права, Трибуналу нерідко доводиться вдаватися до їх офіційного тлумачення, і тому його судова функція є більш широкою та системною, бо вона не обмежується механістичною присутністю, а також роллю лише оцінювача наявних фактів.

¹ Мелков Г. М. Военное мореплавание и безопасность России в XXI веке (международно-правовые и национальные проблемы) / Г. М. Мелков. – М.: Изд-во Рос. гос. торгово-экон. университета, 2010. – Ч. 2. – С. 7.

² Brownlie Ian. Principles of Public International Law / Ian Brownlie. (6th ed, 2003). – P. 672.

³ Шинкаревецкая Г. Г. Судебные средства разрешения международных споров (тенденции развития) : автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук / Г. Г. Шинкаревецкая. – М., 2010. – С. 5.

⁴ Martinez Jenny S. Towards an International Judicial System / Jenny S. Martinez // Stanford Law Review. V. 6. 2003. 440 p. – P. 233.

⁵ The «Lotus» Case (Mr. Moore, dissenting), 7 September 1927. PCIJ A., No. 10. 1927.

⁶ Kish J. The law of international spaces. Leiden: Sijthoff, 1973. XI. – P. 98.

⁷ The «Lotus» Case (Mr. Moore, dissenting), 7 September 1927. PCIJ A., No. 10. 1927.

⁸ Reuland R. C. F. Interference with Non-National Ships on the High Seas Peacetime Exceptions to the Exclusivity Rule of Flag-State Jurisdiction // Vanderbilt journal of transnational law. 1989. № 22. p. 1178.

⁹ Münchau M. Terrorismus auf See aus völkerrechtlicher Sicht. – Frankfurt am Main: Lang, 1994. – 251 s. – S. 166–167.

¹⁰ Международное морское право: учеб. пособ. / А. Н. Вылегжанин, С. А. Гуреев, Г. Г. Иванов ; под ред. Гуреева С. А. – М. : Юрид. лит., 2003. – С. 24.

¹¹ Reuland R. C. F. Interference with Non-National Ships on the High Seas Peacetime Exceptions to the Exclusivity Rule of Flag-State Jurisdiction // Vanderbilt journal of transnational law. – 1989. – № 22. – P. 1166.

¹² Колодкин А. Л. Незамедлительное освобождение судов и экипажей в практике Международного трибунала по морскому праву / А. Л. Колодкин, В. Н. Гуцуляк // Международное право и национальные интересы Российской Федерации. – М., 2008. – С. 37.

¹³ The m/v «Saiga» (no. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_2/merits/Judgment.01.07.99.E.pdf

¹⁴ Конвенция Организации Объединенных Наций об условиях регистрации судов 1986 года : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_074 (дата звернення: 17.01.2017).

¹⁵ Haritini Dipla, The role of the International Court of Justice and the International Tribunal on the Law of the Sea in the progressive development of the law of the sea//UNRESOLVED ISSUES AND NEW CHALLENGES TO THE LAW OF THE SEA. Vaughan Lowe General Editor, 2006. – P. 163.

¹⁶ The «Juno Trader» Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea-Bissau) (Prompt Release), Judgment of December 18, 2004, 8 Int'l Trib. L. of the Sea Rep. Of Judgments Advisory Opinons and Orders 17-92 (2004) Kyiv : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.itlos.org/start2_-en.html

Резюме

Півторак Г. Ф. Міжнародний трибунал з морського права як механізм врегулювання спорів щодо юрисдикції держави прапора.

Стаття присвячена дослідженню практики міжнародного трибуналу з морського права щодо вирішення морських суперечок в контексті встановлення «реального» зв'язку судна з державою прапора. Трибунал – новий судовий орган, який, поряд

з факультативною компетенцією, якою наділені всі міжнародні суди та арбітражі, володіє також спеціальними повноваженнями щодо деяких категорій суперечок.

Ключові слова: реальний зв'язок, прапор, міжнародне право, судно, Міжнародний трибунал з морського права.

Резюме

Пивторак Г. Ф. Международный трибунал по морскому праву как механизм разрешения споров относительно юрисдикции государства флага.

Статья посвящена исследованию практики Международного трибунала по морскому праву по решению морских споров в контексте установления «реальной» связи суда с государством флага. Трибунал – новый судебный орган, который, наряду с факультативной компетенцией, которой наделены все международные суды и арбитражи, обладает также специальными полномочиями в отношении некоторых категорий споров.

Ключевые слова: реальная связь, флаг, международное право, судно, Международный трибунал по морскому праву

Summary

Pivtorak G. International Tribunal for the Law of the Sea as the mechanism of dispute response to the jurisdiction of the state of the stamp.

The article investigates the practice of international arbitration in the settlement of maritime disputes in the context of establishing a genuine link between the ship and the flag state. In the process of centuries-old use by the states of the maritime space, it has become necessary to develop a qualitative dispute settlement system at the international level. Therefore, research of arbitration practice in international maritime law is relevant and necessary.

Key words: genuine link, flag, international law, ship, International tribunal for the Law of the Sea.

УДК 341.24(100)

О. О. ХАРЧУК

Олександр Олександрович Харчук, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України

СТАЛИЙ РОЗВИТОК НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ МІЖНАРОДНИХ ВІДНОСИН

Проблема розвитку посідає окреме місце у міжнародному економічному праві. Виникнення у другій половині ХХ ст. цього питання було зумовлене відповідним станом міждержавних економічних відносин. Спільні дії як розвинених держав, так і тих, що розвиваються, в ООН, СОТ, ЮНКТАД і ЮНІДО та інших міжнародних організаціях дали змогу прийняти такі важливі документи, як Принципи міжнародних торговельних відносин і торговельної політики, що сприяють розвитку, Декларація і Програма дій зі встановлення нового міжнародного економічного порядку, Хартія економічних прав і обов'язків держав, Лімська декларація і Програма дій з промислового розвитку і співробітництва. Важливо, що згадані міжнародні акти закріпили систему універсальних імперативних норм, яка комплексно регулює значну частину міждержавних відносин – міжнародні економічні відносини. Саме закріплені в них принципи формують основу розвитку нової галузі міжнародного права – міжнародного економічного права. Дотримання цих універсальних імперативів має на меті перебудову сучасних міжнародних економічних відносин і закріплення інтересів усіх держав незалежно від рівня розвитку, соціальної системи, політичної значущості чи географічної величини.

Питання розвитку становить значний науковий інтерес. Дослідженню тих чи інших аспектів цього явища присвячено праці таких українських учених, як Б. В. Бабіна, В. А. Василенка, І. І. Лукашука, Н. Д. Янчук та ін.

Зарубіжними вченими також чимало уваги було приділено праву на розвиток. Так, це питання досліджувалося М. Беджауї, К. Васакою, Л. М. Ентінім, С. В. Масловою, Ю. М. Колосовим, О. Ріверою, Г. І. Тункіним та ін.

Право на розвиток тісно і нерозривно пов'язане із реалізацією державами різних принципів міжнародного економічного права. На прикладі принципу розвитку справедливої економічної співпраці можна насамперед простежити, що будь-яке втілення цього принципу в міжнародних економічних відносинах безпосередньо пов'язане з такими загально визнаними принципами міжнародного економічного права, як принцип співпраці держав та їх суверенної рівності, а також спеціальним принципом – неприпустимості економічної дискримінації. Аналіз чинних міжнародно-правових актів дає змогу зазначити, що основні елементи змісту принципу було закріплено в Декларації 1970 р., загальних принципах ЮНКТАД 1 (п. п. 6, 7, 9, 10), Декларації про встановлення Нового міжнародного економічного порядку (п. 4 «б»), Хартії економічних прав і обов'язків держав (ст. ст. 3, 4, 6, 8, 9–14, 17, 21, 23, 24, 26, 28, 31). «Новий міжнародний економічний порядок повинен бути заснований на повній повазі таких принципів: ... б) найширша співпраця всіх держав-членів

міжнародного співтовариства, заснована на справедливості, наслідком чого можуть бути ліквідовані переважачі в світі диспропорції і забезпечено процвітання для всіх»¹. Важливими елементами змісту принципу розвитку справедливої економічної співпраці є: право кожної держави незалежно від її соціально-економічної системи брати участь у будь-якій формі економічної співпраці на основі рівноправності і взаємної вигоди та без будь-яких виявів дискримінації стосовно третіх держав. Наступний елемент – це те, що співпраця може відбуватися на будь-якому рівні: універсальному, міжрегіональному, регіональному – з урахуванням інтересів третіх держав. І, нарешті, кожна держава зобов'язана співпрацювати шляхом участі в міжнародних договорах чи міжнародних організаціях². Тобто, держава не повинна ухилятися від участі в міжнародній співпраці, що має сприяти економічному прогресу країн і народів. Крім того, будь-яка держава повинна мати право брати участь у процесі прийняття рішень для врегулювання світових економічних проблем шляхом перебудови міжнародних економічних відносин і встановлення нового міжнародного економічного порядку; держави, що розвиваються, мають діставати сприяння в їх економічному розвитку і право на отримання економічної допомоги («право економічного розвитку»)³.

Разом із тим нормативне закріплення права на розвиток віднайшло окреме висвітлення у низці міжнародно-правових документів. Так, у 1961 р. Генеральна Асамблея ООН ухвалює резолюцію «Міжнародна торгівля – важливий інструмент економічного розвитку»; у 1974 р. Конференція ООН з торгівлі і розвитку (ЮНКТАД) приймає резолюцію «Принципи, які визначають міжнародні торговельні відносини і торгіву політику, що сприяє розвитку». Так, принципом 12 Декларації Ріо з навколишнього середовища і розвитку від 14 червня 1992 р. встановлено, що держави повинні співпрацювати з метою розвитку ефективної і відкритої міжнародної економічної системи, яка б забезпечила економічний і сталий розвиток в усіх країнах. Заходи торговельної політики не мають призводити до свавільної чи необгрунтованої дискримінації або створювати приховані обмеження міжнародної торгівлі. Принципом 14 Декларації Ріо з навколишнього середовища і розвитку від 14 червня 1992 р. зобов'язано держави здійснювати ефективну співпрацю. Мета співпраці полягає в усуненні диспропорцій між розвиненими країнами і країнами, що розвиваються, шляхом закріплення односторонніх переваг останніх у відносинах із першими і створенні таких умов, які сприятимуть розвитку економіки.

Допомога на розвиток може надаватися у різних формах. Якщо говорити про фінансові механізми, то до таких можна віднести надання грантів, пільгових періодів кредитування, кредитів, списання кредитної заборгованості, проведення технічної співпраці з метою розвитку, реалізацією програм технічного сприяння та ін. Така допомога характеризується соціально-економічною спрямованістю і носить пільговий характер для держави, якій її надають. Характер такої допомоги відрізняється залежно від потреб держави-реципієнта.

Право на розвиток не можна собі уявити без інституціональних механізмів міжнародного економічного права. Одним із них виступає Конференція ООН з торгівлі і розвитку (ЮНКТАД). Вона здійснює діяльність, покликану допомогти країнам, що розвиваються, інтегруватися в глобальну економічну систему і виступає другою за значущістю міжнародною організацією після Світової Організації Торгівлі (СОТ)⁴. Іншим таким міжнародним механізмом є Організація Об'єднаних Націй з промислового розвитку (ЮНІДО), яка також присвячує увагу розробці цього питання. Достатньо згадати хоча б той факт, що 2–6 грудня 2013 р. відбулася XV сесія Генеральної конференції ЮНІДО, робота якої була присвячена Лімській Декларації як засобу досягнення загального і сталого промислового розвитку. За результатами обговорення було прийнято Резолюцію GC.15/Res.1, у п. 2 якої зазначено, що рушійною силою розвитку виступає індустріалізація, водночас окремо наголошується на необхідності промислового розвитку з метою досягнення економічного зростання⁵.

Питанню розвитку приділяють увагу й інші міжнародні організації. Так, на європейському континенті діє Організація економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР), яка в своїй діяльності охоплює не лише країни Європи, а й залучає до співпраці країни Азійського та Американського континентів, координуючи їх діяльність у сфері розвитку.

Світова організація торгівлі, яка прийшла на зміну ГАТТ, також не стоїть осторонь проблем розвитку. Так, СОТ підтвердила систему загальних преференцій, на якій базуються торговельні відносини між ЄС та значною кількістю країн, що розвиваються.

Зрозуміло, що діяльність інституційних установ на глобальному, регіональному і субрегіональному рівнях сприяє розвитку партнерських відносин на міждержавному рівні з метою досягнення розвитку. Співпраця держав на інституційному рівні впливає на формування сучасного міжнародного економічного порядку, прискорює формування важливих концептуальних положень правового, економічного і політичного характеру та сприяє загальносвітовому розвитку.

Отже, можна говорити про становлення у міжнародному економічному праві принципу права на розвиток, заснованого на міжнародно-правових нормах. На думку С. В. Маслової, до імперативних елементів нормативного змісту цього принципу можна віднести обов'язок участі з метою співпраці; надання допомоги на розвиток; сприяння процесу розвитку на міжнародному, регіональному і національному рівнях; визнання за державами права на розвиток і забезпечення його здійснення; заборона дій, які перешкоджають розвиткові⁶. Тобто, право на розвиток – це всебічний економічний, соціальний, культурний і політичний процес, який має бути спрямований на підвищення добробуту країни. Водночас право розвитку покладає на суб'єктів міжнародних економічних відносин обов'язок безпосередньо не лише брати участь у цьому процесі, а й не перешкоджати йому, створювати сприятливі умови розвитку. Країни мають право самостійно визначати шляхи свого розвитку і забезпечувати його здійснення. Своєю чергою, проведення економічного розвитку передба-

чає необхідність впровадження процесів індустріалізації і модернізації виробничих потужностей, диверсифікації торговельних відносин. Важливим елементом здійснення права на розвиток виступає розроблення дієвих механізмів міжнародної співпраці. Перетворення в цьому напрямі потребують скоординованості дій, взаємної відповідальності й звітності, заінтересованості та ефективності. Саме посилення прозорості й підзвітності у використанні допомоги на розвиток сприятиме створенню ефективних і взаємовигідних партнерських відносин у цій сфері.

Актуальність питання розвитку віддзеркалюють міжнародні відносини і на європейському континенті. До ядра ідеї сталого розвитку Європи входить визнання необхідності сталого розвитку європейських суспільств, здатних забезпечувати свободу і гідне життя своїм громадянам. Основні смисли та імперативи ідеї Європи – свобода, рівність, солідарність, верховенство права, людська гідність, благоговіння перед життям, толерантність, загальнолюдські цінності та християнська етика – є комплементарними настановами, що посилює їх впливовість і значущість як регуляторів сталого розвитку.

Рік 2015 – середина строку виконання Європейським Союзом амбітного плану «Європа 2020» – це стратегія соціально-економічного розвитку Європейського Союзу на період до 2020 року. Цей документ прийнятий Європейською Радою навесні 2010 р., коли Старий світ, як і більшість держав, оговтувалися після глобальної фінансової кризи, яка ще й досі лихоманить окремі країни-члени ЄС. Документ, прийнятий у такий непростий час, мав визначити чіткий вектор руху європейських країн до соціально-економічного благополуччя, а отже, і гідного життя європейців, шляхом подолання бідності та безробіття. Проте в нових реаліях, які виникли останнім часом, він вимагає коректив.

Нині загальна ситуація в Європейському Союзі характеризується послабленням євроінтеграційних спрямувань. Через фінансово-економічну кризу ЄС, що виникла і триває у низці держав-членів, зростає безробіття (Іспанія, Греція, Італія), яке посилює серед європейців євроскептичні та ультраправі настрої, а також провокує радикально-екстремістські рухи. Розпочинаються відцентрові процеси – початок виходу Великобританії з Європейського Союзу, внаслідок проведеного референдуму у 2016 році. Разом із тим, громадяни країн ЄС, котрі переживають кризові періоди, як свідчать соціологічні опитування, довіряють власним національним урядам ще менше, ніж керівництву у Брюсселі. Тому, мабуть, проблему варто шукати саме в національній політиці деяких держав.

Політичне керівництво ЄС прагне до розширення та поглиблення власного внутрішнього ринку, що необхідно для економічного зростання і, відповідно, розвитку ринку праці в теперішній час. Проте ми все ж бачимо певні тенденції націоналізації економік країн ЄС. Реагуючи на зовнішньополітичну кон'юнктуру, державам європейського континенту необхідно об'єднуватися з допомогою виконання соціально-економічних програм задля забезпечення сталого розвитку та водночас гідного рівня життя.

Основними завданнями стає пошук ефективніших шляхів для вирішення загальноєвропейських проблем, серед яких і розробка додаткових заходів зі створення робочих місць, і забезпечення сталого економічного зростання в державах-членах ЄС, що, безперечно, вплине на якість життя населення.

Одним із основних напрямів здійснення соціально-економічної політики є боротьба з бідністю та безробіттям. Основна мета цього напрямку діяльності ЄС – гарантувати соціальне і територіальне співробітництво проти бідності, підвищити значущість цієї проблеми і визнати основні права людей, що знаходяться в тяжкому становищі, дати їм можливість гідного життя. Деякі завдання успішно розв'язуються, проте окремі, зважаючи на все нові й нові виклики, які постають перед європейськими лідерами, вимагають додаткових зусиль для їх здійснення.

Так, Європейському Союзу задля реалізації поставлених цілей і забезпечення загального добробуту людей доводиться посилено працювати у кількох напрямках:

- створювати основу для кооперації, обміну досвідом та результатами у сфері боротьби з бідністю, а також здійснювати конкретні дії на підтримку людей в тяжкому становищі;
- розробляти та впроваджувати програми підтримки соціальних інновацій для найбільш незахищених верств населення;
- вживати заходів для оцінки адекватності і стійкості до суспільних змін, заходів соціального захисту, пенсійних систем, виявляючи шляхи кращого доступу до систем охорони здоров'я.

На національному рівні держави-члени ЄС також повинні посилено працювати в таких напрямках: розробити і впровадити заходи для незахищених груп людей, розгорнути програми соціального захисту та пенсійну систему для гарантії отримання пропорційного доходу та охорони здоров'я незахищеними верствами суспільства.

Не варто також забувати, що на зовнішньополітичному напрямі ЄС намагається активізувати діяльність, спрямовану на закріплення своєї провідної ролі при вирішенні актуальних міжнародних проблем, зокрема й соціально-економічних, у зонах своїх стратегічних інтересів, – у країнах-учасницях «Східного партнерства», «Середземноморському союзі», на Близькому Сході (у Сирії, Іраку і Палестині).

Адаптація до зміни клімату не проста, адже вона вимагає створення нових інститутів, впровадження нових політик, надходження нових коштів, а найголовніше – нових форм мислення. Однак найближчі інвестиції у цю проблему призведуть до довгострокових вигід. Основами ґрунтовної й успішної адаптації є політична воля, належні наукові дослідження та оцінка, а також різноманітний набір заходів. Зміна клімату вплине на всі галузі суспільства, на деякі більше, ніж на інші, на одні – краще, на інші – гірше. Внаслідок цього всі представники суспільства мають бути залучені до адаптації, однак лідерами повинні бути національні,

регіональні та місцеві органи влади⁷. Європейська Комісія у 2012 р. представила нову Програму дій Союзу з охорони навколишнього середовища до 2020 року «Жити добре, в межах можливостей нашої планети», яка буде керівною для екологічної політики на період до 2020 року. Ця політика спрямована на підвищення екологічної сталості в Європі та перетворення ЄС у інклюзивну і сталу «зелену» економіку⁸.

Таким чином, соціально-економічна політика ЄС має стосунок не тільки до держав у середині ЄС, а також може слугувати хорошим орієнтиром для держав-кандидатів і сусідів ЄС, які можуть вибудувати свою політику, ґрунтуючись на запропонованих Європою цілях і завданнях. Сучасна ідея Європи і концептуалізація сталого розвитку як способу існування розвинутих європейських країн утворюють спільне смислове поле, що містить у собі потужний потенціал суспільного оновлення.

Сталий розвиток і протекціонізм: конфлікт інтересів. Сучасна глобальна криза засвідчила неспроможність глобалізації з її рушійними силами, спрямованими на політику заміщення держав і національних господарських систем наднаціональними інститутами і проголошенням провідної ролі ринку та його принципів. Отже, стан глобалізації на сьогодні кризовий⁹. Сталий розвиток – це розвиток, який має породжувати економічне зростання, справедливо розподіляти його результати, сприяти відновленню навколишнього середовища більше, ніж руйнувати його, приводити до розширення можливостей людей, а не їх збіднення. Це розвиток, спрямований на збереження природи, збереження зайнятості, що має сприяти реалізації людських прав. Концепція сталого розвитку передбачає досягнення високих соціально-економічних показників у країні за збереження навколишнього середовища. Два найважливіших вектори ХХІ ст. полягають у подоланні бідності та управлінні зміною клімату. Успішне вирішення цієї проблеми залежить від визнання їх тісного взаємозв'язку та взаємодоповнювального характеру сталого розвитку, економічного зростання і відповідальності за клімат. Недаремно Н. Стерн, президент Британської Академії наук, зазначав, що необхідні заходи з управління зміною клімату – життєво важливі для кожної країни. Значення співпраці стало ще більш очевидним: багаті країни мають подавати відповідний приклад, надавати економічно ефективне фінансування, а всім країнам слід обмінюватися технологіями та інвестувати у технології¹⁰.

Водночас розвиток міжнародних відносин засвідчує інші тенденції. Глобалізм дійшов до своєї межі. Натомість у світових відносинах невпинно зростає тенденція до протекціонізму. Відбувається відродження державного суверенітету. Кожна держава відстоює насамперед власні інтереси і цілі, керуючись економічними складовими. Перебіг останніх світових подій свідчить, що США активно підривають мультилатералізм, як принцип побудови відносин між державами, що ґрунтується на механізмі багатосторонніх відносин. Так, вихід США із Тихоокеанського партнерства, проведення переговорів щодо виходу із зони вільної торгівлі з Мексикою та Канадою, небажання продовжувати співпрацю у рамках Паризької угоди – це ланки невпинно зростаючого протекціонізму власних інтересів. Протекціонізм стає нормою, а його прихованою формою стають односторонні нелегітимні обмеження, серед яких і обмеження на поставку та поширення технологій чи надання допомоги на розвиток. Ідеї відкритості торгівлі сьогодні дедалі більше відкидаються, причому часто тими, хто не так давно виступав їх прибічником. Отже, протиставлення економічного зростання і екологічної відповідальності може перешкодити втіленню перспектив сталого розвитку. Розвиток міжнародних економічних відносин засвідчує, що посилення втручання держав у господарське життя з метою підвищення конкурентоспроможності національної економіки відбувається інколи, нехтуючи іншими питаннями, серед яких і сфера міждержавних кліматичних відносин. Водночас концепція сталого розвитку передбачає досягнення високих соціально-економічних показників при збереженні навколишнього середовища. Без переосмислення ідеї розвитку і переорієнтації держав з показників зростання як кількісних на показники розвитку як якісних вочевидь не можна сьогодні говорити про прогрес у цьому напрямі. Тому питання екології, клімату, соціальної нерівності – невід'ємна складова не лише міжнародно-правового рівня, а й національного. Новою парадигмою розвитку міжнародних відносин має стати розвиток від економічного зростання до сталого у широкому сенсі.

Наша держава також не стоїть осторонь загальносвітових процесів. За роки незалежності в Україні було здійснено кілька спроб створити та затвердити на законодавчому рівні Концепцію сталого розвитку країни, жодна з яких не увінчалась успіхом. Запропоновані проекти Концепції відображені у таких офіційних документах: 1) Проект Закону про Концепцію сталого розвитку України (№ 3234 від 25.04.2001), який було заслухано на засіданні Верховної Ради України 7 березня 2002 р. та не прийнято; 2) Проект Закону про Концепцію переходу України до сталого розвитку (№ 3234-1 від 19.12.2001), Концепцію заслухано на засіданні Верховної Ради України 7 березня 2002 р. та не прийнято; 3) Проект постанови про Концепцію переходу України до сталого розвитку (№ 5749 від 02.07.2004), питання розглянуто на засіданні Верховної Ради України, проект не підтримано (06.10.2005). Крім того, було напрацьовано проекти концепцій, що не дійшли до стадії проекту закону. Серед них слід відзначити ще один «Проект Концепції переходу України до сталого розвитку», який був розроблений НАН України та направлений до Кабінету Міністрів України у 2012 році¹¹.

Наведене свідчить про незавершеність процесу. Разом із тим вважаємо, що реалізація основ сталого розвитку на національному рівні можлива за умов подолання економічних потреб, вирішення екологічних викликів сьогодення і задоволення соціальних очікувань. Цей процес створить передумови для втілення відповідних договірних ініціатив на міжнародному рівні.

Отже, країни мають право самостійно визначати шляхи свого розвитку і забезпечувати його здійснення. Своєю чергою, економічний розвиток передбачає необхідність впровадження процесів індустріалізації і модернізації виробничих потужностей, диверсифікації торговельних відносин. Важливим елементом реалізації сталого розвитку виступає розроблення дієвих механізмів міжнародної співпраці. Саме посилення про-

зорості й підзвітності у використанні допомоги на розвиток сприятиме створенню ефективних і взаємовигідних партнерських відносин у цій сфері.

Незважаючи на прийняття Україною міжнародних зобов'язань, участь у різноманітних заходах та програмах ООН у сфері сталого розвитку, численні спроби створення органів, відповідальних за реалізацію концепції, інституційне середовище перебуває на дуже низькому рівні. Про це свідчать міжнародні рейтинги, в яких позицію України можна охарактеризувати як нижчу за середній рівень. Проблеми інституційного забезпечення сталого розвитку України потребують ефективного вирішення. Відтак, основними напрямками активізації цього процесу є: підвищення обізнаності населення щодо необхідності реалізації концепції сталого розвитку; створення відповідальних за впровадження концепції сталого розвитку органів державної влади та у складі органів місцевого самоврядування; налагодження взаємодії на міжнародному, національному та мікрорівні; розроблення та практичне втілення програм, стратегій, планів сталого розвитку на основі позитивного світового досвіду; здійснення контролю та оцінювання ефективності діяльності у напрямі сталого розвитку України; активна пропаганда ідей сталого розвитку в наукових, навчальних, бізнесових колах тощо.

¹ Декларация про встановлення Нового міжнародного економічного порядку // Международное право в документах : учеб. пособ. / сост.: Н. Т. Благова, Г. М. Мелков ; 5-е изд., перераб. и доп. – М. : ООО Полиграф Опт, 2004. – С. 321–325.

² Войтович С. А. Принципы международно-правового регулирования межгосударственных экономических отношений / С. А. Войтович. – К. : УМК ВО, 1988. – С. 75–76.

³ Там само. – С. 75–78; 92–93.

⁴ Дюмулен И. И. Конференции ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД) 50 лет / И. И. Дюмулен // Российский внешнеэкономический вестник. – 2014. – № 8. – С. 16–17.

⁵ Лимская декларация: Путь к достижению всеохватывающего промышленного развития. Резолюция XV сессии Генеральной конференции ЮНИДО GC.15/Res.1 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.unido.org/fileadmin/user.../Lima_Declaration_RU_web.pdf

⁶ Маслова С. В. Принцип права на развитие в современном международном праве / С. В. Маслова // NB: Международное право. – 2013. – № 2 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.c-notabene.ru/wl/article_5108.html#1

⁷ Ерик Е. Массей. Досвід Європейського Союзу в адаптації до зміни клімату та застосування його в Україні. – 2012. – 40 с. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.osce.org/uk/ukraine/104020?download=true>

⁸ Політика та право ЄС з питань, що стосуються довкілля: посіб. / Підготовлено експертом проекту В. Бізеком. – К., 2013 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.greenmind.com.ua/images/meropriyatiya/EC-LEG-Textbook-UA.pdf>

⁹ Осьмова М. Н., Клавдиенко В. П., Глуценко Г. И. Глобальные вызовы устойчивому развитию мировой экономике : учеб. пособ. / М. Н. Осьмова, В. П. Клавдиенко, Г. И. Глуценко. – М.: Экономический факультет МГУ имени М. В. Ломоносова, 2015. – С. 3–12.

¹⁰ Стерн Н. Дорога «низкоуглеродного» развития / Н. Стерн // Финансы и развитие. – 2015. – Вып. 52. – № 4.

¹¹ Мартюшева О. О. Проекти концепції сталого розвитку України: можливість їх вдосконалення та застосування : аналітична записка / О. О. Мартюшева : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.niss.gov.ua/articles/1566/>

Резюме

Харчук О. О. Сталий розвиток на сучасному етапі міжнародних відносин.

У статті розглянуто проблему реалізації права на розвиток в міжнародному економічному праві в контексті розвитку міжнародного співробітництва. Розглянуто нормативну складову права на розвиток. Проаналізовано зв'язок права на розвиток з системою принципів міжнародного економічного права. Визначено нормативне закріплення елементів права на розвиток в міжнародно-правових актах. Показано застосування права на розвиток в практиці міжнародних організацій. Зокрема, увагу приділено проблемам розвитку в практиці ЮНКТАД, ЮНИДО, СОТ та ін. Також, в статті розглянуто роль права на розвиток в перебуванні сучасних міжнародних економічних відносин на рівноправній і взаємовигідній основі.

Ключові слова: право на розвиток, принцип, міжнародне економічне право, міжнародні економічні відносини, міжнародне співробітництво, міжнародні організації.

Резюме

Харчук А. А. Устойчивое развитие на современном этапе международных отношений.

В статье рассмотрено проблему реализации права на развитие в международном экономическом праве в контексте развития международного сотрудничества. Рассмотрена нормативная составляющая права на развитие. Проанализирована связь права на развитие с системой принципов международного экономического права. Определено нормативное закрепление элементов права на развитие в международно-правовых актах. Показано применение права на развитие в практике международных организаций. В частности, внимание уделено проблемам развития в практике ЮНКТАД, ЮНИДО, ВТО и др. Также, в статье рассмотрено роль права на развитие в перестройке современных международных экономических отношений на равноправной и взаимовыгодной основе.

Ключевые слова: право на развитие, принцип, международное экономическое право, международные экономические отношения, международное сотрудничество, международные организации.

Summary

Kharchuk O. Sustainable development at the modern stage of international relations.

The article deals with the problem of the realization of the right to development in international economic law in the context of the development of international cooperation. The normative component of the right to development is considered. The relationship

between the right to development and the system of principles of international economic law is analyzed. The normative fixing of the elements of the right to development in international legal instruments is defined. The application of the right to development in the practice of international organizations is shown. In particular, attention is paid to the problems of development in the practice of UNCTAD, UNIDO, WTO, etc. Also, the article considers the role of the right to development in the restructuring of modern international economic relations on an equal and mutually beneficial basis.

Key words: the right to development, the principle, international economic law, international economic relations, international cooperation, international organizations.

УДК 341.171

Т. О. КОРТУКОВА

Тамара Олександрівна Кортукова, аспірант, викладач Київського університету права НАН України

ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ СПІВРОБІТНИЦТВА УКРАЇНИ З ЄВРОПЕЙСЬКИМ СОЮЗОМ В ІМІГРАЦІЙНІЙ СФЕРІ

Співробітництво України з Європейським Союзом в імміграційній сфері є надзвичайно важливим та актуальним питанням сьогодення. По-перше, це зумовлено євроінтеграційними прагненнями України, які закріплені в Законі України (далі – ЗУ) «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики»¹ від 2010 р., ЗУ «Про загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства ЄС»² від 2011 р., Стратегії державної міграційної політики України на період до 2025 року³ від 2017 р. та інших нормативно-правових актах. При цьому рамки співробітництва між цими сторонами встановлені в Угоді про Асоціацію між Україною та ЄС⁴, яка набула чинності 1 вересня 2017 року. По-друге, відповідно до статистичних даних Євростату станом на 2016 р. близько 500 тисяч українських громадян отримали дозвіл на проживання в ЄС, з них 6,1 % з метою навчання та 75,2 % – з метою працевлаштування⁵. Ці цифри свідчать про те, що українським громадянам надано найбільшу кількість дозволів на проживання в ЄС.

Окремо постає питання еміграції висококваліфікованих працівників, що зумовлює процес відтоку інтелектуального капіталу країни та відсутності системи залучення висококваліфікованих працівників із-за кордону. При цьому необхідно погодитись з Ф. Дювелом, який наголошує, що Україна не має узгодженої політики щодо імміграції та надання притулку. Причиною цьому є неефективність та корумпованість влади⁶. Враховуючи Регламент ЄС 1289/2013, який вводить механізм призупинення безвізового режиму⁷ від 2013 р., внесення поправок до нього від 2017 р.⁸ та першу доповідь щодо дії механізму призупинення безвізового режиму⁹ від 2017 р. вищезазначена проблема може спричинити введення в дію механізму призупинення безвізового режиму для України. До того ж, до проблем, виділених Ф. Дювелом, додаються ще проблеми, визначені у доповіді Управління Верховного комісара ООН у справах біженців від 2017 року. Зокрема, це расизм та ксенофобія, погана економічна ситуація, законодавчі розбіжності тощо¹⁰.

Тому, беручи до уваги вищезазначені актуальні проблеми, існує необхідність подальших наукових пошуків щодо збільшення позитивного та зменшення негативного впливу від міграційних процесів, зокрема у напрямках дослідження та аналізу правового механізму регулювання співробітництва України та Європейського Союзу в імміграційній сфері.

Питанню співробітництва України з Європейським Союзом в імміграційній сфері приділяли увагу такі вітчизняні вчені, як: В. Муравйов, З. Макаруха, І. Лапшина, Н. Мушак, О. Малиновська та інші. Необхідно зауважити, що іноземні науковці, також вивчали цю тематику, зокрема це: Л. Жизномірська, Ф. Дювел та інші.

Мета дослідження включає аналіз сучасного стану правового механізму співробітництва України з Європейським Союзом в імміграційній сфері.

Сучасними пріоритетними сферами співробітництва між Україною та ЄС в імміграційній сфері є питання управління кордонами, надання притулку, візова політика, регулювання питань робочої міграції, боротьба з нелегальною міграцією та торгівлею людьми. Правовою основою співробітництва України та ЄС в імміграційній сфері є Угода про Асоціацію між Україною та ЄС від 2014 року; Угода між Україною та Європейським Співтовариством про реадмісію від 2007 року; Робоча домовленість щодо встановлення оперативного співробітництва між Адміністрацією Державної прикордонної служби України і Фронтексом від 2007 року; Регламент ЄС № 1931/2006 про місцевий прикордонний рух. Крім того, Україна співпрацює з ЄС щодо імміграційних питань в рамках Східного партнерства, Празького процесу та Будапештського процесу.

Сучасне співробітництво в імміграційній сфері відбувається в рамках Угоди про Асоціацію між Україною та ЄС на основі принципів верховенства права та поваги до прав людини і основоположних свобод. Безпосередньо регулювання такого співробітництва закріплено в ст. ст. 16, 17, 18, 19 Угоди про асоціацію. Таке закріплення положень відображає активізацію діалогу між Україною та ЄС у сфері імміграції, притулку та

управління кордонами. Також в Угоді про Асоціацію закріплено те, що сторони будуть розробляти політику щодо боротьби з нелегальною міграцією, співпрацювати щодо впровадження та імплементації прав біженців відповідно до Конвенції ООН про статус біженців від 1951 року та Додаткового протоколу щодо статусу біженців від 1967 року, а також співпрацювати щодо подолання причин виникнення міграції.

Відповідно до принципу взаємності в міжнародному праві, у ст. 17 Угоди про Асоціацію закріплено положення про однакове поводження з працівниками, які мають українське громадянство, та громадянами держав-членів ЄС і навпаки. Цей принцип також закріплювався і в УПС. Все ж таки Угода про Асоціацію не надає можливість вільного доступу до ринку праці ЄС. Тільки в ст. 18 наголошується на врегулюванні питань мобільності працівників на рівні укладання двосторонніх Угод між державами-членами ЄС та Україною. Тому компетенція щодо регулювання питань доступу до ринку праці залишається у компетенції держав-членів ЄС та регулюється на двосторонньому рівні. Таким чином, положення щодо міграції та мобільності осіб в контексті Угоди про асоціацію є ключовим засобом для євроінтеграції України та індикатором успіху цього процесу.

Також співробітництво між Україною та ЄС відбувається у контексті регулювання питань про реадмісію. Угоди про реадмісію з ЄС підписуються в рамках Партнерства з мобільності. Це є однією з вимог надання лібералізації візового режиму для третіх країн та зокрема для України. При цьому метою укладання угод про реадмісію є боротьба з нелегальною міграцією, що закріплено в ст. 79 ДФЄС, а також у преамбулі Угоди між Україною та ЄС про реадмісію, що ще раз наголошує на важливості досягнення такої мети.

Починаючи з 1993 р. Україна підписала низку реадмісійних угод з окремими державами-членами ЄС, а саме: з Угорщиною від 1993 р., Польщею від 1993 р., Словаччиною від 1993 р., Литвою від 1996 р., Молдовою від 1997 р., Латвією від 1997 р., Болгарією від 2001 р., Данією від 2007 року¹¹. Тільки у 2007 р. було укладено Угоду між Україною та ЄС про реадмісію. У свою чергу, із набранням чинності Угоди між Україною та ЄС про реадмісію, угоди з окремими державами-членами ЄС та Україною, окрім Данії, відповідно до спільної декларації стосовно Данії втратили свою чинність. Це підтверджує те, що держави-члени ЄС тривалий час відмовлялись передавати компетенцію інститутам ЄС укладати договори в імміграційній сфері, зокрема, договори про реадмісію з третіми країнами. Тобто, держави-члени ЄС та треті країни регулювали ці питання на двосторонньому рівні.

Необхідно зазначити, що в Угоді між Україною та ЄС про реадмісію не надано визначення терміна «реадмісія». В українському законодавстві це поняття закріплено в ЗУ «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства»¹² від 2011 року. У параграфі 22 преамбули зазначається, що «реадмісія це передача з території України або приймання на територію України іноземців та осіб без громадянства на підставах та в порядку, встановлених міжнародними договорами України». Аналогічне визначення міститься і в Інструкції про порядок реалізації компетентними та уповноваженими органами України міжнародних угод про реадмісію осіб від 2015 року. Зокрема визначено, що реадмісія – це передача з території запитуючої договірної держави та прийняття на територію запитуваної договірної держави громадян договірних держав, громадян третіх країн або осіб без громадянства на підставах та в порядку, визначеному міжнародними угодами про реадмісію¹³. Тобто, відповідно до ст. 29 ЗУ «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства»¹⁴ передача з України або повернення в Україну іноземця або особи без громадянства відбувається лише на підставі угод про реадмісію. Саме тому важливим було прийняття Угоди про реадмісію між Україною та ЄС.

Основними положеннями Угоди про реадмісію є: 1) Україна та ЄС зобов'язуються без зайвої формальності прийняти власних громадян, які порушили умови перебування на території іншої сторони, а також громадян третіх країн та осіб без громадянства, передбачених Угодою про реадмісію; 2) при виникненні необхідності договірні сторони мають дозволити транзит осіб до держави, яка не є договірною стороною; 3) встановлюються детальні правила щодо процедури реадмісії, включаючи засоби доведення громадянства та стосовно громадян третіх країн та осіб без громадянства; 4) витрати на транспортування та транзитний проїзд несе запитуюча держава, яка може відшкодувати такі витрати за рахунок відповідної особи або третіх країн. Також у цьому контексті необхідно розмежовувати поняття повернення та видворення.

В Угоді про реадмісію відсутнє визначення цих понять. А. Шендеровська у цьому контексті пояснює: «Після того як Запитувана сторона надала позитивну відповідь на запит стосовно здійснення реадмісії, Запитуюча сторона оформлює особі, реадмісія якої погоджена, проїзний документ, що визнається Запитуваною стороною. Якщо Запитуючою стороною є держава-член ЄС, таким документом є стандартний проїзний документ ЄС для видворення відповідно до форми, установленної рекомендацією Ради ЄС від 30 листопада 1994 року. Якщо Запитуючою стороною є Україна, то таким документом є Посвідчення особи на повернення»¹⁵.

Тобто, відповідно до вищезазначеного можна зробити висновки: якщо ми говоримо про повернення, то йдеться про те, що Запитуючою стороною є Україна. У випадку, коли ми говоримо про видворення, то маємо на увазі, що запитуючою стороною є держава-член ЄС.

Проте такий поділ не збігається із визначенням в українському законодавстві. Необхідно зазначити, що у ЗУ «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» регулюється процедура повернення та видворення. При чому існує поділ на добровільне повернення та примусове повернення. Однак самі визначення, що таке добровільне та примусове повернення і видворення відсутні.

Таким чином, проаналізувавши процедуру примусового повернення та видворення, на нашу думку, можна дати визначення, що примусове повернення та видворення – це система правових заходів, спрямована на зобов'язання іноземця або особи без громадянства залишити територію попри його бажання.

Україна має спільний кордон з чотирма державами-членами ЄС: Польщею, Словаччиною, Румунією, Угорщиною. При цьому спільна протяжність кордону України з державами-членами ЄС становить 1,390,742 км. Тому важливим також є співробітництво між ЄС та Україною у сфері управління кордонами. До того ж основним напрямом Стратегії розвитку Державної прикордонної служби від 2015 р. є забезпечення розвитку інтегрованого управління кордонами з урахуванням досвіду держав-членів ЄС¹⁶.

Співробітництво у сфері управління кордонами відбувається на двосторонньому рівні між державами-членами ЄС та на рівні ЄС, у контексті співробітництва Фронтексу та України.

На двосторонньому рівні Україна співпрацює з Польщею, відповідно до Договору між Україною і Республікою Польща про правовий режим українсько-польського державного кордону, співробітництво та взаємну допомогу з прикордонних питань від 1993 р.¹⁷; Словаччиною, відповідно до Договору між Україною і Словацькою Республікою про режим українсько-словацького Державного кордону, співробітництво та взаємодопомогу з прикордонних питань від 1994 р.¹⁸; Угорщиною, відповідно до Договору між Україною і Угорською Республікою про режим українсько-угорського державного кордону, співробітництво та взаємодопомогу з прикордонних питань від 1995 р.¹⁹; Румунією, відповідно до Договору між Україною та Румунією про режим українсько-румунського державного кордону, співробітництво та взаємну допомогу з прикордонних питань від 2004 року²⁰. При цьому необхідно зазначити, що Договір між Україною та Республікою Молдовою, яка також має спільний кордон з Україною, на сьогодні відсутній.

На рівні ЄС Україна співпрацює у рамках Робочої домовленості щодо встановлення оперативного співробітництва між Адміністрацією Державної прикордонної служби України і Фронтексом від 2007 року²¹. Правовою основою співробітництва є також Плани дій між Держприкордонслужбою України та Фронтексом. Перший План був розрахований на період 2010–2012, також Сторони виконали план на період 2013–2015 і на сьогодні співробітництво відбувається відповідно до Плану на період 2016–2018 років. При цьому основними напрямками співробітництва між Держприкордонною службою України та Фронтексом є обмін інформацією; аналіз ризиків; участь у спільних операціях; навчання персоналу.

Продовження і посилення співробітництва України з Фронтексом надасть ширші можливості у сферах: оцінки ризиків, перепідготовки фахівців відповідно до загальноєвропейської моделі підготовки персоналу, адаптації системи охорони кордону України та інтеграції її у загальноєвропейську систему інтегрованого управління кордоном, розвитку сучасних технологій та систем спостереження.

Україна також співпрацює з прикордонними державами-членами ЄС у рамках Угоди між Кабінетом Міністрів України та Урядом Республіки Польща про правила місцевого прикордонного руху від 2009 р.²²; Угоди між Україною та Словацькою Республікою про місцевий прикордонний рух від 2008 р.²³; Угоди між Україною та Угорщиною про місцевий прикордонний рух від 2007 р.²⁴; Угоди між Україною та Румунією про місцевий прикордонний рух від 2014 року²⁵.

При цьому, відповідно до вищезазначених Угод, поняття «місцевий прикордонний рух» означає регулярний перетин спільного кордону держав договірних сторін жителями прикордонної зони держави однієї договірної сторони з метою перебування у прикордонній зоні держави іншої договірної сторони з суспільних, культурних або сімейних причин та з обґрунтованих економічних причин, які відповідно до національного законодавства держави іншої договірної сторони не визнаються прибутковою діяльністю, протягом періоду, який не перевищує термінів перебування, встановлених у Угодах.

Тому враховуючи вищевикладене, можна говорити про виникнення інституту місцевого прикордонного руху, який має свої особливості. Проте з набранням чинності безвізового режиму співробітництво в рамках місцевого прикордонного руху дещо втрачає свою актуальність.

У рамках Глобального підходу до міграції та мобільності від 2005 р. Україна бере участь у декількох форумах щодо імміграційних питань, а саме в Будапештському процесі, Празькому процесі та Східному партнерстві. Результатами співробітництва для України у зазначених форумах є вироблення так званого «м'якого права», яке не має обов'язкової юридичної сили. Проте прийняття керівних принципів, планів, декларацій все ж таки є важливим для створення фундаменту та окреслення меж подальшого співробітництва в імміграційній сфері.

Починаючи з 2004 р. Україна є учасником Будапештського процесу²⁶, який був започаткований Німеччиною у 1991 р. та є консультативним форумом понад 50 урядів та 10 міжнародних організацій, які обмінюються інформацією і найкращою практикою з широкого спектру питань міграції. Це одна з найдовших форм співробітництва з питань міграції в Європі та її східних сусідів. При цьому Будапештський процес забезпечує неформальні та гнучкі умови для заінтересованих сторін для вирішення міграційних питань, що становлять спільний інтерес.

Таким чином, будучи учасником Будапештського процесу, Україна має можливість обмінюватись інформацією та практикою стосовно таких питань, як регулярна та нерегулярна міграція, притулок, візові питання, торгівля людьми та контрабанда мігрантами, реадмісійні питання. Також у рамках Будапештського процесу Україна обговорює питання вироблення концепцій в імміграційній сфері.

Співробітництво України в рамках Празького процесу розпочалося в 2009 році. У Спільній декларації від 2009 р., яка була заключним документом Празької міністерської конференції, що започаткувала роботу Празького процесу, особливу подяку було висловлено Україні за активну роботу і, зокрема, сприяння обговоренню міграційних питань на підготовчих засіданнях. Таким чином, будучи учасницею Празького процесу, Україна погодилась на зміцнення співробітництва у сфері управління імміграційних процесів, розробці

узгоджених принципів та елементів для тісних міграційних партнерських відносин між країнами, а також дотримання прав мігрантів, членів їх сімей та біженців²⁷.

У Плані дій 2012–2016 рр. пріоритетними завданнями України, як учасниці Празького процесу, були: запобігання та боротьба з нелегальною міграцією; реадмісія, добровільне повернення та стійка реінтеграція; регулювання легальної міграції, особливо трудової; інтеграція мігрантів; мобільність та розвиток; зміцнення потенціалу в сфері притулку.

При цьому варто зазначити, що в 2015 р. було проведено оцінювання щодо реалізації Плану дій 2012–2016 років. Можна зробити висновок, що Празький процес значно сприяв посиленню міжнародного співробітництва у сфері міграції в регіоні. Держави-учасниці визначили, що шість напрямів співробітництва відповідно до Плану дій 2012–2016 рр. були імplementовані в національну міграційну політику. Крім того, діяльність Празького процесу дала важливий стимул для змін у системах управління міграцією²⁸.

Відповідно до Спільної декларації, підписаної в Празі у 2009 р., Україна, разом з Вірменією, Азербайджаном, Білорусією, Грузією та Молдовою є учасницею Східного партнерства²⁹. Співробітництво відбувається у рамках Панелі з міграції та притулку та Панелі інтегрованого управління кордонами Східного партнерства.

Головними напрямками такого співробітництва є: підвищення безпеки, сприяння мобільності людей на кордонах, що не є членами ЄС; розробка стратегій та узгодження правил управління кордонами із приведення їх у відповідність стандартам ЄС; підвищення багатостороннього співробітництва та налагодження зв'язків між партнерами, країнами-кандидатами та державами-членами ЄС; сприяння виконанню двосторонніх візових діалогів між ЄС та країнами-партнерами; обговорення різних питань міграції та притулку.

Отже, проаналізувавши правовий механізм співробітництва України з Європейським Союзом в імміграційній сфері, можемо зробити висновок, що він створює умови для регулювання правовідносин в імміграційній сфері. На сьогодні він складається з: Угоди про Асоціацію між Україною та ЄС від 2014 р.; Угоди між Україною та Європейським Співтовариством про реадмісію від 2007 р.; Робочої домовленості щодо встановлення оперативного співробітництва між Адміністрацією Державної прикордонної служби України і Фронтексом від 2007 р.; Регламенту ЄС № 1931/2006 про місцевий прикордонний рух. Крім того, Україна співпрацює з ЄС щодо імміграційних питань в рамках Східного партнерства, Празького процесу та Будапештського процесу.

Вищезазначені договори регулюють широкий спектр питань щодо імміграційної політики, а саме: управління кордонами, надання притулку, візова політика, боротьба з нелегальною міграцією, реадмісія тощо.

Результатами участі України в Будапештському процесі, Празькому процесі та Східному партнерстві є вироблення так званого «м'якого права», яке не має обов'язкової юридичної сили. Проте прийняття керівних принципів, планів, декларацій все ж таки є важливим для створення фундаменту та окреслення меж подальшого співробітництва в імміграційній сфері.

¹ Про засади внутрішньої і зовнішньої політики : Закон України від 2010 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2411-17>

² Про загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : Закон України від 2011 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1629-15>

³ Стратегія державної міграційної політики України на період до 2025 року від 2017 року : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.kmu.gov.ua/ua/npras/250149647>

⁴ Угода про Асоціацію між Україною та ЄС від 2017 року : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/07/11/ukraine-association-agreement/>

⁵ Residence permits for non-EU citizens/ eurostat/ : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7715617/3-27102016-BP-EN.pdf>

⁶ Düvell Franck. Ukraine – Europe's Mexico? F. Düvell // Central and East European Migration/ Research Resources Report. – 2014. – № 3. – P. 1–9 : [Electronic resource]. – Access mode: https://www.researchgate.net/publication/238112026_Ukraine_-_Europe's_Mexico

⁷ Regulation (EU) no 1289/2013 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2013 amending Council Regulation (EC) No 539/2001 listing the third countries whose nationals must be in possession of visas when crossing the external borders and those whose nationals are exempt from that requirement : [Electronic resource]. – Access mode: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32013R1289>

⁸ Regulation (EU) 2017/371 of the European Parliament and the Council of 1 March 2017 amending Council Regulation (EC) No 539/2001 listing the third countries whose nationals must be in possession of visas when crossing the external borders and those whose nationals are exempt from that requirement (revision of the suspension mechanism) : [Electronic resource]. – Access mode: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2017.061.01.0001.01.ENG

⁹ First Report under the Visa Suspension Mechanism, 2017 : [Electronic resource]. – Access mode: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-is-new/news/20171220_first_report_under_suspension_mechanism_en

¹⁰ UNHCR Ukraine Refugees and Asylum seekers factsheet : [Electronic resource]. – Access mode: <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/2017%2006%20UNHCR%20UKRAINE%20Refugees%20and%20asylum%20seekers%20factsheet%20FINAL%20EN>

¹¹ Угода між Кабінетом Міністрів України і Урядом Королівства Данія про реадмісію осіб : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/208_017

¹² Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3773-17>

¹³ Інструкція про порядок реалізації компетентними та уповноваженими органами України міжнародних угод про реадмісію осіб : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0260-15>

¹⁴ Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3773-17>

¹⁵ Шендеровська А. В. Характеристика Угоди про реадмісію осіб між Україною та ЄС та її виконання Україною / А. В. Шендеровська // Часопис Київського університету права. – 2013. – № 4. – С. 379–383.

¹⁶ Стратегія розвитку Державної прикордонної служби : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1189-2015-%D1%80>

¹⁷ Договір між Україною і Республікою Польща про правовий режим українсько-польського державного кордону, співробітництво та взаємну допомогу з прикордонних питань : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/616_208

¹⁸ Договір між Україною і Словацькою Республікою про режим українсько-словацького Державного кордону, співробітництво та взаємодопомогу з прикордонних питань : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/703_001

¹⁹ Договір між Україною і Угорською Республікою про режим українсько-угорського державного кордону, співробітництво та взаємодопомогу з прикордонних питань : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/348_636

²⁰ Договір між Україною та Румунією про режим українсько-румунського державного кордону, співробітництво та взаємну допомогу з прикордонних питань : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/642_022

²¹ Working Arrangement on the establishment of Operational Cooperation between the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (Frontex) and the Administration of the State Border Guard Service of Ukraine : [Electronic resource]. – Access mode: http://frontex.europa.eu/assets/Partners/Third_countries/WA_with_Ukraine

²² Угода між Кабінетом Міністрів України та Урядом Республіки Польща про правила місцевого прикордонного руху : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/616_138

²³ Угода між Україною та Словацькою Республікою про місцевий прикордонний рух : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/703_076

²⁴ Угода між Україною та Угорщиною про місцевий прикордонний рух : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/703_076

²⁵ Угода між Кабінетом Міністрів України та Урядом Румунії про місцевий прикордонний рух : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/642_062

²⁶ Budapest Process An Analysis of Over Two Decades of Migration Dialogue : [Electronic resource]. – Access mode: https://www.budapestprocess.org/images/documents/20_Years_Budapest_Process_Report

²⁷ Building Migration Partnerships Prague Ministerial Conference Joint Declaration : [Electronic resource]. – Access mode: https://www.pragueprocess.eu/fileadmin/ppp/bmp_joint_declaration_en

²⁸ Evaluation of the Implementation of the Prague Process Action Plan 2012–2016 : [Electronic resource]. – Access mode: <file:///Users/Tamara/Downloads/Evaluation%20Report%20PP%20AP%20EN%20web>

²⁹ Joint Declaration of the Prague Eastern Partnership Summit Prague, 7 May 2009 : [Electronic resource]. – Access mode: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/er/107589

Резюме

Кортукова Т. О. Правовий механізм співробітництва України з Європейським Союзом в імміграційній сфері.

У статті виокремлено сучасні пріоритетні сфери співробітництва між Україною та ЄС в імміграційній сфері та проаналізована правова основа для такого співробітництва.

Ключові слова: правова основа співробітництва між Україною та ЄС в імміграційній сфері, управління кордонами, надання притулку, візова політика, регулювання питань робочої міграції, боротьба з нелегальною міграцією та торгівлею людьми.

Резюме

Кортукова Т. А. Правовой механизм сотрудничества Украины с Европейским Союзом в иммиграционной сфере.

В статье выделены современные приоритетные сферы сотрудничества между Украиной и ЕС в иммиграционной сфере и проанализирована правовая основа для такого сотрудничества.

Ключевые слова: правовая основа сотрудничества между Украиной и ЕС в иммиграционной сфере, управления границами, предоставления убежища, визовая политика, регулирование вопросов рабочей миграции, борьба с нелегальной миграцией и торговлей людьми.

Summary

Kortukova T. Legal mechanism of cooperation between Ukraine and the European Union in the immigration sphere.

The article highlights the modern priority areas of cooperation between Ukraine and the EU in the immigration sphere and analyzes the legal basis for such cooperation.

Key words: legal basis of cooperation between Ukraine and the EU in the immigration sphere, border management, shelter, visa policy, regulation of labor migration issues, the fight against illegal migration and trafficking in human beings.

УДК 342.537.2

А. ШМІТ

Анджей Шміт, доктор, професор, завідувач кафедри конституційного права та політичних інститутів, колишній декан факультету права та управління Гданського університету

ПРОБЛЕМАТИКА ПРАВОСУДДЯ ЯК ПРЕДМЕТА ПЕТИЦІЙ ДО СЕЙМУ РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩА VIII СКЛИКАННЯ

Положення ст. 63 Конституції Республіки Польща від 2 квітня 1997 р.¹ гарантує, що «кожен має право подавати петиції, пропозиції та скарги в публічних або власних інтересах, або за згодою іншої особи в її інтересах в органи публічної влади, а також в громадські організації та установи у зв'язку з виконуваними ними завданнями, які їм доручені у сфері публічної адміністрації. Порядок розгляду петицій, пропозицій і скарг визначає закон»². У вищезгаданому обсязі застосовується Закон про петиції від 11 липня 2014 року³. Розробка положень у межах сейму визначаються Правилами Сейму з 1992 року⁴.

Вищеназваний Закон розвиває конституційне регулювання даного питання. Зокрема, він конкретизує предмет петиції (ст. 2, параграф 3). Згідно з цим положенням, предметом петиції може бути, зокрема, прохання про зміну закону, прийняття рішення чи іншої дії у справі, яка стосується заявника, колективного життя або цінностей, які потребують спеціального захисту в загальному добробуті, що підпадає під дію завдань та компетенцій адресата петиції. Про те, чи лист є петицією, вирішує зміст, а не зовнішня форма (ст. 3). Петиція повинна, між іншим, вказати суб'єкта, який подає петицію, адресата петиції і включати вказівку на предмет подання петиції. Закон допускає так звані багатократні петиції, тобто чергові петиції, що складаються у тій самій справі⁵. Сканування петиції поміщається на веб-сайті (ст. ст. 4–8 Закону) суб'єкта, який займається розглядом петиції. Закон про петиції, між іншим, визначає, що петиції, подані до Сейму (аналогічно – до Сенату Республіки Польщі), розглядаються цим органом, хіба що Правила Сейму визначають внутрішній орган Сейму/Сенату, який є компетентним в цій сфері. Сейм має також обов'язок публікації щорічної інформації про розглянуті петиції.

Розвиток нормативної проблематики петиції представлений у главі 9а – «Поведінка в справах петиції» (ст. ст. 126 b–126 g) Правил Сейму. Петицію, складену до Сейму, Маршал Сейму направляє до сеймової Комісії у справах петицій з метою розгляду. Надаючи хід петиції, Маршал Сейму визначає Комісії термін її розгляду. Комісійний розгляд петиції охоплює доповідь змісту петиції депутатом, визначенням президією Комісії, дискусією, а також рішення. Комісія у справах петицій може звернутися до інших сеймових комісій висловити свої погляди щодо петиції. Рішенням у справах петиції може бути, згідно із формулюванням положень Розпорядку Сейму, зокрема: 1) внесення Комісією законопроекту або ухвали; 2) внесення Комісією поправки або пропозиції (до законопроекту або ухвали) під час його розгляду іншою сеймовою комісією, або під час його II читання; у цьому випадку Комісія вказує свого представника, уповноваженого до внесення поправки або пропозиції; 3) представлення Комісією іншим сеймовим комісіям своїх напрацювань у справі законопроекту або ухвали, що нею розглядаються; 4) подання Комісією пропозиції провести контроль Вищою контрольною службою; 5) не взяття Комісією до уваги вимоги, що є предметом петиції та відповідно залишення її без розгляду. Після закінчення розгляду петиції Комісія у справах петиції передає Маршалу Сейму, разом з обґрунтуванням, інформацію про спосіб оформлення петиції або про обставини, що пояснюють залишення петиції без розгляду. Маршал Сейму сповіщає суб'єкта, що подав петицію на розгляд, про спосіб її вирішення, або про обставини, які обґрунтовують її залишення без розгляду. Почергово маршал Сейму повідомляє суб'єкта, який подав петицію, про спосіб її вирішення.

Вагомим є також положення ст. 126 g Правил Сейму, яке передбачає відсутність принципу продовження парламентських робіт. Якщо процедура у справі петиції не буде закінчена до кінця скликання Сейму, вона продовжуватиметься Комісією в наступному скликанні парламенту.

У практиці парламенту прийнято принцип, що всі внесені петиції є предметом оцінки відповідних аналітичних одиниць Канцелярії сейму. Цю роль виконує сеймове Бюро аналізу за допомогою експертів у сфері

законодавчого аналізу та систематично-парламентського аналізу. Запит на висновок робиться головою Комітету з питань петицій, коли йдеться про клопотання, адресовані Сейму. Якщо петиція адресована маршалу Сейму, як відповідному органу, то запит про справу залишається в компетенції Управління соціальної комунікації в Канцелярії сейму.

Складені на цьому етапі сеймових робіт оцінки мають в основному вступний характер і охоплюють⁶: 1) надання характеристики загального змісту і мети внесеної петиції; 2) відповіді на питання, чи петиція міститься в сфері завдань і компетенцій адресата петиції (ст. 2, параграф 3 Закону про петиції); 3) оцінку збереження формальних вимог щодо петицій (ст. 4, параграфи 1–2, а також ст. 5, параграф 1); 4) питання, які експерт визнає за вагомі у зв'язку з петицією; 5) пропозиції і рекомендації, що стосуються даної петиції⁷.

«Третя влада» – згідно з Конституцією Республіки Польща – це суди і трибунали⁸. Судді є незалежними (підлягають тільки правилам Конституції і законам); суди і трибунали є особливою і незалежною владою від інших властей (ст. ст. 173 і 171, параграф 1). Президент Республіки Польща призначає суддів, за пропозицією Державної ради судочинства, на невизначений час. Не можна їх усунути, але передбачено, що закон визначатиме вікові межі; Конституція також сама встановлює, що суддя може бути відправлений на відпочинок внаслідок неможливого продовження обов'язків через хвороби або втрату працездатності. Першого Голову Верховного Суду затверджує Президент РП на шестирічний період. Державна рада судочинства оберігає незалежність і самостійність суддів (ст. 186, параграф 1). Конституція визначає склад і чотирирічний період цього органу. Конституційний Суд (ст. ст. 188–197) відіграє, згідно з Конституцією, особливо важливу роль, вирішальну не лише в питанні ієрархічного погодження нормативних актів, але також у питанні про відповідність Конституції цілей або мети діяльності політичних партій, у справах конституційних скарг, суперечок щодо компетенцій між центральними конституційними органами держави і у випадку тимчасової нездатності Президента виконувати свої обов'язки. Його постанови мають загальну зобов'язальну силу і є остаточними (ст. 190, параграфи 1–2), а також підлягають оголошенню. Суд складається з 15 суддів, яких обирають персонально Сеймом на дев'ять років. Голову і заступника цього ж суду обирає Президент з числа представлених йому кандидатів Загальними зборами суддів Конституційного суду. Судді, яких вибрано, у виконанні своїх обов'язків є незалежними і підлягають лише правилам Конституції. Організацію роботи Суду і його роботу визначає Основний закон.

У VIII скликанні Сейму, яке розпочалося 12 листопада 2015 р. і тривати до 31 грудня 2017 р., надано хід п'яти петиціям, що стосуються проблематики правосуддя. Були це по чергово петиції: 1) від 9 жовтня 2015 р.⁹; 2) від 3 вересня 2016 р.¹⁰; 3) від 26 вересня 2016 р.¹¹; 4) від 8 березня 2017 р.¹²; 5) від 5 травня 2017 року¹³. Всі вищезазначені петиції стосувалися справ зміни законів. Усі, отже, містяться в сфері завдань і компетенцій адресата (ст. 2, параграф 3 Закону про петиції), оскільки поправка законів належить до компетенцій Сейму. Усі згадані петиції виконували формальні вимоги, передбачені законами, тобто окресленими були суб'єкт, який вносив петицію, адресата (Сейм) і предмет петиції (зміни законодавства). Всі вони також відповідали вимогам стосовно прав у публічній сфері. Згідно з встановленими вимогами, кожна петиція була направлена за посередництвом Маршала сейму до Комісії у справах петицій з метою розгляду. Засідання Комісії у справі даної петиції відбувалося в середньому приблизно п'ять місяців від дати її надходження до Сейму.

Предметом петиції від 9 жовтня 2015 р. була вимога зміни принципів участі громадських організацій в судових розглядах. Суб'єктом, який вніс петицію, було Товариство громадської Справи «Wieczyste» («Вечисте»). У рамках петиції товариство представило, хоч це не було юридично необхідно, законопроект, який повинен ввести зміни шляхом внесення змін у закон від 17 листопада 1964 р. – Цивільно-процесуальний кодекс¹⁴ і закон від 30 серпня 2002 р. – Правила поведінки перед адміністративними судами¹⁵. Згідно зі змістом петиції, це Сейм повинен був винести законодавчу ініціативу в пропонуваній сфері. У вмотивуванні петиції вказано, що чинні положення уможливають суддям «добровільно відмовлятися визнавати» суспільні організації, як суб'єктів судових розглядів. Це веде до різноманітної практики і створює ситуації нерівності й дискримінації, а також дає волю суддівському самовілля. По суті суб'єкт, який вносив петицію, заперечував «визнання його статусу» як елемент рішення суду.

Запропоноване звучання нових положень було оцінено в Бюро сеймових аналізів Канцелярії сейму як непов'язане з поданим обґрунтуванням і непринципове¹⁶. Комісія у справах петицій не врахувала заяви, яка була предметом петиції¹⁷. По суті, суд не досліджує, чи участь громадської організації в поведінці є «принципова» («обґрунтована»). Суд досліджує, чи громадська організація здійснює умови, визначені в положеннях закону, і у зв'язку з тим ставить в залежність можливість її участі в судовому процесі. Наміром суб'єкта, який складає петицію, було введення регулювання, що допускає участь суспільних організацій в кожному судовому процесі і на повних правах сторін. Така концепція була б складна до прийняття на ґрунті системних заснувань судового процесу. Специфіка судового цивільного процесу і процесу перед адміністративними судами вказує також, що не має причин, щоб зняти розбіжності в унормуваннях щодо участі суспільних організацій в обох видах процесів. Також не було причин, щоб список суб'єктів щодо так званого «адвокатського примусу» розширити і поширити ще й на суспільні організації. Негативною передумовою був тут необхідний професіоналізм з огляду на високу формальні вимоги касаційної скарги.

Предметом петиції від 3 вересня 2016 р.¹⁸ була вимога зміни закону від 27 липня 2001 р. – Про устрій загальних судів¹⁹ у сфері дисциплінарної відповідальності суддів. Як підкреслено в петиції, йшлося про відповідальність суддів за порушення Європейської конвенції про права людини. Суб'єкт, складаючи петицію,

залучив до поправки Закону проект про устрій загальних судів, хоч юридично не має такої вимоги. Він передбачав допустимість проведення дисциплінарного розслідування впродовж 15 років від моменту скоєння вчинку (порушення положень ЄКПЛ). Такий само термін мав бути передбачений для прострочення. Дисциплінарний речник зобов'язаний починати розслідування в рамках своїх повноважень. Суддя, проти якого розпочато дисциплінарне розслідування, повинен бути тимчасово відсторонений від службових обов'язків. Суб'єкт, що вносить петицію, спостерігає за системною проблемою недотримання положень Конвенції польськими судами. У році, який передувє внесенню петиції, Європейський трибунал у справах людини в Страсбурзі видав проти Польщі 29 заяв, у 20 з яких констатував щонайменше одне порушення Конвенції. На думку автора петиції, суддя, порушник Конвенції, повинен бути відсторонений з посади судді.

Комісія у справах петицій на засіданні 22 лютого 2017 р. вирішила у вищезгаданому документі звернутися за рекомендацією до сеймової Комісії справедливості і прав людини²⁰. Варто при тому згадати, що і в актуальному юридичному стані суддя відповідає дисциплінарно за «очевидне порушення положень закону», отже, і в сфері, що стосується порушення положень Конвенції. У петиції постулюється однак 5-кратне подовження періоду (з 3 до 15 років), у якому було б можливо розпочати дисциплінарне розслідування. Подовження періоду давності мало б бути 3-кратне (з 5 до 15 років). Також щодо двох інших постулатів пропонуване регулювання було б *lex specialis*. Ті питання однак містяться в сфері свободи законодавця. Правдою є те, що у 2017 р. серед 47 держав Польща опинилася на 9 місці за кількістю постанов Європейського суду з прав людини, які констатують порушення Конвенції. Не завжди однак джерелом цього порушення є дія суду. Наміри автора петиції стосуються у цьому випадку кожного порушення Конвенції, а не тільки очевидного і разючого випадку. Вимоги петиції стали доволі незв'язними із основними принципами, що знаходяться у чинному законодавстві. Вимоги ці також не брали до уваги під час законодавчих робіт, що тривали у Сеймі в певній сфері та були предметом змін закону шляхом внесення змін щодо дисциплінарної відповідальності суддів²¹. Можливі рішення в предметі цієї матерії вимагали б більш поглибленого аналізу, ніж продемонстровані в петиції.

Предметом петиції від 26 вересня 2016 р.²² була вимога зміни закону – Про устрій загальних судів, в сфері декількох постулатів, які, як це визначено в петиції, «відновили б контроль суспільства над дією судів». Вихідною точкою для авторів петиції є конституційний принцип переваги Народу (ст. 4 Конституції). У петиції вказано, що судді «збираються самі зі свого середовища», що ламає цей принцип і є джерелом патології. «Для зміцнення правосуддя» автори петиції вносять пропозиції про ухвалення нового закону про загальні суди, зміст якого стосується наступних питань: «1) введення до польського судового процесу «суду присяжних» - подібне до рішень, які ми знаємо з країн англосаксів; 2) введення установи «судді миру» – вибрані мешканцями кандидати для вирішення простих справ; 3) введення виборності кандидатів на суддів Воєводськими радами судочинства. Воєводські ради судочинства комплектувалися б способом загальних виборів. Кандидати у судді, з даного воєводства, таким чином, обиралися би «представниками Народу» і конституційна влада була б усунена. Лише кандидат на суддю, обраний Воєводською радою судочинства, представлявся б Державній раді судочинства для остаточного вибору, затвердженого потім Президентом; 4) введення загальних виборів 15 суддів, що входять до складу Державної ради судочинства; 5) утворення особливого дисциплінарного судочинства для розгляду порушень і злочинів, скоюваних судьями та іншими посадовими особами правосуддя». Петицію завершала, крім цього, вимога «доведення до верифікації виданих несправедливих постанов у останні 26 років».

Вимога петиції охоплювала постулат ухвалення нового закону про загальні суди, але вказано всього лише декілька питань для унормування. Отже, це не була цілісна концепція законодавчих рішень. Декілька думок доволі популістського обґрунтування також не приставало до рангу обмеженої реформи, хоча б щодо питання участі громадян у здійсненні правосуддя. Важливість рішення проблематики, порушеної в петиції, виражалася також і в тому, що для її здійснення не була б достатня зміна звичайного законодавства. Потрібні були б також зміни в Конституції Республіки Польща. У цій останній сфері необхідною була б ініціатива суб'єктів, визначених у ст. 235 Конституції. Прискіпливий аналіз петиції вказував, що Комісія у справах петицій повинна особливо старанно зважити доцільність дій, які повинні були б служити реалізації петиції. Унаслідок цього Комісія також на засіданні 7 березня 2017 р. вирішила ухвалити вимоги²³.

Реалізація ідеї суду присяжних, подібних до рішень, які нам відомі з країн англосаксів, була б юридично можлива після ухвалення закону. Положення ст. 182 Конституції відсилає до закону щодо визначення участі громадян у поведженні правосуддя. Це дає свободу звичайному законодавцеві щодо визначення вигляду правосуддя. Також Конституційний Суд констатував, що дотеперішнє право про устрій загальних судів «утримує традиційну в Польщі установу засідателів, хоча і не має юридичних перешкод, щоб в майбутньому з волі законодавця лишилася вона замінена, наприклад, установою присяжних суддів»²⁴. Конституційно сумнівною була б натомість реалізація ідеї мирових суддів, що впливає з обмежень, визначених у ст. 182 Конституції. Негативно висловився тут також Конституційний Суд²⁵. З огляду на ст. 179 Конституції також виключеною була б ідея вибору кандидатів на суддів передусім через Воєводські ради судочинства. Це суперечило би принципу автономії Державної ради судочинства. Загальні вибори 15 суддів до Державної ради судочинства відповідали б приписам ст. 187, параграф 1, Конституції, але заявник петиції не уточнює вагомих конструкційних елементів своєї пропозиції. Зовсім неясними з юридично-устроєвої точки зору були в петиції вимоги, що стосуються «особливого дисциплінарного судочинства», а також «верифікації несправедливих постанов» останніх 10 років.

Предметом петиції від 8 березня 2017 р., внесеної Романом Потуральським, були питання «участі суспільства в здійснюванні верховенства правосуддя». Також і в цьому випадку Комісія у справах петицій на засіданні 25 травня 2017 р. вирішила звернутися з рекомендацією до сеймової Комісії Справедливості і Прав Людини²⁶.

Петиція від 8 березня 2017 р. навізувала, в обговорюваній сфері, до ширшої, залученої петиції від 13 жовтня 2016 р. «проти самовілля суддів і чиновників, про суспільну участь в здійснюванні верховенства правосуддя». Предметом цієї петиції були такі постулати, як: 1) встановлення таких механізмів, щоб суд виносив постанови обов'язково за участі відібраних засідателів у кожній сімейній і кримінальній справі, а також у всіх дисциплінарних розслідуваннях у справах суддів і прокурорів; 2) введення загальних виборів на посади окружних прокурорів, а також голів окружних судів з числа польських громадян, яким найпізніше в день виборів виповнюється 35 років, а їх кандидатури підтримало щонайменше 3000 громадян, що мають право вибирати до Сейму; 3) допущення незалежного від прокурора обвинувального акту проти службових осіб і осіб, які діють за їх дорученням, а також проти осіб, які виконували публічні завдання, або виконували завдання, фінансовані з публічних ресурсів, 4) ліквідація того, щоб дифамація (приниження честі, гідності та ділової репутації), яка стосується діяльності посадової публічної особи, діяльності особи, діючої за її дорученням, а також діяльність особи, яка виконувала публічні завдання або виконувала завдання, фінансовані публічними ресурсами, не мала характеру злочину.

Вказаний вище зміст петиції не містив як жодного віднесення до актуальних положень, так і жодного обґрунтування для постульованих змін. Лаконічність постулатів контрастувала з важливістю нормативної матерії, яка повинна була б підлягати поправці у зв'язку з предметом петиції.

Предметом петиції від 5 травня 2017 р., внесеної до Сейму також Романом Потуральським, були питання законного запевнення «конституційного представництва Народу в здійсненні правосуддя». Вимоги петиції зосереджувалися в цій сфері навколо участі суспільства на виборі суддів, а також дисциплінарному розслідуванні, що стосується суддів. Пункти 1–5 петиції, із 8 сконкретизованих вимог, стосувалися обговорюваної теми.

Заявлені вимоги охоплювали тут, те що відповідає закону: 1) запевнення покликання суддів за пропозицією Державної ради судочинства Президентом Республіки з числа вказаних цією пропозицією обраних кандидатів від громадян в загальних виборах, проведених відповідно для кандидатів до здійснювання судочинства в суддівських установах, відповідно до повноважень судів, в яких ті установи мають бути виконувани, за винятком участі у виборах кожного кандидата, який не представив пропозиції про його допущення, підтриманого підписами щонайменше 1000 громадян, призначених до участі у виборах; 2) запевнення здійснювання судочинства виключно особами, визначеними Президентом Республіки; 3) введення обов'язку, щоб суди Республіки виносили постанову в дисциплінарному розслідуванні з участю суду присяжних у справах про відсторонення з установи судді загального, адміністративного або військового суду, також обирання суду присяжних у кожному розслідуванні з числа випадкових громадян з можливістю усунення зі складу цього суду осіб, чия безсторонність може викликати сумніви; 4) повноваження принаймні для 3000 громадян для ініціювання пропозиції, підписаною кожним з них, явного дисциплінарного розслідування про «усунення з установи» судді загального, адміністративного або військового суду; 5) запевнення повноваження до участі в розслідуванні про «усунення з установи судді» особи, яку в пропозиції, що починає це розслідування, вказано до виконання ролі «суспільного речника дисциплінарної відповідальності суддів», згідно з відповідно застосовуваним положенням кримінального кодексу розслідування, що стосуються публічного обвинувача, а також допущення можливості передачі цього повноваження іншій особі за правилом правонаступництва, визначеним цією пропозицією.

Щодо цієї петиції заявник залучив, у цікавій для нас формі, майже чотири сторони Обґрунтування, що зосереджується однак тільки на потребі суспільного контролю за порушенням права суддями²⁷. Суб'єкт петиції підкреслив, що участь Державної ради судочинства в прийнятті персональних рішень про вибір суддівських установ не має конституційної підстави.

Він підкреслив також, що вибір суддів, згідно зі ст. 4 Конституції, є демократичним завданням і повноваженням Народу. Вищезгадана аргументація не враховує ст. 179 Конституції. Додамо, що також Конституційний суд розуміє ст. 186, параграф 1, Конституції в той спосіб, що Державна рада судочинства повинна розглядати і оцінювати кандидатури на суддівську посаду, а також представляти Президентові РП пропозиції про призначення цих суддів²⁸. Положення ст. 179 Конституції не закріплює натомість систему етапів, що передують складенню пропозиції Державною радою судочинства, ані критеріїв, яким повинен відповідати кандидат на суддю. У цих сферах значення мають положення закону. Однак, вони повинні поважати конституційні рішення щодо забезпечення незалежності й самостійності суддів, а також гарантувати, що у вибір кандидатів не втручатимуться інші суб'єкти влади. Розслідування, що попереджає пропозиції Державної ради судочинства, не може також обмежувати її свободи щодо рішень так, щоб була вона зобов'язана до складення пропозиції. Окремого осмислення потребує ще питання, чи вибір кандидатів на суддів у загальних виборах не створюватиме загрози для незалежності і самостійності суддів. Місцеві відносини і властивості виборчих кампаній могли б являти собою тут істотні загрози цьому. Так, при законному регулюванні розслідування, що передують винесенню пропозиції Державної Ради Судочинства, необхідним було б поважання конституційних правил щодо судів, суддів і положень щодо устрою самої Ради.

²⁸ Постанова від 16 квітня 2008 р., номер акта К 40/07.

²⁹ Постанова від 15 січня 2009 р., номер акта К 45/07.

Резюме

Шмит А. Проблематика правосуддя як предмета петицій до сейму Республіки Польща VIII скликання.

Дана стаття присвячена огляду законодавчого порядку регулювання звернення у формі петицій до відповідної комісії Сейму Республіки Польща та проаналізовано зміст багатьох петицій, поданих з метою вдосконалення положень законодавства про судоустрій та організацію роботи суддів, зроблено аналіз результатів їх розгляду.

Ключові слова: права людини і громадянина, петиція, суб'єкт петиції, Сейм, Комісія у справах петицій, судоустрій, відповідальність суддів.

Резюме

Шмит А. Проблематика правосудия как предмета петиций в Сейм Республики Польша VIII созыва.

Данная статья посвящена обзору законодательного порядка регулирования обращения в форме петиций в соответствующую комиссию Сейма Республики Польша и проанализировано содержание многих петиций, поданных с целью совершенствования положений законодательства о судоустройстве и организации работы судей. В статье сделан анализ результатов рассмотрения данных петиций.

Ключевые слова: права человека и гражданина, петиция, субъект петиции, Сейм, Комиссия по делам петиций, судоустройство, ответственность судей.

Summary

Schmitz A. Justice as a subject of petitions to the Sejm of the Republic of Poland of VIIIth convocation.

This article is devoted to the review of the legislative procedure for the regulation of appeal in the form of petitions to the confessional commission of the Sejm of the Republic of Poland and to the analysis of the content of many petitions, submitted with the aim to improve the provisions of the legislation on the judicial system and the organization of work of judges. The legal analysis of the results of their consideration were made herein.

Key words: human rights and citizen rights, petition, subject of petition, the Sejm, Petitions Committee, judicial system, judges' liability.

P. BUZÁS

*Péter Buzás**

(BIO)ETHICAL NORMS WITHIN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CONCERNING ASSISTED SUICIDE

Introduction

In cases raising sensitive ethical and legal issues, such as assisted suicide, the moral interpretation of human rights bears great importance.¹ A purely rights-based approach would run “the risk of truncating or impoverishing our understanding of morality, because rights cannot account for the moral significance of motives, supererogatory actions, virtues, and the like”.² On the other hand, a morally grounded interpretation would result in a more nuanced decision that strikes a fair balance between the competing private and public interests.³

This article examines the ethical and bioethical norms referred to by the European Court of Human Rights (ECtHR) in its jurisprudence concerning assisted suicide, and the way these moral commands, that constitute an integral part of the relevant provisions of the European Convention of Human Rights (ECHR), are enforced by the Strasbourg court. Chapter 1 defines the term assisted suicide. Chapter 2 presents the two main moral norms, sanctity of human life and respect for autonomy, and the related moral arguments applicable to assisted suicide. Chapter 3 analyzes the relevant provisions of the ECHR that serve as the intermediary between the previous moral norms and the language of law. Finally, Chapter 4 and 5 examine the enforcement of the moral norms within the case-law of the ECtHR regarding assisted suicide. The article concludes that the Strasbourg court has developed a delicate reasoning in which both the sanctity of human life and respect for autonomy is taken into account in order to strike a fair balance between these competing private and public interests.

© P. Buzás, 2017

* *Péter Buzás* JD is currently the head of Unit of Freedom of Information at the National Authority for Data Protection and Freedom of Information. His professional expertise covers various aspects of the information rights. He has been a lecturer at ELTE Institute of Postgraduate Legal Studies since 2014. He teaches several courses on data protection, data security, and freedom of information. He is currently enrolled with his Ph.D. studies. His field of interest is the intersection of human rights and bioethics within the jurisprudence of the ECtHR. Mr. Buzás is the author of several academic articles and presentations on bioethics and human rights, data protection, and freedom of information.

1. The Notion of Assisted Suicide

In 2003, a survey on the regulation of euthanasia showed that there is a widespread confusion among the member states of the Council of Europe regarding the definition of different end-of-life treatments.⁴ Academics, legislators and courts usually use “assisted suicide” as a broad term covering several distinct interventions. Therefore, assisted suicide may be defined in both a narrow and a broad sense.

The narrow concept of the term means “aiding and abetting suicide”. Assisted suicide traditionally refers to cases where a medical professional provides to the person concerned the necessary means for and information on suicide, or both.⁵ For instance, the physician may write the prescription necessary for obtaining a lethal substance. The individual who intends to end his or her life then obtains the substance and administers it without further assistance. Therefore, death is caused directly by the actions of the person concerned, not the physician.

The broad concept of assisted suicide covers cases in which individuals intend to end their lives with the active assistance of a medical professional or a family member, for instance via euthanasia. The person concerned remains usually passive during the intervention due to medical or other conditions. Therefore, death is caused directly by the actions of the third party.⁶

Examples of both the narrow and broad concepts of assisted suicide may be found in the jurisprudence of the ECtHR. The cases of *R.*,⁷ *Pretty*,⁸ and *Koch*⁹ concern assisted suicide in the broad sense. On the other hand, the Strasbourg court dealt with the “traditional” concept of this intervention in the *Haas*¹⁰ and the *Gross*¹¹ judgments.

2. (Bio)ethics of Assisted Suicide

Within the academic discourse, the same moral arguments are referred to in connection with assisted suicide in the narrow sense as well as the broad concept. From a moral standpoint, there is no difference between providing information or other assistance to the person willing to commit suicide, and to directly being involved with the death of a person upon his or her request.¹² This conclusion is further supported by the fact that the ECtHR does not make a distinction between the two concepts in its judgments. Thus, the court adjudicates each case along the same moral – and legal – arguments. In this respect, the two most frequently applied moral norms are the sanctity of human life and respect for autonomy.

According to the principle of sanctity of human life, the life of a human being is absolute, valuable regardless of its quality, and inviolable.¹³ This doctrine prohibits any acts resulting in the death of an individual either directly or indirectly. In general, assisted suicide violates the sanctity of human life since active or passive assistance of a physician or a family member contributes to the death of the person concerned.¹⁴ Opposition to assisted suicide on this ground is further supported by the so-called “slippery slope” argument. The latter assumes that, due to basic human nature and attributes of society, decriminalization of assisted suicide inevitably leads to the exposition of members of vulnerable groups to serious abuses, such as involuntary euthanasia.¹⁵

Respect for autonomy means the recognition of the value and the decision-making capacity of human beings, and the facilitation of autonomous actions for them.¹⁶ This principle compels everyone to respect the decisions and acts of the individual. On the other hand, there is an obligation of the state to provide for an environment in which each individual may decide and act autonomously. Therefore, when the quality of one’s life significantly deteriorates due to medical conditions or old age, the individual may freely choose the time and the manner of his or her own death.¹⁷ In this connection, proponents of respect for autonomy recognized that the approach of modern societies towards death and suicide had significantly changed. This led to a shift in moral paradigm, the emergence of the “morality of self-fulfillment”, according to which everyone shall have the possibility to pursue a life of self-fulfillment even if it means dangerous or otherwise morally reproachable choices.¹⁸

The comparative analysis carried out by the ECtHR showed that assisted suicide is illegal in 36 out of 42 member states of the Council of Europe. Only four states “allow medical practitioners to prescribe lethal drugs”.¹⁹ Therefore, sanctity of human life may be considered the prevalent moral norm among the majority of European states. With their rather autonomy-driven legislations, the Netherlands, Belgium, Luxemburg and Switzerland represent the minority approach.

3. Relevant Provisions of the ECHR

It is the task of the ECtHR to interpret and apply the provisions of the ECHR to ensure that member states comply with their respective obligations arising from the convention.²⁰ In so doing, it takes into account the relevant moral norms and arguments concerning the case at hand to uncover the moral truths behind these rights. However, the Strasbourg court may only refer to these moral rules indirectly, e.g. in connection with the rights and freedoms set out in the ECHR. Consequently, it is necessary to outline the relevant provisions in order to examine the enforcement of the principles of sanctity of human rights and respect for autonomy within the case-law of the ECtHR.

Sanctity of human life is inherent in the right to life. According to paragraph 1 of Article 2 of the ECHR, “[e]veryone’s right to life shall be protected by law”. This provision enshrines one of the basic values of a democratic society that allows no derogation even in time of war or other public emergency threatening the life of the nation under Article 15 of the ECHR.²¹ States are therefore obligated to refrain from intentional and unlawful deprivation of life. In *Osman v. the United Kingdom*, the ECtHR held that Article 2 also implies a positive obligation that compels states to take preventive measures in order to protect the life of an individual.²² Moreover, the scope of positive obligations extends to active measures as well, as the Strasbourg court stated in *Keenan*.²³ Therefore, if

the authorities knew or ought to have known that the life of the individual had been at real and immediate risk, they might be held responsible for the violation of the positive aspects of the right to life.²⁴

Paragraph 1 of Article 8 of the ECHR safeguards the four basic aspects of personal autonomy by declaring that “[e]veryone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence”.²⁵ According to the established jurisprudence, this provision safeguards the autonomous individual against arbitrary intrusion into their privacy from the state. Authorities may only interfere with the exercise of the right to respect for private life in accordance with the law, when it is necessary in a democratic society in the legitimate interests set out in Paragraph 2 of Article 8.²⁶ The right to respect for private life also implies certain positive obligations. This positive aspect inherent in Article 8 compels the states to take the necessary measures to ensure the “effective” respect for private life.²⁷

Although sanctity of human life and respect for autonomy are primarily safeguarded by Articles 2 and 8 of the ECHR, these moral norms are not exclusively connected to these provisions. According to the jurisprudence of the ECtHR, autonomy may be referred to in connection with the right to life, as well as sanctity of human life may be taken into account regarding the right to respect for private life. These moral norms are therefore interconnected in the jurisprudence of the Strasbourg court as well.

4. Sanctity of Human Life in the Case-Law concerning Assisted Suicide

Although indirectly, the first reference to the principle of sanctity of human life may be found in the very first decision concerning assisted suicide. As the member of the British Voluntary Euthanasia Society, the applicant in *R. v. the United Kingdom* had assisted several individuals to commit suicide. For this reason, Nicholas Reed was sentenced to 18 months imprisonment. He lodged a complaint with the European Commission of Human Rights (EComHR) complaining that his conviction had constituted a violation of his right to respect for private life. In its decision, the EComHR found that “the acts aiding, abetting, counselling or procuring suicide are excluded from the concept of privacy by virtue of their trespass on the *public interest of protecting life* [...]”.²⁸ Consequently, since the acts committed by the applicant are contrary to the sanctity of human life, there had been no unlawful interference with the exercise of his right to respect for private life.

The first judgment in which the ECtHR applied the doctrine was *Pretty v. the United Kingdom*. The 43-year-old applicant suffered from a progressive neuro-degenerative disease that led to paralysis, after which Diane Pretty had a very poor life expectancy of weeks or months. For this reason, she decided to end her life in a painless and dignified manner, with the help of her husband. Therefore, she requested that her husband be exempted from criminal liability in case he assists her in committing suicide. However, neither the authorities, nor the English courts had granted her request.

Diane Pretty lodged a complaint with the ECtHR alleging that the prohibition in English law on assisting suicide infringed her rights under the ECHR. Firstly, the applicant argued before the Strasbourg court that granting her request to end her life with the help of her husband would not violate her right to life, otherwise decriminalization of assisted suicide in certain states would be contrary to the ECHR. Secondly, according to Diane Pretty, Article 2 protects not only the right to life, but the right to die as well. And thirdly, she claimed that under Article 8 she had a right to decide when and how to die. Consequently, the British authorities’ refusal to grant her request had interfered with her right to respect for private life.

As to the alleged violation of the applicant’s right to life, the Strasbourg court – recalling its relevant case-law – found that Article 2 of the ECHR is unconcerned with the issue of quality of human life by way of its clear wording. Thus the relevant provision of the ECHR “cannot, without a distortion of language, be interpreted as conferring the diametrically opposite right, namely a right to die”.²⁹ Therefore, an individual’s choice to commit suicide is not protected by Article 2.

It is clear from the reasoning of the ECtHR that the issue of assisted suicide may not be referred to in connection with the right to life. However, recognition of the absolute priority of sanctity of human life over respect for autonomy would have rendered the decriminalization of assisted suicide contrary to the ECHR. Therefore, the Strasbourg court emphasized that “conflicting considerations of personal freedom and the public interest [...] can only be resolved on examination of the concrete circumstances of the case”, and as such it implies the interpretation of other provisions, especially Article 8 of the ECHR.³⁰

The ECtHR – without in any way “negating the principle of *sanctity of life*” – found that the notion of quality of life gains significance under the right to respect for private life.³¹ However, personal autonomy shall be balanced against public health and safety considerations: when a case involves more serious harm to the individual and the public, autonomy may be lawfully limited. In this respect, the Strasbourg court accepted the slippery slope argument referred by the British Government. It held that “[c]lear risks of abuse do exist” concerning assisted suicide. Therefore, the purpose of prohibition of the intervention under English law was to “safeguard life by *protecting the weak and vulnerable* and especially those who are not in a condition to take informed decisions”.³²

Although the ECtHR found no violation of the applicant’s rights, there are two important consequences of the judgment concerning the further jurisprudence. Firstly, the ECtHR has not since adjudicated cases concerning assisted suicide in accordance with Article 2 of the ECHR. Secondly, and more importantly, the conflict between the competing moral norms has been taken into account under the right to respect for private life. This has paved the way for a more nuanced approach towards assisted suicide that is based on the balance between the principles of sanctity of human life and respect for autonomy.³³

5. Respect for Autonomy in the relevant Jurisprudence

The first reference to the principle of respect for autonomy may be also be found in *R. v. the United Kingdom*. The EComHR noted in its decision that the scope of private life covers suicide. Although it excluded the acts of the third party from the protection of the right to respect for private life. The commission held that the prohibition of assisted suicide might “touch directly on the private lives of those who sought to commit suicide”.³⁴ Therefore, all restrictions of the decisions and actions of the person concerned are subject to Article 8 of the ECHR.

In the last 15 years, the ECtHR has assessed regulations – either prohibition or legalization – of assisted suicide in accordance with the right to respect for private life on several occasions. However, there are two decisions that point out the relevant factors to be taken into account in this respect. The principle of respect for autonomy was first invoked by the Strasbourg court in *Pretty*. In this judgment, it held that “private life” is a broad term that covers – among others – physical and psychological integrity, identity of a person, sexual life of a person and the right to establish and develop relationships with others. In addition, the notion of *personal autonomy* serves as an important principle underlying the interpretation of the guarantees under Article 8.³⁵ On these bases, the ECtHR found that the right to respect for private life includes the choice to pursue even harmful or dangerous actions.

Furthermore, the Strasbourg court also referred to the change in society’s approach towards the issue of suicide. It recognized that in an era of growing medical sophistication combined with longer life expectancies, *many people are concerned with the idea of suicide* as a possible solution for the significant deterioration of quality of life.³⁶ Consequently, the ECtHR came to the conclusion that it had not been prepared to exclude that prohibition of assisted suicide constitutes an interference with the right to respect for private life.³⁷

The explicit recognition of the respect for autonomy in connection with assisted suicide in *Pretty* turned out to be a milestone concerning the subsequent case-law. Reference to personal autonomy as a guiding principle has become the basis of the reasoning of the ECtHR. This autonomy-driven approach facilitated the examination of other aspects of assisted suicide, such as the regulation of those states that decriminalized this intervention.

In 2011, the Strasbourg court had the first opportunity to further develop its jurisprudence in *Haas v. Switzerland*. This case significantly differed from that of *Diane Pretty*, since Swiss law allows physicians to assist terminally ill patients in order to facilitate their painless suicide. Prior examination of the patient is obligatory to determine the individual’s wish is firm and sound, and whether the person concerned understands the consequences of his or her decision. If all conditions are met, the physician may write a prescription necessary to obtain lethal dose of a substance.³⁸

Ernst G. Haas had been suffering from a serious bipolar affective disorder that – according to the applicant – made it impossible for him to live with dignity. In order to commit suicide, the applicant asked several physicians for a prescription of 15 grams of sodium pentobarbital. However, since his disease was not considered to be a terminal illness, none of the physicians provided him with the necessary prescription. Subsequently, Ernst G. Haas unsuccessfully applied for an exemption from the mandatory medical examination to the Swiss authorities and courts. Finally, he lodged an application with the ECtHR complaining that his right to respect for private life had been violated by the fact that Swiss law does not allow him to obtain sodium pentobarbital without a medical prescription.

Based on the principles set out in its previous case-law, especially the principle of respect for autonomy, the Strasbourg court recognized a new right in connection with assisted suicide deriving from Article 8. It found that “an individual’s *right to decide by what means and at what point his or her life will end*, provided he or she is capable of freely reaching a decision on this question and acting in consequence”, constitutes an integral aspect of the right to respect for private life.³⁹ Thereafter, the ECtHR examined the case from the perspective of positive obligations under Article 8.

As to the Swiss regulation of assisted suicide, the Strasbourg court held that reference to Article 2 of the ECHR would be appropriate, since the right to life creates positive obligations for the authorities “to protect the lives of vulnerable persons”.⁴⁰ It further emphasized that the risks of possible abuse inherent in a system that allows access to assisted suicide shall not be underestimated. For this reason, the state shall take all measures that are necessary to prevent abuses. Consequently, the requirement of medical examination and the need for a prescription to obtain the lethal substance under Swiss law is a legitimate means to protect life.⁴¹

The *Haas* judgment may be considered as the culmination of principles set out in the previous case-law of the ECtHR. One focal point of the reasoning of the Strasbourg court is the recognition of the right to decide the time and manner of death which is explicitly based on the principle of respect for autonomy. On the other hand, the doctrine of sanctity of human life has been considered the main decisive factor concerning the interference of authorities in the exercise of the above-mentioned – autonomy-driven – right. Therefore, the ECtHR reconciled the moral principles concerning assisted suicide in order to strike a fair balance between the interest of the individuals, and that of society and the state. This approach has been consistently applied by the Strasbourg court in its subsequent jurisprudence.⁴²

Conclusions

In the course of application of the moral interpretation of the provisions of the ECHR regarding assisted suicide, the ECtHR regularly takes into account the principles of sanctity of human life and respect for autonomy. Reference to these moral norms and the relevant arguments is necessary not only to discover the moral truths behind the relevant human rights, but in order to solve conflicts of interests that may be insolvable purely using the language of the law.

There has been a significant development concerning the reference to each of the moral norms. Whilst the EComHR only mentioned the sanctity of human life in *R. v. The United Kingdom*, the ECtHR applied substantively the doctrine in the *Pretty* judgment. Interestingly, after the latter case the Strasbourg court takes into account this principle in connection with the right to respect for private life instead of the right to life which primarily enforces sanctity of human life. One reason for this practice is that the ECtHR found that self-determination falls outside the scope of the right to life. Moreover, in accordance with the decision of the EComHR, the Strasbourg court primarily examines assisted suicide under Article 8 of the ECHR.

Similarly, the relevant case-law regarding the respect for autonomy has evolved as well. The EComHR has extended the scope of Article 8 to the decisions and acts of the person willing to commit suicide. *Pretty* constitutes the next step in the jurisprudence, in which the ECtHR interpreted personal autonomy as the grounding moral principle behind the right to respect for private life. Finally, recognizing the change in society's approach towards death and suicide, the Strasbourg court found that the individual's autonomous decision on the time and manner of death is a right protected by Article 8 of the ECHR.

Since the first case concerning assisted suicide, emphasis has shifted in the relevant jurisprudence concerning assisted suicide from the principle of sanctity of human life to respect for autonomy. However, latter has no absolute prevalence over the former. It is the expressed intention of the ECtHR to reconcile the two moral norms. To this end, it refers to the sanctity of human life and the slippery slope argument as a factor to be taken into account whenever personal autonomy is at stake. States, especially those that have decriminalized assisted suicide shall take all the necessary measures in order to protect vulnerable individuals and prevent abuses inherent in such a system. These purposes may only be achieved by striking a fair balance between the competing private and public interest, and thus between the moral norms related to assisted suicide.

¹ *George Letsas: A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 79.

² *Tom L. Beauchamp – James F. Childress: Principles of Biomedical Ethics* (6th Edition). Oxford University Press, New York, 2009, p. 354.

³ *George J. Annas: American Bioethics – Crossing Human Rights and Health Law Boundaries*. Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 25.

⁴ Replies to the Questionnaire for Member States relating to Euthanasia. Available at: <https://rm.coe.int/16803a72c2>

⁵ *Timothy E. Quill – Jane Greenlaw: Physician-Assisted Death*. In: Mary Crowley (ed.): *From Birth to Death and Bench to Clinic: The Hastings Center Bioethics Briefing Book for Journalists, Policymakers, and Campaigns*. The Hastings Center, Garrison (NY), 2008, p. 138.

⁶ *Jan Narveson: Definitions and Moral Issues*. In: C. G. Prado (ed.): *Assisted Suicide – Canadian Perspectives*. University of Ottawa Press, Ottawa, 2000, pp. 30–31.

⁷ Report of the Commission, *R. v. the United Kingdom*, D.R. 33, 270–275.

⁸ *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, ECHR 2002-III.

⁹ *Koch v. Germany*, no. 497/09, 19 July 2012.

¹⁰ *Haas v. Switzerland*, no. 31322/07, ECHR 2011.

¹¹ *Gross v. Switzerland*, no. 67810/10, 14 May 2013.

¹² *Beauchamp – Childress*, op. cit., p. 184.

¹³ *Matthew P. Previn: Assisted Suicide and Religion: Conflicting Conceptions of the Sanctity of Human Life*. *The Georgetown Law Journal* 84(1995)/3, pp. 592–593.

¹⁴ *Gordon DuVal: Assisted Suicide and the Notion of Autonomy*. *Ottawa Law Review*, 27(1995)/1, p. 13.

¹⁵ *Antonios P. Tsarouhas: The Case Against Legal Assisted Suicide*. *Ohio Northern University Law Review*, 20(1993–1994), pp. 804–805.

¹⁶ *Beauchamp – Childress*, op. cit., p. 102.

¹⁷ *Reginald Bussey: Physician-Assisted Suicide – The Hippocratic Dilemma*. *Thurgood Marshall Law Review*, 22(1996–1997), p. 256.

¹⁸ *Edward Rubin: Assisted Suicide, Morality and Law – Why Prohibiting Assisted Suicide Violates the Establishment Clause*. *Vanderbilt Law Review* 63(2010)/3, pp. 777 and 780.

¹⁹ *Koch* § 26.

²⁰ Article 19 of the ECHR.

²¹ *McCann and Others v. the United Kingdom*, 27 September 1995, § 147, Series A no. 324.

²² *Osman v. the United Kingdom*, 28 October 1998, § 115, Reports of Judgments and Decisions 1998-VIII.

²³ *Keenan v. the United Kingdom*, no. 27229/95, ECHR 2001-III.

²⁴ *Daniel Rietiker: From Prevention to Facilitation? Suicide in the Jurisprudence of the ECtHR in the Light of the Recent Haas v. Switzerland Judgment*. *Harvard Human Rights Journal*, 2012/1, p. 99.

²⁵ *David Harris et al.: Law of the European Convention on Human Rights* (2nd Edition). Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 361.

²⁶ *Ivana Roagna: Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights*. Council of Europe, Strasbourg, 2012, p. 45.

²⁷ *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 31, Series A no. 31.

²⁸ Report of the Commission, *R. v. the United Kingdom*, D.R. 33, 271–272 (emphasis added).

²⁹ *Pretty* § 39.

³⁰ *Reitiker*, op. cit., p. 113.

³¹ *Pretty* § 65 (emphasis added).

³² Ibid. (emphasis added).

³³ See Haas § 57–58, Koch § 51 and Gross § 58.

³⁴ Report of the Commission, R. v. the United Kingdom, D.R. 33, 271.

³⁵ Pretty § 61.

³⁶ Pretty § 65.

³⁷ Pretty § 67.

³⁸ Kristina Ebbott: A “Good Death” Defined by Law: Comparing the Legality of Aid-in-Dying around the World. In: William Mitchell Law Review 37(20110)/1, pp. 197–199.

³⁹ Haas § 51 (emphasis added).

⁴⁰ Haas § 54.

⁴¹ Haas § 58.

⁴² Koch § 51–51. and Gross § 58–59.

V. LULLIER

*Victoria Lullier, Master 2 recherche Droit Privé (BAC+5) Spécialité Droit des Affaires Européennes et Internationales, UFR d'Orléans France et Master 2 recherche Droit (BAC+5), Spécialité Juriste en Droit Européen, UFR Tours France11**

LA NORME ISO 9001 VERSION 2015 : UNE ÉTUDE DES DIFFICULTÉS STRUCTURELLES D'APPLICATION DANS L'ENTREPRISE, EXEMPLE FRANÇAIS

Suite

La liste des abréviations :

| | |
|-----------|---|
| AFNOR | L'Association Française de Normalisation |
| AFOM | L'analyse AFOM (Atouts – Faiblesses – Opportunités – Menaces) est un outil d'analyse stratégique qui combine l'étude des forces et des faiblesses d'une organisation |
| ISO | Organisation internationale de normalisation |
| PDCA | Abréviation de Plan-Do-Check-Act, Norme ISO 9001:2015, §0.3.2 |
| SMQ | Systèmes de management de qualité (SMQ) : « ensemble d'éléments corrélés ou en interaction d'un organisme, utilisés pour établir des politiques, des objectifs et des processus de façon à atteindre lesdits objectifs relatifs à la qualité », Norme ISO 9000:2015, §3.5.4 |
| Ass plén | Assemblée plénière |
| Cass civ | Cour de cassation réunie en chambre civile, la jurisprudence |
| Cass crim | Cour de cassation réunie en chambre criminelle, la jurisprudence |
| Cass soc | Cour de cassation réunie en chambre sociale, la jurisprudence |

Partie III. Les interactions possibles de la Norme ISO 9001:2015 avec le droit des relations individuelles du travail en France

Après une étude de la normativité de la Norme ISO 9001 :2015 et ses principales caractéristiques, nous nous interrogerons sur la question de savoir si la Norme suscitée peut influencer la formation du contrat de travail (A) ainsi que son exécution en France (B).

A. La formation du contrat de travail en France et la Norme ISO 9001:2015

La notion du contrat de travail est la notion principale du Droit du travail qui régit les relations individuelles du travail dans une société. C'est pour cette raison que nous la présentons. Le contrat de travail est une notion jurisprudentielle définie par l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 22 juillet 1954 : « il y a un contrat de travail quand une personne s'engage à travailler pour le compte et sous la direction d'une autre moyennant rémunération » qui comporte trois éléments commutatifs : le travail, la rémunération et la subordination.

En ce qui concerne le premier critère, le travail, il existe quelques situations particulières qui ne sont pas qualifiées en contrat de travail, par exemple, le stage (Douai, 25 mai 1997), l'apprentissage ainsi qu'une activité religieuse (Ass plén du 8 janvier 1993).

Le deuxième critère porte sur la rémunération du salarié par son employeur en contrepartie de la prestation fournie. Les modes de rémunérations peuvent être variés (Cass Civ 19 mars 1938). Cela est illustré notamment par l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale du 17 avril 1985, où l'avantage en nature a permis la qualification d'un contrat de travail. Le champ des accords entre les deux parties peut alors s'élargir, ceux-ci pouvant être requalifiés en contrats de travail.

Le dernier critère jurisprudentiel touche au lien de subordination qui doit exister entre le salarié et son employeur. Il est défini par l'arrêt de la chambre sociale du 12 juillet 2005 (confirmant Cass 13 novembre 1996

© V. Lullier, 2017

* Вікторія Люльєр, випускниця магістратури за спеціальністю «Європейське і міжнародне бізнес-право» Державного університету міста Орлеан (Франція) і магістратури за спеціальністю «Європейське право» Державного університету міста Тур (Франція)

société Générale) comme « l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ». Ce troisième élément de la définition permet de distinguer le contrat de travail, de plusieurs contrats voisins, comme par exemple le contrat de mandat (Cass soc 29 novembre 1989 qui refuse la requalification du contrat d'assurance en contrat de travail, du fait que le mandataire est libre de ses horaires, de son lieu de travail, etc), ou le contrat d'entreprise (arrêt Soc 29 oct 1985 Guegant). Nous pouvons noter qu'il existe un principe d'indisponibilité en Droit des contrats de travail (article 12 Cass civ et l'arrêt Soc 19 décembre 2000 Labbane) qui oblige le juge à tenir compte de la véritable qualification du contrat qui lui est présenté, et non pas de la dénomination que les parties veulent lui donner. De ce fait, ces derniers ne peuvent contourner l'application du Droit du travail. Cela permet de protéger le salarié contre l'employeur, qui préfère donner une autre dénomination à leur relation contractuelle au détriment des droits du salarié.

La notion du contrat de travail par le prisme de la Norme ISO 9001:2015. Après avoir vu la notion du contrat de travail et ses trois caractéristiques, lisons la nouvelle version de la Norme, son paragraphe « **Sensibilisation** » (ISO 9001:2015, §7.3.a, b) et c)), qui exige de l'organisme que « les personnes effectuant un travail sous le contrôle de l'organisme sont sensibilisées a) à la politique qualité, b) aux objectifs qualité pertinents, c) à l'importance de leur contribution à l'efficacité du système de management de la qualité, y compris aux effets bénéfiques d'une amélioration des performances ». Une simple observation nous amène à une question : les lexèmes « sous contrôle de l'organisme » sont-ils liés à la notion du « lien de subordination » ? Par la suite, une interrogation plus complexe émerge : pour les salariés d'un organisme certifié ISO 9001:2015, puisque c'est écrit « effectuant un travail sous le contrôle de l'organisme », le fait d'« être sensibilisé à la politique qualité, aux objectifs qualité pertinents et à l'importance de leurs contributions à l'efficacité du SMQ » doit-il compléter le lien de subordination ou doit-il constituer tout simplement une qualité personnelle ? La notion du lien de subordination, pour les entreprises certifiées ISO 9001:2015, est-elle prolongée par la locution « être sensibilisé... par la qualité » ? Dans le cas contraire, quand la troisième caractéristique du contrat de travail n'est pas respectée – celle de la subordination – le contrat de travail, est-il toujours qualifié ? Les éléments évoqués nous laissent penser que des liens entre la Norme ISO 9001:2015 et la qualification du contrat de travail sont apparents.

Influence de la Norme sur la forme du contrat de travail. A présent, nous voudrions savoir si les nouvelles exigences de la Norme peuvent, directement ou indirectement, influencer la forme du contrat de travail d'un salarié. Comme nous l'avons vu précédemment, le paragraphe 7.2 de la nouvelle version de la Norme ISO 9001 considère l'information comme faisant partie de la richesse d'une société. Selon le paragraphe 7.1.6 d, « l'employeur doit identifier les connaissances et compétences clefs et les conserver ou les acquérir en cas de besoin dans le but de réalisation des objectifs fixés ». Les connaissances, dont dispose une entreprise, doivent être à jour et disponibles. Elles peuvent provenir soit de la source interne (ex : les connaissances acquises par l'expérience, le partage des connaissances grâce à des formations, etc.), soit externe (ex. les conférences, les consultations des experts). La Norme incite les sociétés à « maintenir » et « conserver les connaissances » pour assurer constamment et durablement la qualité des produits et services aux clients. Autrement dit, pour préserver le statut du « présumé conforme » en matière de la qualité, l'entreprise doit pouvoir démontrer aux clients, lui faisant confiance, qu'elle possède et possèdera dans l'avenir proche, qui couvre la durée du contrat commercial, le niveau suffisant de son personnel. Cela peut être interprété comme un élément qui encourage un employeur à garder dans sa société une partie de son personnel ayant des compétences rares, pointues et indispensables à son cycle de production (grâce à une formation initiale ou une expérience appropriée). De ce fait, nous pouvons penser que cette exigence pourrait faire évoluer les contrats précaires de la durée déterminée en contrats de la durée indéterminée pour certaines catégories de salariés.

B. L'exécution du contrat de travail et la Norme ISO 9001

La nouvelle version de la Norme contient des changements concernant non seulement **l'implication du personnel** dans le processus qualité, mais aussi **les risques⁴⁷ et la responsabilité⁴⁸**. Peuvent-ils engendrer des impacts sur l'exécution du contrat de travail ?

L'implication du personnel dans le processus qualité figure parmi les nouveaux concepts fondamentaux de la nouvelle version de la Norme. Les ressources humaines sont considérées comme l'élément indispensable pour la réussite de l'entreprise (ISO 9001:2015, §7.2). La Norme, dans son paragraphe « Sensibilisation » (ISO 9001:2015, §7.3.a, b) et c)), exige que « les personnes effectuant un travail sous le contrôle de l'organisme [soient] sensibilisées a) à la politique qualité, b) aux objectifs qualité pertinents, c) à l'importance de leur contribution à l'efficacité du système de management de la qualité, y compris aux effets bénéfiques d'une amélioration des performances ». Le « principe d'implication du personnel » dans la démarche qualité, à tous les niveaux, selon la Norme, est essentiel pour la réussite de l'entreprise. La Norme envisage la création d'une sorte « d'esprit d'équipe »⁴⁹. Chacun doit comprendre son rôle dans le maillage de la production de biens/services et contribuer dans son fonctionnement.

Ce sont les exigences de la Norme. Toutefois, il est possible que dans la réalité, certains salariés ne soutiennent pas la démarche d'une entreprise en matière de la qualité ainsi que les exigences de la Norme. En principe, le salarié dispose de sa liberté d'expression dans une société ou à l'extérieure de celle-ci. Cependant son abus est sanctionné. En effet, le fait pour un salarié de dénigrer publiquement l'employeur (Cass soc 9 octobre 1991 : l'affaire de l'infirmière qui diffamait son employeur) peut être considéré comme une inexécution loyale de son contrat de travail (Cass soc 1 mars 2000 n°97-45858). Ces diffamations et critiques, de la part du salarié, peuvent justifier son licenciement si elles sont fondées sur une cause réelle et sérieuse. Cela a été le cas pour un responsable des ventes critiquant la

politique commerciale (Cass soc 30 mai 1995). Souvent, il s'agit de la faute lourde, par exemple, la critique de son employeur sur internet (CPH 19 novembre 2010 Boulogne-Billancourt) ; pour caractériser cette faute, la position du salarié dans la société peut être prise en compte par les juges (Cass soc 19 mai 1993). La faute lourde a été retenue également dans le cas où le salarié agit avec intention de nuire à son employeur ou à son image de marque. Dans l'affaire Cass soc 5 avril 2005, le salarié, qui avait la qualité du directeur régional, avait tenu des propos dénigrants sa société devant les candidats au recrutement. Les critiques portant sur la société faites dans un milieu privé, à la différence des cas précédents, ne constituent pas un cas de dénigrement (Cass soc 10 octobre 1991 n°89-44243). Les éléments présentés nous laissent penser que le refus du salarié de s'impliquer dans la démarche qualité ou la critique négative envers son employeur peuvent constituer un fondement des litiges et impacter les relations individuelles du travail.

Objectifs qualité. La nouvelle version de la Norme, dans son paragraphe 6.2.1 exige que « l'organisme doit établir des objectifs qualité, aux fonctions, niveaux et processus concernés, nécessaires au système de management de la qualité ». L'attention des responsables-salariés doit davantage porter sur le respect de leurs objectifs, car la non-atteinte des objectifs peut avoir une incidence sur leurs contrats de travail et constituer un motif réel et sérieux de licenciement, à condition que « l'objectif commercial soit fixé » (Cass soc 11 mars 2008 n°07-40162) ; ils peuvent être fixés unilatéralement par l'employeur de façon express ou de façon contractuelle (Cass soc 22 mai 2001 n° 99-41838).

Toutefois, la jurisprudence constante énonce que « la seule insuffisance de résultats ne peut, en soi, constituer une cause de licenciement » (Cass soc 30 mars 1999, Cass soc 13 mars 2001, Grandel contre SA Pouey International). En effet, la Cour de cassation exige de la part du Tribunal qu'il vérifie si cette insuffisance peut constituer une cause réelle et sérieuse d'un licenciement « au regard des objectifs fixés » qui doivent être réalistes (Cass soc 3 février 1999, Cass soc 30 mars 1999 Evrard contre Société Samsung Informations Systems), compatibles avec le marché (Cass soc 30 mars 1999), et le salarié doit avoir les moyens en sa possession pour pouvoir les atteindre (Cass soc 2 décembre 2003 n°01-44192). Sinon, la clause contractuelle qui fixe ces objectifs est illicite (Cass soc 14 novembre 2000 n°98-42371).

Si les résultats fixés par une société sont réalisables, et pourtant non réalisés, les juges, pour apprécier les résultats du salarié, doivent tenir compte de plusieurs critères, par exemple les délais accordés au salarié pour atteindre ses objectifs (Cass soc 29 septembre 2009), des résultats faits par des collègues dans la situation similaire ou dans le secteur (Cass soc 31 novembre 2007). Lorsque le manque de résultats est imputable au marché, il ne peut y avoir de licenciement pour cause réelle et sérieuse en vertu de la jurisprudence de la chambre sociale du 2 mars 1998 (n°85-43792). Cependant, si aucun critère ne justifie la non-réalisation des objectifs, le licenciement peut être justifié uniquement par l'insuffisance professionnelle du salarié, ou d'une faute qui lui est imputable (Cass soc 3 avril 2001, Cass soc 22 mai 2001).

En vertu de l'article L. 6321-1 du Code du travail « l'employeur assure l'adaptation des salariés à leur poste de travail ». De ce fait, le salarié, avec un contrat de longue durée, doit bénéficier de formations proposées par son employeur pour éviter cette insuffisance professionnelle. De même, les salariés peuvent demander des formations en vertu de l'article L. 6322-1 du Code du travail pour préserver leurs postes.

L'approche par les risques peut être considérée comme le point central de la Norme ISO 9001:2015. Si on parle du lexème « risque », nous pouvons remarquer qu'il apparaît plus de 50 fois seul ou en combinaison avec le lexème « opportunité » dans le texte de la Norme. Il est défini dans le §3.7.9 de la Norme 9000:2015, qui constitue le lexique pour la Norme ISO 9001:2015, comme « effet de l'incertitude » précisé dans les 6 notes. Dans la Norme ISO 9001:2015, (§5) il est énoncé que « la direction doit démontrer son leadership et son engagement vis-à-vis du SMQ en (...) promouvant l'utilisation processus et de l'approche par les risques ». Le paragraphe §4.4.1 indique que « l'organisme doit prendre en compte les risques et les opportunités ». En effet, tous les sous-processus du processus général du management d'une entreprise sont soumis à l'approche par les risques (§6.1). Mais, dans une entreprise la palette des risques est très large ; ils peuvent engendrer des conséquences très variées dans l'échelle entre les insignifiantes et fatales pour une entreprise. Comme le souligne Claude Pinet, dans son ouvrage « 10 clés pour réussir la certification »⁵⁰, « pour les risques qui ne sont pas acceptables, il faut déterminer et mener les actions en vue de les supprimer, ou tout au moins d'en réduire les effets jusqu'à un niveau acceptable. Pour les risques résiduels, il faut les faire approuver par la direction »⁵¹. Dans la nouvelle version de la Norme l'approche par la gestion des risques apparaît comme un outil global de prévention (§0.3.3). Elle entre dans la notion de « planification » (§3.3.5, ISO 9000:2015) et intègre le cycle PDCA (ISO 9001:2015, §0.3.2).

Le management par la gestion des risques devient un véritable processus en soi. Cependant, la Norme ne fixe pas de moyens ni pour l'analyse des risques ni pour leur traitement. Or, dans la palette des moyens nous avons des méthodes simples comme l'AFOM et des méthodes plus complexes, par exemple la méthode des cindyniques (G. Y. Kervern⁵²) apparue en 1987. La première méthode se limite par l'analyse statique des risques tandis que la seconde représente un véritable processus dynamique multicritère sur cinq axes⁵³. De ce fait, la qualification et le professionnalisme du responsable qualité deviennent des éléments indispensables pour la réussite du système qualité.

De plus, l'exigence de gestion par les risques conduit à l'augmentation de la responsabilité. La nouvelle version de la Norme de 2015 exige dans le §5 que les responsables doivent démontrer leur engagement au SMQ. Le §5.3 énonce que la direction doit s'assurer que les « responsabilités et autorités pour les rôles pertinents sont attribuées, communiquées et comprises » au sein d'une société (par exemple pour s'assurer que la qualité est maintenue).

De la sorte, la direction est responsable de la qualité du management. Le management de la qualité devient alors une partie intégrante de la stratégie de l'entreprise. La responsabilité de la direction s'exerce constamment et se manifeste par des rappels aux collaborateurs. Compte tenu de leurs engagements liés à la qualité, ceux-ci sont encouragés à appliquer les procédures adéquates (§5.1.1). Le point d) du paragraphe §6.3 de la Norme évoque le fait qu'une société doit faire une attribution ou la réattribution des responsabilités et autorités. Quant à la fonction du « responsable assurance qualité, ou directeur qualité », nous pouvons observer que dans l'ancienne version de la norme de 2008 (§5.5.2) il est écrit que la direction avait pour obligation de nommer un responsable pour la prise en charge des opérations de gestion de la qualité. Par la suite, celui-ci doit rendre des comptes à la direction sur l'efficacité ainsi que sur l'amélioration de la qualité. Désormais, dans la version de 2015, il n'existe plus d'exigence de nommer un responsable qualité (§5.3) ; cette tâche pourrait être répartie entre plusieurs personnes ou être assumée par la direction elle-même. Parmi les principaux objectifs de cette fonction, outre de la mise en place du SMQ, figurent la mise en conformité des processus aux exigences normatives et la gestion des risques. Dans le cas où le responsable est nommé, il aura un rôle qui sera désormais plus proche de celui de la Direction.

Une société peut faire l'objet de poursuites judiciaires en raison des préjudices causés. Selon les faits et leurs gravités, deux types de responsabilités peuvent y être engagées : la responsabilité civile et pénale. La responsabilité engagée peut être celle de l'employeur, d'une autre personne travaillant dans l'entreprise ou de l'entreprise entière.

En ce qui concerne la **responsabilité civile**, elle suppose la réparation d'un dommage causé à autrui, soit en nature, soit par équivalent, soit en dommages et intérêts. Cette responsabilité est subdivisée en responsabilité contractuelle et quasi-contractuelle. La responsabilité civile contractuelle suppose que le débiteur n'exécute pas ou exécute mal une obligation qui découle d'un contrat « soit en raison de l'inexécution de l'obligation, soit en raison du retard dans l'exécution » (ancien article 1147 Code civil, nouveau article 1231-1 entré en vigueur le premier octobre 2016⁵⁴). Pour caractériser une telle responsabilité, il faut réunir trois conditions : la présence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre les deux (Cass civ1, 11 février 1992). De ce fait, en vertu des articles 1103, 1104, 1193 et 1231-1 du Code civil, la responsabilité de l'employeur peut être engagée s'il ne respecte pas les obligations « liées à l'exécution du contrat », comme par exemple l'obligation de bonne foi (Cass soc 4 juin 2002), de rémunérer les salariés (Cass soc 27 novembre 1990, n°88-45790), ou de garantir les conditions de travail satisfaisantes (Cass soc 11 octobre 1994) – c'est-à-dire le principe de loyauté. Dans ce cas, l'employeur ne respecte pas les exigences de la Norme ISO 9001:2015 portant sur les obligations du leadership de démontrer constamment et durablement son engagement en démarche de management de qualité. Ensuite, cela peut dégrader l'image de marque du SMQ de l'organisme, puis, impacter son image de marque et apporter une négation dans l'estimation « présumé conforme ». De plus, dans ce cas de figure, le paragraphe 7.1 « Sensibilisation » est alors également violé. Dans le cas où cette Norme est contractuelle et contraignante ou sollicitée par les pouvoirs publics, nous pouvons penser que les contrats des cadres sont directement concernés par les nouvelles exigences de la Norme.

En ce qui concerne la **responsabilité civile délictuelle**, elle pourrait être engagée en dehors de tout contrat. En vertu des articles 1240 du Code civil « tout fait quelconque de l'homme, qui a causé à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer » et de l'article 1242 article du Code civil le chef d'entreprise est responsable civilement des faits de ses salariés. Cependant, il peut être exonéré de cette responsabilité de plein droit (Ass plén 10 juin 1977)⁵⁵ dès lors que le salarié « a agi hors de ses fonctions, sans autorisation, à des fins étrangères à ses attributions ». Dans ce cas, le salarié est personnellement responsable de ses actes (Ch Com 12 octobre 1993 et Ass plén 25 février 2000 Costedoat). Cela s'explique, notamment, par le fait que le salarié « est soumis aux ordres et directives de l'employeur et à ce titre se trouve dans un état de subordination »⁵⁶. Le salarié qui agit dans le cadre de ses fonctions est irresponsable en matière civile : le rapport de subordination existe au moment du fait dommageable (Cass crim 15 février 1997), et cela même si le salarié a commis une faute. La loi autorise d'insérer dans un contrat de travail une clause de responsabilité du salarié, ce qui permet à l'employeur d'engager la responsabilité du salarié fautif, mais uniquement dans le cas où ce dernier a commis une faute lourde (Cass soc 2 mars 2011 n°09-71000).

To be Leadership or not to be. La question se pose : le poste du responsable qualité est-il protégé? Par principe, il doit avoir toutes les compétences du leadership, vues précédemment, et pouvoir démontrer, à tout moment, ses aptitudes à gérer l'équipe et le processus général de qualité des produits et services de façon plus qu'efficace – pertinente. Il doit également superviser les sous-processus, les composantes et les annexes pour respecter les exigences de la Norme ISO 9001:2015. Son objectif est d'éviter que son personnel commet des fautes quelles que soient leur nature – légères, lourdes, graves.

La responsabilité pénale peut être engagée en cas d'infraction à une règle de Droit. En effet, selon l'article 121-1 du Code pénal « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ». Cela signifie qu'uniquement une faute personnelle permet d'engager la responsabilité pénale d'un sujet de droit. De plus, en vertu de l'article L. 121-3 du même code, « les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants(...). La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits ». Ainsi, on considère qu'en acceptant ses fonctions, le dirigeant d'une organisation accepte également la responsabilité qui y est liée (Cass crim 11 juin 1996, n°95-85884).

La délégation des pouvoirs. Il existe, pour l'employeur, une possibilité de faire une délégation de pouvoirs. Celle-ci entraîne également le transfert de responsabilité dans la limite des pouvoirs délégués. Les contours de ce cette « délégation de pouvoirs » ont été définis par les arrêts de la Cour de cassation réunie en chambre criminelle

le 11 mars 1993. En effet, les juges ont considéré que la délégation n'est possible que lorsque la taille d'une société le justifie. De plus, le délégué doit être un membre de la société ayant « la compétence, l'autorité et les moyens nécessaires » pour pouvoir accomplir ses missions. Cette délégation doit avoir un objet limité⁵⁷, « expresse, précise et effective⁵⁸ ». Pour déléguer aucun écrit n'est exigé, c'est-à-dire qu'il n'y a pas d'obligation d'insérer dans le contrat de travail une clause de délégation de pouvoirs, ou de faire un avenant postérieur. Ce dernier ne modifie pas le contrat de travail s'il existe déjà une délégation de pouvoirs implicite, mais reconnue publiquement dans l'entreprise. Cependant, il est conseillé d'avoir un moyen de preuve en cas de conflit (Cass crim 22 octobre 1991 n°89-86770). A défaut, c'est le chef d'entreprise qui reste responsable (Cass crim 30 mai 2000). Dans le cas de délégation, c'est le responsable de la faute qui engagera sa responsabilité pénale pour sa faute personnelle, et n'est pas l'employeur (Cass crim 25 février 1997). Cependant, dans l'affaire jugée par la Cour de cassation réunie dans sa chambre criminelle le 19 décembre 1995, la responsabilité du chef d'établissement (directeur général d'une société) a été retenue. Un de ses salariés était mort dans un local clos alors qu'il manipulait des produits toxiques. L'accusation portait sur l'infraction à des règles d'hygiène, de sécurité et l'homicide involontaire. Comme il n'y avait pas de délégation de pouvoirs, c'était à l'employeur de prendre les mesures nécessaires pour la sécurité du salarié. En ce qui concerne la qualité, la délégation de la responsabilité est possible et suit les mêmes règles.

Le choix des sous-traitants. Nous pouvons observer que la Norme ISO 9001:2015 impose une exigence à choisir les sous-traitants qui correspondent aux exigences du processus général de qualité de l'entreprise et qui sont considérés, à leur tour, comme « présumés conformes » (ISO 9001:2015, §8.4.1. Généralités et §8.4.2. Type et étendue de la maîtrise). Le mauvais choix des sous-traitants ou délégués n'exonère pas le délégataire de sa responsabilité. La non-compréhension du texte normatif par un sous-traité ne constitue pas l'exonération de la responsabilité. La question de la délégation de la responsabilité mérite donc d'être observée davantage dans les entreprises françaises.

La Norme ISO 9001:2015 et les modifications du contrat de travail pour l'instauration du SMQ. Au moment de l'instauration du système SMQ, plusieurs cas de figure sont possibles. Le premier concerne la situation où la gestion des risques avec la responsabilité jointe fait déjà partie des fonctions des directeurs, des responsables dont responsables qualité : dans ce cas leurs contrats de travail restent invariables. Le deuxième cas concerne la situation où la direction, au moment de l'instauration du SMQ, délègue une certaine partie de sa responsabilité et la gestion des risques à ses salariés. Dans ce cas, les conséquences sur les contrats de travail peuvent être différentes : elles varieront selon la manière dont ils ont été rédigés, les clauses qu'ils contiennent, et les différentes sources du droit du travail qui leur sont applicables. Ainsi, plusieurs modifications de contrat de travail sont-elles possibles en vertu de la jurisprudence actuelle. Étudions cette situation en détail. Tout d'abord, l'employeur peut réaliser une modification du contrat de travail du salarié grâce à ses pouvoirs de l'employeur (Cass soc. 30 mai 2012) en touchant un des éléments essentiels du contrat de travail (Cass soc. 10 juillet 1996 Berre). Par exemple, cela peut être la modification de ses attributions (Cass soc. 16 décembre 1998), de ses horaires (Cass soc. 3 novembre 2011)⁵⁹ ou de sa rémunération, l'ajout de nouvelles tâches qui ne font pas partie de son contrat de travail initial (Cass soc. 26 mai 1998), ou encore l'affectation du salarié à un poste qui relève d'une autre qualification (Cass soc. 27 juin 2012 n° 10-28328 : avant le salarié exerçait la fonction de caissière et on lui propose d'être gondolière), l'accroissement des tâches en supplément des tâches initiales (Cass soc 8 décembre 1993). Pour ce faire, l'accord express du salarié est nécessaire (Cass soc 31 octobre 2000 n°98-44988). En cas de refus de sa part, l'employeur a deux possibilités, soit renoncer à la modification du contrat, soit le licencier en respectant une procédure appropriée. Si le changement peut être considéré comme un simple changement des conditions de travail, comme par exemple « la nouvelle répartition des tâches sur la journée » (Cass soc. 23 janvier 2001), ou encore l'ajout de nouvelles tâches au salarié qui entrent dans le champ « de ses fonctions et de la qualification professionnelle » (Cass soc. 30 novembre 2010 n°09-42236 ou Cass soc 10 mai 1999 n°96-45673), dans ce cas de figure, le changement peut se faire sans le consentement du salarié en raison du lien de subordination de l'employeur. Si le salarié refuse, cela peut être considéré comme faute professionnelle et donc être sanctionné par l'employeur. Dans le cas de création d'un poste de manager qualité, afin de mettre en œuvre les nouvelles exigences de la Norme, plusieurs situations sont possibles. Si ce poste intéresse un salarié en interne, même si telles missions ne font pas partie de son contrat de travail, celui-ci pourrait demander expressément à l'employeur de les lui confier. Ce dernier est libre d'accepter ou de refuser cette demande (Cass soc. 10 mai 1989).

Le poste du Responsable Qualité et son contrat du travail. Pour la fonction du Responsable Qualité en place, plusieurs possibilités sont envisageables du fait que la Norme ne fixe plus d'obligation pour le désigner. Tout d'abord, il est possible que le Responsable Qualité conserve son poste. Dans ce cas, la question se pose sur des conséquences des nouvelles attributions sur son contrat de travail, c'est-à-dire sur l'augmentation de responsabilité et une possibilité d'avoir de nouvelles tâches liées à la gestion des risques (de même cela peut être à « l'implication du personnel »). Or, en vertu de la jurisprudence de la chambre sociale du 27 juin 2012 (n°10-28328) « un changement d'affectation caractérise une modification du contrat de travail dès lors qu'il concerne des fonctions de qualification différentes ». De plus, en vertu de la jurisprudence de la chambre sociale du 5 mai 2009 (07-45397), il est nécessaire de vérifier que ces nouvelles activités, confiées au salarié, sont « conformes à sa qualification et à son niveau hiérarchique et n'ont pas entraîné de modification de sa rémunération, de son lieu et de ses horaires de travail ». De ce fait, le salarié, qui occupe le poste de responsable qualité, devra consulter son contrat de travail ainsi que les conventions collectives de sa société pour voir s'il faut, ou non, une modification de celui-ci. Contrairement à la situation précédente, il y a une modification de contrat de travail en cas d'ajout permanent des tâches sans accord

du salarié, en plus des tâches initiales (Cass soc 8 décembre 1993). En cas d'accord de ce dernier, pour assumer de nouvelles tâches (Cass soc 31 mai 2012 n°10-22759) qui ne font pas partie de ses compétences, la direction aura une obligation de lui fournir une formation (article L.6321-1s du Code du travail, Cass soc 18 juin 2014).

Par ailleurs, il est possible que la direction choisisse de répartir les fonctions de responsable qualité entre plusieurs personnes: leurs contrats de travail nécessitent des modifications. L'employeur sera probablement tenu d'adapter ses salariés à leurs nouvelles fonctions (les salariés peuvent demander des formations à l'employeur en vertu de l'article L.6322-1 du Code trav). Dans ce contexte, le poste de responsable qualité peut être mis en danger.

Par ailleurs, il existe une possibilité de déléguer la gestion des risques à une société sous-traitée. Ce point demande une précision. La sous-traitance est définie comme « l'opération par laquelle un entrepreneur confie, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitée, tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage » (l'art. 1 de la loi du 31 déc 1975). Une société sous-traitée apporte son personnel, son savoir à l'entrepreneur principal, et agit de manière indépendante. La Norme ISO 9001:2008 exige une vigilance aiguë de la part du sous-traitant pour choisir ses sous-traités. La nouvelle version de 2015 indique que la société sous-traitante reste toujours responsable des produits et services de ses sous-traités (ISO 9001:2015, §8.4.1. et §8.4.2.). Cela concerne également la sous-traitance de la gestion des risques : la délégation des responsabilités ne peut être appliquée.

To be responsible or not to be. Sans être prolix, nous soulignons l'importance de la gestion des risques pour une entreprise. De facto, si la personne en charge de l'étude de dangers n'a pas inclus un scénario, pourtant prévisible, que ce risque se réalise, sa responsabilité sera engagée. Si la personne détermine tous les scénarios prévisibles dans l'étude de dangers, et qu'elle fait la bonne « mesure de maîtrise des risques »⁶⁰, mais ce risque se réalise malgré tout, cette personne n'aura pas d'exonération de sa responsabilité, mais simplement une atténuation.

Conclusion. Dans notre article, nous avons réalisé une étude de portée normative de la nouvelle version de la Norme ISO 9001 dans une entreprise soumise au droit français. Cette Norme, connue par les entreprises, devient un gage de qualité pour les usagers et les partenaires. La nécessité d'être certifié ISO 9001 peut être traduite par la stratégie de développement à l'international.

Sur le plan théorique, nous avons montré, en s'appuyant sur les indicateurs de juridicité français⁶¹, que cette Norme est juridique. Sur le plan pratique, nous avons réalisé une étude de l'inter-normativité de cette Norme, c'est-à-dire ses interactions avec une règle du droit – le droit des relations individuelles du travail. Nous avons montré qu'elle peut influencer le contrat du travail à partir de sa formation et jusqu'à sa rupture et faire apparaître des difficultés structurelles dans une organisation.

De plus, les éléments présentés nous permettent d'exprimer une idée selon laquelle la nomination du responsable qualité doit faire l'objet d'une recherche très sélective. La gestion des processus qualité conjointement avec les ressources humaines nécessite des connaissances et des compétences spécifiques dont le droit du travail, le droit civil, le droit pénal, le droit des obligations, le droit du commerce international, la gestion des risques, la stratégie, le management et autres. Toutefois, les cas ne sont pas rares où des connaissances n'aient pas été acquises par les superviseurs des processus qualité. C'est pour cette raison que nous avons souhaité attirer votre attention sur une idée de l'apparition d'un nouveau marché de formations aux responsables qualité qui souhaitent préserver leurs postes ainsi qu'aux chefs d'entreprise qui désirent pérenniser leurs affaires à l'international.

Bibliographie :

Manuels, traités, recueils, dictionnaires et cours :

Cornu Gérard., Vocabulaire juridique, 11^e édition, 2016.

Peskine Elsa, Wolmark Cyril, *Droit du travail 2016*, Dalloz, 2016.

Terré François, *Droit civil-Les obligations*, Dalloz précis, 10^e édition.

Noiville C., *Du bon gouvernement des risques*, PUF, Les voies du droit, 2003.

Peskine E., *Droit du travail*, Dalloz, 2016.

Ouvrage, thèse et mémoires :

Bazinet Marc et Nissan Dori, *ISO 900 en marche, Cap sur la version 2015 !*, Afnor 2015.

Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 2016.

Fumey Marc, *Méthode d'évaluation des risques Agrégés : application au choix des investissements de renouvellement d'installations*, thèse soutenue, 2001.

Guégan- Lécuyer A., *Dommages de masse et responsabilité civile*, thèse soutenue, 2016.

Guerrero Nicolas, *Histoire de la pensée économique en 60 auteurs*, ellipses, 2015.

Kelsen Hans, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Bruylant, LGDJ, 1945.

Herbert Hart, *Concept de droit*, 2^e édition.

Nitsch N., *Inflation juridique et ses conséquences*, APD 1982 tome 27.

Pinet Claude, *10 clefs pour réussir sa certification ISO 9001:2015*, Afnor 2015.

Rapport, études et documents assimilés :

Bessire Dominique, Mazuyer Emmanuelle, *La responsabilité sociale de l'entreprise. Les paradoxes d'une densification normative* in La densification normative, Mare et Martin, 2013.

Thibierge Catherine et alii, *La croissance du volume des normes de droit, une vision élargie de l'inflation législative, schéma*, in La densification normative, Mare&Martin, 2013.

Thibierge Catherine et alii, *Découverte d'un processus*, in La densification norm, M&M, 2013.

Thibierge Catherine et alii, *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ, 2009.

Etude d'impact, projet de loi, NOR : ETSX1604461L/Bleue-1, 24 mars 2015.

Amselek Paul, *Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques* in Force normative, Naissance d'un concept, Catherine Thibierge et alii, LGDJ Paris, 2009.

Recueil de normes et certification, Afnor Edition, 2015.

Articles et publications assimilés :

Farvo Karine, *Menus réflexions du « Droit » et de la « Science » autour du partage des savoirs. Riseo, Risques-études-observations.*

Teboul G., Recueil Dalloz 2006.

Picard J.-M., *Préceltique sécurité*, n°100 juillet –aout 2008.

La fabrication du bien commun des normes techniques aux normes de service, actes du colloque du 18 mars 2010 à l'UFR Paris Dauphine. Conv. n°0000623 du 9 mars 2010, progr. 135 SOC.

Lanord Farinelli Magalie, *La norme technique : une source de droit légitime?* RFDA 2005.

Marmuse C., *Management du risque*, Vuibert Entreprise, 1989.

Misonne D., *La normalisation technique in Les sources du droit revisitées*, Anthemis, 2012.

Delvolvé P., *L'été des ordonnances*, RFDA 2009, p. 909.

Качалов В. А. *Неразрешенные проблемы новых версий ISO 9001*, Методы менеджмента качества, n°10, www.ria-stk.ru, consulté le 12/04/2017.

http://www.iso.org/iso/fr/home/iso_strategy_2016-2020_en-lr.pdf consulté le 01/05/2017.

Sources législatives, documents officiels :

Norme ISO 9000 :2015, ISO 9001:2015.

Ass. plén. 25 février 2000 Costedoat.

Code du travail 2017, Lexis Nexis.

Code civil 2017, Lexis Nexis.

Cass crim 22 octobre 1991, n°89-86770.

Cass com 12 octobre 1993.

Cass crim 11 mars 1993.

Cass crim 19 décembre 1995, n°94-84644.

Cass crim 15 février 1997, n°96-80569.

Cass crim 5 décembre 2000, n°00-83260.

Cass crim 23 janvier 2001, n° 00-82-826.

Cass soc 29 octobre 1985, Guégan, 84-95559.

Cass soc 27 novembre 1990, n°88-45790.

Cass soc 10 octobre 1991 n°89-44243.

Cass soc 26 février 1992 n°90-41247.

Cass soc 15 octobre 1992 n°91-43632.

Cass soc 5 avril 1995 n°93-43866, Vidéocolor.

Cass soc 10 juillet 1996 Berre.

Cass soc 13 novembre 1996 société Générale.

Cass soc 2 mars 1998 (n° 85-43792).

Cass soc 7 octobre 1998, n°96-43107.

Cass soc 30 mars 1999 Evrard contre Société Samsung Informations Systems.

Cass soc 10 mai 1999 n°96-45673.

Cass soc 1 mars 2000 n°97-45858.

Cass soc 31 octobre 2000 n°98-44988.

Cass soc 14 novembre 2000 n°98-42371.

Cass soc 19 décembre 2000 Labbane, n°98-40572.

Cass soc 16 janvier 2001 n°98-44461.

Cass soc 13 mars 2001 Grandel contre SA Pouey International.

Cass soc 22 mai 2001 n° 99-41838.

Cass soc 12 juin 2001 n°99-41571.

Cass soc 7 novembre 2001 n°99-43-656.

Cass soc 14 novembre 2001 n°99-44686.

Cass soc 4 juin 2002, n°00-42280.

Cass soc 9 octobre 2002 n°00-44069.

Cass soc 2 décembre 2003 n°01-44192.

Cass soc 13 janvier 2004, n°01-45931.

Cass soc 18 mai 2004, n°01-46164.

Cass soc 5 avril 2005, n°93-42690.

Cass soc 21 septembre. 2005 n°03-47065.

Cass soc 11 janvier 2006, n°05-40977.

Cass soc 21 décembre 2006, n° 05-42185.

Cass soc 11 mars 2008 n°07-40162.

Cass soc 3 juin 2009, n°08-40981.

Cass soc 30 novembre 2010 n°09-42236.

Cass soc 2 mars 2011, n°09-71000.

Cass soc 15 mars 2012 n°10-25996.

Cass soc 29 mai 2012, n°00-40996.
Cass soc 27 juin 2012 n° 10-28328.
Cass soc 24 avril 2013, n°11-19091.
Cass soc 9 juillet 2014, n°13-17487.
Cass civ 28 février 1996, n°94-15885.
CPH 19 nov 2010 Boulogne-Billancourt.

Bourcier Danièle et Tauziac Véronique, *Le rapport final du standard technique a la norme juridique impact et enjeux*, de 1995, ministère de la justice, Droit et Justice, contrat n° 930236.

Directive SEVESO du Conseil du 9 décembre 1996 relative aux risques d'accident majeurs de certaines activités industrielles (82/501/CEE).

Directive SEVESO II le 9 décembre 1996 (96/82/CEE).

Loi du 20 aout 2008, 2008-789n ;

Ordonnance du 24 mai 1945 relative au contrôle de l'emploi.

Sites internet :

<http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0807.asp>, consulté le 3 août 2017

<https://www.courdecassation.fr>, consulté le 21/10/2017

<https://www.legifrance.gouv.fr>

⁴⁷ Risque : en Droit, c'est le rapport annuel de la Cour de cassation (2011, page 80) qui définit ce terme. La première définition donnée par la Cour provient du Lexicographie Robert comme étant « l'éventualité d'un évènement ne dépendant pas exclusivement de la volonté des parties et pouvant causer la perte d'un objet ou tout autre dommage » ; la seconde provient du Vocabulaire de l'Association Henri Capitant « dont la survenance est incertaine, quant à sa réalisation ou à la date de cette réalisation ».

⁴⁸ Le terme « responsabilité » s.f provient du latin *respondere* signifiant se porter garant, répondre de, *dic. Larousse*.

⁴⁹ Claude Pinet, *10 clefs pour réussir sa certification ISO 900 :2015*, Afnor 2015.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

⁵² G.Y. Kervern, *L'archipel du danger*, Economica, 1991.

⁵³ L'hyperespace du danger : axe Mnésique (les données chiffrées, les statistiques, les faits); axe Epistémique (les modèles); axe Téléologique (les finalités, les objectifs) ; axe Déontologique (les règles, règlements, normes et lois); axe Axiologique (systèmes de valeurs, les croyances).

⁵⁴ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939&categorieLien=id>

⁵⁵ <https://www.courdecassation.fr>

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Le dirigeant ne peut déléguer toutes ses fonctions en vertu de la jurisprudence Cass crim 2 oct 1979.

⁵⁸ En vertu de la jurisprudence de la Cass crim 5 décembre 2000 n°00-83260.

⁵⁹ *Mémento pratique*, Social 2016, Francis Lefebvre.

⁶⁰ L'arrêt du 29 sept 2005 (vu auparavant).

⁶¹ « *Le modèle de théorisation de la force ici proposé s'adresse aux juristes du temps présent et concerne le système juridique occidental, plutôt de civil law*» Catherine Thibierge, *Conclusion, Le concept de « Force normative »*, LGDJ, 2009.

Резюме

Люльер В. Міжнародний стандарт ISO 9001 версія 2015: етюд труднощів структурного характеру при впровадженні на прикладі французького підприємства.

Дана стаття присвячена аналізу можливого впливу нової версії міжнародного стандарту ISO 9001 версія 2015 року «Системи Менеджменту Якості» на трудові відношення на прикладі французького підприємства. Після короткого огляду основних нововведень у першій частині статті, автор аналізує нормативну силу цього документа та робить спробу знайти його місце серед правових джерел з охорони праці у другому розділі. Третя частина присвячена вивченню можливого впливу вищезазначених змін на трудовий договір, а саме на його заключення, виконання та припинення. У цьому номері ми публікуємо третій розділ.

Ключові слова: Стандарт-ІСО 9001-Менеджмент-Якість-Лідерство- Ризик-Відповідальність-Трудовий договір-Нормативність-Правові джерела.

Резюме

Люльер В. Международный стандарт ИСО 9001 версия 2015: этюд трудностей структурного характера при введении на примере французского предприятия.

Данная статья посвящена анализу возможного влияния новой версии международного стандарта ИСО 9001 версии 2015 года «Системы Менеджмента Качества» на трудовые отношения на примере французского предприятия. После краткого обзора основных нововведений в первой части статьи, автор анализирует нормативную силу этого документа и пытается определить его место среди правовых источников по охране труда во втором разделе. Третья часть посвящена изучению возможного влияния вышеупомянутых изменений на трудовой договор, а именно на его составление, выполнение и прерывание. В этом номере мы публикуем третий раздел.

Ключевые слова: Стандарт – ИСО 9001 – Качество-Лидерство-Риск-Ответственность-Трудовой договор–Нормативность-Правовые источники.

Summary

Lullier V. The international standard ISO 9001 version 2015: a study of difficulties of structural nature at implementation by the example of French company.

The article is devoted to analysis of possible influence of a new version of international standard ISO 9001 version 2015 Quality Management Systems to labor relations by the example of French company. After overview of the main innovations in the first part of the article, the author analyses the normative value of this document and tries to define his place among legal sources on labor in the second section. The third part is devoted to studying of possible influence of above-mentioned changes to contract of employment, namely to his constitution, implementation and interruption. In this magazine we publish the last section.

Key words: Standard–ISO 9001–Management–Quality–Leadership–Risk–Responsibility–The contract of employment–The normative value–Legal sources.

УДК 347.77:615.01

М. В. БАЛАГУРА

Микола Балагура, студент магістратури Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРАВОВА ОХОРОНА НАЗВИ ЛІКАРСЬКОГО ЗАСОБУ В УКРАЇНІ

Не дивно, що ринок медпослуг у світі разом із супутніми ринками медобладнання та фармпрепаратів є одним із наймісткіших, адже турбота про життя і здоров'я є базовими для будь-якої країни. Від здоров'я населення країни залежить якість робочої сили, її продуктивність, а отже, і ефективність виробництва в країні.

Саме конкурентність медицини в Україні спричиняє виникнення та створення нових назв, нових лікарських засобів, нових мереж аптек. Талановиті лікарі клініки обирають приватну практику та вважають за доцільне називати її власним прізвищем. Незадовільна ситуація в сфері державної медицини тільки сприяє виникненню нових гучних та рекламованих медичних комерційних позначень.

Загальновідомо, що охорона лікарських засобів можлива через різні інститути права інтелектуальної власності: як об'єкт авторського права чи як об'єкт патентних прав. Крім того, оригінальна назва лікарського засобу може також охоронятися як засіб індивідуалізації – торговельна марка, позначення їх виробника – у формі комерційного найменування¹.

Мета статті – розглянути значення назви лікарського засобу, а саме зміст найменування, яке міститься на упаковці.

Окремі аспекти правової охорони товарних знаків в Україні розглядалися у роботах Г. О. Андрощука, Ю. Л. Бошицького, В. О. Жарова, О. Ю. Кашинцевої, І. Ю. Кожарської, Г. З. Огнев'юк, О. П. Орлюк, М. В. Паладія, О. А. Підпригори, О. О. Підпригори, О. Ш. Чомахашвілі та інших.

Питання цивільно-правової охорони назв лікарських засобів предметом спеціальних досліджень в українській цивілістиці, зазвичай, не виступають. Окремі аспекти цієї проблеми зачіпаються, як правило, в роботах із суміжною тематикою (І. В. Кириченко, В. І. Пашков, О. А. Федотов, А. О. Олефір та інші вчені).

Пропонуємо розглянути основні види назв лікарських засобів.

Відповідно до Закону України «Про лікарські засоби» лікарський засіб – будь-яка речовина або комбінація речовин (одного або декількох АФІ та допоміжних речовин), що має властивості та призначена для лікування або профілактики захворювань у людей, чи будь-яка речовина або комбінація речовин (одного або декількох АФІ та допоміжних речовин), яка може бути призначена для запобігання вагітності, відновлення, корекції чи зміни фізіологічних функцій у людини шляхом здійснення фармакологічної, імунологічної або метаболічної дії або для встановлення медичного діагнозу².

Відповідно до ст. 5 Закону України «Про лікарські засоби» лікарські засоби можуть створюватись підприємствами, установами, організаціями та громадянами. Автором (співавтором) лікарського засобу є фізична особа (особи), творчою працею якої (яких) створено лікарський засіб. Вона (вони) має право на винагороду за використання створеного нею лікарського засобу. Винагорода може здійснюватись у будь-якій формі, що не заборонена законодавством.

Автор (співавтори) може подати заяву до центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері інтелектуальної власності на одержання патенту на лікарський засіб. Підставою для видачі патенту є позитивний висновок центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері охорони здоров'я щодо його патентоспроможності.

Назва лікарського засобу – це позначення у вигляді слова або сполучення літер (і цифр), що має словесний характер. Залежно від функціонального призначення можна виділити три види назв, що належать до одного об'єкта – конкретного лікарського засобу: 1. Хімічна (або наукова) назва; 2. «Невласна» або «непатентована» назва; 2.1. Міжнародна непатентована назва (МНН); 2.2. Узвичаєна назва (УН); 3. Торгова назва (ТН)³.

Ці групи назв є незалежними і мають різне призначення, що обумовлено різними правовими вимогами і науковими потребами.

1 Хімічні назви (Chemical Names) є похідними від молекулярних формул діючих речовин і характеризують хімічну структуру молекули. Хімічна формула речовини показує, з яких елементів складається дана речовина та скільки атомів кожного елемента входить до складу його молекули. Отже, хімічна назва лікарського засобу (активної чи допоміжної речовини, що входить до його складу) визначає хімічну структуру відповідної сполуки шляхом відображення словесно-числовим (за допомогою слів/групи слів, індексів, знаків і цифр) і відповідним графічним способом якісного та кількісного складу її молекули, послідовності та характеру зв'язків атомів у ній.

Для хімічної назви важливим є поняття «родова назва» – та частина назви, від якої за певним способом створена дана хімічна назва. Такий принцип формування назв широко використовується в фармацевтичній галузі, наприклад, етан дає початок назві етанол, етил – етилен тощо.

Хімічна назва є незалежним поняттям, що не може бути об'єктом права власності (тобто зареєстрованою як товарний знак), тому може вільно використовуватися будь-якою юридичною або фізичною особою: розробником, заявником, виробником тощо. Хімічні назви містять багато інформації для спеціаліста-хіміка, але вони складні для сприйняття неспеціалістом і пересічним громадянином, надто громіздкі для вживання серед медичного персоналу і споживачів ліків (пацієнтів).

2 «Невласні» назви. 2.1 Міжнародні непатентовані назви (МНН, INN – International Nonproprietary Names).

Ідентифікацію активної речовини лікарського засобу здійснюють, в першому наближенні, за спрощеною назвою, яка утворена від раціональної хімічної назви і відома як єдина, загальнодоступна, родова, або міжнародна непатентована назва (МНН). МНН складаються за спеціальними правилами і присвоюються (реєструються) Всесвітньою організацією охорони здоров'я (ВООЗ). Вони не можуть бути об'єктами приватної власності.

МНН безпосередньо пов'язана зі структурною формулою активної речовини лікарського засобу і є відповідним спрощеним замінником її хімічної назви. Наприклад, хімічна назва речовини, що отримала міжнародну назву «Диклофенак натрій» – натрієва сіль 2-[(2,6-дихлорфеніл) аміно]-фенілоцтової кислоти. Характерною особливістю близьких за хімічною структурою і фармакологічними властивостями лікарських засобів є використання в їх міжнародних непатентованих назвах спільної основи (стему), що наближає МНН до родових хімічних назв, оскільки вона вказує на приналежність відповідних лікарських засобів до одного виду – хімічної чи фармакологічної групи.

МНН широко використовуються як торгові назви препаратів групи «генериків» – препаратів, що втрапили патентний захист і можуть вироблятися будь-яким виробником. Вони також вживаються як родові назви для препаратів-аналогів.

2.2 Узвичаєна назва – назва, що є загальноприйнятою для даного лікарського засобу, використовується кількома виробниками, однак не зареєстрована як МНН. Наприклад: еуфілін, фурацилін, Рінгера-Локка, рибоксин, димедрол, анальгін тощо.

Як правило, це торгові назви лікарських засобів, що вироблялись ще за часів колишнього Союзу і добре відомі пацієнтам декількох поколінь. Ці назви не мають розрізняльної здатності (основної властивості товарних знаків), оскільки є загальноприйнятими позначеннями, що не пов'язані з конкретним виробником лікарських засобів. По суті, це видові назви препаратів із спільними властивостями, якістю та ефективністю яких варіюються у певних межах, обумовлених технічними можливостями підприємств-виробників.

Як визначено Загальнодержавною програмою адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу, затвердженою Законом України, метою такої адаптації є досягнення відповідності правової системи України з урахуванням критеріїв, що висуваються ЄС до держав, які мають вступити до нього, тобто гармонізація нормативно-правових актів України щодо якості, безпечності та ефективності лікарських засобів з Директивами Європейського Парламенту та Ради ЄС.

У міжнародному законодавстві з лікарських засобів поняття «узвичаєні назви» відповідає термін «національні непатентовані назви» ліків (ННН). Це назви лікарських засобів, які відмінні від МНН і такі, що використовуються в заголовках фармакопейних статей.

Правове положення цього об'єкта визначається його статусом заголовка державного стандарту або його елемента. Переліки ННН, поряд із переліками МНН, є у всіх розвинених країнах світу, тільки називаються вони по-різному: у США – це United States Adopted Name (USAN), у Франції – Denomination commune française, в Італії – Denominazione comune italiana, в Японії – Japanese Accepted Name (JAN), наприклад: назва статті «Аспірин» Британської фармакопеї супроводжується позначкою «BAN» (British Approved Name).

ННН, як і МНН, є назвами, призначеними для вільного використання виробниками лікарських засобів, і підлягають захисту від використання на недозволені цілі, зокрема від їхньої монополізації, наслідком якої можуть бути безпідставний ріст цін на лікарські засоби, дезорієнтація пацієнтів і медичного персоналу щодо відомих лікарських засобів під новими назвами і, відповідно, заподіяння шкоди здоров'ю населення країни.

При цьому патентований лікарський засіб – лікарський засіб, який надходить в обіг під власною назвою виробника (заявника), право на виробництво, виготовлення, реалізацію та застосування якого охороняється законодавством України про охорону прав інтелектуальної власності.

3 Торгові назви (Trade Names) лікарських засобів. Торгова назва лікарського засобу – це назва, під якою лікарський засіб надходить до цивільного обороту і слугує суттєвим елементом системи забезпечення безпе-

ки цього обороту. Ця назва має ідентифікувати товар (лікарський засіб) та, опосередковано, його виробника. Однак вона може бути як оригінальною (тобто спеціально вигаданою або обраною для певного препарату), так і «невласною»: міжнародною непатентованою або узвичасною. В останньому випадку така назва, як правило, включає фірмове найменування підприємства-виробника (наприклад, АМЛЮДИПІН ГЕКСАЛ, КАП-ТОПРИЛ АЛКАЛОЇД, ДОМПЕРИДОН-АВАНТ, ЛІЗИНОПРИЛ-ратіофарм).

Оригінальні торгові назви лікарських засобів – це словесні позначення, що дають змогу відрізнити лікарські засоби одних виробників від однорідних лікарських засобів інших виробників. Відомі торгові назви лікарських препаратів асоціюються у свідомості споживачів із підприємством-виробником. Наприклад: Віагра («Пфайзер»), Кавінтон («Гедеон Ріхтер»), Сіаліс («Елі Лілі»)⁴.

Спеціалізовану оцінку правомірності державної реєстрації лікарського засобу під тією чи іншою торговою назвою відповідно до норм спеціального законодавства України про лікарські засоби здійснює комісія з номенклатури та інструкцій з патентною групою Державного фармакологічного центру МОЗ України.

Відповідно до вимог міжнародного законодавства про лікарські засоби торгова назва препарату не може прямо вказувати на його фармакологічну дію та призначення, але загалом може нести певну інформацію про його склад, властивості й достоїнства, зрозумілу лише фахівцям. Наприклад: Валокордин (Valocordin) – це слово створене шляхом поєднання трьох словесних елементів латинського походження: посилення на призначення препарату (корд- /cordis/ – серце), його основну діючу речовину (-вал- /val/ – ізовалеріанова кислота, що міститься у відомій своїми заспокійливими властивостями лікарській рослині – валеріані) та розповсюдженому у фармацевтиці суфіксу –ин⁵.

Висновок Державного фармакологічного центру МОЗ України щодо ефективності, безпечності та якості лікарського засобу – це результат експертизи матеріалів на лікарський засіб з наданням рекомендацій щодо його державної реєстрації (перереєстрації), експертизи матеріалів про внесення змін до реєстраційних документів протягом дії реєстраційного посвідчення з рекомендацією про потребу внесення змін чи доповнень до реєстраційних документів на лікарський засіб або його нову реєстрацію.

Отже, можемо зробити такі висновки. Маркування – це один із засобів товарної інформації у вигляді тексту, умовних позначень або рисунка, а також інших допоміжних засобів, нанесених на первинну, вторинну і транспортну упаковку або на товар і призначених для ідентифікації товару або його окремих властивостей та доведення до споживача інформації про виробника і якісні та кількісні характеристики товару⁶. Зпоміж 15 позицій вимог щодо маркування лікарських засобів міститься і назва препарату. Отже, лікарський препарат не може бути без назви. Також є суттєвою умовою, що назва лікарського засобу не може бути зовсім фантазійною, вона має нести змістовне наповнення.

¹ Кодинець А. О. Право інтелектуальної власності на лікарські засоби: окремі аспекти правової охорони [Електронний ресурс] // Режим доступу <https://www.pdaa.edu.ua/sites/default/files/node/2793/kodynetstezyip.pdf>

² Про лікарські засоби : Закон України від 4 квітня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 22. – Ст. 86 (з наступними змінами).

³ Правила розгляду проектів торгових назв лікарських засобів, що подаються на державну реєстрацію (перереєстрацію) в Україні, схвалені Державним фармакологічним центром Міністерства охорони здоров'я України і є офіційним документом. – К., 2010. – 15 с.

⁴ Особенности правового режима торговых марок – названий лекарственных средств // Юридична газета. – 2010. – № 3–4. – 26 січня : [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://vkr.ua/ru/publications/articles/the_specifics_of_a_legal_routine_when_trade_marks_of_herbal_medicines_are_concerned/

⁵ Машковский М. Д. Лекарственные средства: в 2 т. / М. Д. Машковский ; 14-е изд., перераб., испр. и доп. – М.: ООО «Издательство Новая волна», 2000. – 540 с.

⁶ Медичне і фармацевтичне товарознавство: товари аптечного асортименту: навч. посіб. / заг. ред. Б. П. Громова. – Вінниця: Нова книга. – 2011. – С. 140.

Резюме

Балагура М. В. Правова охорона назви лікарського засобу в Україні.

У статті розглядається назва лікарського засобу як позначення у вигляді слова або сполучення літер і цифр, що має словесний характер. Проаналізовано законодавство та окреслено тенденцію, що від функціонального призначення виділяють три види назв, які мають приналежність до одного об'єкта – конкретного лікарського засобу.

Особливу увагу приділено аналізу й огляду практики та законодавства щодо регулювання торгової назви лікарського засобу. Тобто, назви, під якою лікарський засіб надходить до цивільного обороту і слугує суттєвим елементом системи забезпечення безпеки цього обороту.

Ключові слова: лікарські засоби, торгова назва, медицина, фармакологічний центр.

Резюме

Балагура Н. В. Правовая охрана названия лекарственного средства в Украине.

В статье рассматривается название лекарственного средства как обозначение в виде слова или сочетания букв и цифр, что имеет словесный характер. Проанализировано законодательство и обозначена тенденция, что от функционального назначения выделяют три вида названий, имеющих принадлежность к одному объекту – конкретного лекарственного средства.

Особое внимание уделено анализу практики и законодательства по регулированию торгового названия лекарственного средства. То есть, названия, под которым лекарственное средство поступает в гражданский оборот и служит существенным элементом системы обеспечения безопасности этого оборота.

Ключевые слова: лекарственные средства, торговое название, медицина, фармакологический центр.

Summary

Balagura M. Legal protection of the name of a medicinal product in Ukraine.

The article deals with the name of a medicinal product as a notation in the form of a word or a combination of letters and numbers, which is verbal in nature. The law is analyzed outlined that three types of names belonging to one object – a specific medicinal product – can be distinguished from the functional purpose.

Particular attention is paid to the analysis and review of practice and legislation on regulating the trade name of a medicinal product. That is, the name under which a medicinal product goes to civilian traffic and serves as an essential element of the security system for this traffic.

Key words: medicines, trade name, medicine, pharmacological center.

УДК 341.24

В. Г. ПЕТРОВ

*Вадим Григорович Петров, студент Київського
університету права НАН України*

СТАН ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ УКРАЇНОЮ ЕКОНОМІЧНОЇ ЧАСТИНИ УГОДИ ПРО АСОЦІАЦІЮ МІЖ УКРАЇНОЮ ТА ЄВРОПЕЙСЬКИМ СОЮЗОМ

На сучасному етапі розвитку глобальної системи міжнародних економічних відносин незаперечною є роль інтеграційних об'єднань та їх вплив на трансформацію даної системи. Потенційні ресурси, отримані державами внаслідок економічної інтеграції, дають їм можливість реалізовувати частину як власних внутрішніх, так і зовнішньополітичних цілей. Доволі складну місію першопрохідця в сучасних глобальних інтеграційних процесах узяв на себе Європейський Союз, що на сьогоднішній день є найрозвиненішим інтеграційним утворенням у світі.

Актуальним питанням сучасної вітчизняної науки залишається ефективність реалізації зовнішньополітичних пріоритетів України, а в цьому контексті – переваги та виклики поглибленої економічної інтеграції України до ЄС. Україна, попри перманентні зміни внутрішньополітичної ситуації, обрала курс на інтеграцію в європейський економічний і політико-правовий, а загалом цивілізаційний простір. Саме тому науково-теоретичний та практичний інтерес до цього питання не згасає. Законодавче закріплення вказаного пріоритету засвідчило домінування в українській політичній еліті єдиного погляду на Європейський Союз та місце України в об'єднаній та розширеній Європі. Підписання Угоди про асоціацію Україна-ЄС, що передбачає створення Поглибленої та всеосяжної зони вільної торгівлі (ПВ ЗВТ) ще раз вказало на історичний вибір українського народу.

У зв'язку з цим дослідження стану імплементації Україною економічної частини Угоди про асоціацію між Україною та Європейським союзом вбачається актуальним.

Аналіз досліджень цієї проблеми показав, що проблемами функціонування та розвитку Європейського Співтовариства займалися такі провідні вітчизняні науковці: В. В. Копійка, А. С. Філіпенко, О. І. Шнирков, В. А. Вергун, І. М. Грабинський, А. І. Мокій, О. І. Рогач, А. Ф. Мельник, Є. В. Савельєв, у працях яких висвітлено різноманітні аспекти розвитку цього інтеграційного об'єднання й процесів міжнародної інтеграції загалом. Проте в цілому в українській науковій літературі питання імплементації Україною економічної частини Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом висвітлені недостатньо.

Метою статті є загальна характеристика стану імплементації Україною економічної частини Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом.

Європейський вибір – це невід'ємна складова національної ідеї і одночасно стратегічний напрям державно-правового розвитку України, про що вона заявила, проголошуючи незалежність. Вже у постанові Верховної Ради УРСР від 25 грудня 1990 р.¹ Раді Міністрів було доручено спрямувати зусилля на забезпечення безпосередньої участі України у європейському процесі та європейських структурах. Підписання і ратифікація Угоди про партнерство і співробітництво між Україною і Європейським Співтовариствами (Європейським Союзом) та їх державами-членами (далі – УПС)² засвідчило офіційне визнання Україною європейського вибору як стратегічного курсу зовнішньої політики держави.

Справжнього прориву у відносинах з ЄС Україна досягнула протягом 2012–2013 рр., коли Президент, Верховна Рада і уряд України почали в питанні інтеграції працювати на випередження, не чекаючи від ЄС перших кроків до поглиблення інтеграції, самостійно, хоча інколи і в результаті конструктивної критики з

боку ЄС, здійснюючи процес адаптації вітчизняного законодавства до законодавства Союзу, а також реформуючи свою судову, виборчу і правоохоронну системи відповідно до стандартів Союзу. Надзвичайно важливого значення набуло парафування 30 березня 2012 р. Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом і його державами-членами (далі – УА) разом з положеннями про створення глибокої всеосяжної зони вільної торгівлі (далі – ГВЗВТ) як її невід’ємної частини. Після цього Україна почала не тільки реалізовувати конкретні вимоги ЄС, використовувати запропоновані ним інструменти співпраці, а й розробляти власні стратегії щодо досягнення своїх цілей, а також графік їх реалізації. Крім того, Україна в 2013 р. змінила свій зовнішньополітичний вектор, віддавши перевагу відносинам з Євросоюзом перед відносинами з Митним союзом. У цих умовах зазнало змін і ставлення провідних держав ЄС, зокрема Німеччини, щодо інтеграції України в ЄС. Євросоюз вочевидь занепокоєний відновленням імперських амбіцій Росії, висловив з певними застереженнями готовність підписати Угоду про асоціацію під час роботи саміту «Східного партнерства» у Вільносі в листопаді 2013 року.

УА є безпрецедентною з точки зору свого обсягу (низки сфер, які вона охоплює) і глибини (детальності зобов’язань і часових рамок їх виконання). Угода про асоціацію – це комплексний договір, який охоплює усі сфери, що становлять інтерес для сторін, містить домовленості про співробітництво, які виходять за межі традиційних угод. Невід’ємною частиною УА є положення про створення глибокої та всеосяжної Зони вільної торгівлі, яка покликана забезпечити тісну економічну інтеграцію України до ЄС і в перспективі створити практично такі ж умови для торгівлі між Україною та ЄС, що мають місце у торгівлі всередині Союзу.

УА між Україною та ЄС, яка була підписана 27 червня 2014 р. і ратифікована Україною 16 вересня 2014 р.³, є без перебільшення найбільш масштабним пакетом домовленостей в історії незалежної України. Економічна частина Угоди тією чи іншою мірою охоплює основні сфери та галузі економіки. Сам факт узгодження Сторонами такої різнопланової за змістом та кількістю взаємних домовленостей сукупності дій є свідченням того, що Україна та ЄС мають серйозний намір не тільки перевести співпрацю на якісно новий рівень, а й суттєво наблизити економічну систему України до економічної системи Євросоюзу на основі взаємної лібералізації, передусім руху товарів, капіталів та послуг, гармонізації підходів та принципів, на яких будуються галузеві політики та системи регулювання виробничо-комерційної діяльності.

Розділ УА «Економічне та секторальне співробітництво» містить також положення про умови та терміни гармонізації законодавства України і законодавства Європейського Союзу⁴, зобов’язання України щодо реформування інституційної спроможності відповідних установ та принципи співробітництва між Україною, ЄС та його державами-членами в низці секторів економіки України та напрямів реалізації державної галузевої політики. 27 підрозділів цього розділу Угоди передбачають відповідні заходи в таких секторах, як оподаткування, транспорт, навколишнє середовище, промислова політика та підприємництво, туризм, аудіовізуальна політика, космічні дослідження, охорона здоров’я, культура, освіта тощо.

Імплементація даного розділу УА про асоціацію надасть змогу першочергово забезпечити більш глибоке виконання положень Угоди щодо ЗВТ, оскільки сприятиме зближенню регуляторних механізмів України та Європейського Союзу, а з тим – усуненню нетарифних торговельних бар’єрів, а також допоможе інтеграції України до внутрішнього ринку ЄС та єдиного нормативного простору в переважній більшості секторів економіки та суспільного життя України.

Зона вільної торгівлі між Україною та ЄС – це широкомасштабна за змістом торговельна угода, предмет якої виходить далеко за межі лібералізації тарифів. Угода про асоціацію – це насамперед «дорожня карта» для переходу функціонування української економіки на нові стандарти. Найважливіша зміна, що розпочалася в Україні з 1 січня 2016 р. – це виконання Україною зобов’язань, які передбачені Додатками до УА. Варто наголосити, що УА передбачає чіткі строки, в рамках яких Україна повинна запроваджувати необхідні законодавчі та інституційні зміни, хід та ефективність яких прискіпливо моніторитимуть ЄС та міжнародні донори.

Важлива проблема для України у сфері економічних відносин в умовах початку дії зони вільної торгівлі – це модернізація інституціональних механізмів державного регулювання торговельних відносин за напрямками: технічне регулювання; доступ товарів на ринки; санітарні та фітосанітарні заходи; заснування підприємницької діяльності, торгівля послугами, електронна комерція; механізм врегулювання суперечок; створення контактних пунктів для забезпечення реалізації принципу прозорості торговельних відносин.

На сьогодні Україна виконала значний обсяг заходів у сфері технічного регулювання, передбачених Угодою про Асоціацію:

– прийнято вкрай важливий Закон України «Про технічні регламенти і оцінку відповідності»⁵, схвалено Стратегію розвитку системи технічного регулювання на період до 2020 р. та план заходів щодо реалізації Стратегії⁶; затверджено Технічний регламент засобів вимірювальної техніки⁷, розроблений на основі Директиви 2014/32/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 26 лютого 2014 р. про гармонізацію законодавства держав-членів стосовно надання на ринку вимірювальних приладів, затверджено Технічний регламент законодавчо регульованих засобів вимірювальної техніки⁸;

– починаючи з січня 2015 р. діє нова редакція Закону України «Про стандартизацію»⁹, яка передбачає приведення національної системи стандартизації у відповідність з європейською моделлю;

– з січня 2016 р. набрав чинності Закон України «Про метрологію та метрологічну діяльність»¹⁰, яким встановлено законодавчі основи для здійснення в Україні метрологічної діяльності на основі міжнародних і європейських вимог (документи OIML, WELMEC та акти законодавства ЄС), введено процедуру оцінки відповідності засобів вимірювальної техніки вимогам технічних регламентів, встановлено чітке розмежування

між адміністративною та господарською діяльністю у сфері метрології; встановлено структуру метрологічної системи України. Законом передбачена національна еталонна база. Метрологічний нагляд буде здійснювати Державна служба України з питань безпечності харчових продуктів та захисту прав споживачів.

1. Доступ товарів на ринки. З прийняттям Закону України «Про заходи щодо стимулювання зовнішньоекономічної діяльності»¹¹ з 1 січня 2016 р. скасовано дію тимчасово запровадженого додаткового імпортового збору.

2. Санітарні та фітосанітарні заходи. Уряд схвалив Всеохоплюючу стратегію імплементації законодавства у сфері санітарних та фітосанітарних заходів¹², якою визначено графік систематичної нормативно-правової адаптації законодавства у сфері санітарних та фітосанітарних заходів до законодавства ЄС. Стосовно інституціональної модернізації, то важливим було завершення утворення компетентного органу у сфері здійснення санітарних та фітосанітарних заходів – затверджено структуру Державної служби України з питань безпечності харчових продуктів та захисту споживачів та прийнято рішення про забезпечення її фінансування¹³.

3. Заснування підприємницької діяльності, торгівля послугами, електронна комерція. Державна політика у даних сферах спрямована на подальше наближення законодавства до стандартів і практик ЄС, зокрема щодо спрощення створення та функціонування компаній, філій та представництв, захисту прав інвесторів, використання електронних засобів платежів тощо:

– у сфері інтелектуальної власності: 1 червня 2016 р. Урядом затверджено Концепцію реформування державної системи правової охорони інтелектуальної власності в Україні¹⁴;

– у сфері конкуренції: з метою забезпечення реалізації Закону України «Про державну допомогу суб'єктів господарювання»¹⁵ затверджено Порядок подання та оформлення повідомлень про нову державну допомогу та про внесення змін до умов чинної державної допомоги¹⁶.

4. Механізм врегулювання суперечок. Система врегулювання суперечок у ЄС сформована на основі системи СОТ, тому ця частина Угоди про Асоціацію визначає права та обов'язки кожної зі сторін при вирішенні конфліктів. Першочерговими завданням є направлення представників (п'ять осіб) для формування арбітражних груп не пізніше ніж через шість місяців після набуття Угодою чинності. Арбітрами можуть бути особи, які мають спеціальні знання та досвід у сфері права та міжнародної торгівлі. З метою виконання порядку призначення представників України до складу арбітражних груп у рамках процедури розгляду спорів, визначеної ст. ст. 306 і 307 Угоди про асоціацію, схвалено наказ Міністерства юстиції України «Про добір кандидатів на призначення представниками України до складу арбітражних груп у рамках процедури розгляду спорів, визначених Угодою про асоціацію»¹⁷, яким передбачено: утворити конкурсну комісію з добору таких кандидатів; затвердити Положення та персональний склад конкурсної комісії, а також Порядок проведення конкурсу з добору кандидатів; представників України до складу арбітражних груп призначатиме Кабінет Міністрів України на підставі поданого Міністерством юстиції списку кандидатів, визначених за результатами проведення конкурсу. Арбітражні групи мають бути сформовані протягом шести місяців з часу набуття чинності (порядку тимчасового застосування) Угодою про асоціацію, тобто до 1 липня 2016 року.

5. Забезпечення прозорості в оприлюдненні інформації, що стосується змін в економічній політиці, є однією з вимог УА. Такі норми дозволяють заінтересованим сторонам коментувати проекти актів законодавства, запитувати та отримувати інформацію щодо будь-яких заходів загального застосування, які є запропонованими або чинними, та про те, як вони застосовуватимуться, а також забезпечують належний процес розгляду справ, ухвалення рішень, включаючи перегляд або апеляцію. Відповідно до глави 12 «Прозорість» Угоди про асоціацію, Сторони зобов'язались: оперативно оприлюднювати інформацію про заходи загального застосування, тобто будь-які закони, підзаконні акти, інші рішення тощо, які впливають на предмет регулювання Угоди, а також надавати пояснення й обґрунтування запровадження таких заходів та передбачати за можливості достатній час між оприлюдненням інформації про такі заходи та набранням чинності ними; кожна Сторона намагатиметься оприлюднювати пропозиції щодо ухвалення заходів загального застосування заздалегідь, щоб заінтересовані особи мали можливість та час надати свої коментарі та отримати відповідні роз'яснення.

Сторони визначають контактні пункти (відповідальні установи та посадових осіб), які на практиці забезпечать виконання положень Угоди щодо прозорості, зокрема в частині надання відповідей на запити будь-якої із заінтересованих осіб щодо будь-яких заходів загального застосування; у випадку адміністративного провадження при вжитті заходів загального застосування до окремих осіб, товарів та послуг іншої Сторони кожна Сторона повинна намагатись завчасно попередити про таке провадження, надати можливість представити факти й аргументи до моменту вживання остаточних адміністративних заходів. Підвищення прозорості діяльності органів влади можливе за рахунок впровадження електронних систем в управління, проведення судової реформи та постійного проведення консультацій зі стейкхолдерами, заінтересованими сторонами. Електронне урядування повинно бути впроваджене у довгостроковій перспективі у всіх формах – G2G – «уряд для уряду» (де G/government – уряд, 2/to – для), G2B – «уряд для бізнесу» (де B/business – бізнес), G2C – «уряд для громадянина» (де C/citizen – громадянин). Практична реалізація положень електронного урядування дасть можливість забезпечувати реалізацію базових принципів взаємодії держави і суспільства – принципу прозорості та принципу підлеглості.

Таким чином, взявши на себе зобов'язання з лібералізації торговельних ринків, а також приведення відповідного регулювання до рівня європейських стандартів та імплементававши їх, Україна зможе створити сприятливе конкурентне середовище для вітчизняних товаровиробників, а також полегшити транскордонний

рух товарів та послуг. У цілому ж подальша лібералізація руху товарів, послуг та капіталу сприятиме інтеграції української економіки до європейських ринків капіталу, що може привести до зростання обсягів іноземних інвестицій. Сторони також мають докласти зусиль для імплементації та застосування на своїй території кращих міжнародних стандартів регулювання й нагляду над економічним сектором.

Подальшими шляхами щодо гармонізації законодавства України з правом ЄС в рамках імплементації економічної частини Угоди про асоціацію є модернізація інституціональних механізмів державного регулювання торговельних відносин за напрямками: технічне регулювання; доступ товарів на ринки; санітарні та фітосанітарні заходи; заснування підприємницької діяльності, торгівля послугами, електронна комерція; механізм врегулювання суперечок; створення контактних пунктів для забезпечення реалізації принципу прозорості торговельних відносин.

¹ Про реалізацію Декларації про державний суверенітет України: постанова Верховної Ради УРСР від 25 грудня 1990 р. № 5 81-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1990. – № 31. – С. 429.

² Угода про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами: ратифікована ЗУ № 237/94-ВР від 10 листопада 1994 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 46. – Ст. 214.

³ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : Міжнародний документ від 27 червня 2014 р. // Офіційний вісник України. – 2014. – № 75. – Ст. 2125.

⁴ Пояснення до Угоди про асоціацію між Україною та ЄС України / Сайт Міністерства закордонних справ : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://mfa.gov.ua/ua/about-ukraine/european-integration/ua-eu-association>

⁵ Про технічні регламенти і оцінку відповідності : Закон України від 15 січня 2015 р. № 124-VIII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/124-19>

⁶ Про схвалення Стратегії розвитку системи технічного регулювання на період до 2020 року : розпорядження КМУ від 19 серпня 2015 р. № 844-р : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/844-2015-%D1%>

⁷ Про Затвердження Технічного регламенту засобів вимірювальної техніки : постанова КМУ від 24 лютого 2016 р. № 163 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/163-2016-%D0%BF>

⁸ Про затвердження Технічного регламенту у законодавчо регульованих засобів вимірювальної техніки : постанова КМУ від 13 січня 2016 р. № 94 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kmu.gov.ua/control/uk/cardnpd?docid=248853549>

⁹ Про стандартизацію : Закон України від 5 червня 2014 р. № 1315-VII ; зі змінами від 15 січня 2015 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1315-18>

¹⁰ Про метрологію та метрологічну діяльність : Закон України від 5 червня 2014 р. № 1314-VII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show>

¹¹ Про заходи щодо стимулювання зовнішньоекономічної діяльності : Закон України від № 912-VIII № 1835-VIII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show>

¹² Про схвалення Всеохоплюючої стратегії імплементації законодавства у сфері санітарних та фітосанітарних заходів : розпорядження КМУ від 24 лютого 2016 р. № 228-р : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show>

¹³ Про державну службу України з питань безпечності харчових продуктів та захисту споживачів : розпорядження КМУ від 27.01.2016 р. № 76-р : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show>

¹⁴ Про схвалення Концепції реформування державної системи правової охорони інтелектуальної власності в Україні : розпорядження КМУ від 1 червня 2016 р. № 402-р : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kmu.gov.ua/control/uk/cardnpd?docid=249086258>

¹⁵ Про державну допомогу суб'єктам господарювання : Закон України від 1 липня 2014 р. № 1555-VII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1555-18>

¹⁶ Рішення ЄП та Ради ЄС № 768/2008 від 9 липня 2008 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_b42

¹⁷ Про добір кандидатів на призначення представниками України до складу арбітражних груп у рамках процедури розгляду спорів, визначеної Угодою про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0769-16>

Резюме

Петров В. Г. Стан імплементації Україною економічної частини Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом.

Стаття присвячена аналізу дотримання Україною правових зобов'язань відповідно до Угоди про асоціацію в економічній сфері. Досліджуються актуальні аспекти євроінтеграційного поступу держави в контексті реалізації Угоди між Україною та Європейським Союзом.

Ключові слова: Угода про асоціацію, зона вільної торгівлі, адаптація законодавства, імплементація, економіка, торгівля.

Резюме

Петров В. Г. Состояние имплементации Украиной экономической части Соглашения об ассоциации между Украиной и Европейским Союзом.

Статья посвящена анализу соблюдения Украиной правовых обязательств в соответствии с Соглашением об ассоциации в экономической сфере. Исследуются актуальные аспекты евроинтеграционного продвижения государства в контексте реализации Соглашения между Украиной и Европейским Союзом.

Ключевые слова: Соглашение об ассоциации, зона свободной торговли, адаптация законодательства, имплементация, экономика, торговля.

Summary

Petrov V. Current state of legal obligations in the context of the economic part of the Agreement on Deep and Comprehensive Free Trade Area between Ukraine and the European Union.

The article is devoted to analyze Ukraine's compliance with legal obligations in accordance with the Association Agreement in such areas as access of economics. The article deals with the current aspects of European integration of the state in the context of implementation of the EU-Ukraine Association Agreement

Key words: Association agreement, free trade area, adaptation of legislation, implementation, economy, trade.

УДК 347.191.4

Y. POKHODUN

Yuliia Pokhodun, Bachelor of Law of the Taras Shevchenko National University of Kyiv

UNAUTHORIZED AGENT * FROM A COMPARATIVE PERSPECTIVE

The actuality of the problem of unauthorized agency is that in the light of modern commercial relations, it would be inconvenient for the agent communicate every transaction with the principal, particularly where the business undertaking is a large and complex¹. For this reason, it is important for the law of agency, not to limit agency relations only to cases where the agent has an actual authority, as it would severely diminish the utility of agency.

The research is aimed to develop the theoretical foundations of the concept of unauthorized agent under the domestic civil law and to provide the scientific analysis of the agent's authority in order to ensure the possibility of full realization of the agency relations.

The discussion of this issue may be found on the scientific papers of Wolfram Müller-Freienfels, Pothier R.-J., Danny Busch and Laura J Macgregor, Paul Foriers, who tried to find an adequate legal solution that would reflect the interests of all three parties to an agency agreement and would be directed to protect their interests.

Although under the Ukrainian law this issue, has not been paid much attention but some domestic scholars such as Y. O. Kharitonov, O. V. Startsev, S. G. Kerimov, V. L. Granin, V. V. Tsiura, O. I. Heletska still tried to give answers to the most urgent problems².

After preliminary investigation, it can be traced that the doctrine of unauthorized agency consists of three more specific concepts: apparent authority, ratification and the liability of *falsus procurator* (in continental law) or *the breach of warranty of authority* (in common law and mixed systems). Within each of these broad doctrines, the law of agency strives for a proper balancing of the rights and obligations of the parties to this triangular relationship.

There is a general rule in basically all legal systems that neither the principal, nor the third party is bound under the contract entered into by an unauthorized agent. Under French Civil Code, the concept of representation is determined by the concept of mandate which defines the scope of agent's authority and he cannot bind the principal acting beyond the authority described in it³.

The legal nature of an unauthorized act as a legal phenomenon, has not received much attention. Only Dutch law and German law discuss this question. In Dutch law, such act is regarded as invalid, whereas in German law, it is described as *'awaiting'* either for ratification or refusal by the principal or revocation by the third party and it cannot be placed within any of the existing categorization of void, voidable or invalid transaction⁴.

Under Ukrainian law civil code also finds it hard to attribute such an act either to null or void before a definite approval or disapproval of the principal⁵. Before the approval, such an act includes the features of both null and void transaction⁶, so the description of *"awaiting"* act is the most appropriate regarding the specific nature of the agency relationship where the protection of all parties' interests cannot be provided without giving the chance to enforce an unauthorized act.

Due to the extremely dynamic development of modern commerce, apparent authority is an essential part of the unauthorized agency. An excellent description of the concept was given by *the Restatement Third of Agency* in the art. 2.03 as "the power held by an agent or other actor to affect a principal's legal relations with third parties when a third party reasonably believes the actor has authority to act on behalf of the principal and that belief is traceable to the principal's manifestations"⁷.

Manifestations of authority must have been made to the third party to show that the agent is duly authorized to act on the principal's behalf. This may be made by words (oral or written) or by conduct.

© Y. Pokhodun, 2017

* In this work the notion of an agent is regarded from a common law perspective that describes a person acting on behalf and in the interests of his principal in respect of the third parties. This term will be also applied to civil law jurisdictions in order not to mislead the reader by different terms, which, however, have the same basis.

Countries with civil law order also focus on the circumstances of the agent's appearance of authority. In France and Belgium, for instance, liability historically was based on the doctrine *l'apparence*, depending on the proof of the principal's fault.

Such appearance may commonly take the form of appointing the agent to a certain position which implies to have certain authority⁸. Thus, the authority can be delegated to the agent/employee under the memorandum and articles of association in order to act on behalf of the company in the ordinary course of such business⁹.

The same situation can be observed in Ukrainian law as an employee is allowed to act on behalf of an enterprise or institution *ex officio* without any documents proving his authority.

Also for apparent authority to arise, it is important to establish third party's good faith when entering into a contract with the agent. Courts in France and Belgium, in their turn, go further in their understanding of apparent authority and offer to make third party's *legitimate beliefs* the determinative factor. German law does not contain an express requirement of the reasonable belief, but it seems unlikely that a court would allow a third party to invoke apparent authority where the belief of the third party was not reasonable.

This requirement is also present in the Article 232 of the Civil Code of Ukraine¹⁰. There is also a view that if a third person knew or should have known that the agent acted outside the scope of his authority or acted beyond the scope of mandate, such a person acted against the will of the principal, and therefore the agreement, should be considered as null¹¹.

Accordingly, unless all conditions are met, there is a danger that the principal would be able to rescind from an unauthorized contract, so the third party should bear always a risk that the agent acts without authority¹².

Under the doctrine of apparent authority the third party is allowed to sue the principal. However, if the principal wants to sue the third party there is a requirement to ratify the unauthorized act¹³.

Ratification is the second constituency of the doctrine of unauthorized agency. If the transaction entered into by the unauthorized agent does not contradict the principal's interests there is a possibility provided to enforce such a contract. The doctrine of ratification preserves the utility of the law of agency because the agent who acted in a good faith but accidentally exceeded his authority will retrospectively be granted the authority.

Ratification is regarded as the unilateral legal act that may be performed expressly or be implied from the principal's words or conduct that must unequivocally show that he has affirmed the agent's acts. Silence and inactivity, in general, will not amount to ratification, moreover in some cases that may give rise to an estoppel against the principal that will prevent him from saying that he has not ratified¹⁴.

The same position is true for Ukrainian doctrine, as in legal literature the approval (ratification) of unauthorized act is defined as a unilateral act aimed at the emergence of a legal result and should be expressly made in order to pay the attention of others¹⁵. It is a confirmation of the existence of agency relationship between the principal and agent¹⁶.

It is also regarded as the healing of the fault found in that particular agreement. It expresses the will of the principal to enforce an agreement entered into by the agent with the excess of the powers granted to him¹⁷. It may be written or oral or implied from the principal's conduct¹⁸. Some Ukrainian scholars state, however, approval by tacit consent is also available under the civil law provisions¹⁹.

The prevailing view there is that the sole tacit consent cannot be an independent form of approval of the unauthorized actions. So, ratification must be made either by express statement, regardless of its form, or by making conclusive action that clearly indicates the principal's aim to execute a contract²⁰.

The third party's interests are protected by providing a possibility to choose whether to consent to the ratification or to declare the withdrawal from the transaction. For example, the Dutch and German civil codes, the Restatement (Third) of Agency provide the third party with a limited right to withdraw in the form of declaration.

Unfortunately, no specific provisions regarding the third party's engagement have been found under the Ukrainian doctrine, but there is a strong need to allow the third party to interact with the agent or principal. It is suggested to provide the third party with the limited right to withdraw with the requirement to act in a good faith. This would protect both the interests of the principal and the third party.

One more requirement which is particularly important for the ratification to become possible is that it must be of an entire act and with the principal's full knowledge of the circumstances of an agent's unauthorized act. By allowing the principal to choose only those parts of a transaction in which he is interested may appear to be extremely unjust in respect to the agent and the third party. Art. 2.2.9 of UNIDROIT Principles states that partial withdrawal of the third party from the transaction will amount to the contract modification²¹, so most legal systems, including Ukrainian law countries regard partial ratification as not possible.

Principal's refusal to ratify may lead to the nullity of the transaction and holding the agent liable for exceeding the authority. Basically, all modern legal systems provide the possibility for the third party to hold the unauthorized agent liable for the damage suffered but such liability arises only in case when neither the doctrine of apparent authority, nor the doctrine of ratification is applicable.

Under the English law, in its turn, the doctrine of breach of warranty of authority is well-developed and gives the rise to the liability on the part of an unauthorized agent. Dutch, law, English law, French law, the Restatement (Third) of Agency and the PECL follow the English approach and base such liability on breach of contractual warranty of authority which results in payment of damages for the loss of expectation²². Under the English law the warranty is regarded as a type of collateral contract which in case of breach holds the agent strictly liable²³. The concept presumes that the agent warrants that he has an authority to enter into the contract but not that the principal will be able to perform the contract.

Under the continental view, holding the unauthorized agent liable is regarded as the measure of the last resort which can be applied only when other avenues have failed. For instance, under French law, other than ratification, the doctrine of *mandate apparent* is a possible way to hold the principal liable for the agent's acts²⁴. Also under French law actions against the agent will usually be based on tort, requiring the proof of the agent's fault²⁵. Most of other countries reserve the preference for a contractual basis of agent's liability as higher measure of damage is allowed on such a basis and there is no need to establish the fault.

Under the Ukrainian law, there is no express doctrine introduced to hold the representative who acted with excess or even without authority liable, but after the analysis of the legal provisions it may be traced that the continental law approach is being followed. The warranty is considered as law-approving document, rather than law-establishing, and the warranty of authority itself cannot be breached and lead to liability as it is always based on the agreement between the principal and agent²⁶.

In most cases, the injured party will be entitled to substantial damages on expectation basis followed from the lack of authority. The only exception can be found in German law where the damages are awarded on the reliance basis²⁷. Also in civil law jurisdictions specific performance is the primary remedy available to the third party²⁸. Common law stipulates that is a discretionary remedy which is only available where damages would not be an appropriate remedy.

Under the Ukrainian law without subsequent approval, the transaction is treated as the one which did not occurred and does not give rise to any legal consequences. In such a case, the representative becomes fully liable to a third party. Such an agent is obliged to return to the other party everything that was received in pursuance of this transaction, or reimburse the cost. If the third party has suffered damages, the representative is considered to be the one who will be responsible for their compensation²⁹. The possibility for the third party to request specific performance, unfortunately, is not provided.

Summarizing, unauthorized agency takes place when the agent performs some act on behalf of his principal with a lack of authority or without authority or all. The doctrine is oriented on the protection of the principal's autonomy by accepting the general rule that unauthorized act of an agent binds neither the principal nor the third party.

Unfortunately, under the Ukrainian law this issue, irrespectively of its importance and urgency, has not been paid much attention by the domestic scholars and the legislator. Although certain trials to develop the doctrine of unauthorized agency are being undertaken, in comparison to other jurisdictions, Ukrainian civil law still does not possess an adequate definition of apparent authority of a representative, correct understanding of an unauthorized act and no exact means of holding the unauthorized representative liable are provided.

¹ The unauthorized agent: perspectives from European and Comparative law // Ed. by Danny Busch and Laura J Macgregor Cambridge: Cambridge University Press (www.cambridge.org), 2009. xxxiv + 480 pp. – p. 186.

² Гранін В. Л. Повноваження представника та його реалізація за цивільним законодавством України [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / В. Л. Гранін ; Одес. нац. юрид. акад. – О., 2005. – 20 с. – С. 1.

³ Civil Code (Napoleon Ed.) : as of 21 March 1804 [Electronic Resource]. – Access mode : http://www.napoleon-series.org/research/government/c_code.html ; Article 1989 CC.

⁴ The unauthorized agent: perspectives from European and Comparative law // Ed. by Danny Busch and Laura J Macgregor Cambridge: Cambridge University Press (www.cambridge.org), 2009. xxxiv + 480 pp. – p. 388.

⁵ Харитонов С. О., Харитонova О. І., Старцев О. В. Цивільне право України : підруч. [Текст] / С. О. Харитонов, О. І. Харитонova, О. В. Старцев. – [Вид. 3, перероб. і доп.]. – К. : Істина, 2011. – 808 с. – С. 271.

⁶ Гелецька І. О. Представництво без повноважень [Текст] / І. О. Гелецька // Науковий вісник Херсонського державного університету. – 2014. – Випуск 5. – Том 1. – С. 155–159. – С. 157.

⁷ American law Institute's Restatement of the Law-Agency. Restatement (Third) of Agency Vols. 1 and 2 (Sec. 1.01 – 8.14). St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 2006. – Art. 2.03.

⁸ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) : Neugefasst durch Bek. v. 2.1.2002 I 42, 2909; 2003, 738; zuletzt geändert durch 29.6.2015 I 1042 [Electronic Resource]. – Access mode : <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf> – Art. 54 (3) BGB.

⁹ Freeman and Lockyer v Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd [1964] 2 QB 480.

¹⁰ Dissertation for the Doctor's degree in Law, specialty 12.00.03 – civil law and civil procedure; family law; private international law (081 – Law). – Taras Shevchenko National University of Kyiv of Ministry of Education and Science of Ukraine. – Kyiv, 2017. – С. 346.

¹¹ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.) [Текст] / Г. Ф. Шершеневич ; вступ. ст. Е. А. Суханов. – М. : Фирма «СПАРК», 1995. – 556 с. – С. 97.

¹² Wolfram Müller-Freienfels // Agency. – Encyclopædia Britannica/ [electronic resource]: <https://www.britannica.com/topic/agency-law>

¹³ UNIDROIT Principles on the International Commercial Contracts : 2010 edition [Electronic Resource]. – Access mode : <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010>

¹⁴ Smith v Henniker-Major & Co, Court of Appeal – Civil Division, July 22, 2002, [2003] Ch 182, [2002] EWCA Civ 762.

¹⁵ Dissertation for the Doctor's degree in Law, specialty 12.00.03 – civil law and civil procedure; family law; private international law (081 – Law). – Taras Shevchenko National University of Kyiv of Ministry of Education and Science of Ukraine. – Kyiv, 2017. – С. 336.

¹⁶ Полтавський О. В. До питання про правочин, який вчиняється з перевищенням повноважень [Електронний ресурс] / О. В. Полтавський // Право і Безпека. – 2012. – № 1. – С. 272–276.

¹⁷ Харитонов С. О., Харитонova О. І., Старцев О. В. Вказана праця. – С. 271.

¹⁸ Керимов С. Г. Представництво за законом в цивільному праві України [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / С. Г. Керимов ; НДІ приват. права і підприємництва Акад. прав. наук України. – К., 2006. – 194 с. – С. 132–133.

¹⁹ Харитонов С. О., Харитонova О. І., Старцев О. В. Вказана праця. – С. 272.

²⁰ Dissertation for the Doctor's degree in Law, specialty 12.00.03 – civil law and civil procedure; family law; private international law (081 – Law). – Taras Shevchenko National University of Kyiv of Ministry of Education and Science of Ukraine. – Kyiv, 2017. – С. 337.

²¹ UNIDROIT Principles on the International Commercial Contracts : 2010 edition [Electronic Resource]. – Access mode : <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010> – Article 2.2.9.

²² The unauthorized agent: perspectives from European and Comparative law // Ed. by Danny Busch and Laura J Macgregor Cambridge: Cambridge University Press (www.cambridge.org), 2009. xxxiv + 480 pp. – p. 422.

²³ Collen v. Wright (1857) 8 E & B 647.

²⁴ The unauthorized agent: perspectives from European and Comparative law // Ed. by Danny Busch and Laura J Macgregor Cambridge: Cambridge University Press (www.cambridge.org), 2009. xxxiv + 480 pp. – p. 45.

²⁵ Civil Code (Napoleon Ed.) : as of 21 March 1804 [Electronic Resource]. – Access mode : http://www.napoleon-series.org/research/government/c_code.html ; Article 1997 CC.

²⁶ Dissertation for the Doctor's degree in Law, specialty 12.00.03 – civil law and civil procedure; family law; private international law (081 – Law). – Taras Shevchenko National University of Kyiv of Ministry of Education and Science of Ukraine. – Kyiv, 2017. – С. 337.

²⁷ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) : Neugefasst durch Bek. v. 2.1.2002 I 42, 2909; 2003, 738; zuletzt geändert durch 29.6.2015 I 1042 [Electronic Resource]. – Access mode : <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf> ; Art. 179 (2) BGB.

²⁸ The unauthorized agent: perspectives from European and Comparative law // Ed. by Danny Busch and Laura J Macgregor Cambridge: Cambridge University Press (www.cambridge.org), 2009. xxxiv + 480 pp. – p. 81.

²⁹ Гранін В. Л. Поняття та наслідки неналежного представництва [Текст] / В. Л. Гранін // Актуальні проблеми держави і права. – 2004. – Вип. 22. – С. 616–621. – С. 618.

Резюме

Походун Ю. О. Здійснення неналежного представництва: порівняльний аспект.

Стаття присвячена визначенню юридичних проблем, спричинених представниками у зв'язку зі здійсненням неналежного представництва по відношенню до особи, яку представляють та третіх осіб. Інститут представництва є недостатньо досліджений, і багато аспектів заслуговують на увагу, проте в статті в аналізуються три центральних питання доктрини неналежного представництва: явні повноваження, схвалення дій неналежного представника особою, яку представляють та відповідальність неналежного представника. Мета дослідження полягає у визначенні ключових елементів доктрини неналежного представництва в континентальних та загальних правових системах та надання пропозицій щодо вдосконалення правового регулювання представницьких відносин шляхом впровадження зарубіжного досвіду в українське законодавство.

Ключові слова: неналежне представництво, комерційне представництво, явні повноваження, схвалення дій неналежного представника, відповідальність неналежного представника.

Резюме

Походун Ю. О. Осуществление ненадлежащего представительства: сравнительный аспект.

Статья посвящена определению юридических проблем, вызванных представителями в связи с осуществлением ненадлежащего представительства по отношению к представляемому и третьих лиц. Институт представительства недостаточно исследован, и многие аспекты заслуживают внимания, однако в статье анализируются три центральных вопроса доктрины ненадлежащего представительства: явные полномочия, одобрение действий ненадлежащего представителя представляемым и ответственность ненадлежащего представителя. Цель исследования заключается в определении ключевых элементов доктрины ненадлежащего представительства в континентальных и общих правовых системах и предоставления предложений по совершенствованию правового регулирования представительных отношений путем внедрения зарубежного опыта в украинское законодательство.

Ключевые слова: ненадлежащее представительство, коммерческое представительство, явные полномочия, одобрение действий ненадлежащего представителя, ответственность ненадлежащего представителя.

Summary

Pokhodun Y. Unauthorized agent from a comparative perspective.

The article is devoted to the determination of the legal problems cause by the agents who act with a lack of authority from a comparative perspective. Agency law appears to be an under-researched area and many aspects deserve attention, however the article mainly analyses the three central issues of the doctrine of an unauthorized agency: apparent authority, ratification and the liability of falsus procurator. The purpose of the research is to identify the key elements of the doctrine of unauthorized agency in both continental and common law systems and to provide suggestions regarding the improvement of legal regulation of representative relations by implementation of the foreign experience into the Ukrainian legislation.

Key words: unauthorized agency, commercial representation, apparent authority, ratification, liability of falsus procurator.

А. В. РАТУШНИЙ

*Артур Володимирович Ратушний, студент
магістратури Київського національного універси-
тету імені Тараса Шевченка*

СТИМУЛЮВАННЯ ВІНАХІДНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У СФЕРІ ВІЙСЬКОВО-ПРОМИСЛОВОГО КОМПЛЕКСУ

Стимулювання винахідницької активності здійснюється на всіх рівнях управління – від уряду до підприємства. На першому рівні формується державна політика сприяння розвитку новаторства і винахідництва в країні. З цією метою приймаються відповідні закони, розробляються комплексні програми, різнобічні форми і методи державного механізму, які стимулюють винахідницьку діяльність.

Оборонно-промисловий комплекс – сукупність підприємств, установ і організацій промисловості та науки, що розробляють, виробляють, модернізують та утилізують продукцію військового призначення, виконують послуги в інтересах оборони для оснащення й матеріального забезпечення сил безпеки і оборони, а також здійснюють постачання товарів військового призначення та подвійного використання, надання послуг військового призначення під час виконання заходів військово-технічного співробітництва України з іноземними державами¹.

Відомо, що винаходи і корисні моделі є основним джерелом технологічних інновацій в Україні, тому моніторинг процесів патентування зазначених об'єктів промислової власності представляє особливий інтерес, оскільки виявляє галузеві пріоритети діяльності різних категорій суб'єктів підприємницької діяльності. Ця інформація може бути використана при проведенні наукових досліджень, аналізі інноваційних процесів, інвестиційної привабливості України тощо.

Щорічно українські вчені створюють близько 15 тис. винаходів. Завдяки їм з'явилися і такі, які зараз активно використовуються в Україні та світі².

Розглянемо приклади найвідоміших винаходів вітчизняних винахідників.

Гелікоптер. Винахідником гелікоптеру є київський авіаконструктор, який емігрував до США, Ігор Сікорський. У 1931 р. він запатентував проект машини з двома пропелерами – горизонтальним на даху і вертикальним на хвості. У вересні 1939 р. почалися випробовування гелікоптера VS-300 спочатку на прив'язі, а 13 травня 1940 р. конструктор вперше підняв свою машину у вільний політ. Їхній успіх сприяв отриманню першого замовлення від американської армії. Поступово скромна фірма Сікорського перетворилася на потужний концерн, який щороку випускає сотні гвинтокрилів цивільного й військового призначення. Понад півстоліття всі президенти США користуються послугами гелікоптерів Сікорського.

Газова лампа. Лампа на основі згоряння газу була створена львівськими аптекарями Ігнатієм Лукасевичем і Яном Зехом у 1853 році. Одночасно з лампою було винайдено і новий спосіб отримання газу шляхом дистиляції і очищення нафти.

Ракетний двигун і перший супутник Землі. Уродженець Житомира Сергій Корольов є конструктором радянської ракетно-космічної техніки і засновником космонавтики. У 1931 р. він разом з колегою Фрідріхом Цандером домігся створення громадської організації з вивчення реактивного руху, яка згодом стала державною науково-конструкторською лабораторією з розробки ракетних літальних апаратів. У 1957 р. Корольов запустив на навколосезну орбіту перший в історії штучний супутник Землі.

Гнучкий суперконденсатор. Фахівці зі Львівської політехніки придумали гнучкий тканинний суперконденсатор, який працює на сонячній батареї і може зарядити навіть мобільний телефон. Пристрій являє собою компактну систему енергозбереження, котра гнеться і кріпиться до будь-якої поверхні. Цей український винахід увійшов у топ-100 кращих досліджень і розробок світу 2011 р. за версією впливового американського журналу R&D Magazine.

Рентген. Українець Іван Пулюй за 14 років до німця Вільгельма Рентгена сконструював трубку, яка згодом стала прообразом сучасних рентгенівських апаратів. Він набагато глибше, ніж Рентген, проаналізував природу і механізми виникнення променів, а також на прикладах продемонстрував їх суть. Саме Іван Пулюй першим у світі зробив рентгенівський знімок людського скелета.

Гіпсова пов'язка. Микола Пирогов – засновник військово-польової хірургії, започаткував використання анестезії при оперативних втручаннях, вперше в історії світової медицини застосував гіпсову пов'язку.

Підвищити рівень боєздатності української армії покликана розробка ДП «Український науковий центр розвитку інформаційних технологій». Там створили програмно-технічний комплекс для моніторингу, аналізу та прийняття рішень у сфері військової логістики. Система здатна збирати інформацію з різних джерел, обробляти її та візуалізувати необхідні дані на широкоформатних екранах. Це допоможе замінити тривале та копітке опрацювання стосів паперів і файлів з різних баз даних.

За допомогою комплексу керівники органів військової логістики зможуть швидко аналізувати, що треба певній військовій частині чи групі для виконання завдань, де є необхідні засоби та як все це співвідноситься географічно. Така інформація допоможе приймати рішення про постачання озброєння, військової техніки тощо. Причому армія зможуть використовувати комплекс як в штатних, так і в польових умовах.

Водночас комплекс є досить універсальним і може знадобитися не тільки для військових потреб. Так, він матиме практичне застосування в прикордонній службі, ДСНС, інших силових відомствах, а також корпоративних структурах, які мають розгалужену систему матеріально-технічного постачання³.

Важко переоцінити наявність і роль творця в створенні не тільки інтелектуальної власності як такої, а й в існуванні сфери інтелектуальної власності взагалі. Розвиток національної творчості не має перспектив, якщо не існує процес підготовки фахівців, здатних до творчої праці, і автору не гарантована винагорода за його особисту творчу працю.

Згідно з рішенням заступника Міністра оборони України про проведення Всеармійського конкурсу «Кращий винахід року» та відповідно до «Зведеного річного плану наукової та науково-технічної діяльності у Збройних Силах України на 2017 рік» 20 грудня 2017 р. на базі Центрального науково-дослідного інституту озброєння та військової техніки Збройних Сил України було проведено церемонію з нагородження переможців конкурсу.

На церемонію нагородження прибуло понад 50 переможців з військових частин і установ Міністерства оборони України та Генерального штабу Збройних Сил України, та з 7 підприємств оборонно-промислового комплексу України й наукових установ, які виробляють продукцію військового призначення. Серед переможців – молоді винахідники та винахідники з великим досвідом роботи у галузі винахідництва, молоді науковці, кандидати та доктори технічних наук, заслужені винахідники і раціоналізатори України тощо. Серед переможців чимало жінок-винахідників, які не вперше беруть участь у конкурсі, багато військовослужбовців зі стрійових частин та тих, хто бере участь у бойових діях в районі АТО і там удосконалює озброєння та військову техніку.

Захід з нагородження переможців Конкурсу відкрив начальник Центрального науково-дослідного інституту озброєння та військової техніки Збройних Сил України, доктор технічних наук, професор, Заслужений діяч науки і техніки України полковник Ігор Чепков.

Він привітав переможців з їх досягненнями у напрямі винахідництва і побажав усім присутнім і всім винахідникам Збройних Сил України не зупинятися на досягнутому і продовжити роботу над удосконаленням озброєння, військової та спеціальної техніки для досягнення зразками озброєння та техніки світового рівня, своїм прикладом сприяти популяризації винахідницької та раціоналізаторської діяльності у Збройних Силах України, залученню на своєму прикладі в цю діяльність якомога більшої кількості особового складу Збройних Сил України.

Нагородження переможців кубками та дипломами I, II та III ступенів здійснювалося за 15 номінаціями конкурсу, визначеним у Положенні про конкурс, що затверджене заступником Міністра оборони України. Всі переможці конкурсу також були нагороджені відповідними за розміром грошовими преміями.

Учасники заходу висловили одностайну думку, що з метою військово-патріотичного виховання молоді доцільно залучати до подібних заходів інтелектуальну молодь, а саме студентів технічних вузів та школярів – переможців олімпіад технічних напрямів, а також направляти кращі технічні рішення на підприємства ОПК для вивчення та втілення їх у виробництво⁴.

Держава має опікуватися також питанням створення необхідних умов для збереження й зміцнення свого інтелектуального потенціалу та пошуку шляхів його якісного розвитку.

Успішне проведення науково-технічної й інноваційної політики в Україні неможливе без активізації творчої індивідуальності та винахідництва, що безпосередньо пов'язано з розвитком як вищої, так і професійної освіти. Матеріально-технічна база багатьох (особливо технічних) вищих навчальних закладів сьогодні є застарілою, потребує оновлення, як і методи навчання. Зруйнована також система галузевих інститутів підвищення кваліфікації, у підприємств відсутні кошти для внутрішньофірмової підготовки кадрів, знизилась мотивація до винахідницької діяльності.

До основних засад внутрішньої політики у сфері національної безпеки і оборони належать, серед іншого: зміцнення обороноздатності держави, посилення відповідальності органів державної влади всіх рівнів за неналежну підготовку і забезпечення безпеки держави; забезпечення оснащення Збройних Сил України новітніми видами військової техніки та озброєнь, відновлення спроможності оборонно-промислового комплексу щодо впровадження новітніх технологій як на основі кооперації з державами-партнерами, так і впровадження власних замкнених циклів створення військової техніки та озброєнь.

А до основних засад внутрішньої політики в гуманітарній сфері належить також забезпечення ефективного захисту права інтелектуальної власності.

Основними засадами зовнішньої політики, серед іншого, є забезпечення національних інтересів і безпеки України та розширення міжнародного співробітництва з метою залучення іноземних інвестицій, новітніх технологій та управлінського досвіду в національну економіку в інтересах її реформування, модернізації та інноваційного розвитку⁵.

Результати винахідницької діяльності можуть бути подаровані, успадковані державою, а також передані у власність держави за результатами виконання державного замовлення або за рішенням суду. Не виключено,

що серед зазначених результатів винахідницької діяльності можуть бути і дуже значні з погляду національної безпеки і оборони.

Тобто у цих випадках держава фактично є власником результатів винахідницької діяльності. Проте юридичне закріплення права власності держави на ці об'єкти в чинному законодавстві України відсутнє, оскільки держава виключена з переліку суб'єктів права інтелектуальної власності.

Держава набуває і здійснює цивільні права та обов'язки через органи державної влади у межах їхньої компетенції, встановленої законом⁶, а управління об'єктами державної власності відповідно до закону здійснюють Кабінет Міністрів України і, за його уповноваженням, центральні органи виконавчої влади⁷.

Основними завданнями у сфері підвищення обороноздатності держави є: модернізація і випереджувальний розвиток оборонно-промислового комплексу, нарощування його виробничих потужностей, вироблення конкурентоспроможних на світовому ринку озброєнь і військової техніки, імпортозаміщення та збільшення власного виробництва критичних комплектуючих і матеріалів; поглиблення оборонно-промислового та військово-технічного співробітництва з іншими державами, насамперед державами – членами НАТО, ЄС, досягнення повної незалежності від Росії у питаннях виробництва озброєнь та військової техніки; підтримка перспективних, практично спрямованих наукових досліджень у сфері національної безпеки і оборони тощо⁸

Чинні закони не забезпечують належної правової охорони інтелектуальної власності, що стосується національної безпеки: не визначено правовий статус винаходів, які створено за рахунок коштів державного бюджету України або належать до сфери національної безпеки і оборони; не визначено державний орган, який від імені держави та в її інтересах може здійснювати права власника винаходу.

Потребує спеціального статусу правова охорона винаходів воєнного, спеціального та подвійного призначення, зокрема визначення:

- винаходи, які можуть бути віднесені до сфери державної безпеки;
- який орган та за якими критеріями визначатиме винаходи, що стосуються державної безпеки;
- умови набуття і здійснення права власності на винаходи, що належать до сфери державної безпеки.

Відсутні закони про службові винаходи та винаходи, які створені при виконанні державних замовлень, про комерційну таємницю тощо.

Сучасні війни, протистояння та конфлікти мають системний, цілісний, а іноді дискретний характер, вони схрещуються та перехрещуються, утворюють комплекси та мають власне звучання, тому так швидко стало поширюватися поняття «гібридна війна», яке нібито «парасолькою» прикриває всю багатоманітність смислів війни в Україні. Але введення поняття «гібридної війни» та навіть протилежного – «гібридного миру» – не вирішує питання про те, які заходи потрібно вжити задля вирішення військового та інших конфліктів у геополітичному вимірі, внутрішньому вимірі (часовому – історичному, меморіальному та проєктив майбутнього; територіальному – між частинами України та геополітичному протистояннях, у яких Україна має лімітрофний статус, міжнародному та внутрішньому політичних конфліктах за владу – у hard-; smart- та soft power війн), ціннісних, ідентифікаційних, смислових війнах та інших⁹.

Забезпечення спроможності збройних сил вимагає зростання ролі патентно-правової охорони нових технологій та технічних рішень, що, в свою чергу, викликає необхідність удосконалення системи правової охорони результатів інтелектуальної діяльності, отриманих та використаних в процесі розроблення техніки.

При цьому мають бути забезпечені: захист прав і законних інтересів авторів, організацій-розробників і державних замовників, створення дієвих організаційно-правових механізмів виявлення та попередження можливих порушень їх прав; чітка регламентація здійснення правової охорони та захисту науково-технічної продукції, створеної за рахунок бюджетних коштів.

¹ Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 2 вересня 2015 р. «Про нову редакцію Воєнної доктрини України»: Указ Президента України від 24 вересня 2015 р. № 555 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/555/2015>

² 22 винаходи українців, які відомі світові : [Електронний ресурс]. – Режим доступу у: https://ru.espreso.tv/article/2015/07/24/22_uzobreteniya_ukraynsev_kotorye_uzvestnye_mu

³ Українські винаходи для економіки, війська, медицини та безпеки – науковці завершили 14 пріоритетних досліджень за держзамовленням : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : / <https://mon.gov.ua/ua/news/ukrayinski-vinahodi-dlya-ekonomiki-vijska-medicini-ta-bezpeki-naukovci-zavershili-14-prioritetnih-doslidzhen-za-derzhzamovlenniam>

⁴ Всеармійський конкурс «Кращий винахід року» в 2017 році : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.mil.gov.ua/diyalnist/nashi-konkursi/vsearmijskij-konkurs-krashhij-vinahid-roku-v-2017-rocz.html>

⁵ Про засади внутрішньої і зовнішньої політики : Закон України від 1 червня 2010 р. № 2411 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2411-17/paran163#n163>

⁶ Цивільний кодекс України, прийнятий 16 січня 2003 р. // *Голос України*. – 2003. – № 45 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15/print1452597396210285>

⁷ Господарський кодекс України, прийнятий 16 січня 2003 р. // *Голос України*. – 2003. – № 49 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/436-15>

⁸ Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 6 травня 2015 р. «Про Стратегію національної безпеки України»: Указ Президента України від 26 травня 2015 р. № 287.

⁹ Миротворення в умовах гібридної війни / за заг. ред. М. А. Лепського. – Запоріжжя : Вид-во ККС-Альянс, 2017. – С. 140.

Резюме

Ратушний А. В. Стимулювання винахідницької діяльності у сфері військово-промислового комплексу.

Стаття присвячена питанню популяризації винахідницької діяльності у сфері військово-промислового комплексу. Розглянуто, як саме держава має опікуватися питанням створення необхідних умов для збереження й зміцнення свого інтелектуального потенціалу, а також для пошуку шляхів його якісного розвитку. Особливу увагу приділено видатним винаходам українських винахідників та організації творчості через конкурсну діяльність, яка стала важливим напрямом державної політики майже всіх промислово розвинених країн.

Ключові слова: винахідницька діяльність, військова політика, винаходи, інтелектуальна власність.

Резюме

Ратушний А. В. Стимулирование изобретательской деятельности в сфере военно-промышленного комплекса.

Статья посвящена вопросу популяризации изобретательской деятельности в сфере военно-промышленного комплекса. Рассмотрено, как государство должно заниматься вопросом создания необходимых условий для сохранения и укрепления своего интеллектуального потенциала, а также для поиска путей его качественного развития. Особое внимание уделено выдающимся изобретениям украинских изобретателей и организации творчества через конкурсную деятельность, которая стала важным направлением государственной политики многих промышленно развитых стран.

Ключевые слова: изобретательская деятельность, военная политика, изобретения, интеллектуальная собственность.

Summary

Ratushnyi A. Inventory activities in the field of the military and industrial complex.

The article is devoted to the issue of popularization of inventive activity in the field of the military-industrial complex. Considered how the state should take care of the creation of the necessary conditions for the preservation and strengthening of its intellectual potential, as well as for finding ways of its qualitative development. Particular attention is paid to the outstanding inventions of Ukrainian inventors and the organization of creativity through competitive activities, which became an important direction of state policy of almost all industrialized countries.

Key words: inventive activity, military policy, inventions, intellectual property.

УДК 347.77

О. В. ЦИМБАЛЮК

Оксана Вікторівна Цимбалюк, студентка магістратури Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРОБЛЕМАТИКА ПАТЕНТУВАННЯ ЖИВОЇ МАТЕРІЇ В УКРАЇНІ. ГАРМОНІЗАЦІЯ З ЗАКОНОДАВСТВОМ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Патентування живої матерії – досить суперечливе явище в світі. Суперечки стосуються багатьох юридичних, етичних та соціальних проблем, які поєднуються з досягненнями в науці та техніці, а також з тим, як вони розуміються, регулюються та впроваджуються в різних країнах світу. Ситуація із патентами на форми життя стає ще більш складною, коли розгляд патентоспроможності живих організмів розширюється, включивши матеріал людського походження. В сучасному суспільстві існують позиції як «за» патентування живої матерії, так і «проти».

Можна виділити такі основні аргументи проти патентування:

– патентування сприяє певному контролю окремого кола осіб над інформацією, яка повинна належати всьому людству;

– занепокоєння, що скоро життя будуть розглядати як матеріальне явище;

– процес патентування створює більше навантаження на науковців і вони приділяють меншу увагу дослідженням;

– більше використання тварин в дослідженнях може перетворити науку на боротьбу проти тварин.

Але, якщо заборонити патентувати живу матерію, виникне ряд інших проблем, тому можна виділити деякі аргументи, які висловлюють підтримку патентуванню:

– найперше, патентний закон регулює не комерційне використання винаходів, а винахідливість;

– патентування обіцяє суспільству корисні наслідки від нового продукту чи процесу;

– патентування розвиває конкуренцію, яка необхідна для пожвавлення роботи науковців;

– якщо заборонити патентування, це не буде означати заборону даним дослідженням, результати яких будуть перетворювати на комерційну таємницю, і це не буде вигідним явищем.

На сьогодні проблематика патентування живої матерії в Україні постає в трьох аспектах: економічному, правовому та морально-етичному¹.

Говорячи про морально-етичний аспект, потрібно зазначити, що на сучасному етапі розвитку українське суспільство не готове сприймати факт патентування живої матерії. Причиною є необізнаність у даній сфері. В Україні випущена недостатня кількість публікацій щодо даної тематики, яка б пояснила людям значущість цих досліджень. Зазначену проблему можна вирішити шляхом просвітлення громадян.

Щодо економічного аспекту, то проблема пов'язана з браком фінансування наукових досліджень. Таке явище склалось не тільки щодо живої матерії, а й щодо біотехнології як науки загалом. У зарубіжних країнах дуже популярне інвестування коштів у наукову сферу. Великі підприємства співпрацюють з науковими установами та інститутами. В Україні, на жаль, така практика радше виняток, ніж закономірність. Ще однією стороною є те, що фінансування в науку з боку держави мінімальне, не здатне задовольнити потреби сучасних досліджень, а також не зроблено жодних потрібних кроків для того, щоб зробити українську науку привабливою для іноземних інвестицій.

Правова проблема патентування живої матерії полягає в тому, що чинне українське законодавство ніяк не регулює даний процес. Відсутні норми, які б регулювали наукові дослідження у цій сфері, визначали правовий статус живої матерії як об'єкта інтелектуальної власності і встановили особливості критеріїв патентоспроможності. Україна підписала угоду про асоціацію з Європейським Союзом, а це передбачає і гармонізацію законодавства України з Директивою 98/44/ЄС європейського парламенту та ради від 6 липня 1998 р. про правову охорону біотехнологічних винаходів. Сподіваємось, що підписання угоди викличе певні зрушення в законодавстві України.

На даному етапі в Україні немає спеціального законодавчого акта, який би регулював патентування живої матерії чи загалом біотехнологій. Згідно з нашим законодавством засобом охорони живої матерії як об'єкта інтелектуальної власності може виступати винахід і корисна модель.

Відповідно до ч. 2 ст. 6 Закону України «Про охорону прав на винаходи та корисні моделі» об'єктом винаходу (корисної моделі), правова охорона якому (якій) надається згідно з цим Законом, може бути: продукт (пристрій, речовина, штам мікроорганізму, культура клітин рослини і тварини тощо); процес (спосіб), а також нове застосування відомого продукту чи процесу². Законодавець надає відкритий перелік, який недостатньо пояснює, що саме може бути об'єктом патентування. Але цим задовольняє патентовласників.

Наказ Міністерства освіти і науки України «Правила складання і подання заявки на винахід та заявки на корисну модель» надає більш конкретний список. Відповідно до п. 2.3.1 даного наказу продукт як об'єкт технології – це матеріальний об'єкт як результат діяльності людини. Таким продуктом, зокрема, є пристрій, механізм, система (комплекс) взаємодіючих пристроїв, споруда, виріб, речовина, штам мікроорганізму, культура клітин рослини і тварини та інший біологічний матеріал, у тому числі трансгенна рослина і тварина³.

Відповідно до чинного законодавства України, правова охорона надається винаходу (корисній моделі), що не суперечить публічному порядку, принципам гуманності і моралі та відповідає умовам патентоздатності. Дана норма відповідає умовам, які застосовують в Європейському Союзі.

Законодавство України у сфері патентування живої матерії потребує гармонізації з правом ЄС. Система права Сполучених Штатів Америки нам не підходить, адже її можна назвати системою, в якій «все включено». Немає жодної «моральної» норми, яка б регулювала процес патентування. А якщо виникають суперечності при прийнятті рішення щодо патентування «живого», система повністю покладається на прецедентне право.

Основний документ, який регулює патентування живої матерії в ЄС – Директива Європейського Союзу 98/44/ЄС про правовий захист біотехнологічних винаходів (далі – Директива). Для запровадження дієвої системи регулювання патентування живої матерії в Україні необхідна адаптація норм відповідно до вказаної вище Директиви.

В Директиві виділено особливості патентування живих організмів⁴.

Зокрема:

1. Якщо винахід ґрунтується на біологічному матеріалі людського походження або якщо в ньому використовується такий матеріал, то коли подається заявка на винахід, особа, з тіла якої було взято матеріал, повинна бути проінформована і чітко висловити свою згоду.

2. Винахід, який ґрунтується на елементі, відокремленому від організму людини або виробленому в інший спосіб через технічний процес, який може мати промислове застосування, не виключається з патентоспроможних, навіть коли структура того елементу ідентична структурі природного елементу, за умови, що права, надані патентом, не поширюються на організм людини та його елементи в їхньому природному середовищі.

3. Винахід, який ґрунтується на біологічному матеріалі рослинного або тваринного походження, або якщо в ньому використовується такий матеріал, заявка на винахід повинна у відповідних випадках містити інформацію про географічне походження такого матеріалу, якщо воно відоме.

4. Винаходи, що стосуються рослин або тварин, є патентоспроможними за умови, що застосування винаходу технічно не обмежується одним сортом рослин або тварин.

5. Біологічний матеріал, відокремлений від свого природного середовища або виготовлений шляхом технічного процесу, може бути предметом винаходу, навіть якщо він був уже раніше наявний в природі.

Невідповідність вітчизняного законодавства правовим нормам ЄС можна побачити в засобі захисту живої матерії. У нас може бути як винахід, так і корисна модель, а в Директиві згадується тільки винахід.

А. Олефір виділив особливості, які відрізняють винахід від корисної моделі. Він зазначає, що «на відміну від винаходів, корисну модель характеризують такі ознаки:

1) відсутній такий критерій патентспроможності, як винахідницький рівень, який означає, що новація є неочевидною – оригінальною, вона не відома рівню техніки та за сутністю не впливає просто з відомих раніше відомостей, інакше вона б все одно б виникла й без стимулів, наданих патентуванням;

2) це конструктивне виконання засобів виробництва і предметів споживання, тому об'єкт, який захищається як корисна модель, повинен мати виражені просторові форми (компоновку), ні способи (технологічні процеси), ні речовини як корисні моделі не охороняються»⁵.

На нашу думку, а також виходячи із сказаного вище, живу матерію як об'єкт інтелектуальної власності не можна розглядати як корисну модель. Ознаки корисної моделі не в змозі задовольнити такий складний і суперечливий об'єкт патентування.

В Європейському Союзі керівництво над оцінкою патенту лишили на розсуд національних судів⁶. В принципі даний процес можна розглядати як позитивне явище, але в Україні поки немає спеціалізованих патентних судів і немає необхідної технічної та наукової компетенції для оцінки дійсності патентів щодо живої матерії. Спеціалізована патентна експертиза має важливе значення, оскільки це забезпечує швидкий судовий розгляд, низькі показники помилок та тісний зв'язок з патентними експертами. Наші суди не мають достатньо підготовлених кадрів для розгляду справ з інтелектуальною власністю, а особливо – якщо це стосується такого складного об'єкта. Судова система не вимагає від суддів спеціальних наукових або технічних знань або бути професійно підготовленими в даній галузі. Часто проблеми з порушенням патентів розглядають погано підготовлені судді, які не в змозі ефективно оцінити вплив нових продуктів та процесів. Відсутність спеціалізованої експертизи призводить до відмінностей у застосуванні та тлумаченні патентного права України і ЄС. Дані проблеми виникають і в інших країнах і, можливо, не є національною проблемою, оскільки кожна країна може індивідуально вирішувати питання, застосовуючи положення, які відповідають соціальним цінностям і принципам. Але це досить велика прогалина в становленні ефективної системи права інтелектуальної власності.

У ст. 6 Директиви, на відмінну від нашого законодавства, чітко передбачено список винаходів, які вважаються непатентоспроможними, якщо їхнє комерційне використання суперечить суспільним інтересам або нормам моралі:

1) процеси клонування людських істот;

2) процеси змінювання через зародкову лінію генетичної totoжності людських істот;

3) використання людських ембріонів з промисловою або комерційною метою;

4) процеси змінювання генетичної totoжності тварин, які можуть завдати їм страждань без будь-якої суттєвої медичної користі для людини або тварин, а також тварин, що виникають внаслідок таких процесів⁷.

Найбільше занепокоєння викликають процеси клонування людських істот. 14 грудня 2004 р. було прийнято Закон України «Про заборону репродуктивного клонування людини».

Дотепер найбільш тривожним аспектом патентування життя є патентування генів, клітинних ліній і тканин людини. У Директиві вказано, що не підлягають патентуванню людське тіло на будь-якому етапі його формування, ні просте відкриття одного із його елементів, включно із послідовністю чи частковою послідовністю генів. Але, тим не менше, дозволено патентувати ізольовані елементи людського тіла, які було отримано шляхом застосування технічного процесу, у тому числі повну або часткову послідовність гена (ДНК-послідовність), за умови, що:

1) елемент було виокремлено із людського тіла шляхом застосування технічного процесу;

2) цей елемент є придатним до промислового застосування, тобто, він має визначитися через біологічну функцію, яку виконує ген⁸.

Порівняно з попередніми роками Україна значно просунулась у сфері патентування живої матерії, проте необхідно провести деякі заходи для гармонізації українського законодавства з законодавством ЄС:

– розглядати живу матерію як об'єкт інтелектуальної власності тільки як винахід;

– прийняти спеціалізований нормативно-правовий акт щодо патентування біотехнологій, норми якого будуть адаптовані та гармонізовані відповідно до європейських норм;

– розробити національну програму розвитку у сфері патентування «живого» із залученням досвіду країн ЄС, яка б відповідала суспільним потребам;

– створити спеціалізований суд з інтелектуальної власності;

– розширити інформування громадян щодо перспектив від патентування живої матерії, пояснити механізм дій, залучати до обговорення, а також показати, що держава застосовує належні заходи безпеки;

– усунути бар'єри для співробітництва наукових установ з українськими та іноземними підприємствами;

– створювати сприятливі умови для іноземних інвестицій в науку;

– покращити фінансування наукових установ, а також спростити систему фінансування при спільних дослідженнях з іноземцями;

– створювати координаційні науково-дослідні центри для наукового співробітництва між країнами;

– заохочувати дослідників сприятливими умовами праці, фінансовими вигодами;

– запровадити в університетах спеціалізовані програми, курси в даній сфері, які б забезпечили відповідний рівень підготовки спеціалістів;

– проводити різноманітні конференції, наукові дискусії з залученням іноземних представників;

– окреслити перспективи дослідників і підприємств у сфері патентування живої матерії.

При гармонізації та адаптації законодавства України в сфері патентування живої матерії з міжнародними нормами наша країна зможе вийти на новий економічний рівень, збільшить вільний доступ до новітніх технологій і інформації в даній галузі, завдяки співробітництву підвищить кваліфікацію робочої сили і створить сприятливе інвестиційне середовище.

Впровадження новітніх технологій у сфері патентування живої матерії в економіку України сприятиме розвитку конкурентоспроможності та міжнародного співробітництва, яке на даний час набуває все більшого значення в розбудові міжнародного ринку.

¹ *Кашинцева О. Ю.* Інтелектуальна власність та біоетика: аспекти гармонізації: моногр. / О. Ю. Кашинцева ; НДІ інтелектуальної власності НАПрНУ. – К.: Інтерсервіс, 2015. – С. 53–54.

² Про охорону прав на винаходи та корисні моделі : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.rada.gov.ua

³ Правила складання і подання заявки на винахід та заявки на корисну модель : наказ Міністерства освіти і науки України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.rada.gov.ua

⁴ Директива 98/44/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 6 липня 1998 р. про правову охорону біотехнологічних винаходів // Офіційний вісник ЄС, L 213, 30 липня 1998 р. – С. 13–21.

⁵ *Олефір А.* До проблеми правової охорони біотехнологій / А. Олефір // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2015. – Вип. 1. – С. 71–83.

⁶ *Evisa Kica and Nico Groenendijk.* The European patent system: dealing with emerging technologies // Innovation: The European Journal of Social Science Research. – 2011. – Vol. 24. – P. 85–105.

⁷ Директива 98/44/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 6 липня 1998 р. про правову охорону біотехнологічних винаходів // Офіційний вісник ЄС, L 213, 30 липня 1998 р. – С. 13–21.

⁸ Там само.

Резюме

Цимбалюк О. В. Проблематика патентування живої матерії в Україні. Гармонізація з законодавством Європейського Союзу.

Стаття присвячена проблемам патентування живої матерії в Україні. Розглянуто також перспективи від гармонізації законодавства з правом ЄС, зокрема, з Директивою про правову охорону біотехнологічних винаходів.

Ключові слова: патентне право, патентування живої матерії, гармонізація законодавства, критерії патентування.

Резюме

Цимбалюк О. В. Проблематика патентования живой материи в Украине. Гармонизация с законодательством Европейского Союза.

Статья посвящена проблемам патентования живой материи в Украине. Рассмотрены также перспективы от гармонизации законодательства с правом ЕС, в частности, Директиве о правовой охране биотехнологических изобретений.

Ключевые слова: патентное право, патентование живой материи, гармонизация законодательства, критерии патентования.

Summary

Tsybalyuk O. Problems of Patenting of Living Matter in Ukraine. Harmonization with the legislation of the European Union.

The article is devoted to issues of patenting of living matter in Ukraine. The article also looks at the prospect of harmonization of legislation with the EU law, in particular, with the Directive on the legal protection of biotechnological inventions.

Key words: patent law, patenting of living matter, harmonization of legislation, patenting criteria.

С. І. ШИМОН

Світлана Іванівна Шимон, доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри правового регулювання економіки Юридичного інституту ДВНЗ «Київський національний економічний університет ім. В. Гетьмана»

АКТУАЛЬНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ТОРГОВЕЛЬНИХ МАРОК В ІНТЕРНЕТ*

Нещодавно вийшла друком монографія, підготовлена ректором Київського університету права НАН України, професором Ю. Л. Бошицьким та доцентом кафедри галузевих правових наук, кандидатом юридичних наук О. А. Рассомахіною. Робота присвячена концептуальним проблемам охорони прав на торговельні марки в мережі Інтернет. Ця праця є результатом багаторічних досліджень науковців у галузі права інтелектуальної власності як у вітчизняній, так і в зарубіжних правових системах. Унікальність цього видання в тому, що воно є першим в Україні виданням, в якому зроблено огляд проблем правового регулювання охорони прав на торговельні марки в Інтернет-мережі.

Автори монографії поставили перед собою досить амбітне завдання, що полягає в комплексному правовому дослідженні видів та рівнів законодавства, яке регулює зазначену сферу, засобів мережі Інтернет, в яких використовуються торговельні марки, форм, видів та способів використання торговельних марок в Інтернет, форм та видів порушень прав на торговельні марки у мережі Інтернет, механізму захисту прав на даний об'єкт у мережі Інтернет, і слід зазначити, що їм вдалося цю мету реалізувати.

Монографію розпочато з узагальненого теоретичного аналізу питань про поняття, ознаки та функції торговельних марок, види торговельних марок, їх класифікацію, дано огляд особливостей охорони загально-відомих позначень торговельних марок. У першому розділі віддзеркалено ті перетворення, що відбуваються в українському суспільстві в умовах глобалізації економіки, стрімкого розвитку розробки та використання наукових досягнень, новітніх технологій, розвитку мережі Інтернет, міжнародної торгівлі науково-технічною продукцією. Економічне, політичне, культурне чи будь-яке інше цивілізоване співіснування нашої держави із Європейським Співтовариством, а також країнами цілого світу, передбачає врахування чинних міжнародних стандартів у різних сферах суспільних відносин, у тому числі й у сфері інтелектуальної власності. Курс на інтеграцію до Європейського Союзу, принципи та основні положення, визначені Угодою Світової організації торгівлі про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (ТРИПС), нормативно-правовими актами Європейського Союзу, міжнародними стандартами ВОІВ, потребують забезпечення належної реалізації, у тому числі в контексті охорони та захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності, у тому числі на торговельні марки, на рівні, який існує в економічно розвинених державах. У даному контексті проведене дослідження є надзвичайно актуальним, адже в систематизованому вигляді показує досвід зарубіжних держав у цій сфері. У роботі виокремлено три рівні, на якому існує законодавство у сфері охорони прав на торговельні марки в Інтернет – національний, регіональний, міжнародний, виокремлено історію та етапи його становлення, порядок його застосування.

У другому розділі роботи розкрито форми та способи використання торговельних марок у мережі Інтернет, відповідно, що вважати традиційним, а що вважати нетрадиційним використанням торговельних марок у мережі Інтернет, відповідно до існуючих засобів мережі Інтернет, в яких використовуються торговельні марки. До традиційних способів використання торговельних марок в Інтернет належить розміщення позначення торговельної марки на веб-сайтах, для реклами, для отримання замовлень на поставку товарів чи надання послуг, а також у різноманітних віртуальних правочинах, проте, в цілому, воно може являти собою, як суто номінальне використання, так і тісно пов'язане з фактичним використанням позначення, або навіть фактичне використання позначення, або їх поєднання. До нетрадиційних форм використання торговельних марок в Інтернет належить їх використання у складі доменів, в інших технічних інструментах, таких як:

© С. І. Шимон, 2017

* Рецензія на кн.: *Бошицький Ю. Л., Рассомахіна О. А.* Охорона прав на торговельні марки у мережі Інтернет: монографія. – К.: ТОВ ВП «Логос-М», 2017. – 176 с.

гіперпосилання, фрейми, метатеги, банери, спливаючі вікна тощо. У роботі детально досліджені дані засоби мережі Інтернет та способи використання у їх складі позначень торговельних марок, що являє собою належне використання, а що є порушенням прав на торговельні марки в даних засобах мережі. Щодо порядку застосування принципів територіальності та спеціалізації, які є умовами правової охорони торговельних марок, до умов Інтернет, авторами зроблено висновок, що простої присутності торговельної марки в Інтернет (у будь-якій формі) недостатньо, щоби стверджувати, що дана торговельна марка використовується в конкретній країні стосовно конкретних товарів і послуг, необхідно, щоб торговельна марка була фактично представлена на ринку. У даному розділі досліджені також спеціальні питання: про належне використання позначення торговельної марки для підтримання чинності прав на неї і зроблено висновок, що використання торговельних марок у мережі Інтернет може бути визначене належним лише у випадку реєстрації веб-сайту, що відтворює торговельну марку, у відповідному домені, і щодо товарів і послуг, для яких знак зареєстровано, за умови підтвердження цього відповідними доказами. Використання торговельних марок в інших нетрадиційних формах мережі Інтернет, таких як: гіперпосилання, метатеги – не становить належне використання торговельних марок для підтримання чинності прав на них. А також питання про врахування існуючих прав на доменні імена під час експертизи прав на торговельні марки та його правове регулювання; про можливість охорони доменного імені у якості торговельної марки; про правомірність встановлення залежності можливості набуття прав на доменне ім'я від наявності зареєстрованої торговельної марки.

У третьому розділі роботи розглянуто види порушень прав на торговельні марки у мережі Інтернет: шляхом використання позначень у пошукових системах та сервісах, шляхом зазначення позначень у метатегах, шляхом використання позначень у банерній рекламі та рекламних посиланнях, у фреймах та посиланнях, шляхом їх зазначення на веб-сторінках, шляхом використання позначень у рекламі, що з'являється у вікні, порушення прав на торговельні марки у формі введення в оману та створення змішування серед споживачів, у формі дилуції. Досліджено типи конфліктів між торговельними марками та доменними іменами. Авторами зроблено висновок, що використання торговельної марки іншою особою на веб-сайті без відповідного дозволу належить до традиційних видів порушень прав на торговельні марки, тому в таких випадках застосовуються загальні підходи щодо тотожності / схожості позначень, встановлення комерційного використання позначення, зокрема використання позначення у зв'язку із певними товарами або послугами (а не просто номінального використання), доведення змішування та введення в оману споживачів. Застосування позначень торговельних марок у нетрадиційних формах у відповідних засобах мережі Інтернет: для оптимізації результатів пошуку у змісті сайту (HTML-код) сторінки, у складі доменного імені, у якості гіперпосилання, у якості метатега, для створення та появи рекламних посилань різними засобами – за певних умов також може становити порушення прав на торговельну марку. Для встановлення правопорушення у таких випадках будуть враховуватися такі фактори: чи існують права на торговельну марку; чи є використання правомірним; чи становить таке використання акт недобросовісної конкуренції; чи є таке використання комерційним; комерційна сила позначення; використання позначення зв'язку із товарами і послугами; спорідненість товарів і послуг; наявність зв'язку із правоволодільцем та його веб-сайтом; вплив такого використання на споживача; чи є таке використання рекламою; чи може правоволоділець довести фактичне змішування, у т.ч. чи можна застосувати в даному випадку доктрину початкового змішування; чи є дане використання добросовісним, наприклад добросовісне використання ключових слів пошуковою системою, або добросовісним номінальним чи описовим використанням.

У четвертому розділі роботи розглянуто механізм захисту прав на торговельні марки в мережі Інтернет: порядок встановлення особи порушника, використання доказів для доведення наявності порушення прав, порядки захисту, систему засобів та способів захисту прав у мережі. Увагу приділено також дослідженню особливостей відповідальності третіх осіб, які надають послуги з розміщення інформації в Інтернет, у випадку порушення прав на торговельні марки в Інтернет. У даному розділі систематизовано винятки з охорони прав на торговельні марки принагідно до мережі Інтернет. Авторами зроблено висновок, що система захисту прав на торговельні марки у мережі Інтернет передбачає самозахист, вжиття організаційно-технічних та адміністративних заходів пошуковою системою або оператором онлайн-послуг, спеціальні адміністративні процедури, а також адміністративні та судові процедури, які здійснюють уповноважені органи та організації.

Безперечно, монографія Ю. Л. Бошицького та О. А. Рассомахіної буде корисною як науковцям, аспірантам, викладачам, студентам, так і спеціалістам у сфері охорони інтелектуальної власності, юристам-практикам, й усім, хто цікавиться правом інтелектуальної власності та охороною комерційних позначень у мережі Інтернет. Сподіваємося, що ця достойна праця одержить гідну оцінку в юридичній професійній спільноті і знайде свого читача як серед пересічних громадян, так і серед фахівців у галузі права інтелектуальної власності, для яких може стати настільною книгою.

В. І. МУРАВЙОВ

Віктор Іванович Муравйов, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри порівняльного та європейського права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка

АКТУАЛЬНА ПРАЦЯ, ПРИСВЯЧЕНА ПРОБЛЕМАМ СУЧАСНОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ НА ПРИКЛАДІ УКРАЇНИ ТА РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩА*

Коллективна монографія, підготовлена Київським університетом права НАН України та Гданським університетом, присвячена проблемам розвитку конституціоналізму на сучасному етапі в Україні та Республіці Польща. Праця висвітлює питання сутності конституціоналізму як засобу реалізації на практиці теоретичних положень демократичної, правової, соціальної та конституційної держави. Зокрема, під змістом конституціоналізму розуміється конституція разом із її доктринальними основами, системою політико-правових цінностей, що відображують концепцію, філософію, сутність конституції, а також практика її здійснення, конституційна правосвідомість, конституційні правовідносини і конституційна законність.

У монографії переконливо доведено, що до принципів конституціоналізму належать принцип суверенітету, принцип народовладдя, принцип пріоритету прав і свобод людини, принцип верховенства права, принцип поділу публічної влади, принцип поділу державної влади на законодавчу, виконавчу й судову за наявності системи стримувань і противаг тощо.

Окрім принципів сучасного конституціоналізму спеціальна увага приділена також основним правовим цінностям конституціоналізму, зокрема, рівності, свободі та справедливості. Свобода у взаємодії з рівністю та справедливістю утворює аксіологічну (ціннісну) основу права. Відтак, право стає визначеною й наповненою загальнолюдськими орієнтирами, правовими ідеалами, реальністю, постає в якості елемента загального блага, феномена людського існування.

У роботі зазначено, що чільне місце для закріплення основоположних цінностей посідає конституція, завдяки якій, власне, і утворилась система цінностей конституціоналізму. Вона фіксує в узагальненому вигляді принципи взаємовідносин особи та суспільства, класів, соціальних груп, ґрунтовно характеризує людську діяльність.

Абсолютно вірним є те, що основоположні цінності сучасного конституціоналізму мають бути зорієнтовані на європейську модель, адже це визначальні пріоритети, еталони та ідеали, завдяки яким відбувається природний процес взаємодії влади і суспільства, це те, заради чого варто жити, існувати серед різноманітних соціальних груп у демократичному суспільстві, де панують рівність, свобода та справедливість.

У монографії детально розглядаються поняття та основні ознаки конституційної правотворчості. Зокрема, визначено, що конституційна правотворчість є особливим різновидом правотворчості, яка має багаторівневий та багатоаспектний характер, що зумовлено її особливою природою, сутністю та функціональним призначенням. Конституційна правотворчість є особливою діяльністю компетентних суб'єктів правотворчості, що здійснюється в особливому процедурному порядку й націлена на прийняття, зміну та скасування норм.

Монографія написана на основі теоретичних і емпіричних матеріалів із використанням цілого ряду зарубіжних та вітчизняних джерел.

Отже, колективна монографія «Актуальні проблеми сучасного конституціоналізму (на прикладі України та Республіки Польща)» є актуальною і своєчасною науковою працею, яка не лише пропонує вирішення назрілих проблем у сфері конституційного права, а й відкриває широкий простір для роздумів і дискусій як серед учених-правників, так і серед юристів-практиків.

© В. І. Муравйов, 2017

* Актуальні проблеми сучасного конституціоналізму (на прикладі України та Республіки Польща): колективна монографія / Київський університет права НАН України, Гданський університет; за заг. ред. проф. Ю. Бошицького та проф. Я. Стеліни. – К.: Талком, 2017. – 392 с.

Майстер-клас професора Інституту наукової стратегії Аделсона (Ізраїль) Бориса Морозова

З 14 по 21 листопада 2017 р. за підтримки Посольства Ізраїлю в Україні відбулися «Дні Єрусалима в Києві».

Зокрема, 14 листопада 2017 р. доктор історії, професор Інституту наукової стратегії Аделсона, Єрусалим (Ізраїль) Борис Морозов провів для студентів Київського університету права НАН України майстер-клас на тему: «Вислани в Ізраїль. Вигнання засуджених сіоністів з СРСР у Палестину 1924–1934 рр.».

Борис Морозов розповів про сіоністський рух у СРСР – рух радянських євреїв, пов'язаний зі створенням єврейської держави в Палестині і еміграцією в нього.

Офіційно сіоністський рух стартував у 1897 р. в швейцарському Базелі, де зібрався Перший єврейський конгрес. Програмними для нього стали роботи австрійського журналіста Теодора Герцля, який став лідером Всесвітньої сіоністської організації.

Ставлення радянської влади до сіонізму з плином часу змінювалося, але в цілому завжди залишалося негативним: сіоністська діяльність переслідувалася владою, починаючи з 1920-х і аж до перебудови.

У теорії сіоністами вважалися носії шовіністичної і расистської ідеології, на практиці термін вживається стосовно будь-якого неугодного єврея, що не має ніякого стосунку до сіонізму. Найбільш активну антисіоністську пропаганду вели радянські організації, членами яких були в основному євреї, зокрема Єврейська секція РКП (б) і Антисіоністський комітет радянської громадськості. Тисячі учасників руху зазнали репресій. Надалі майже всі керівники руху були змушені виїхати з країни. 21 липня 1921 р. в Палестину емігрували 12 найбільших івритомовних літераторів Росії на чолі з Хаїмом Бялик.

Саме такі заходи, що проводяться в Київському університеті права НАН України, дають можливість студентству зрозуміти помилки минулого та рухатись з гідністю в майбутнє.

IX Міжнародна науково-практична конференція «Сучасні проблеми правової системи України»

23 листопада 2017 р. в Київському університеті права НАН України традиційно відбулася IX Міжнародна науково-практична конференція «Сучасні проблеми правової системи України», участь у якій взяли провідні вчені, аспіранти та студенти вищих навчальних закладів України, представники Національної академії прокуратури України, Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності НАПрН України, Рівненського інституту КУП НАНУ та ін.

Почесними гостями конференції були: помічник Президента Національної академії наук України, голова Вищого господарського суду України (2006–2010), д.ю.н. Сергій Демченко; представники Київської духовної академії і семінарії; зарубіжні партнери університету, зокрема: Перший секретар, консул Посольства Угорщини в Україні Чілла Кедеш Кішшне; Президент корпорації EUROPEAN CONCALTING Ltd Р. Дистанційно участь у роботі конференції брали професор Аттіла Петерфалві, Президент Національного комітету із захисту даних і свободи інформації (Угорщина), почесний доктор КУП НАНУ; професор Богуслав Банашак, декан факультету права та управління університету м. Зелена Гура (Польща), почесний доктор КУП НАНУ; професор Вероніка Сікора, декан юридичного факультету Дебреценського університету (Угорщина).

Слід зазначити, що заявлена дев'ять років тому проблематика цієї конференції й нині не втрачає своєї актуальності. Правова система як цілісна, структурно впорядкована за допомогою джерел права та інших юридичних засобів стійка взаємодія суб'єктів національного права забезпечує досягнення належного правопорядку – необхідної умови функціонування та розвитку українського суспільства. Глобальне прискорення ритму життя вимагає від сучасної держави встановлення чітких параметрів та меж її діяльності, особливо щодо забезпечення прав людини в умовах реформування законодавства. Право як основний компонент правової системи надає останній особливого, специфічного статусу, оскільки саме правова система уособлює цілісний комплекс правових явищ, який зумовлений специфікою розвитку конкретного суспільства, багатоманітними факторами соціальної і політичної еволюції, усвідомлений і постійно відтворюваний людьми та їх організаціями, для вирішення багатьох визначених суспільних проблем. Незважаючи на те, що категорія «правова система» досліджується вченими різних наукових шкіл, представниками різних держав, науковий інтерес до розробки даної проблеми тільки зростає. І саме тому наявною є необхідність дослідження проблем, причин та цілеспрямованості розвитку національної правової системи.

На адресу організаторів та учасників міжнародної науково-практичної конференції надійшли вітання, зокрема від Президента Національної академії наук України, академіка НАН України Б. Патона, віце-прези-

дента Національної академії наук України, академіка НАН України С. Пирожкова та директора Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, академіка НАН України Ю. Шемшученка.

Робота міжнародної науково-практичної конференції «Сучасні проблеми правової системи України» здійснювалася у формі пленарного засідання та засідання наукових секцій, які пройшли на високому науково-теоретичному рівні.

У наукових доповідях порушувалися актуальні питання проблем розвитку та функціонування сучасних правових систем та окремих інституційних елементів, зокрема: «Щодо права громадянина України на самооборону основ національної безпеки» (О. Кваша, д.ю.н., професор, в.о. завідувача кафедри галузевих правових наук); «Конституція як концептуальна основа функціонування правової системи України» (М. Бойченко, д.філос.н., професор, в.о. завідувача кафедри філософії і соціально-гуманітарних дисциплін); «Право культурної спадщини в правовій системі України» (Н. Кудерська, д.ю.н., доцент, в.о. завідувача кафедри загальнотеоретичних та державно-правових дисциплін); «Історія становлення законодавства про охорону прав на торговельні марки на теренах України (з XIV ст. до II пол. XX ст.)» (О. Рассомахіна, к.ю.н., доцент кафедри галузевих правових наук); «Відповідність норм оновленого КАС України принципу верховенства права» (О. Сонюк, к.ю.н., доцент кафедри загальнотеоретичних та державно-правових дисциплін); «Посилення зовнішніх кордонів ЄС і особливості Регламенту Ради ЄС щодо в'їзної-виїзної системи» (О. Поліванова, к.ю.н., доцент кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства); «Використання прогалін КПК України в організації ефективного захисту прав юридичних осіб під час кримінального провадження» (А. Мартіросян, к.ю.н., завідувач кафедри спеціальних юридичних дисциплін Рівненського інституту КУП НАНУ) тощо.

Обрана тематика міжнародної науково-практичної конференції послугувала плідним підґрунтям для обміну думками із зазначеної проблематики. У зв'язку з актуальністю порушених питань за результатами конференції буде опублікована збірка матеріалів тез та доповідей учасників конференції.

Обмін досвідом, думками, аналіз процесів та проблем правової системи, які характерні для сучасного стану розвитку, дали можливість присутнім на IX міжнародній науково-практичній конференції «Сучасні проблеми правової системи України» напрацювати та схвалити Рекомендації.

Візит делегації КУП НАНУ до Посольства Угорщини в Україні

У рамках співпраці між Київським університетом права НАН України та Посольством Угорщини в Україні та на запрошення Надзвичайного Посланника і Повноважного Міністра Посольства Угорщини, заступника глави місії, пана Ласло Чаби Папи, 29 листопада 2017 р. студенти КУП НАНУ (Анна Абраамян, Маргарита Маліновська, Ярослав Псьота, Олексій Серов та Олександр Хромов) разом із к.ю.н., доцентом кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства Наталією Мушак відвідали дипломатичний прийом у Посольстві Угорщини в Україні. Студенти мали змогу зустрітися з Надзвичайним посланником і повноважним міністром, заступником глави місії – паном Ласло Чабою Папом.

Дипломатичний прийом відбувався у формі дипломатичного сніданку, де студенти мали можливість також обговорити важливі питання європейської інтеграції Угорщини, практику реалізації угорського досвіду в Україні тощо.

Зокрема, в рамках заходу було обговорено наступні правові аспекти: передумови вступу Угорщини до Європейського Союзу та НАТО; етапи реформування національного законодавства Угорщини відповідно до норм ЄС; правові наслідки вступу Угорщини до ЄС тощо. Окрему увагу було зосереджено на обговоренні системи вищої освіти в Угорщині, процесі модернізації вищої освіти в країні, а також підготовці фахівців у різних сферах життєдіяльності.

Надзвичайної актуальності набули питання, пов'язані із соціальним забезпеченням громадян Угорщини у порівнянні з іншими державами – членами ЄС; аналізом ринку праці в Угорщині та забезпеченням робочими місцями населення; особливостями працевлаштування угорської молоді в державах – членах ЄС; розвитком двосторонніх відносин між Україною та Угорщиною та політичній, економічній, соціальній та культурній сферах.

Обговорення відбувалося у жвавому та дискусійному форматі. Пан Ласло Чаба Пап був надзвичайно відкритим до запитань та пропозицій студентів. Особливо цікавими для студентів виявилися питання щодо розвитку дипломатичних відносин між Угорщиною та Україною та розвитку культурних відносин між країнами, зокрема, участь українського студентства у різноманітних освітніх заходах.

Студенти КУП НАНУ висловлюють щирю подяку пану Ласло Чабі Папі та Посольству Угорщини в Україні в цілому за теплий та дружній прийом та можливість відчувати себе у колі професійних дипломатів.

Окрему подяку делегація університету висловлює ректору КУП НАНУ Юрію Бошицькому за надану можливість відвідувати заходи такого формату, що, у свою чергу, допомагає відчувати всі особливості професії міжнародного рівня з урахуванням особливостей дипломатичного протоколу та етикету, що є надзвичайно необхідним для майбутніх юристів-міжнародників.

Міжнародний семінар «Актуальні питання права інтелектуальної власності» (м. Женева)

27–29 листопада 2017 р. Київський університет права НАН України спільно із Всесвітньою організацією інтелектуальної власності м. Женева (Швейцарія), ONO Academic college та Університет Тель-Авіва

(Ізраїль) організував та провів міжнародний семінар на тему «Актуальні питання права інтелектуальної власності».

На відкритті семінару виступили представники української та ізраїльської делегацій, а саме:

- Міхал Швантнер, директор Департаменту перехідних і розвинених країн, Всесвітня організація інтелектуальної власності, Женева;
- Юрій Клименко, Надзвичайний та Повноважний Посол України в Швейцарії, постійний представник України при Відділенні ООН та інших міжнародних організаціях у Женеві;
- Юрій Бошицький, ректор, професор Київського університету права НАН України;
- Амір Курій, декан юридичного факультету Тель-Авівського університету, Ізраїль;
- Шломіт Яніскі-Равід доктор, професор, Центру порівняльних правових досліджень, ОНО академічний коледж, Кір'ят (Ізраїль).

Студенти мали змогу представити свої доповіді та презентації англійською мовою, обравши найрізноманітніші теми в сфері права інтелектуальної власності. Зокрема, Єлізаветта Головань мала доповідь «Щодо охорони прав на торговельні марки та їх реєстрацію за законодавством України» («Concerning protection of rights to trademarks and its registration under the legislation of Ukraine»); Інна Ербелідзе підготувала виступ на тему: «Правове регулювання патентування в Україні та за кордоном» («Legal regulation of patenting in Ukraine and abroad»); Маріамі Бокучава розкрила тему «Захист авторських прав на музичні твори в Україні» («Protection of copyright rights to music works in Ukraine»); Дар'я Маленко «Становлення та розвиток законодавства України в сфері охорони авторського права і суміжних прав» («Formation and development of the legislation of Ukraine in the field of protection of copyright and related rights»); Богдана Третьякова на тему «Правове регулювання охорони комерційної таємниці в Україні та ЄС» («Trade Secret Protection in Ukraine and EU»), а також Яни Пономаренко «Щодо правового механізму захисту права інтелектуальної власності за законодавством України» («Concerning the legal mechanism of protection of the intellectual property right under the Ukraine's legislation»).

Слід відмітити актуальні теми, які студенти з Ізраїля обрали для своїх презентацій, що свідчить про їх ентузіазм та креативність при виконанні завдань, покладених на них. Серед таких тематик – проблематика здійснення прав на об'єкти інтелектуальної власності, які були створені за допомогою використання технології 3 D принтера; за допомогою використання штучного інтелекту; проблематику застосування системи «block chain» (блока транзакцій) для захисту та здійснення прав власників на об'єкти інтелектуальної власності тощо; проблематику застосування технологій відтворення художніх творів ізвикористанням індивідуальної техніки самого автора.

Протягом дня було прослухано чимало надзвичайно важливих та інформативних лекцій, представники студентства дізнались про актуальні проблеми права інтелектуальної власності, мали нагоду познайомитись та обмінятися враженнями з приводу семінару зі студентами з Ізраїлю

У свою чергу, студенти Київського університету права поділилися з ізраїльськими студентами інформацією щодо здійснення освітнього процесу в Україні, враженнями від проведеної конференції та запросили іноземних студентів до столиці України для проведення спільної конференції.

Також у роботі семінару взяли участь Сергій Книш, доцент РІ КУП НАН України; Іван Ващинець, викладач КУП НАН України; Ірина Стройко, аспірант КУП НАН України, які мали можливість виступити з доповідями та гідно представити свій ВНЗ.

Семінар справив надзвичайно позитивне враження і є підґрунтям для дослідження проблем інтелектуальної власності на міжнародному рівні в майбутньому.

Зустріч ректора КУП НАНУ з Постійним представником України при Відділенні ООН

Під час візиту до Швейцарії на міжнародний семінар з питань права інтелектуальної власності, що проходив 27–29 листопада 2017 р. у м. Женева, ректор КУП НАН України Юрій Бошицький мав зустріч із Постійним представником України при Відділенні ООН у Женеві Юрієм Клименком.

На зустрічі обговорювалися проблеми та перспективи України у сфері інтелектуальної власності та можливості співпраці європейських організацій з Україною. Безпосередньо домовилися про проведення Юрієм Клименком майстер-класів у стінах КУП НАН України.

Також обговорювалися питання щодо налагодження зв'язків із навчальними закладами Женеви та Берна за сприяння посольства, можливості розвитку дружніх відносин між Київським університетом права НАН України та університетами юридичного спрямування в Женеві.

Ректор поінформував Юрія Клименка, що в роботі міжнародного семінару, організованого Всесвітньою організацією інтелектуальної власності спільно з Київським університетом права НАН України, взяли участь ОНО Academic college та Університет Тель-Авіва. Науковий захід був успішним, адже студентам вдалося не лише гарно проявити себе у відповідних науково-дослідницьких роботах, побувати у визначних місцях м. Женеви, а й особисто познайомитися з високопоставленими та поважними особами.

Юрій Бошицький висловив щире подяку Постійному представнику України при Відділенні ООН у Женеві та колективу Постійного представництва за теплий та дружній прийом.

Візит студентів КУП НАН України до бібліотеки Всесвітньої організації інтелектуальної власності

Під час перебування делегації університету в Женеві, у стінах Всесвітньої організації інтелектуальної власності, студентам КУП НАНУ була надана унікальна можливість не лише відвідати, а й попрацювати з літературою в бібліотеці ВОІВ, яка налічує майже 35 тис. видань та публікацій з питань інтелектуальної власності різними мовами світу.

Документальне зібрання бібліотеки, серед великої кількості сучасних періодичних та продовжених видань, актуальних наукових та статистичних збірників з інтелектуальної власності містить оригінали багатьох історичних документів, що стосуються інтелектуальної власності, зокрема тексти Паризької конвенції 1883 р., Бернської конвенції 1886 р., які стали основою всієї сучасної системи інтелектуальної власності. Приємною несподіванкою для студентів стали побачені ними видання Київського університету права НАН України, що стоять на полицях бібліотеки ВОІВ. Це стало можливим завдяки плідній співпраці КУП НАНУ та Всесвітньої організації інтелектуальної власності, постійному обміну інформацією, науковими виданнями між університетом і ВОІВ. Університетська делегація підтримала гарну традицію, подарувавши бібліотеці нові видання КУП НАНУ з права інтелектуальної власності.

Більшість документів, що знаходяться у бібліотеці ВОІВ, оцифрована, і доступ до них може отримати кожен не лише в приміщенні бібліотеки, а також онлайн через сайт Всесвітньої організації інтелектуальної власності.

Великі можливості для отримання інформації Всесвітньої організації інтелектуальної власності в Україні надає Київський університет права НАНУ, де вже декілька років працює єдина в країні Бібліотека-депозитарій Всесвітньої організації інтелектуальної власності, створюючи нові можливості отримання законодавчої та наукової літератури з інтелектуальної власності на англійській мові безпосередньо з фондів ВОІВ в місті Києві.

Нові видання систематично надсилаються з бібліотеки ВОІВ в Женеві, і кожен, кого цікавлять питання інтелектуальної власності, її правової охорони та захисту, може ознайомитись з ними безпосередньо в приміщенні читального залу Наукової бібліотеки КУП НАНУ.

Діяльність Бібліотеки-депозитарію Всесвітньої організації інтелектуальної власності здійснюється в рамках програми «WIPO Publications Depository Library Program» та покликана сприяти більш глибокому ознайомленню вітчизняних фахівців у галузі інтелектуальної власності з діяльністю ВОІВ, публікаціями з питань інтелектуальної власності, а також правового регулювання та захисту інтелектуальної власності.

Новий партнер КУП НАНУ – Закарпатський регіональний центр соціально-економічних і гуманітарних досліджень НАН України

Нещодавно під час робочого візиту до Міжнародного Центру правових та економіко-соціальних досліджень країн Східної Європи КУП НАНУ відбулася робоча зустріч ректора з керівником Закарпатського регіонального центру соціально-економічних і гуманітарних досліджень НАН України, мером міста Ужгород (1995–2000 рр.), членом Ужгородського міськвиконкому Степаном Сембером.

Під час зустрічі обговорювались напрями реалізації спільних науково-дослідних програм, проведення та сприяння встановленню співробітництва у галузях, які становлять взаємний інтерес для сторін. Ректор зазначив, що пріоритети його адміністрації направлені на розширення партнерських відносин із Закарпатським краєм та близьким зарубіжжям, що КУП НАНУ тримає орієнтир на високий рівень професійних знань у галузі права і міжнародного права, у вихованні та навчанні молоді.

Закарпатський регіональний центр соціально-економічних і гуманітарних досліджень НАН України – державна наукова установа, підрозділ НАН України, був створений у 1996 році. Це єдина академічна установа України, яка вивчає проблеми сталого розвитку у регіоні.

Найважливішими напрямами наукової діяльності нашої установи є: дослідження проблем соціально-економічного розвитку Закарпаття, Карпатського регіону (єврорегіону), проблем регіонального ринку праці, соціальних і політичних проблем громадянської думки з актуальних питань внутрішньої та зовнішньої політики України; транскордонного співробітництва з країнами-сусідами, які стали членами Євросоюзу, впливу Євросоюзу на регіональний розвиток, а також можливих наслідків, пов'язаних з його розширенням до кордонів України; виконання комплексних наукових робіт міжгалузевої тематики, розробка наукових рекомендацій із покращення екологічної ситуації в регіоні.

Колектив Центру перебуває в пошуку й розвитку соціального партнерства, впровадження в науковий процес прогресивних ідей, якісно нових підходів до вивчення соціально-економічних проблем Закарпаття.

Зустріч пройшла конструктивно з перспективою співпраці й підписання відповідної угоди.

Зустріч ректора КУП НАНУ з Надзвичайним і Повноважним Послом України в Південній Кореї В. Мармазовим

12 грудня 2017 р. у Київському університеті права НАН України відбулася зустріч ректора Юрія Бошицького з Надзвичайним і Повноважним Послом України в Південній Кореї, заслуженим юристом України Василем Мармазовим з нагоди Всеукраїнського тижня права та Всесвітнього дня прав людини.

Під час зустрічі з Василем Мармазовим було розглянуто питання щодо важливості захисту прав людини, ставлячи на меті допомогу пошуку студентською юридичною спільнотою дієвих форм захисту прав і свобод людини в сучасному світі.

Також у ході спілкування були порушені питання розширення міжнародних зв'язків, забезпечення обміну інформацією та напрацюваннями у сфері юриспруденції. Особливу увагу було приділено налагодженню зв'язків із вузами Південної Кореї.

Всеукраїнський тиждень права та Всесвітній день прав людини в КУП НАНУ позначився цілою низкою цікавих заходів, серед яких книжкова виставка-презентація у бібліотеці КУП НАНУ, присвячена Всеукраїнському тижню права, яка ознайомила студентів із важливістю захисту прав людини. Студенти з великою зацікавленістю ознайомились з книжковими виданнями з прав людини, як вітчизняних авторів, так і видань Організації Об'єднаних Націй на українській та англійській мовах.

Надзвичайно доречним та корисним для студентської спільноти став також подарунок пана Мармазова – більш як 50 примірників книг для Наукової бібліотеки КУП НАНУ.

Дарування книг з особистих зібрань відомих науковців і видатних діячів України та зарубіжжя вже стало доброю традицією Київського університету права. Видання, подаровані В.Мармазовим, будуть активно використані в навчальному процесі, адже студенти КУП НАНУ поглиблено вивчають правові аспекти діяльності Ради Європи, Конвенцію про захист прав людини і основних свобод, порядок роботи та практику Європейського суду з прав людини. Наявність книг, автором яких є В. Мармазов, у бібліотеці університету збільшить для студентів можливість вивчити більше літературних джерел, розширити світогляд молодих людей та допоможе їм вільно опанувати засади європейського права.

Бібліотека Київського університету права НАН України висловлює щиру подяку Василю Євгеновичу за подаровані книги. Ми сподіваємось, що всі заходи, що проводить університет, сприятимуть формуванню у майбутніх правозахисників життєвої філософії непорушності прав людини та утвердження верховенства права.

IV Міжнародна науково-практична конференція «Сучасні виклики і актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні та Європі»

21 грудня 2017 р. у Київському університеті права НАН України відбулася IV Міжнародна науково-практична конференція «Сучасні виклики і актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні та Європі». Співорганізатором конференції виступила Всесвітня організація інтелектуальної власності (м. Женева, Швейцарія).

У роботі міжнародної науково-практичної конференції взяли участь провідні науковці, представники судових інстанцій, аспіранти, студенти вищих навчальних закладів України, зокрема, представники: Всесвітньої організації інтелектуальної власності, Національної академії наук України, Міністерства економічного розвитку і торгівлі України, НДІ інтелектуальної власності НАПрН України, Київського інституту інтелектуальної власності та права Національного університету «Одеська юридична академія».

Почесними гостями на конференції були: Олександр Шевченко, заступник керівника програм Департаменту країн з перехідною та розвинутою економікою Всесвітньої організації інтелектуальної власності; Сергій Демченко, помічник Президента Національної академії наук України, заслужений юрист України, д.ю.н., Голова Вищого господарського суду України (2006–2010 рр.); Богдан Падучак, заступник директора департаменту інтелектуальної власності Міністерства економічного розвитку і торгівлі України; Ірина Булгакова, суддя Касаційного господарського суду в складі Верховного Суду; Наталія Поліщук, Віталій Саліхов, Борис Левенець – судді Апеляційного суду міста Києва.

Із вступним словом до учасників конференції виступив ректор Київського університету права НАН України, професор, заслужений юрист України Юрій Бошицький, в якому, зокрема, зазначив, що вже доброю традицією є проведення наукових форумів, семінарів та майстер-класів у Київському університеті права НАН України, на які збираються провідні представники науки і практики та на яких може презентувати себе нова генерація науковців. Такою є й чергова конференція, яка стала реальним вагомим внеском у розбудову теоретичних проблем інтелектуальної власності та права інтелектуальної власності, вирішення практичних завдань у цій сфері. Даний захід дає змогу його учасникам почути один одного та йти вперед у науковому пізнанні та вирішенні завдань, які ставить перед собою Всесвітня організація інтелектуальної власності, наукові установи та інші суб'єкти у даній сфері.

Також до учасників конференції із промовою звернувся Олександр Шевченко, заступник керівника програм Департаменту країн з перехідною та розвинутою економікою Всесвітньої організації інтелектуальної власності, в якій акцентував увагу на діяльності Всесвітньої організації інтелектуальної власності з метою розвитку інновацій та розробки політики у сфері інтелектуальної власності.

На адресу організаторів та учасників міжнародної науково-практичної конференції надійшли привітання, зокрема від Бориса Патона, Президента Національної академії наук України, академіка НАН України; Ігоря Райніна, Глави Адміністрації Президента України; Богдана Львова, Голови Касаційного господарського суду в складі Верховного Суду, заступника Голови Верховного Суду; Ярослава Головачова, Голови Апеляційного суду міста Києва.

У своїх наукових доповідях учасники конференції обмінювались думками з питань нормативно-правового регулювання інтелектуальної власності та інноваційної діяльності на національному та міжнародному рівні; окремими аспектами вдосконалення регулювання відносин інтелектуальної власності; проблемами інтелектуальної власності як інструменту розвитку економіки: проблеми та шляхи їх вирішення; проблемними питаннями авторського права, сучасними тенденціями розвитку права інтелектуальної власності тощо.

Обрана тематика міжнародної науково-практичної конференції «Сучасні виклики і актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні та Європі» стала «майданчиком» для обміну оригінальними думками із зазначеної проблематики. З доповідями виступили, зокрема: ректор Київського університету права НАН України, професор, заслужений юрист України Ю. Бошицький *«Актуальні проблеми охорони інтелектуальної власності в Україні та університетська освіта»*; заступник керівника програм Департаменту країн з перехідною та розвинутою економікою Всесвітньої організації інтелектуальної власності О. Шевченко *«Діяльність Всесвітньої організації інтелектуальної власності щодо розробки політики у сфері інтелектуальної власності у навчальних закладах»*; заступник директора департаменту інтелектуальної власності Міністерства економічного розвитку і торгівлі України Б. Падучак *«Реформа сфери інтелектуальної власності як один із пріоритетів діяльності Уряду України»*; д.т.н, професор Київського інституту інтелектуальної власності Національного університету «Одеська юридична академія» П. Цибульов *«Інтелектуальна власність в контексті четвертої промислової революції»*; к.е.н., доцент, головний науковий співробітник, завідувач лабораторії правового забезпечення розвитку науки і технологій НДІ інтелектуальної власності НАПрН України, судовий експерт Г. Андрощук *«Спеціалізовані суди з інтелектуальної власності: роль експертів і консультантів»*; к.ю.н., доцент кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства Київського університету права НАН України Н. Мушак *«Правове регулювання захисту інтелектуальної власності відповідно до Угоди про Асоціацію»*; к.ю.н., доцент кафедри галузевих наук Київського університету права НАН України І. Похиленко *«До питання про правовий статус Вищого суду з питань інтелектуальної власності»* та ін.



ДО 80-РІЧНОГО ЮВІЛЕЮ ПРОФЕСОРА ВОЛОДИМИРА НАУМОВИЧА ДЕНИСОВА

25 грудня 2017 р. відзначив свій 80-річний ювілей видатний український юрист-міжнародник та фахівець у галузі порівняльного правознавства, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, Заслужений діяч науки і техніки України Володимир Наумович Денисов.

Більш ніж п'ятдесятирічний науковий шлях професора В. Н. Денисова пов'язаний із Інститутом держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. У його стінах Володимир Наумович пройшов усі сходинки кар'єри науковця. Вступивши в 1964 р. до аспірантури Інституту, він продовжив працювати тут молодшим науковим співробітником, вченим секретарем, старшим науковим співробітником, а з 1984 р. – завідувачем відділу міжнародного права та порівняльного правознавства Інституту, продовжуючи обіймати цю посаду по цей день.

Роки його роботи в Інституті охопили ряд знакових історичних періодів, які поставили нові виклики та завдання перед правовою наукою і, безумовно, сприяли зростанню В. Н. Денисова як науковця. Так, у середині ХХ ст., із підйомом у світі національного визвольного руху народів Азії та Африки, основу якого становила їх боротьба за здійснення права на самовизначення, в Інституті розгорнулися фундаментальні дослідження з порівняльного правознавства, предметом яких були держава і право країн, що визволилися від колоніалізму. В. Н. Денисов увійшов до кола науковців, які почали займатися цими проблемами, а в 1967 р. захистив кандидатську дисертацію на тему: «Становлення та розвиток національної державності Об'єднаної Республіки Танзанія». Продовжуючи дослідження правових проблем африканських держав, які прагнули позбавитися свого колоніального минулого, В. Н. Денисов звернувся до вивчення їх правових систем, що було того часу новою проблематикою не лише для вітчизняної юридичної науки, а й певною мірою для порівняльного правознавства західних країн. У результаті цієї роботи В. Н. Денисов 1981 р. захистив докторську дисертацію на тему: «Правові системи країн Тропічної Африки, що звільнилися від британської колоніальної залежності», яка стала першою в СРСР дисертацією, присвяченою правовим системам незалежних країн Африки. Монографія В. Н. Денисова «Системи права розвиваючихся стран», яка була покладена в основу його докторської дисертації, здобула високу оцінку у вітчизняній та зарубіжній юридичній науці та в 1981 р. була видана німецькою мовою в НДР. Крім цього, у цей період наукової діяльності він займався розкриттям методологічних питань, пов'язаних із природою порівняльного правознавства.

Після призначення В. Н. Денисова на посаду завідувача відділу міжнародного права та порівняльного правознавства Інституту, він зосередив наукову діяльність на проблемах міжнародного права, включивши до сфери своїх наукових інтересів питання: розвитку теорії та історії міжнародного права; взаємодії міжнародного права з внутрішнім правом держав; роззброєння; з'ясування специфіки соціальних та економічних прав людини як другого покоління прав людини; кодифікації міжнародної відповідальності держав; розвитку права міжнародної безпеки та міжнародного гуманітарного права. Після проголошення незалежності України науковий пошук В. Н. Денисова було зорієнтовано також на проблеми входження України у світовий та європейський правові простори, обстоювання свого суверенітету та законних прав.

Під керівництвом та за участю В. Н. Денисова було видано такі праці: «Международное сотрудничество государств в области прав человека» (1987); «Избранные труды В. М. Корецкого» (в двох томах, голова редколегії та автор нариса про вченого, 1989); «Злочини нацистів на Україні. 1941–1944. Збірник документів» (англ. мовою, відп. ред. та автор вступної статті 1989); «Идеи мира и сотрудничества в современном международном праве. Сборник трудов, посвященных 100-летию со дня рождения В. М. Корецкого» (1990); «Реализация международно-правовых норм во внутреннем праве» (1992); «Суверенитет Украины і міжнародне право» (1995); «Правова охорона культурних цінностей. Збірник міжнародних документів» (один з упорядників, 1997); «Права людини» Підручник (один з авторів, 1997); «Взаємодія міжнародного права з внутрішнім правом України» (2006), в яких ґрунтовно на високому науковому рівні розглянуто ряд найактуальніших питань міжнародного права.

Нині наукова робота професора В. Н. Денисова зосереджена на керівництві підготовкою трьохтомної «Енциклопедії міжнародного права», яка є безпрецедентним науково-довідковим виданням академічного рівня. Вона складається з приблизно 1500 статей-термінів і в ній висвітлюється своєрідність природи та сут-

ності міжнародного права в його еволюційному розвитку, спрямованого на створення необхідних умов та гарантій для спільного життя всіх народів у міжнародному співтоваристві.

За час наукової діяльності В. Н. Денисова його було відзначено низкою премій. Він є лауреатом премії НАН України ім. М. П. Василенка за цикл праць: «Міжнародне право і світовий порядок: пошук моделей розвитку» (1992); Державної премії України в галузі науки і техніки за участь у створенні багатотомної «Юридичної енциклопедії» (2004) та премії Ярослава Мудрого НАПрН України за участь у роботі над 8-им томом «Міжнародне право» багатотомної «Антології української юридичної думки» (2005).

Невтомна праця В. Н. Денисова на ниві науки міжнародного права сприяла збереженню відділом свого значення як одного з провідних в Україні центрів у сфері міжнародного права та порівняльного правознавства. Професор В. Н. Денисов як науковець, викладач, науковий керівник та консультант кандидатських та докторських дисертацій став мудрим наставником для кількох поколінь українських юристів-міжнародників, які гідно представляють Україну та українську науку міжнародного права у світі.

Щиро вітаємо Володимира Наумовича Денисова з ювілеєм і бажаємо міцного здоров'я, творчого натхнення та реалізації всіх задумів!

*Колектив Київського університету права НАН України
Колектив Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України
Редколегія «Часопису Київського університету права»*

РЕДАКЦІЙНІ ПОВІДОМЛЕННЯ

До відома авторів

Просимо вас дотримуватися правил підготовки, комплектації та оформлення рукописів для «Часопису Київського університету права». Авторські рукописи мають бути оформленими відповідно до державних стандартів і відповідати вимогам Постанови ВАК України №7-05/1 від 15.01.2003 р.: «...приймати до друку... лише наукові статті, які мають такі необхідні елементи: постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями; аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор; виділення невиділених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття; формулювання цілей статті (постановка завдання); виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів; висновки з даного дослідження і перспективи подальших розвідок у даному напрямі» (Бюлетень ВАК України, № 1, 2003).

1. Редакція приймає до друку статті українською або російською, або англійською мовами.

Файл з текстом наукової статті має містити:

– відомості про автора (ім'я, по батькові повністю, прізвище, вчений ступінь, вчене звання, посада, місце роботи, службовий і мобільний телефони, E-mail);

– розширене УДК статті;

– назва статті, резюме (500–700 знаків) та ключові слова (5–7 слів або словосполучень) українською, російською та англійською мовами);

– окремим файлом надається розширена (1,5–2 сторінки: шрифт – 14 pt.; інтервал між рядками – 1,5) анотація англійською мовою.

До тексту додається рецензія-рекомендація.

2. Вимоги до оформлення тексту рукопису.

2.1. Папір формату А4; параметри сторінки: верхній і нижній береги – 20 мм, лівий – 30 мм, правий – 15 мм; шрифт Times New Roman – 14 pt.; інтервал між рядками – 1,5.

2.2. Посилання на джерела оформлюються як посторінкові виноска – індексом (арабськими цифрами).

2.3. Бібліографічні описи джерел мають обов'язково містити прізвище та ініціали авторів, назви їхніх праць, місто та рік видання, видавництво, загальну кількість сторінок тощо.

2.4. Авторські примітки оформлюються наприкінці сторінок з використанням символу * як знаку виноска.

3. Обсяг авторських рукописів. Орієнтовний обсяг статті – 10 сторінок (20 тис. зн. з пробілами); наукових повідомлень, рецензій тощо – 3–5 сторінок.

Рукописи, що не відповідають вимогам, зазначеним у п. 1–3, редакція не реєструє й не розглядає з метою публікації.

Рукописи і рецензії редакція не повертає.

Публікації здійснюються на платній основі.

«Часопис Київського університету права» внесено до переліку фахових видань за спеціальністю «Юридичні науки» (постанова Президії ВАК України № 1-05/6 від 12.06.2002 р.; постанова Президії ВАК України № 1-05/3 від 14.04.2010 р.; наказ Міністерства освіти і науки України № 528 від 12.05.2015 р.).

«Часопис Київського університету права» внесено до Міжнародної наукометричної бази «Index Copernicus International» (Польща)

Ліцензійною угодою від 10.10.2014 р. «Часопис Київського університету права» внесено до Міжнародної наукометричної бази даних HeinOnline (США)

Київський університет права НАН України
вул. Терещенківська, 2. *Тетяна Володимирівна*, тел.: 235-63-24.
E-mail: chasprava@ukr.net

Нагадуємо:

відповідальність за достовірність інформації, що міститься в статтях і повідомленнях часопису, лежить на їхніх авторах; у статтях і повідомленнях часопису висловлені погляди їхніх авторів, які не завжди збігаються з поглядами редакції; листування з читачами тільки на сторінках часопису; рукописи і рецензії авторам не повертаємо.

Редакція часопису