

Національна академія правових наук України
Київський регіональний центр

НОВЕ УКРАЇНСЬКЕ ПРАВО

Випуск 3



Видавничий дім
«Гельветика»
2021

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

ГРИНЯК Андрій Богданович, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, заступник директора Київського регіонального центру Національної академії правових наук України з наукової роботи (головний редактор);

ДУРНОВ Євген Сергійович, доктор юридичних наук, професор, заступник начальника управління координації пенсійних питань та соціальної роботи Департаменту персоналу МВС України, полковник поліції;

КАРАГУСОВ Фархад Сергійович, доктор юридичних наук, професор Інституту приватного права Каспійського університету (Алмати, Республіка Казахстан);

КОЛЕСНИК Тетяна Володимирівна, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри цивільного, трудового права та права соціального забезпечення Донецького юридичного інституту МВС України;

КОСТЮЧЕНКО Олена Євгенівна, доктор юридичних наук, професор, провідний науковий співробітник Київського регіонального центру Національної академії правових наук України;

КОТ Олексій Олександрович, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, директор Київського регіонального центру Національної академії правових наук України;

КУЗНЕЦОВА Наталія Семенівна, доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, віце-президент Національної академії правових наук України;

ЛОШИЦЬКИЙ Михайло Васильович, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри публічного права Східноєвропейського університету імені Рауфа Аблязова;

МОНАЄНКО Антон Олексійович, доктор юридичних наук, професор, головний науковий співробітник відділу забезпечення інтеграції академічної та університетської правової науки та розвитку юридичної освіти Київського регіонального центру Національної академії правових наук України;

МОСКАЛЕНКО Олена Вячеславівна, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін і трудового права імені проф. О. І. Процевського Харківського національного педагогічного університету імені Г. С. Сковороди;

ПЕТРИШИН Олександр Віталійович, доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, президент Національної академії правових наук України;

ПЛЕНЮК Мар'яна Дмитрівна, доктор юридичних наук, професор, учений секретар Київського регіонального центру Національної академії правових наук України;

ЧЕХОВСЬКА Ірина Василівна, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного права Університету державної фіскальної служби України;

САЙМОНС Вільям Бредфорд, доктор юридичних наук, почесний професор Лейденського університету (Лейден, Нідерланди).

Журнал ухвалено до друку Вченою радою
Київського регіонального центру Національної академії правових наук України
1 липня 2021 р., протокол № 7

Науковий журнал «Нове українське право» зареєстровано Міністерством юстиції України
(Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
серія КВ № 24628-14568Р від 23.10.2020 року)

Наказом МОН України від 19.04.2021 № 420 (додаток 3) журнал включено до Категорії «Б»
Переліку наукових фахових видань України зі спеціальності 081 – Право.

Офіційний сайт видання: www.newukrainianlaw.in.ua

Статті у виданні перевірені на наявність плагіату за допомогою програмного забезпечення
StrikePlagiarism.com від польської компанії Plagiat.pl.

ЗМІСТ

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРИВАТНОГО ПРАВА

Арабаджи Н. Б., Атаманова Н. В.

ІСТОРИЧНІ АСПЕКТИ ВПЛИВУ РИМСЬКОГО ПРАВА
НА СТАНОВЛЕННЯ СУЧАСНИХ ПРАВОВИХ СИСТЕМ.....11

Великанова М. М.

ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ ВИКОРИСТАННЯМ
ТЕХНОЛОГІЙ ШТУЧНОГО ІНТЕЛЕКТУ, ЯК СПЕЦІАЛЬНИЙ ДЕЛІКТ.....17

Гриняк А. Б.

ОНОВЛЕННЯ ЗАГАЛЬНИХ ПОЛОЖЕНЬ ПРО ДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ:
УДОСКОНАЛЕННЯ ПРИВАТНОПРАВОВИХ ВІДНОСИН
У ГРОМАДЯНСЬКОМУ СУСПІЛЬСТВІ.....22

Гуцуляк В. К.

ВИКОНАННЯ ДОГОВОРУ ПІДРЯДУ НА ПРОВЕДЕННЯ ПОШУКОВИХ РОБІТ
ЯК ВАЖЛИВА СТАДІЯ ДОТРИМАННЯ ДОГОВІРНОЇ ДИСЦИПЛІНИ
В ГРОМАДЯНСЬКОМУ СУСПІЛЬСТВІ.....29

Дмитришин В. С.

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ РОЗВИТКУ ПРАВОВІДНОСИН
ЛІЦЕНЗУВАННЯ ПРАВ НА ОБ'ЄКТИ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ.....35

Дяченко С. В., Єрмоменко Д. О.

ПРОБЛЕМИ РОЗГЛЯДУ СУДАМИ СПРАВ ПРО ПОЗБАВЛЕННЯ БАТЬКІВСЬКИХ ПРАВ.....41

Єрмолаєва Т. В.

ПИТАННЯ АДАПТАЦІЇ УКРАЇНСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА
ЩОДО СПЕЦІАЛЬНОГО ВИКОРИСТАННЯ ОБ'ЄКТІВ ТВАРИННОГО СВІТУ
(ШЛЯХОМ ЗДІЙСНЕННЯ ПОЛЮВАННЯ) ДО ВИМОГ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ.....49

Ільків О. В.

ПРАВОВА ПРИРОДА ВІДНОСИН, ЩО ВИНИКАЮТЬ
ІЗ ДОГОВОРУ УПРАВЛІННЯ МАЙНОМ.....57

Кузнецов С. С.

КОНЦЕПТ «МОРСЬКІ ПРАВОВІДНОСИНИ» У КОНТЕКСТІ
ПРАВОВОЇ (МОРСЬКОЇ) ДОКТРИНИ ДЛЯ УКРАЇНИ.....63

Кухарев О. Є.

ЩОДО ПИТАННЯ СТОСОВНО ВДОСКОНАЛЕННЯ
ІНСТИТУТУ СПАДКОВОГО ДОГОВОРУ В КОНТЕКСТІ РЕКОДИФІКАЦІЇ
ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ.....72

Пленюк М. Д., Манченко О. В.

ОСОБЛИВОСТІ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ З МНОЖИННІСТЮ ОСІБ
ЗА ДОГОВОРОМ ДОВІЧНОГО УТРИМАННЯ (ДОГЛЯДУ) ЯК ВАЖЛИВА СКЛАДОВА
ВІДНОСИН В ГРОМАДЯНСЬКОМУ СУСПІЛЬСТВІ.....78

Простибоженко О. С.

ПРАВО ВЛАСНОСТІ ПОДРУЖЖЯ НА ЗЕМЕЛЬНУ ДІЛЯНКУ: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ.....83

Синегубов О. В.

ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗАХИСТУ
ПРАВОМІРНИХ ОЧІКУВАНЬ ПІД ЧАС ЗДІЙСНЕННЯ ПРОЦЕДУР БАНКРУТСТВА.....90

Таш'ян Р. І.

НЕДІЙСНІ ПРАВОЧИНИ В РЕФОРМОВАНОМУ ЦИВІЛЬНОМУ
ЗАКОНОДАВСТВІ ФРАНЦІЇ: ДОСВІД ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ.....103

Устінова-Бойченко Г. М., Шелудяков Р. С., Привиденцев О. Г.

ВПЛИВ ПРЕЗЮМОВАНИХ ФАКТІВ НА ДОКАЗОВУ ПОЗИЦІЮ
В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ.....108

Хобор Р. Б.

УДОСКОНАЛЕННЯ ПРОЦЕДУРИ УКЛАДЕННЯ ШЛЮБНИХ ДОГОВОРІВ:
ОКРЕМІ ПИТАННЯ ОНОВЛЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ТА СІМЕЙНОГО
ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ.....113

Шабалін А. В.

ПРИРОДА ВЗАЄМОЗВ'ЯЗКУ НОРМ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ТА МАТЕРІАЛЬНОГО ПРАВА
В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ.....120

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПУБЛІЧНОГО ПРАВА

Андронов І. В.

ТРАНСПАРЕНТНІСТЬ СУДОВОЇ ВЛАДИ В УМОВАХ ДІДЖИТАЛІЗАЦІЇ
ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА.....127

Бедний О. І.

ЗМІСТ ТА ЗНАЧЕННЯ ПРИНЦИПІВ НАЛЕЖНОГО ВРЯДУВАННЯ
В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ.....134

Бориченко К. В.

УДОСКОНАЛЕННЯ МЕХАНІЗМУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА
НА СОЦІАЛЬНИЙ ЗАХИСТ З МЕТОЮ ЗБЕРЕЖЕННЯ ПРОПОРЦІЙНОСТІ
З ФІНАНСОВИМИ МОЖЛИВОСТЯМИ ДЕРЖАВИ.....140

Мінченко О. В.

ПРИНЦИПИ ПРАВА: НЕОБХІДНІСТЬ ПЕРЕОСМИСЛЕННЯ.....145

Міщук І. В., Сахнюк В. В.

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ПРАВА НА БЕЗОПЛАТНУ ПРАВОВУ ДОПОМОГУ В КОНТЕКСТІ
ПРЕЦЕДЕНТНОЇ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ.....151

Півторак Г. Ф., Іванова А. В.

МІЖУРЯДОВІ УГОДИ УКРАЇНИ В ГАЛУЗІ РИБАЛЬСТВА: УКЛАДЕННЯ ТА РЕАЛІЗАЦІЯ.....156

Стець О. М., Павліченко Є. В.

СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ УКРАЇНСЬКОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ
ТА НАПРЯМ ЇХ УНИКНЕННЯ.....164

Томкіна О. О.

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РОЗВИТКУ ТРАНСПАРЕНТНОСТІ
КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ
В УМОВАХ СУЧАСНОГО СУСПІЛЬСТВА.....170

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ РОЗВИТКУ ЮРИДИЧНОЇ ОСВІТИ

Костюченко О. Є.

ПРАВОВА ПРИРОДА АКАДЕМІЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ.....179

Красицька Л. В.

ПЛАГІАТ І САМОПЛАГІАТ ЯК ПРАВОВІ ЯВИЩА.....188

Лазарєв В. В.

ПОНЯТТЯ «ЮРИДИЧНА МОВА»: СУЧАСНІ НАУКОВІ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ.....194

АЛЬТЕРНАТИВНІ СПОСОБИ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ

Григорчук М. В.

| | |
|---|-----|
| ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБІТРАЖУ ЩОДО ЗАХИСТУ ПРАВ ПІДПРИЄМЦІВ..... | 198 |
|---|-----|

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ

Бабчинська Т. В.

| | |
|---|-----|
| РОЗВИТОК ТА ЕТАПИ СТАНОВЛЕННЯ ІНСТИТУТУ ЗАХИСТУ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ..... | 204 |
|---|-----|

Доценко О. С.

| | |
|--|-----|
| ОСОБЛИВОСТІ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ПРОТИДІЇ ОРГАНІЗОВАНИЙ ЗЛОЧИННОСТІ В УКРАЇНІ..... | 214 |
|--|-----|

Калька І. З.

| | |
|--|-----|
| ПІДСТАВИ ТА ПОРЯДОК НАБУТТЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО СТАТУСУ ПІДОЗРЮВАНОВОГО У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ..... | 221 |
|--|-----|

Коваль А. А.

| | |
|--|-----|
| ТЕОРЕТИЧНІ ОСНОВИ ВИЗНАЧЕННЯ ЗАСАД ПРОВЕДЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ..... | 228 |
|--|-----|

Курилюк Ю. Б.

| | |
|---|-----|
| КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПОРУШЕННЯ ПОРЯДКУ В'ЇЗДУ НА ТИМЧАСОВО ОКУПОВАНУ ТЕРИТОРІЮ УКРАЇНИ ТА ВИЇЗДУ З НЕЇ..... | 235 |
|---|-----|

Леган І. М.

| | |
|---|-----|
| ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВИХ ВІДНОСИН У СФЕРІ МІЖНАРОДНОГО СПІВРОБІТНИЦТВА ЩОДО ПРОТИДІЇ КОНТРАБАНДИ МІГРАНТІВ І ТОРГІВЛІ ЛЮДЬМИ..... | 243 |
|---|-----|

Логвинський Г. В.

| | |
|--|-----|
| РОДОВИЙ ОБ'ЄКТ ДЛЯ ПОСЯГАННЯ НА ЗАХИСНИКА ЧИ ПРЕДСТАВНИКА ОСОБИ..... | 249 |
|--|-----|

Сийпловіч М. В.

| | |
|---|-----|
| ОСОБЛИВОСТІ ПІДГОТОВКИ ПЕРШОГО ПРОЄКТУ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ ПІД КЕРІВНИЦТВОМ ПРОФЕСОРА В.М. СМІТІЄНКА..... | 255 |
|---|-----|

Шумило М. Є.

| | |
|--|-----|
| НОРМАТИВНО-ПРАВОВА МОДЕЛЬ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ЗА ЧИННИМ КПК: ТЕОРЕТИЧНІ І ПРАКТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ТА ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ..... | 261 |
|--|-----|

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛІСТИКИ ТА КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО ПРАВА

Нікітіна-Дудікова Г. Ю.

| | |
|--|-----|
| МЕТОДОЛОГІЧНІ ОСНОВИ ДОСЛІДЖЕННЯ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ МЕТОДИКИ РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ СТАТЕВОЇ СВОБОДИ ТА СТАТЕВОЇ НЕДОТОРКАНОСТІ ДІТЕЙ..... | 267 |
|--|-----|

Пилипенко Д. О.

| | |
|---|-----|
| ВИЗНАЧЕННЯ СУБ'ЄКТІВ КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОЇ ПОЛІТИКИ УКРАЇНИ..... | 273 |
|---|-----|

ІНОЗЕМНИЙ ДОСВІД ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Карагусов Ф. С.

| | |
|---|-----|
| ВОСПРИЯТИЕ КОНЦЕПЦИИ СОЦИАЛЬНОГО ПРЕДПРИЯТИЯ И ДРУГИЕ КОМПОНЕНТЫ ПРЕДЛАГАЕМОЙ РЕФОРМЫ ПРАВОВОЙ ОСНОВЫ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН..... | 278 |
|---|-----|

ТРИБУНА МОЛОДОГО ВЧЕНОГО

Бузунко О. А.

| | |
|--|-----|
| ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ФУНКЦІОНУВАННЯ ЕКОЛОГІЧНИХ СУДІВ..... | 294 |
|--|-----|

Єремєєв А. В.

| | |
|---|-----|
| ГОСПОДАРСЬКА ПРАВОСУБ'ЄКТНІСТЬ ОФШОРНИХ КОМПАНІЙ: ОСНОВНІ ОСОБЛИВОСТІ ТА ВИЗНАЧАЛЬНІ ОЗНАКИ..... | 300 |
|---|-----|

Іваницький А. М.

| | |
|---|-----|
| ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА МІЖНАРОДНИХ МЕХАНІЗМІВ ЗАХИСТУ ПРАВ..... | 308 |
|---|-----|

Ломей Д. В.

| | |
|---|-----|
| СТАНДАРТИ ПРАВА ПРАЦІВНИКІВ НА ПРОФЕСІЙНУ (СЛУЖБОВУ) КАР'ЄРУ В АКТАХ РАДИ ЄВРОПИ ТА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ..... | 313 |
|---|-----|

Лук'янченко С. О.

| | |
|--|-----|
| СВОБОДА СОВІСТІ ТА СВОБОДА ВІРОСПОВІДАННЯ ЯК ОБ'ЄКТ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ..... | 319 |
|--|-----|

Пономаренко М. В.

| | |
|---|-----|
| ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПОЛІТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ У СФЕРІ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ НА ПРОДОВОЛЬЧОМУ РИНКУ..... | 325 |
|---|-----|

Слободян І. Ю., Судак І. М.

| | |
|--|-----|
| МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД РЕАЛІЗАЦІЇ СОЦІАЛЬНОЇ ПОЛІТИКИ ДЕРЖАВИ..... | 332 |
|--|-----|

Шаповалова К. І.

| | |
|---|-----|
| АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПОРЯДКУ ВПРОВАДЖЕННЯ ТА ФУНКЦІОНУВАННЯ СИСТЕМИ CUSTODY RECORDS У ДІЯЛЬНІСТЬ ОРГАНІВ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ УКРАЇНИ..... | 338 |
|---|-----|

ПЕРСОНАЛІЇ

| | |
|---|-----|
| ПОЗДРАВЛЕНИЕ С ЮБИЛЕЕМ ФАРХАДА СЕРГЕЕВИЧА КАРАГУСОВА..... | 344 |
|---|-----|

CONTENTS

TOPICAL ISSUES OF PRIVATE LAW

Arabadzhy Natalia, Atamanova Natalia

HISTORICAL ASPECTS OF THE INFLUENCE OF ROMAN LAW ON THE FORMATION OF MODERN LEGAL SYSTEMS.....11

Velykanova Maryna

COMPENSATION FOR DAMAGE CAUSED BY THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE TECHNOLOGIES AS A SPECIAL TORT.....17

Hryniak Andrii

RENEWAL GENERAL PROVISIONS ON CONTRACTUAL OBLIGATIONS: IMPROVING PRIVATE LAW RELATIONS IN CIVIL SOCIETY.....22

Hutsulyak Volodymyr

EXECUTION OF A CONTRACT FOR EXPLORATION WORK AS AN IMPORTANT STAGE OF COMPLIANCE WITH CONTRACTUAL DISCIPLINE IN CIVIL SOCIETY.....29

Dmytryshyn Volodymyr

ACTUAL ISSUES OF LEGAL RELATIONS DEVELOPMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY LICENSING.....35

Diachenko Serhii, Yeromenko Daria

PROBLEMS OF COURT CONSIDERATION OF CASES OF DEPRIVATION OF PARENTAL RIGHTS.....41

Yermolaieva Tetiana

ADAPTING UKRAINIAN LEGISLATION ON THE SPECIAL USE OF THE WILDLIFE OBJECTS (BY WAY OF HUNTING) TO THE DEMANDS OF THE EUROPEAN UNION.....49

Ilkiv Oleh

LEGAL NATURE OF THE RELATIONSHIP ARISING FROM THE PROPERTY MANAGEMENT AGREEMENT.....57

Kuznietsov Serhii

THE CONCEPT OF "MARITIME LEGAL RELATIONSHIPS" IN THE CONTEXT OF LEGAL (MARITIME) DOCTRINE FOR UKRAINE.....63

Kukhariev Oleksandr

REGARDING THE ISSUE ON IMPROVING THE INHERITANCE AGREEMENT INSTITUTION IN THE CONTEXT OF RECODIFICATION OF CIVIL LEGISLATION OF UKRAINE.....72

Pleniuk Mariana, Manchenko Olena

PECULIARITIES OF PERFORMANCE OF OBLIGATIONS THE CONTRACT OF LIFELONG MAINTENANCE (CARE) WITH THE PLURALITY OF PERSONS AS AN IMPORTANT COMPONENT OF RELATIONS IN CIVIL SOCIETY.....78

Prostybozhenko Oleh

SPOUSES' OWNERSHIP OF LAND: PROBLEMATIC ISSUES.....83

Syniehubov Oleh

THEORETICAL AND PRACTICAL ASPECTS OF PROVIDING THE PROTECTION OF RIGHTFUL EXPECTATIONS DURING BANKRUPTCY PROCEDURE.....90

Tashian Roman

INVALID TRANSACTIONS IN THE REFORMED CIVIL LEGISLATION OF FRANCE: THE EXPERIENCE OF LEGAL REGULATION.....103

Ustinova-Boichenko Hanna, Sheludiakov Roman, Pryvydentsev Oleksandr

THE INFLUENCE OF PRESUMED FACTS ON THE EVIDENTIARY POSITION IN CIVIL PROCEEDINGS.....108

Khobor Romana

IMPROVEMENT OF THE PROCEDURE FOR THE CONCLUSION OF MARRIAGE AGREEMENTS:
SPECIFIC ISSUES OF UPDATING THE LEGISLATION OF UKRAINE.....113

Shabalin Andrii

LEGAL RELATIONSHIP OF PROCEDURAL AND LEGAL NORMS WITH OTHER LEGISLATION
IN THE JUDICIAL PROTECTION OF CIVIL RIGHTS.....120

TOPICAL ISSUES OF PUBLIC LAW

Andronov Ihor

TRANSPARENCY OF THE JUDICIARY IN THE CONDITIONS OF DIGITALIZATION
OF CIVIL JUDICIAL PROCEEDINGS.....127

Bednyi Oleh

PRINCIPLES OF GOOD GOVERNANCE IN THE SYSTEM OF PRINCIPLES
OF ADMINISTRATIVE LAW OF UKRAINE.....134

Borychenko Kateryna

IMPROVING THE MECHANISM FOR ENSURING THE RIGHT TO SOCIAL PROTECTION
IN ORDER TO MAINTAIN PROPORTIONALITY WITH THE FINANCIAL CAPABILITIES
OF THE STATE.....140

Minchenko Olha

PRINCIPLES OF LAW: RETHINKING NECESSITY.....145

Mishchuk Inna, Sakhnyuk Vita

GENERAL LEGAL, ORGANIZATIONAL-ADMINISTRATIVE AND QUALITATIVE ASPECTS
OF THE RIGHT TO FREE LEGAL AID IN THE CONTEXT OF THE CASE LAW
OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS.....151

Pivtorak Halyna, Ivanova Alla

INTERGOVERNMENTAL AGREEMENTS OF UKRAINE IN THE FIELD OF FISHERIES:
CONCLUSION AND IMPLEMENTATION.....156

Stets Oleg, Pavlichenko Yevheniya

MODERN PROBLEMS OF UKRAINIAN CONSTITUTIONALISM AND DIRECTION
OF THEIR AVOIDANCE.....164

Tomkina Olena

ENSURING THE DEVELOPMENT OF TRANSPARENCY OF THE CONSTITUTIONAL COURT
OF UKRAINE IN MODERN SOCIETY.....170

TOPICAL ISSUES OF THE DEVELOPMENT OF LEGAL EDUCATION

Kostyuchenko Olena

LEGAL NATURE OF ACADEMIC RESPONSIBILITY.....179

Krasytska Larysa

LITERARY PIRACY AND TEXT RECYCLING AS LEGAL PHENOMENA.....188

Lazariev Viktor

CONCEPT "LEGAL LANGUAGE": MODERN SCIENTIFIC INTERPRETATIONS.....194

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTIONS

Hryhorchuk Myroslav

THEORY AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION
TO PROTECT THE RIGHTS OF ENTREPRENEURS.....198

TOPICAL ISSUES OF CRIMINAL LAW AND PROCESS

| | |
|--|-----|
| Babchynska Tetyana | |
| DEVELOPMENT AND STAGES OF ESTABLISHMENT OF THE INSTITUTE OF PROTECTION IN CRIMINAL JUDICIARY..... | 204 |
| Dotsenko Oleksandr | |
| FEATURES OF FORMATION AND DEVELOPMENT OF COUNTERACTION ORGANIZED CRIME IN UKRAINE..... | 214 |
| Kalka Ivan | |
| FOUNDATIONS AND PROCEDURE FOR OBTAINING THE PROCEDURAL STATUS OF A SUSPECT IN THE CRIMINAL PROCESS OF UKRAINE..... | 221 |
| Koval Alla | |
| THEORETICAL BASIS OF DETERMINING THE PRINCIPLES OF CONDUCT OF SECRET INVESTIGATIVE (SEARCH) ACTIONS..... | 228 |
| Kuryliuk Yurii | |
| CRIMINAL LIABILITY FOR VIOLATION OF THE PROCEDURE OF ENTERING THE TEMPORARILY OCCUPIED TERRITORY OF UKRAINE AND LEAVING IT..... | 235 |
| Legan Iryna | |
| PECULIARITIES OF LEGAL RELATIONS IN THE FIELD OF INTERNATIONAL COOPERATION AGAINST MIGRANT SMUGGLING AND HUMAN TRAFFICKING..... | 243 |
| Logvynskyi Georgii | |
| GENERAL OBJECT FOR ATTEMPT ON A COUNSEL FOR THE DEFENSE OR REPRESENTATIVE OF THE PERSON..... | 249 |
| Syiploki Mykola | |
| PREPARATION FEATURES OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE FIRST DRAFT LED BY PROFESSOR V.M. SMITIENKO..... | 255 |
| Shumylo Mykola | |
| THE NORMATIVE AND LEGAL MODEL OF PRE-TRIAL INVESTIGATION UNDER THE CURRENT CRIMINAL PROCEDURAL CODE: THEORETICAL AND PRACTICAL ISSUES AND WAYS OF THEIR SOLUTIONS..... | 261 |

TOPICAL ISSUES OF CRIMINALISTICS AND CRIMINAL-EXECUTIVE LAW

| | |
|---|-----|
| Nikitina-Dudikova Hanna | |
| METHODOLOGICAL BASES OF RESEARCH OF CRIMINOLOGICAL METHODS OF INVESTIGATION OF CRIMES AGAINST SEXUAL FREEDOM AND SEXUAL INVIOABILITY OF CHILDREN..... | 267 |
| Pylypenko Dmytro | |
| DEFINITION OF SUBJECTS OF CRIMINAL-EXECUTIVE POLICY OF UKRAINE..... | 273 |

INTERNATIONAL EXPERIENCE OF LAW ENFORCEMENT

| | |
|---|-----|
| Karagussov Farkhad | |
| PERCEPTION OF THE SOCIAL ENTERPRISE CONCEPT IS ANOTHER COMPONENT OF THE PROPOSED REFORM OF THE LEGAL FRAMEWORK OF LEGAL ENTITIES IN THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN..... | 278 |

TRIBUNE OF A YOUNG SCIENTIST

Buzunko Olena

FOREIGN EXPERIENCE IN THE ORGANIZATION AND OPERATION
OF ENVIRONMENTAL COURTS.....294

Yeremeyev Andriy

ECONOMIC AND LEGAL PERSONALITY OF OFFSHORE COMPANIES:
MAIN PECULIARITIES AND DEFINITIVE FEATURES.....300

Ivanytskyi Andrii

LEGAL CHARACTERISTICS OF INTERNATIONAL MECHANISMS
OF PROTECTION OF RIGHTS.....308

Lomey Dmytro

STANDARDS OF EMPLOYEES' RIGHT TO A PROFESSIONAL (OFFICIAL) CAREER
IN THE ACTS OF THE COUNCIL OF EUROPE AND THE EUROPEAN UNION.....313

Lukyanchenko Serhii

FREEDOM OF CONSCIENCE AND FREEDOM OF RELIGION AS AN OBJECT
OF CRIMINAL LAW PROTECTION.....319

Ponomarenko Maria

LEGAL REGULATION OF THE EUROPEAN UNION POLICY IN THE FIELD
OF CONSUMER RIGHTS IN THE FOOD MARKET.....325

Slobodian Iryna, Sudak Iryna

INTERNATIONAL EXPERIENCE IN IMPLEMENTING A SOCIAL POLICY OF STATE.....332

Shapovalova Kateryna

ADMINISTRATIVE AND LEGAL REGULATION OF THE PROCEDURE FOR IMPLEMENTATION
AND FUNCTIONING OF THE CUSTODY RECORDS SYSTEM IN THE ACTIVITIES
OF THE BODIES OF THE NATIONAL POLICE OF UKRAINE.....338

PERSONALITIES

CONGRATULATIONS ON THE ANNIVERSARY OF FARKHAD KARAGUSOV.....344

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРИВАТНОГО ПРАВА

УДК 340.12

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.1>

ІСТОРИЧНІ АСПЕКТИ ВПЛИВУ РИМСЬКОГО ПРАВА НА СТАНОВЛЕННЯ СУЧАСНИХ ПРАВОВИХ СИСТЕМ

Арабаджи Наталя Борисівна,

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри державно-правових дисциплін
Міжнародного гуманітарного університету

Атаманова Наталя Віталіївна,

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри державно-правових дисциплін
Міжнародного гуманітарного університету

У статті здійснено аналіз правової системи України та вплив на неї норм римського права. Розкрито теоретико-правовий аспект сутності й змісту рецепції права, рецепції римського права в правовій системі України та його гармонізації згідно з особливостями правової системи. З'ясовано роль і значення римського права в правовій системі України. Проаналізовано характерні риси процесу рецепції римського права в правовій системі України в різні історичні епохи. Визначено ступінь впливу римського права на сучасне право, і це дало змогу адекватно оцінювати загальні закономірності, найбільш вагомі здобутки та проблеми у формуванні сучасної правової системи. Розглянуто історичний розвиток генезису правової системи, інститутів і галузей права України. Визначено роль і значення впливу римського приватного права на розвиток правового регулювання цивільних відносин. Описано процес трансформації українського права, що зумовлена відтворенням традицій романо-германської правової сім'ї. Виявлено, що в процесі історичного розвитку права система України зазнала сприятливого впливу римського приватного права, хоча й при тому збереглися його національні особливості. Доведено, що історичне походження розвитку вітчизняного права традиційно пов'язано із римською правовою доктриною, яка передусім проявилася в Руській правді, Литовських статутах, Правах, за якими судиться малоросійський народ, й інших пам'ятках українського права. Проаналізовано історико-правові умови впливу римського права на процес регулювання відносин на українських землях (IX–XX ст.). Велику увагу приділено аналізу рецепції римського права в джерелах права на тогочасних українських землях, насамперед у Руській правді, Литовських статутах, Правах, за якими судиться малоросійський народ, 1743 р., Зібранні малоросійських прав 1807 р. Охарактеризовано вплив деяких положень та ідей римського права в процесі кодифікації українського радянського цивільного права. Визначено сучасний період становлення сучасних правових систем під впливом римського права.

Ключові слова: римське право, правова система, рецепція, історичний період, кодифікація, джерела права.

Arabadzhy Natalia, Atamanova Natalia. Historical aspects of the influence of Roman law on the formation of modern legal systems

The article analyzes the legal system of Ukraine and the influence of Roman law on it. The theoretical and legal aspect of the essence and content of the reception of law, the reception of Roman law in the legal system of Ukraine and its harmonization according to the peculiarities of the legal system is revealed. The role and significance of Roman law in the legal system of Ukraine were clarified. The characteristic features of the process of reception of Roman law in the legal system of Ukraine in different historical epochs are analyzed. The degree of influence of Roman law on modern law was determined, and this allowed to adequately assess the general

patterns, the most significant achievements and problems in the formation of the modern legal system. The historical development of the genesis of the legal system, institutions and branches of law of Ukraine is considered. The role and significance of the influence of Roman private law on the development of legal regulation of civil relations are determined. The process of transformation of Ukrainian law, which is caused by the reproduction of the traditions of the Romano-Germanic legal family, is described. It was found that in the process of historical development the legal system of Ukraine was favorably influenced by Roman private law, although its national features were preserved. It is proved that the historical origin and development of domestic law is traditionally connected with the Roman legal doctrine, which, first of all, manifested itself in Russian Truth, Lithuanian statutes, "Rights of the Little Russian People" and other monuments of Ukrainian law. The historical and legal conditions of the influence of Roman law on the process of regulation of relations in the Ukrainian lands (IX–XX centuries) are analyzed. Much attention is paid to the analysis of the reception of Roman law in the sources of law in the then Ukrainian lands, primarily in n truth, Lithuanian statutes, the rights of the Little Russian people in 1743, the Collection of Little Russian rights in 1807. The influence of some provisions and ideas of Roman law in the process of codification of Ukrainian Soviet civil law. The modern period of formation of modern legal systems under the influence of Roman law is determined.

Key words: Roman law, legal system, reception, historical period, codification, sources of law.

Аналіз правової системи України та вплив на неї норм римського права набуває особливого значення, оскільки держава є провідником євроінтеграційного процесу, що досить активно поширюється в національному правовому полі.

У сучасний період спостерігається зближення різноманітних правових систем у процесі впливу глобалізації. Варто відмітити, що правова система будь-якої країни володіє власними національними, історичними, культурними особливостями. У країнах, де юридична наука сформувалася на базі римського права, уся правова система належить уже до романо-германського типу правових систем. Не є винятком Україна, оскільки на формування її правової системи мали значний вплив римське, канонічне, французьке, австрійське, німецьке, російське й, зокрема, радянське законодавства в різні історичні епохи. Саме тому актуальним убачається дослідити історичні аспекти впливу римського права на становлення сучасних правових систем.

Актуальність теми статті зумовлена тим, що сьогодні активізувалися дослідження стосовно поняття рецепції як вітчизняними, так і зарубіжними науковцями, водночас питання рецепції римського права в правовій системі України мало досліджене. Тож, зважаючи на це, великого значення набувають наукові розвідки питань рецепції римського права для здійснення ідентифікації правової системи України до романо-германського типу правової системи.

Метою статті є вивчення історичних аспектів впливу римського права на становлення сучасних правових систем.

Досягнення поставленої мети опосередковує необхідність вирішення таких завдань: з'ясувати роль і значення римського права в правовій системі України; подати характерні риси процесу рецепції римського права в правовій системі України в різні історичні епохи; визначити ступінь впливу римського права на сучасне право, що дасть змогу більш адекватно оцінювати загальні закономірності, найбільш вагомні здобутки та ймовірні труднощі на шляху сучасного правотворення.

Загалом питання рецепції та впливу римського права на становлення сучасних правових систем як у теоретичному, так і в історичному аспектах висвітлювалися в наукових працях вітчизняних і зарубіжних учених: О. Підпригори, Є. Харитонова, О. Харитонові, Є. Орча, Б. Тищика, П. Захарченка, П. Музиченка, Ю. Бардаха, О. Бальцера, П. Виноградова, В. Володкевича, І. Покровського, Є. Харитонова й інших. У зв'язку з вищезазначеним у статті аналізується вплив римського права на формування сучасної правової системи України.

Історичне значення римського права для нашої країни зумовлено тим, що протягом значного періоду часу воно в класичному та греко-римському варіанті впливало на формування й розвиток вітчизняного права, досі впливає на

формування всієї концепції приватного права України. На думку О. Підпригори, Є. Харитонова, «довершеність системи римського права, яка ґрунтувалася на ідеях природного права, а також на засадах справедливості, порядності, доброчесності, зумовила періодично повторювані спроби відродити сам дух римського права, притому використати його найвдаліші знахідки й рішення» [5, с. 3].

Історичні аспекти впливу римського права на становлення сучасних правових систем розглядали в дослідженнях чимало науковців. Так, Л. Луць до романо-германського типу відносив правові системи, які виникли на Європейському континенті на базі канонічного і звичаєвого права та рецепції римського права [2, с. 54]. Досить вдало із цього приводу зазначали Є. Орач, Б. Тищик, підкресливши, що загалом значення римського права не в тому, що воно крізь санкціонування законодавчих актів ставало вже чинним правом – це явища, що минають; а значення римського права в тому, що ним насичена вся література, саме воно впливало на розвиток права й розширяло юридичне мислення загалом [4].

Водночас П. Музиченко, аналізуючи романо-германську правову сім'ю, зазначав, що вона володіє доволі давньою юридичною історією і склалася на базі вивчення римського права в італійських, французьких і німецьких університетах, які утворили у XII–XVI ст. на основі Зводу законів Юстиніана загальну для значної частини європейських країн юридичну науку. На думку науковця, саме тоді відбувся процес, що в результаті отримав назву «рецепція римського права». І при тому спочатку ця рецепція мала доктринальні форми: римське право безпосередньо не застосовувалося; вивчався його понятійний фонд, структура, внутрішня логіка та юридичні техніки [3].

Відмітимо, що римське право є унікальним явищем у юриспруденції внаслідок визначної ролі в правовій системі сучасності. І воно пережило багато поколінь і стало своєрідним фундаментом для розвитку багатьох правових систем держав Європи завдяки рецепції римського права. Так, відомий польський романіст В. Володкевич зазначав, що «римське право є одним

із тих елементів класичної культури, що найбільшою мірою вплинули на сучасний світ. Саме воно доволі тісно пов'язане із суспільним та економічним устроєм Стародавнього Риму й, зокрема, багате універсальними елементами, що використовуються в інших умовах. Водночас вплив римського права на процес формування сучасного правопорядку набагато більший, аніж у будь-якого другого стародавнього права. Також інститути та юридичні конструкції й, відповідно, поняття, що розроблені римлянами, мали безперечний вплив на всю історичну епоху становлення права. Більше того, римське право пережило й саму державу, у якій воно сформувалося. Саме під покровом римського права й розвинулася національна правова система в кожній країні Європи від Середньовіччя до сучасності» [1].

Поняття «рецепція» латинського походження й означає процес «прийняття» чи «запозичення». Загалом термін рецепції використовується в різноманітних галузях, у науковому обігу він появився в другій половині XIX ст. До основоположника відносять німецького правознавця та історика Ф.К. фон Савіні – одного із засновників історичної школи права. У власних дослідженнях він доводив думку, що саме римське право діяло ще від часів падіння Західної Римської імперії (476 р. – XI ст.) у значній частині Європи в звичаях, законах і працях середньовічних юристів, й на відміну від його сучасників, які запевняли, що рецепція римського права почалася в період XI–XII ст. [5, с. 104].

Юридична енциклопедія за редакцією Ю. Шемшученка поняття рецепції подає як «відродження, сприйняття ідей, принципів і положень системи права минулої епохи новою системою права» [7, с. 532].

Учені О. Підпригора та Є. Харитонов під рецепцією розуміли його відродження та сприйняття духу, а також ідей та основних засад і головних положень певною цивілізацією на окремому етапі її розвитку в контексті загального процесу циклічного ренесансу. Метою і кінцевим результатом рецепції є процес створення вже на наявній базі щось нового в галузі культури, права тощо [5, с. 130]. Л. Луць розглядав рецепцію як запозичення, асиміляцію певним суспільством чужої культурної моделі [2].

Так, Є. Орач, Б. Тищик досліджував рецепцію права як своєрідний однобічний і добровільний процес запозичення, а також сприйняття й подальше пристосування до відповідних умов держави розвинутого права, утвореного в другий період часу чи в іншій країні з метою вдосконалення та поліпшення дії своєї правової системи. Аналізуючи рецепцію, науковець розглядала її як досить складний процес, що не зводиться до простого механічного перенесення окремого нормативного положення, зокрема, підкреслює її подальше засвоєння й використання деякої ідеї, принципу, інституту правової системи з іншого історичного періоду або ж іншого народу; добровільне запозичення, а не примусове; свідоме запозичення; однобічне запозичення; запозичення з ініціативи суб'єкта-реципієнта; запозичення, яке є можливим у рамках взаємодії майже однорідних правових систем [4, с. 142].

Варто підкреслити, що на українські землі римське право поширювалося двома шляхами: східним і західним. Так, східний шлях проявлявся через візантійське (канонічне) право («Номоканон») і через так звані переробки світського (тобто державного) права («Еклога», «Прохірон»), а західний – крізь магдебурзьке (німецьке) право. Загалом рецепція римського права в Україні відбувалася опосередковано, тому виключати чи абсолютизувати певний шлях його поширення не варто, адже це був синтез правових положень, що досить позитивно впливали на розвиток усього руського (староукраїнського) права.

Таким чином, досліджуючи питання впливу римського права на становлення сучасних правових систем країн, варто виділити такі групи:

а) держави з опосередкованою рецепцією більшості норм римського права: Італія, південь Франції, Іспанія;

б) країни з досить сильним впливом римського права: Німеччина, Австрія, Нідерланди;

в) країни з обмеженою рецепцією римського права, що проходить шляхом запозичення певної ідеї та норми римського права не зокрема з першоджерела, а крізь ті системи, де сама рецепція відбулася

раніше: північна Франція, Польща, Угорщина, Україна, Росія;

г) країни, що не відчули помітного впливу римського права: Англія та Ірландія [2].

Беручи до уваги історичний період, з огляду на те що саме рецепція римського права є доволі складним явищем, варто виділити кілька етапів цього процесу. Процес виникнення рецепції в Західній Європі датують кінцем XI – початком XII ст. Велику роль у відродженні класичного римського права тоді відіграв Болонський університет, у якому працював Ірнерій (1055–1130 рр.) – тогочасний доволі відомий знавець римського права. Саме ним й утворена школа римського права, яка мала назву «глосатори». Винесені короткі зауваження стосовно деяких незрозумілих місць норм римського права, що записувалися на поля, й отримали назву глоса. Ірнерій мав чимало учнів і послідовників, що потім продовжили його роботу [1]. У XII ст. появилися своєрідні постглосатори, які за основу дослідження й коментування вже брали не римське джерело, а глоси попередників.

Загалом питання впливу римського права на правову систему України є дуже спірним серед спеціалістів. Крім того, варто розуміти, що ця рецепція не була безперервним процесом і володіла багатшаровою структурою, пов'язаною насамперед із впливом правових систем різних країн, оскільки українські землі знаходилися під впливом європейських держав у різноманітні історичні періоди.

У період раннього Середньовіччя Україна впродовж кількох століть була самостійною державою (у часи Київської Русі), а її загальна та правова культура було зорієнтована на східноєвропейську цивілізацію, зокрема візантійську. Так, у «Повісті минулих літ» збереглися тексти чотирьох русько-візантійських договорів 907–971 рр., що містили норми міжнародного, кримінального й міжнародного приватного права [4].

Вплив римського права на розвиток правової системи України в X–XIX ст. убачається в головному джерелі права Київської Русі «Руській Правді», у якій наявні багато положень, що дуже подібні до положень римського приватного

права в його візантійській інтерпретації. Такий факт свідчить про запозичення деяких норм та інститутів візантійського законодавства. Під час порівняння речового й зобов'язального права згідно з Руською правдою з римським правом варто звернути увагу на деяку схожість окремих рішень. Наприклад, варто відмітити норми, які регулюють громадську та приватну власність, зокрема на землю. Так, згідно з поглядами Є. Харитонова, О. Харитонової, є порівняння концепції в регулюванні спадкування, де досить помітним є вплив ідей так званого «права Юстиніана» щодо визначення видів спадкування за законом [6, с. 22].

У XII–XIII ст. склалися своєрідні історичні умови, завдяки яким тогочасна Україна змогла відійти від східноєвропейської й наблизитися вже до західноєвропейської цивілізації, оскільки з утворенням Галицько-Волинської держави, насамперед за часи короля Данила Галицького, удалося установити й розвинути досить тісні контакти з Європою [5]. Така подія означала напрям у європейську орієнтацію.

Також варто відмітити, що римське право мало прояви в тогочасних угодах. Так, у 1569 р. складено Люблінську унію, згідно з якою Велике князівство Литовське та Королівство Польське об'єднувалися в Річ Посполиту, у результаті чого українські землі були розділені. Досить значний вплив на право тогочасної України мали статuti Великого князівства Литовського 1529, 1566 і 1588 рр. Ці статuti охоплювали майже всі сфери права: державну, цивільну, воєнну, карну, земельну, сімейну галузі, судочинство тощо. Стосовно впливу римського права на сучасну правову систему варто погодитися з поглядами П. Музиченка, що склад кодифікаційної комісії з утворення статутів 1566 та 1588 рр. говорив про те, що тодішні знавці римського права посідали в них визначне місце [3].

Важливо зазначити, що Статут 1566 р. структурою й більшістю положень був схожий на Дигести й Кодекс Юстиніана, особливо це помітно в нормах про вільне розпорядження маєтностями, а також сервітутними правами танормами про купівлю-продаж, позику, заставу тощо. Досить

справедливо із цього приводу зазначали Є. Харитонов, О. Харитонova, що тут уже явно виражена рецепція римського права [6, с. 20]. Крім того, ще більший прояв рецепції римського права помітно в Литовському статуті 1588 р., у якому детальніше врегульовано приватну власність на землю, що могли б належати як поміщикам, так і селянам. Велику увагу приділено й договірному праву та цивільно-правовим деліктам. Зазначимо, що укладачі Литовських статутів, здійснюючи запозичення з римського права, передбачали в них такий вид речового права, як сервітут. Відомо, що джерелами Литовських статутів були Руська правда, а також чинне литовське законодавство та судова практика, положення римського, німецького, польського й, зокрема, звичаєвого права Литви, Польщі та України [4]. Коли ж тогочасне німецьке й польське право формувалося під значним впливом римського права, то й українське право теж формувалося під його впливом.

Право в середньовічній Україні відчуло прямий вплив рецепції римського права, однак завдяки самим нормам канонічного права, а пізніше й статутам Великого князівства Литовського в правовій системі країни розпочали застосовувати деякі юридичні конструкції та терміни, що притаманно римському праву. В Україні XV–XVI ст. вплив римського права відобразився, зокрема, у сфері цивільного й сімейного права. Також можна припуститися думки, що норми римського права були застосовані в середньовічній Україні, однак вони були відомі більш вузькому колу освічених осіб.

Українські землі в період XVII–XVIII ст. опинилися в складі Московської держави та Речі Посполитої, що мало вплив на формування національної правової системи. Упродовж XVIII і на початку XIX ст. було здійснено декілька спроб кодифікації українського права, виконаної спеціальною кодифікаційною комісією, що складалася з представників козацької старшини, української шляхти та духовенства. Однією з найвідоміших кодифікацій українського права першої половини XVIII ст. були Права, за якими судиться малоросійський народ (1743 р.) [3]. Тож під час складання «Прав...» кодифікаційною комі-

сією використано Литовський статут, римські й німецькі джерела, польське законодавство, українське звичаєве право та судову практику.

Україна в XIX ст. формувалася під впливом буржуазних реформ, що мали значні наслідки у становленні правової системи. І вплив деяких положень та ідей римського права спостерігався й під час другої кодифікації українського радянського цивільного права в 1961–1963 рр. У пострадянський період потреба у вивченні та викладанні римського права стала актуальною у зв'язку з тою обставиною, що радянська правова система не визнавала сам інститут права приватної власності, а також індивідуальний правовий інтерес особистості як суб'єкта права, що значно відбивалося на правосвідомості й загалом правовій культурі радянського суспільства. Загалом радянські джерела права не застосовували регуляцію значної кількості інститутів приватного права, вважаючи їх своєрідними пережитками капіталістичного суспільства.

Уже в сучасній правовій системі спостерігається часткова, однак уже не латентна рецепція й вплив римського права на розвиток сучасного передусім цивільного права України. І це проявляється у визначенні права приватної власності та розширенні кола речових прав. Творці Цивільного кодексу України вивчали значну кількість чинних цивільних кодексів західноєвропейських країн і використали все цінне, що ввійшло до скарбниці світової цивілістики зокрема.

Отже, багата історія вивчення та викладання римського права все ж набула великої уваги й актуальності сьогодні, до того ж чимало інститутів римського публічного та приватного права адаптувалося в законодавстві багатьох європейських країнах, у тому числі й Україні. Відмітимо, що Україна зазнала прямого впливу римського права, оскільки багатовікова історія показує, що українські землі були під протекцією інших держав, і саме це мало істотний вплив на формування сучасної правової системи.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Володкевич В. Историческая обусловленность интеграции частного права в Европейском Союзе. *Ius Antiquum. Древнее право*. 2004. № 13. URL: <http://www.dirittoestoria.it/iusantiquum/articles/Wolodkiewicz-Integrazione-diritto-privato-nella-Unione-Europea.htm>.
2. Луць Л.А. Сучасні правові системи світу : навчальний посібник. Львів : Юрид. ф-т Львівського нац. ун-ту ім. Івана Франка, 2003. 234 с.
3. Музыченко П.П. Рецепция римского права в статутах Великого княжества Литовского. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/290235156.pdf>.
4. Орач Є.М., Тищик Б.Й. Римське приватне право : підручник для студ. вищ. навч. закл. Київ : Ін Юре, 2012. 392 с.
5. Підпригора О.А., Харитонов Є.О. Римське право. Київ : Юрінком Інтер, 2006. 512 с.
6. Харитонов Є.О., Харитонova О.І. Рецепція римського права у Статутах Великого князівства Литовського: чинники, передумови та деякі результати. *Актуальні проблеми держави і права* : збірник наук. праць / редкол. С.В. Ківалов (голов. ред.) та ін. ; відп. за вип. Ю.М. Оборотов. Одеса, 2009. С. 18–23.
7. Юридична енциклопедія : у 6 т. / відп. ред. Ю.С. Шемшученко. Київ : Укр. енцикл., 1998–2004. Т. 5 : П-С. 736 с.

УДК 347.42::004.4

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.2>

ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ ВИКОРИСТАННЯМ ТЕХНОЛОГІЙ ШТУЧНОГО ІНТЕЛЕКТУ, ЯК СПЕЦІАЛЬНИЙ ДЕЛІКТ

Великанова Марина Миколаївна,

доктор юридичних наук, доцент,
провідний науковий співробітник

Київського регіонального центру Національної академії правових наук України

У статті піднімається проблема відшкодування шкоди, завданої використанням технологій штучного інтелекту.

Наголошується, що активне використання досягнень комп'ютерних технологій не тільки створює додаткові можливості для людства, а й породжує нові ризики, зокрема створює небезпеку завдання шкоди. Тому метою публікації є напрацювання теоретичної моделі відшкодування шкоди, завданої використанням технологій штучного інтелекту, як спеціального делікту.

На підставі аналізу міжнародних та вітчизняних джерел розглядаються різні підходи до відшкодування шкоди, завданої використанням технологій штучного інтелекту. Зокрема, досліджуються два режими цивільної відповідальності за шкоду, спричинену штучним інтелектом: сувора відповідальність та відповідальність за принципом вини. Загальний режим суворої відповідальності передбачає відповідальність оператора систем штучного інтелекту за шкоду, завдану штучним інтелектом, незалежно від того, де відбувається операція та відбувається це фізично чи віртуально. Натомість відповідальність за принципом вини створює можливість оператору уникнути відповідальності за шкоду, завдану використанням штучного інтелекту, якщо система штучного інтелекту була активована без його відома або оператор проявив належну обачність щодо супроводу системи штучного інтелекту. Згадується також про розподіл відповідальності між операторами, потерпілою особою.

У результаті робиться висновок, що коли розвиток систем штучного інтелекту досягне рівня абсолютної автономності у прийнятті та реалізації рішень, то питання відповідальності за шкоду, спричинену штучним інтелектом, має бути переглянуте з позицій можливості встановлення правового статусу «електронної особи» та визначення її правосуб'єктності.

Ключові слова: цифрові технології, цивільне право, зобов'язання, відповідальність, електронна особа.

Velykanova Maryna. Compensation for damage caused by the use of artificial intelligence technologies as a special tort

The article is raised the issue of compensation for damage caused by the use of artificial intelligence technologies.

It is emphasized that the active use of advances in computer technology not only creates additional opportunities for humanity, but also creates new risks, including the danger of harm. Therefore, the purpose of the publication is to develop a theoretical model of compensation for damage caused by the use of artificial intelligence technologies as a special tort.

Based on the analysis of international and native sources, different approaches to compensation for damage caused by the use of artificial intelligence technologies are considered. In particular, two regimes of civil liability for damage caused by artificial intelligence are investigated: strict liability regime and fault-based liability. The general regime of strict liability provides for the liability of the operator of artificial intelligence systems for damage caused by artificial intelligence, regardless of where the operation takes place and it happens physically or virtually. Instead, fault-based liability makes it possible for an operator to avoid liability for damage caused by the use of artificial intelligence if the artificial intelligence system has been activated without his knowledge, or if the operator has exercised due care in maintaining the artificial intelligence system. The division of responsibility between the operators and the victim is also mentioned.

As a result, it is concluded that when the development of artificial intelligence systems reaches the level of absolute autonomy in decision-making and implementation, the issue of liability for damage caused by artificial intelligence should be reconsidered from the standpoint of establishing the legal status of "electronic person" and determining its legal personality.

Key words: digital technologies, civil law, obligations, liability, electronic personality.

Сьогодні людство живе в умовах тотальної діджиталізації: важко уявити сучасну людину без смартфона, розумного годинника, незареєстровану в соціальних мережах чи таку, що не користується Інтернетом. Самокеровані автомобілі, розумні будинки, віртуальні помічники, розумні міста – вже не фантастика, а реалії сьогодення. Занурення людини в цифровий світ стає дедалі глобальнішим, чому сприяє і світова пандемія COVID-19. Тому не дивно, що досить стрімко стали розвиватися технології штучного інтелекту.

У заяві міністрів G20 щодо торгівлі та цифрової економіки [1] було наголошено, що вигоди від збільшення продуктивності завдяки використанню нових технологій, таких як штучний інтелект (ШІ), мобільні телекомунікаційні технології п'ятого покоління (5G), Інтернет речей (IoT), Distributed Ledger Technologies (наприклад, block chain), розширять перспективи фізичних та юридичних осіб, створюючи нові можливості, послуги та зайнятість, що може привести до більшого добробуту та подальшої інклюзивності зазначених осіб. Проте, незважаючи на великий потенціал для суспільства, цифровізація може створити й низку проблем, пов'язаних із безпекою.

Питання правового регулювання відносин, пов'язаних із використанням штучного інтелекту, зараз досить активно обговорюється у науковій спільноті. Зокрема, правовому режиму штучного інтелекту присвячені публікації О.А. Баранова, М.О. Стефанчука, Вірджинії Дігнум. Питання нормативного регулювання використання штучного інтелекту були предметом досліджень І.В. Понкіна, А.І. Редькіної, В. Ніколсона Прайса II. Відповідальність за шкоду, спричинену використанням технологій штучного інтелекту, досліджувалася Мохаммадом Башайре, Жан-Себастьяном Богетті, Еміліано Маркізіо та іншими науковцями. Проте, незважаючи на такий підвищений науковий інтерес до врегулювання відносин, пов'язаних із використанням технологій штучного інтелекту, нині ще не напрацьовано уніфікованого розуміння місця штучного інтелекту в системі цивільного права та підходів до застосування юридичної відповідальності за

шкоду, спричинену використанням технологій штучного інтелекту.

З огляду на зазначене, метою цієї публікації є розроблення теоретичної моделі відшкодування шкоди, завданої використанням технологій штучного інтелекту, як спеціального делікту.

Загалом деліктні зобов'язання, спрямовані на відшкодування шкоди, завданої особі або майну, також не здобули однозначного розуміння серед науковців. Зокрема, окремими авторами деліктні зобов'язання розглядаються як недоговірні зобов'язання, спрямовані на відшкодування шкоди, завданої особі або майну в результаті протиправного діяння, не пов'язаного з порушенням договору [2, с. 47]. Інші вчені вважають, що говорити про подібність понять «зобов'язання з відшкодування шкоди» та «відповідальність за завдану шкоду», а також їх тотожність із поняттям «деліктне зобов'язання» не можна [3, с. 288–289]. Деліктна відповідальність не вичерпує змісту деліктного зобов'язання, а є лише одним із його елементів, оскільки не будь-який обов'язок із відшкодування заподіяної шкоди може розглядатися як міра відповідальності. Тому можливі випадки, коли відповідальність взагалі у зміст конкретного деліктного зобов'язання не включається [4, с. 587–588]. Тому, не маючи на меті визначення змісту поняття «зобов'язання з відшкодування шкоди», у цій публікації будемо виходити із позиції Т.С. Ківалової, відповідно до якої під час аналізу цивільних недоговірних охоронних правовідносин доцільніше говорити не про «правопорушення», а про «завдання шкоди» як підставу виникнення і визначальну ознаку таких правовідносин [5, с. 22–23].

У попередній публікації [6], присвяченій правовим проблемам та ризикам використання технологій штучного інтелекту, вже йшлося про окремі питання відшкодування шкоди, завданої використанням технологій штучного інтелекту, зокрема зазначалося, що визначення особи, відповідальної за шкоду, завдану штучним інтелектом, має здійснюватися виходячи із того, хто став причиною дії чи бездіяльності штучного інтелекту, у результаті якої було завдано шкоду. Це залежить від того, наскільки такий штучний інтелект був

автономним. Тому було зроблено висновок, що відшкодування шкоди, завданої штучним інтелектом, за правилами відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки, не зовсім відповідає суті таких відносин. Оскільки коли йдеться про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки, то заподіяння такої шкоди відбувається у разі використання певного транспортного засобу, механізму, обладнання, які, хоча і можуть вийти з-під контролю людини, не здатні приймати автономні рішення. Натомість особливістю штучного інтелекту є саме його здатність самостійно приймати рішення. А тому може йтися не тільки про непідконтрольність його людині, а й про непередбачуваність його дій та завдання шкоди. Оскільки така шкода є непередбачуваною, то і її заподіяння не охоплюється поняттям діяльності, що створює підвищену небезпеку для оточення, у розумінні Principles of European Tort Law [6, с. 194–195].

20 жовтня 2020 року Європейським парламентом було схвалено Резолюцію з рекомендаціями Комісії щодо режиму цивільної відповідальності для штучного інтелекту (2020/2014 (INL)), якою визначені ключові аспекти захисту користувачів від збитків, що можуть бути завдані пристроями та системами, які використовують штучний інтелект [7]. У цій Резолюції йдеться про два режими цивільної відповідальності за шкоду, спричинену штучним інтелектом: 1) сувора відповідальність; 2) відповідальність за принципом вини.

Загальний режим суворої відповідальності має встановлюватися для автономних систем штучного інтелекту з високим ризиком. У такому разі оператор відповідає за шкоду, завдану штучним інтелектом, незалежно від того, де відбувається операція, відбувається це фізично чи віртуально. У розумінні Резолюції система штучного інтелекту становить високий ризик, коли її автономне функціонування передбачає значний потенціал заподіяння шкоди одній або кільком особам випадковим чином і виходить за рамки того, що можна обґрунтовано очікувати. При цьому має враховуватися сектор, у якому можна очікувати виникнення значних ризиків, і характер виконуваних заходів. Значущість ризику потенційно залежить від

взаємодії між ступенем тяжкості можливої шкоди, ймовірністю заподіяння шкоди чи збитку та способом використання системи штучного інтелекту. Усі системи штучного інтелекту з високим ризиком мають бути вичерпно перераховані у Додатку до запропонованого Регламенту [8], який із періодичністю не рідше один раз на шість місяців повинен переглядатися.

Відповідальність за принципом вини має місце тоді, коли всі види діяльності, пристрої чи процеси, керовані системами штучного інтелекту, які завдають шкоди чи створюють небезпеку, не перелічені у Додатку до запропонованого Регламенту. У такому разі питання покладення обов'язку відшкодування шкоди, завданої використанням технологій штучного інтелекту, на оператора вирішується таким чином. Оператор не несе відповідальності, якщо може довести, що шкода чи збиток заподіяні без його вини, виходячи з таких підстав:

а) система штучного інтелекту була активована без його відома, тоді як були вжиті всі розумні та необхідні заходи, щоб уникнути такої активації поза контролем оператора;

б) оператор проявив належну обачність, виконуючи всі такі дії: вибрано систему штучного інтелекту відповідно до завдання та навичок, система штучного інтелекту належно супроводжувалася, відбувався моніторинг діяльності та підтримка надійності роботи шляхом регулярного встановлення всіх доступних оновлень [8].

Під шкодою, завданою використанням технологій штучного інтелекту, розуміється несприятливий вплив на життя, здоров'я, фізичну цілісність фізичної особи, майно фізичної або юридичної особи або спричинення значної нематеріальної шкоди, що призводить до підтверджуваних економічних збитків [8].

Проте у науці висловлюються різні думки з проводу встановлення того чи іншого режиму відповідальності за шкоду, спричинену використанням технологій штучного інтелекту. Так, на думку А.В. Кирилюк, традиційним рішенням може стати інститут суворої відповідальності, хоча, як зазначає авторка, це може істотно обмежити інновації у сфері ІТ-технологій. При цьому виникає проблема визначення

належного суб'єкта відповідальності. До кола таких суб'єктів можуть бути віднесені власники, оператори, проектувальники, програмісти. Тому стоїть питання визначення та розподілу ступеня вини таких осіб [9].

У зв'язку з цим доцільно зазначити, що у Додатку до Резолюції з рекомендаціями Комісії щодо режиму цивільної відповідальності для штучного інтелекту від 20 жовтня 2020 року передбачено розподіл відповідальності між операторами, потерпілою особою [8]. Так, якщо шкода чи збиток заподіяні як фізичною чи віртуальною діяльністю, пристроєм чи процесом, керованими системою штучного інтелекту, так і діями потерпілої особи або будь-якої особи, за яку постраждала особа відповідає, розмір відповідальності оператора відповідно зменшиться. Оператор не несе відповідальності, якщо потерпіла особа або особа, за яку він/вона відповідає, винна виключно за заподіяну шкоду. Якщо в системі штучного інтелекту є більше одного оператора, то вони несуть солідарну відповідальність. Якщо оператор фронтенду¹ також є виробником системи штучного інтелекту, то питання відповідальності такого оператора має вирішуватися за приписами Регламенту до Резолюції від 20 жовтня 2020 року, оскільки у цьому разі він має перевагу над Директивою про відповідальність за якість товару (Product Liability Directive). Якщо серверний оператор також кваліфікується як виробник, як визначено в статті 3 Директиви про відповідальність за якість товару (Product Liability Directive), ця Директива повинна застосовуватися до нього. Якщо є лише один оператор, і цей оператор також є виробником системи штучного інтелекту, то Регламент повинен мати перевагу над Директивою про відповідальність за якість товару (Product Liability Directive).

Директива про відповідальність за якість товару визначає відповідальність

¹ «Оператор фронтенду» означає будь-яку фізичну або юридичну особу, яка здійснює певний контроль над ризиком, пов'язаним із функціонуванням ШІ-системи, та отримує вигоди від її функціонування. Annex to the Resolution: Detailed Recommendations for Drawing Up a European Parliament and Council Regulation on Liability for the Operation of Artificial Intelligence-Systems. URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_EN.html (дата звернення: 29.03.2021).

виробника за шкоду, спричинену дефектом його товару [10]. Виробником, згідно з цією Директивою, є виробник готової продукції, виробник будь-якої сировини або виробник складової частини та будь-яка особа, яка, наносячи своє ім'я, торгову марку чи іншу відмітну ознаку на продукт, представляє себе його виробником. Якщо виробника продукту неможливо ідентифікувати, кожен постачальник товару вважатиметься його виробником, якщо він не повідомить потерпілу особу протягом розумного часу про особу виробника або особу, яка поставила йому товар.

Є.О. Мічурін пропонує застосовувати різні підходи до відшкодування шкоди, завданої використанням технологій штучного інтелекту. За твердженням автора, якщо шкода завдається діяльністю робота із вмонтованим штучним інтелектом (відносно самостійною програмою дій), то власник штучного інтелекту має відшкодувати шкоду за правилами відповідальності за шкоду, спричинену джерелом підвищеної небезпеки, за умови, що він порушує рекомендації виробника штучного інтелекту (порушення інструкції). Якщо причиною шкоди був дефект (налаштування) штучного інтелекту з вини виробника або виробник не попередив у інструкції з використання штучного інтелекту про потенційні його шкідливі властивості (що призвело до спричинення шкоди), то шкода відшкодуватиметься за нормами про відповідальність за шкоду, завдану внаслідок дефекту товару (дефекту у продукції). У разі придбання споживачем виробу зі штучним інтелектом мають застосовуватися норми законодавства про захист прав споживачів [11, с. 72].

Водночас вище вже висловлювалася думка про застосування положень відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки, до відносин зі спричинення шкоди використанням технологій штучного інтелекту. У цьому контексті ще раз хотілося б наголосити, що робот із вмонтованим штучним інтелектом може бути не тільки непідконтрольний людині, що його використовує, а й непередбачуваним. Тому неможливим є застосування правил відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки, оскільки

її заподіяння не охоплюється поняттям діяльності, що створює підвищену небезпеку для оточення.

Отже, назріла нагальна потреба на законодавчому рівні закріпити відшкодування шкоди, завданої використанням технологій штучного інтелекту, як спеціальний делікт. При цьому обов'язок відшкодування такої шкоди має покладатися на оператора автономних систем штучного інтелекту або за правилами суворої відповідальності, або за правилами відповідальності на принципі вини залежно від оцінки рівня ризику для таких систем

штучного інтелекту. У тому разі, коли розвиток систем штучного інтелекту досягне рівня абсолютної автономності у прийнятті та реалізації рішень, питання відповідальності за шкоду, спричинену штучним інтелектом, має бути переглянute. Тому видається перспективним напрямом подальшого дослідження напрацювання теоретичних положень щодо правового статусу «електронної особи». У межах такого дослідження необхідно визначити обсяг правосуб'єктності електронної особи, у тому числі й обсяг її юридичної відповідальності.

ЛІТЕРАТУРА:

1. G20 Ministerial Statement on Trade and Digital Economy. URL: <https://www.mofa.go.jp/files/000486596.pdf> (дата звернення: 29.03.2021).
2. Отраднава О.О., Безкоровайна Ю.М. Деліктні зобов'язання у цивільному праві Німеччини. *Університетські наукові записки*. 2010. № 4(36). С. 47–52.
3. Гринько (Русу) С.Д. Вітчизняна концепція деліктних зобов'язань. *Університетські наукові записки*. 2012. № 1(41). С. 287–294.
4. Мануїлова К.В. Правова природа та зміст деліктних зобов'язань. *Актуальні проблеми держави і права*. 2011. Вип. 61. С. 583–589.
5. Ківалова Т.С. Зобов'язання відшкодування шкоди за цивільним законодавством України: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Одеська національна юридична академія. Одеса, 2008. 40 с.
6. Velykanova M.M. Artificial intelligence: Legal problems and risks. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*. 2020. Vol. 27, No. 4. P. 185–198.
7. European Parliament resolution of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on a civil liability regime for artificial intelligence (2020/2014(INL)). URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_EN.html (дата звернення: 29.03.2021).
8. Annex to the Resolution: Detailed Recommendations for Drawing Up a European Parliament and Council Regulation on Liability for the Operation of Artificial Intelligence-Systems. URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_EN.html (дата звернення: 29.03.2021).
9. Кирилюк А.В. Відповідальність штучного інтелекту. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/13507/Кирилюк%20А.%20В.%20Відповідальність%20штучного%20інтелекту.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (дата звернення: 03.06.2021).
10. Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31985L0374> (дата звернення: 03.06.2021).
11. Мічурін Є.О. Правова природа штучного інтелекту. *Форум Права*. 2020. 64(5). С. 67–75. URL: <http://doi.org/10.5281/zenodo.4300624> (дата звернення: 03.06.2021).

ОБНОВЛЕННЯ ЗАГАЛЬНИХ ПОЛОЖЕНЬ ПРО ДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ: УДОСКОНАЛЕННЯ ПРИВАТНОПРАВОВИХ ВІДНОСИН У ГРОМАДЯНСЬКОМУ СУСПІЛЬСТВІ

Гриняк Андрій Богданович,

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент Національної академії правових наук України,
в. о. заступника директора
Київського регіонального центру Національної академії правових наук України

У статті на основі аналізу Концепції оновлення Цивільного кодексу України досліджено підходи до рекодифікації загальних положень про договірні зобов'язання. Констатовано, що нинішнє перманентне реформування договірного законодавства, яке спричинило створення великого, а подекуди безсистемного масиву правових норм, не сприяє належному врегулюванню приватноправових відносин в умовах євроінтеграційних процесів в Україні. Відповідно, дослідження новітніх змін у механізмі договірного регулювання є важливою передумовою для початку процесу оновлення Цивільного кодексу України. Зроблено висновок, що процес оновлення договірного законодавства повинен торкнутися не стільки форми, у якій виражаються певні правові ідеї, скільки зміщення акцентів із законодавчого регулювання правовідносин між їх учасниками в сторону договірного їх визначення. Виокремлено спільні з країнами-членами ЄС проблеми договірного регулювання приватноправових відносин, а також принципові положення, на яких таке оновлення цивільного законодавства у сфері договірних зобов'язань має відбуватися.

Запропоновано в межах розділу I «Загальні положення про зобов'язання» класифікувати зобов'язання на окремі види (альтернативні, факультативні, натуральні) і визначити особливості правового регулювання зазначених окремих видів зобов'язань. Крім того, запропоновано: 1) закріпити єдиний критерій для визначення відповідальності контрагентів за «порушення зобов'язання», яке включатиме як його невиконання, так і неналежне виконання; 2) відобразити особливості виконання факультативних зобов'язань; 3) відобразити особливості зарахування виконаного в рахунок декількох однорідних зобов'язань; 4) здійснити розмежування законної неустойки, установлені імперативними й диспозитивними нормами закону; 5) закріплення недоцільності одночасного нарахування й процентів, і неустойки за невиконання або неналежне виконання грошового зобов'язання; 6) виокремити правові наслідки виплати гарантії та припинення основного зобов'язання; 7) закріпити порядок із типовими умовами договору також і примірні умови договору.

Ключові слова: оновлення (рекодифікація) цивільного законодавства, договірні зобов'язання, механізм договірного регулювання, альтернативні зобов'язання, факультативні зобов'язання, натуральні зобов'язання, грошове зобов'язання.

Hryniak Andrii. Renewal general provisions on contractual obligations: improving private law relations in civil society

The article examines the approaches to updating the general provisions on contractual obligations based on the analysis of the Concept of recodification of the Civil Code of Ukraine. It is stated that the current permanent reform of contractual legislation, which has led to the creation of a large, and sometimes unsystematic, array of legal norms does not contribute to the proper settlement of private law relations in the context of European integration processes in Ukraine. Accordingly, the study of the latest changes in the mechanism of contractual regulation is an important prerequisite for starting the process of updating the Civil Code of Ukraine. It is concluded that the process of updating contractual legislation should affect not so much the form in which certain legal ideas are expressed, as the shift of emphasis from the legislative regulation of legal relations between their participants in the direction of their contractual definition. The problems of contractual regulation of private legal relations common with the EU member states are singled out, as well as the basic provisions on which such updating of the civil legislation in the field of contractual obligations should take place.

It is proposed to classify obligations into separate types (alternative, optional, in-kind) within the framework of Section I "General Provisions on Obligations" and to determine the peculiarities of the legal regulation of these separate types of obligations. In addition, it is proposed: 1) to establish a single criterion for determining the liability of counterparties for «breach of obligation», which will include both its non-performance and improper performance; 2) to reflect the features of the implementation of optional obligations; 3) to reflect the peculiarities of enrollment performed at the expense of several homogeneous obligations; 4) to differentiate between the legal penalty established by the imperative and dispositive norms of the law; 5) to fix the inexpressibility of simultaneous accrual of both interest and penalties for non-performance or improper performance of a monetary obligation; 6) to separate the legal consequences of the payment of the guarantee and termination of the main obligation; 7) to fix along with standard conditions of the contract also approximate conditions of the contract.

Key words: *civil law, contractual obligations, contractual regulation mechanism, alternative obligations, optional obligations, in-kind obligations, monetary obligation.*

У сучасних умовах в Україні відбувається процес перетворень, який стосується соціально-політичних та економічних сторін життя країни. Прискорення економічних реформ не в останню чергу залежить від змісту та якості правового регулювання відносин, що виникають у цивільному обороті. На подальший розвиток цивільно-правових норм в умовах товарного обігу, що зростає, мають глибокий вплив договірні правовідносини, що зумовлено інтеграцією ринків України та країн-членів Європейського Союзу. Із цього приводу доцільно наголосити, що сьогодні не завжди обґрунтоване реформування договірного законодавства призвело до створення не завжди системного масиву правових норм, що не сприяє належному врегулюванню приватноправових відносин в умовах євроінтеграційних процесів в Україні. На підтвердження зазначеного доцільно навести тезу, що відображена у вступній частині опублікованої членами робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України Концепції оновлення Цивільного кодексу України (далі – Концепція), про наявність сьогодні необхідних економічних, політичних і правових передумов для системного (а не фрагментарного) оновлення ЦК України [1, с. 5]. Дослідження новітніх змін у механізмі договірного регулювання не лише з огляду на феномен договору, його свободу, дотримання правових позицій тощо, а й з огляду на розуміння свободи форми договору, структури способів регулювання договірних відносин, його стадій є «зрілою» передумовою для початку процесу рекодифікації ЦК України [2, с. 6].

Орієнтація на європейський вектор розвитку вимагає від приватноправової науки формування нового цивілістичного мислення, сприйняття категорій і конструкцій сучасного європейського договірного права, що, у свою чергу, підкреслює важливість конвергенції договірного права України та країн ЄС. Аналіз таких документів з уніфікації європейського приватного права, як Проект спільних підходів (Draft Common Frame of Reference (DCFR), Принципи Європейського договірного права (PECL), Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА (Принципи УНІДРУА), Принципи існуючого договірного права ЄС (Принципи Acquis)), дає змогу констатувати подібність у тенденціях розвитку договірного права Європейського Союзу й України, що пояснюється схожістю проблем правового регулювання економічного обороту загалом і їх договірного регулювання зокрема.

Відповідно, мета оновлення договірного законодавства повинна торкнутися не стільки форми, у якій виражаються певні правові ідеї, скільки зміщення акцентів із законодавчого регулювання правовідносин між їх учасниками в сторону договірного їх визначення.

Загалом же проблеми договірного регулювання приватноправових відносин як у праві країн-членів ЄС, так й України є схожими та відображаються у:

1) підвищенні ролі договору як основного (порівняно із законодавчим) регулятора приватноправових відносин;

2) прагненні до уніфікації договірного права шляхом створення уніфікованих правових інститутів, що використовуються як альтернатива національним підходам

до регулювання договірних відносин (прийняття Регламенту про введення факультативного документа з Європейського договірного права);

3) постійному ускладненні економічного обороту й диференціації договірних зобов'язань на комерційні та споживчі, появи нових (непойменованих) договірних конструкцій, комплексних (змішаних) і нетипових договірних взаємозв'язків;

4) посиленні тенденції захисту інтересів слабкої сторони договірного зобов'язання, що відображається у формальному відступі від основоположного принципу цивільного права – юридичної рівності учасників цивільно-правових відносин.

Крім того, оновлення цивільного законодавства у сфері договірних зобов'язань варто здійснювати на основі принципових положень, що повинні знайти своє місце в цивільному законодавстві України, а саме принципах: 1) необов'язковості письмової форми договору; 2) можливості відзиву оферти до її акцепту за винятком випадків, коли в оферті передбачено її безвідкличний характер або встановлено час для її акцепту; 3) можливості закріплення в договорі особливих (непойменованих) засобів правового захисту в разі його порушення; 4) можливості звільнення від відповідальності за невиконання умов договору; 5) можливості зміни або припинення договору в разі виникнення труднощів при його виконанні; 6) добросовісної та чесної ділової практики при укладенні та виконанні договорів; 7) захисту від недобросовісних умов у договорах (не обмежується лише договорами між суб'єктами підприємства і споживачами, а поширюється на всі договори); 8) допустимості уступки вимоги, переведення боргу тощо до всіх договірних відносин; 9) посилення захисту прав слабшої сторони в споживчих правовідносинах; 10) розширення сфери розрахунків за договорами тощо.

Переходячи до аналізу основних ідей, які, на наш погляд, доцільно було б оновити, насамперед зазначимо, що розділ I Книги 5 ЦК України «Загальні положення про зобов'язання» (гл. 47–51) стосується поняття, суб'єктного складу, особливостей виконання, забезпечення виконання, припинення зобов'язань і правових наслідків за їх порушення.

Аналіз змісту гл. 47 «Поняття зобов'язання. Сторони у зобов'язанні» ЦК України дає змогу зробити висновок про притаманність безпосередньо загальним положенням про зобов'язання лише 3-х статей (ст. 509 «Поняття зобов'язання та підстави його виникнення»; ст. 524 «Валюта зобов'язання»; ст. 525 «Недопустимість односторонньої відмови від зобов'язання»). Усі інші статті цієї глави (13 статей) присвячені сторонам у зобов'язаннях. Зважаючи на це, саме в загальних положеннях, що визначають поняття зобов'язання, доцільно навести їх класифікацію на окремі види (альтернативні, факультативні, натуральні зобов'язання) і визначити особливості правового регулювання зазначених окремих видів зобов'язань. Більше того, у цій же главі потребують закріплення підстави їх виникнення, умови й порядок відмови в судовому захисті вимог кредиторів за такими зобов'язаннями; випадки, коли вимогам кредитора за такими зобов'язаннями може бути надано судовий захист тощо. У цьому зв'язку заслуговує на увагу досвід таких країн-членів ЄС, як Нідерланди, Португалія, Франція, які законодавчо закріпили загальні положення про окремі види зобов'язань у національних кодифікованих актах. Зазначена ідея підтверджена в уже згадуваній Концепції, де також підкреслено очевидний дисбаланс правових норм цієї глави. Таку «асиметричність» пропонується усунути за рахунок виділення з наведеного правового матеріалу нових глав, доповнення їх новими правилами та переміщення ст. ст. 524–525 до інших масивів норм. У главі 47 ЦК України пропонується сконцентрувати правила про поняття, види й принципи зобов'язання, а нові (виділені) глави будуть присвячені підставам виникнення зобов'язання та заміні сторін зобов'язання [1, с. 34].

Окремої уваги в межах цієї ж глави потребують питання заміни сторони в зобов'язанні. Наприклад, щодо заміни кредитора в зобов'язанні ст. 514 ЦК України «Обсяг прав, що переходять до нового кредитора у зобов'язанні» варто було б доповнити положенням про можливість відступлення прав, що виникнуть у майбутньому. Статтю 518 «Заперечення боржника проти вимоги нового кредитора» ЦК

України доцільно доповнити положенням, що для заперечень, які можуть бути висунуті боржником проти вимоги нового кредитора, повинні бути юридичні підстави, що виникли до отримання повідомлення про відступлення. У статті 519 «Відповідальність первісного кредитора у зобов'язанні» ЦК України доцільно закріпити положення, що визначають, за які обставини, що стосуються долі основного зобов'язання, первинний кредитор несе відповідальність перед особою, якій передано право вимоги (відступлене право існує в момент відступлення, якщо тільки це право не є майбутнім правом; право не було раніше відступлено іншій особі; у боржника відсутні заперечення для захисту; ні боржник, ні первинний кредитор не робили заяви про зарахування, що стосується відступленого права; первісний кредитор відшкодує новому кредитору отримане виконання до подання доказів переходу до нового кредитора прав у зобов'язанні). У низці послідовних відступлень боржник повинен уважатися таким, що належно виконав зобов'язання, якщо він здійснив виконання відповідно до повідомлення про останнє з таких відступлень. Крім того, у межах цієї статті доцільно визначитися, за допомогою яких способів захисту кредитор може відновити свої права, якщо відбулася низка послідовних відступлень прав.

Щодо можливості заміни боржника в зобов'язанні в ст. 520 ЦК України доцільно закріпити загальні вимоги, що висуваються до згоди кредитора на заміну боржника в зобов'язанні. Крім того, у межах цієї ж статті доцільно закріпити загальне правило, за яким якщо початковий боржник звільняється від зобов'язання, то забезпечення виконання зобов'язання, надане будь-якою третьою особою, припиняється, якщо тільки така особа не погодиться відповідати за нового боржника. Крім того, у межах цієї ж статті доцільно передбачити випадки заміни боржника або вступу нових боржників, коли новий боржник замінює або приєднується до первісного боржника (повна заміна на нового боржника, неповна заміна на нового боржника або приєднання нового боржника). У випадку ж появи нового боржника, але не встановлення виду заміни або приєд-

нання доцільно закріпити презумпцію, що початковий боржник і новий боржник несуть солідарну відповідальність.

Вищенаведені висновки підкріплено відображеними в Концепції тезами про доцільність передбачення у відповідній главі окремих положень, які б регулювали специфіку «комплексної» заміни сторони в синалагматичних зобов'язаннях, а також закріплення на законодавчому рівні окремих моделей заміни боржника в зобов'язанні (повна заміна боржника, неповна заміна боржника та приєднання нового солідарного боржника) на кшталт ст. III.-5:202 DCFR «Види заміни боржника або вступу нових боржників» [1, с. 36].

Потребують модифікації й підходи до загальних положень про зобов'язання у сфері вдосконалення механізму їх виконання. В аналізованій Концепції пропонується оновлення цієї глави ЦК України здійснювати за трьома напрямками: 1) структурне вдосконалення нормативного матеріалу й покращення його розмежування та взаємодії з іншими главами Загальних положень про зобов'язання та про договір; 2) уточнення наявних норм про виконання зобов'язання та включення нових відповідно до положень Принципів УНІДРУА, PECL і DCFR; 3) передбачення спеціальних правил виконання для бізнес-середовища [1, с. 37].

Зважаючи на вищезазначене, видається за доцільне в межах *гл. 48 «Виконання зобов'язання»* ЦК України відобразити положення про розподіл витрат, пов'язаних із виконанням зобов'язання боржником шляхом, наприклад, встановлення загального правила, що витрати, пов'язані з виконанням зобов'язання, лягають на боржника, якщо інше не встановлено законом, іншими правовими актами або умовами зобов'язання. На наш погляд, закріплення єдиного критерію для визначення відповідальності контрагентів за «порушення зобов'язання», яке включатиме як його невиконання, так і неналежне виконання, дасть змогу розширити систему способів правового захисту, зокрема вибору безпосередньо контрагентом найоптимальнішого способу правового захисту. Також доцільно було б у межах ст. 531 «Дострокове виконання зобов'язань» ЦК України передба-

чити положення, що в разі дострокового припинення зобов'язання сторона, яка виконала зобов'язання, однак не отримала виконання від іншої сторони, має право вимагати повернення виконаного за зобов'язанням.

Статтю 539 ЦК України в частині особливостей виконання альтернативних зобов'язань доцільно доповнити вказівкою, що сторона зобов'язання, якій належить право вибору предмета виконання в альтернативному зобов'язанні, не може змусити іншу сторону виконати чи прийняти частину одного або частину іншого предмету виконання. З моменту, коли боржник, а у відповідних випадках кредитор, третя особа, здійснив свій вибір зобов'язання, що підлягає виконанню, таке зобов'язання розглядається як звичайне зобов'язання. Крім того, у межах цієї ж глави ЦК України варто відобразити особливості виконання факультативних зобов'язань, під якими пропонується розуміти зобов'язання, за яким боржнику надано право замінити зобов'язання, що підлягає виконанню, іншим зобов'язанням. Коли боржник реалізує своє право на заміну зобов'язання іншим зобов'язанням, кредитор зобов'язаний прийняти від боржника виконання за цим зобов'язанням.

Окремо доцільно в межах цієї глави ЦК України відобразити особливості зарахування, виконаного в рахунок декількох однорідних зобов'язань. Якщо виконаного боржником недостатньо для погашення всіх його зобов'язань, надання зараховується в рахунок зобов'язання, зазначеного боржником. Якщо боржник не вказав, у рахунок якого зобов'язання здійснене виконання, воно зараховується в рахунок того зобов'язання, термін виконання якого настав або настане раніше, а якщо зобов'язання не має чітко визначеного терміну виконання – у рахунок того зобов'язання, яке виникло раніше. У разі ідентичності термінів виконання зобов'язань надання зараховується в рахунок зобов'язання, за яким кредитор не має забезпечення виконання, а якщо це правило не застосовується – виконання зараховується пропорційно в погашення всіх зобов'язань.

Детальної ревізії потребує *гл. 49 «Забезпечення виконання зобов'язань»* ЦК України. Насамперед доцільно підтри-

мати висловлену в Концепції пропозицію перейменування цієї глави на «Забезпечення зобов'язання». Зазначене перейменування пояснюється розробниками умовністю терміна «забезпечення виконання зобов'язання», оскільки окремі заходи, які названі законом як такі, не стосуються виконання основного зобов'язання, а призначені для захисту майнового інтересу кредитора у випадку прострочення (неналежності) боржника (ідеться про поруку й гарантію) [1, с. 39–40].

Потребує перегляду редакція параграфа, присвяченого неустойці, на предмет максимально чіткого розмежування законної неустойки, установлені імперативними й диспозитивними нормами закону. Стосовно імперативної законної неустойки сторони не вправі домовлятися про звільнення від сплати неустойки, зазначеної в законі або іншому правовому акті, як і про зменшення її розміру. Подібні правочини повинні розглядатися як нікчемні. Натомість диспозитивна законна неустойка повинна бути прирівняна за правовим режимом до договірної. Зменшення судом розміру неустойки має бути можливим тільки за умови доведення неспівмірності розміру неустойки та наслідків порушення зобов'язання. Доцільно закріпити неможливість зменшення розміру неустойки, якщо, відповідно до договору або закону, сплатою неустойки за невиконання або неналежне виконання зобов'язання це зобов'язання припиняється.

Зважаючи на зміст ч. 1 ст. 563 ЦК України, підставою виплати гарантії є виключно порушення боржником зобов'язання. Водночас у зв'язку з тим, що виплата грошової суми за гарантією може бути обумовлена не порушенням зобов'язання, а настанням інших обставин, ч. 1 ст. 563 ЦК України варто доповнити правилом, що у вимозі бенефіціара може бути вказівка й на інші обставини, з настанням яких пов'язується виплата за гарантією. Крім того, статтею 560 ЦК України закріплено вичерпний перелік осіб, які можуть виступати гарантом забезпечення виконання зобов'язань (банк, інша фінансова установа, страхова організація). Як видається, збереження такого роду обмежень, що перешкоджають видачі незалежних гарантійних зобов'язань від імені інших,

не зазначених у ЦК України суб'єктів, невиправдано звужує сферу використання цього інструменту, створює труднощі в міжнародній торговельній практиці. Зазначений висновок підтверджується закріпленою в Концепції тезою, що гарантії можуть видавати не лише банки, інші кредитні організації, а й інші підприємницькі організації. На відміну від періоду підготовки і прийняття ЦК України 2003 року, коли зазначення на спеціальних суб'єктів-гарантів було обґрунтованим, нині таке обмеження невиправдано звужує сферу використання цього забезпечувального інструменту [1, с. 41–42].

Крім того, у параграфі 4 глави 49 ЦК України чинні положення про гарантію і про припинення зобов'язань не містять відповіді на питання про те, чи припиняється і якою мірою основне зобов'язання, якщо платіж кредитору за основним зобов'язанням проведений гарантом на підставі гарантійного зобов'язання. Ця прогалина може бути усунута за допомогою включення відповідних положень.

При оновленні *гл. 50 «Припинення зобов'язання»* ЦК України заслуговують на увагу закріплені в Концепції пропозиції щодо потреби в урахуванні досвіду DCFR (норми розділу 5 Книги III «Припинення») шляхом доповнення цієї глави особливостями припинення внаслідок істотного невиконання, після повідомлення з установленням додаткового терміну виконання, при належному завіренні у виконанні, втрати права на припинення тощо [1, с. 42].

Вищезазначений досвід DCFR може отримати свою деталізацію в межах редакційної глави ЦК України шляхом закріплення загального правила про наслідки настання тих юридичних фактів, які є підставою припинення зобов'язання, що визначають долю невиконаного за зобов'язанням, прав кредитора на застосування цивільно-правових санкцій у зв'язку з невиконанням або неналежним виконанням зобов'язання боржником, а також додаткових (забезпечувальних) зобов'язань. Стосовно визначення моменту, з якого варто вважати припиненим зобов'язання при досягненні домовленості про передання відступного (ст. 600 ЦК України), доцільно передбачити право кредитора вимагати на

свій вибір при ненаданні йому відступного передачі йому або предмета початкового зобов'язання, або безпосередньо відступного. Таким чином, домовленість про відступне спричинить виникнення альтернативного зобов'язання.

Потребує редагування й ст. 601 «Припинення зобов'язання зарахуванням» ЦК України, у якій варто закріпити правило, відповідно до якого при зарахуванні зобов'язання припиняється з моменту отримання заяви сторони про зарахування іншою стороною, при цьому відмова від заяви про зарахування є неприпустимою, у тому числі навіть якщо така можливість передбачена договором. Статтю 624 ЦК України доцільно доповнити положенням, що в разі, коли домовленістю сторін передбачена неустойка за невиконання або неналежне виконання грошового зобов'язання, проценти, передбачені ст. 536 ЦК України, не підлягають стягненню, якщо інше не передбачено законом або договором.

Підсумовуючи, варто зазначити, що оновлення загальних положень зобов'язального права загалом і договірною права зокрема має відбуватися на основі положень основних документів з уніфікації європейського приватного права, у яких закріплено систему принципів, на основі яких і відбувається зближення приватно-правових підходів до договірною права країн-членів ЄС [3, с. 44]. Зважаючи на це, у межах розділу I «Загальні положення про зобов'язання» (гл. 47–51) ЦК України доцільно зобов'язання класифікувати на окремі види (альтернативні, факультативні, натуральні) і визначити особливості правового регулювання зазначених окремих видів зобов'язань.

Крім того, у межах цього розділу варто було б: 1) закріпити єдиний критерій для визначення відповідальності контрагентів за «порушення зобов'язання», яке включатиме як його невиконання, так і неналежне виконання; 2) відобразити особливості виконання факультативних зобов'язань; 3) відобразити особливості зарахування виконаного в рахунок декількох однорідних зобов'язань; 4) здійснити розмежування законної неустойки, установленної імперативними й диспозитивними нормами закону; 5) закріплення недоціль-

ності одночасного нарахування та процентів і неустойки за невиконання або неналежне виконання грошового зобов'язання; 6) виокремити правові наслідки

виплати гарантії та припинення основного зобов'язання; 7) закріпити порядок із типовими умовами договору також і примірні умови договору.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Видавничий дім «АртЕк», 2020. 128 с.

2. Оновлення договірної регулювання приватноправових відносин в Україні : монографія / за заг. ред. А.Б. Гриняка, О.О. Кота, М.Д. Пленюк. Київ : НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2020. 488 с.

3. Гриняк А. Б. На шляху до оновлення договірної законодавства в умовах євроінтеграційних процесів в Україні. *Проблеми вдосконалення приватноправових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних та сімейних прав* : матеріали Наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті проф. Ч.Н. Азімова та 20-річчю з дня створення каф. цив. права № 2 (Харків, 29 листоп. 2019 р.). Харків : Право, 2019. С. 41–45.

УДК 347.4

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.4>

ВИКОНАННЯ ДОГОВОРУ ПІДРЯДУ НА ПРОВЕДЕННЯ ПОШУКОВИХ РОБІТ ЯК ВАЖЛИВА СТАДІЯ ДОТРИМАННЯ ДОГОВІРНОЇ ДИСЦИПЛІНИ В ГРОМАДЯНСЬКОМУ СУСПІЛЬСТВІ

Гуцуляк Володимир Казимирович,

кандидат юридичних наук,

провідний науковий співробітник

Київського регіонального центру Національної академії правових наук України

Статтю присвячено аналізу модусу виконання договору підряду на проведення пошукових робіт як завершальної стадії договірної правовідносини, що відображається в отриманні матеріалізованого результату й одержанні підрядником коштів як винагороди за переданий результат пошукових робіт. Підкреслено, що дотримання модусу виконання сприятиме нівелюванню спорів між замовником і підрядником і встановленню відповідної виконавської дисципліни членами громадянського суспільства.

У контексті виконання зобов'язань за договором підряду на проведення пошукових робіт встановлено, що вони повинні виконуватися особисто контрагентами. Особливо ця умова стосується підрядника, який володіє необхідними знаннями, навиками, устаткуванням, в окремих випадках дозволом (ліцензією) на проведення пошукових робіт. Для тих випадків, коли можливість проведення пошукових робіт прямо залежить від отримання підрядником дозволу (ліцензії), виконання зобов'язань додатково гарантується вимогами дотримання її умов. Особисте проведення пошукових робіт підрядником та особисте прийняття результату таких робіт замовником визнані загальним правилом виконання зобов'язання (ст. 527 ЦК України). Винятки із загального правила щодо особистого проведення пошукових робіт підрядником та особистого прийняття їх результатів замовником мають місце в разі передоручення виконання й переадресування виконання.

Установлено, що настання певних обставин, які не залежать від волі підрядника і створюють тимчасову неможливість виконання зобов'язання, зупиняє їх виконання лише на час дії непередбачених обставин або усунення їх наслідків, тому лише відмову замовника від договору варто розглядати як підставу для припинення виконання зобов'язань із проведення пошукових робіт, у всіх інших випадках підрядник зобов'язаний виконати їх у повному обсязі.

Ключові слова: договір підряду на проведення пошукових робіт, модус виконання зобов'язання, суспільство, замовник, підрядник, передоручення виконання, переадресування виконання, принципи виконання.

Hutsulyak Volodymyr. Execution of a contract for exploration work as an important stage of compliance with contractual discipline in civil society

The article is devoted to the analysis of the mode of execution of the contract for exploration works as the final stage of the contractual relationship, which is reflected in obtaining a materialized result and receipt of funds by the contractor as a reward for the transmitted result of exploration works. It is emphasized that compliance with the mode of execution will contribute to the leveling of disputes between the customer and the contractor and the establishment of appropriate executive discipline by members of civil society.

In the context of fulfilling the obligations under the contract for exploration work, it is established that they must be performed personally by the contractors. This condition especially applies to the contractor who has the necessary knowledge, skills, equipment, in some cases – a permit (license) to conduct exploration work. In cases where the ability to conduct exploration work directly depends on the contractor obtaining a permit (license), the fulfillment of obligations is additionally guaranteed by the requirements of compliance with its terms. The personal conduct of search work by the contractor and the personal acceptance of the result of such work by the customer are recognized as a general rule of performance of the obligation (Article 527 of the Civil Code). Exceptions to the general rule regarding the personal conduct of search work

by the contractor and the personal acceptance of their results by the customer occur in the case of reassignment and redirection of performance.

It is established that the occurrence of certain circumstances that do not depend on the will of the contractor and create a temporary impossibility of performance, suspends their performance only for the duration of unforeseen circumstances or eliminate their consequences, so only the customer's refusal to contract should be considered as grounds for termination search operations, in all other cases – the contractor is obliged to perform them in full.

Key words: *contract for exploration works, mode of fulfillment of obligations, society, customer, contractor, subcontracting, redirection of performance, principles of performance.*

Розпочинаючи аналіз особливостей виконання договорів підряду на проведення пошукових робіт як регулятора підрядник відносин у громадянському суспільстві, насамперед зазначимо про існування окремих стадій динаміки договірної зобов'язання: а) стадію виникнення зобов'язального правовідношення; б) стадію існування договірної зобов'язання, на якій зобов'язальне правовідношення може зазнавати змін; в) стадію виконання (здійснення, реалізації) договірної зобов'язання, у процесі якого правовідношення також може зазнавати певних змін; г) стадію припинення договірної зобов'язання (зобов'язального правовідношення), у тому числі внаслідок його виконання (погашення) [1, с. 192]. Із вищенаведених стадій зобов'язальних правовідносин центральною є стадія виконання зобов'язання, адже саме на цьому етапі відбувається здійснення цивільних прав і виконання обов'язків, що призводить до припинення зобов'язання шляхом його належного виконання та нормального перебігу відносин між членами громадянського суспільства.

Саме тому виконання договірної зобов'язання має відповідати таким спеціальним принципам виконання зобов'язань, як: а) принцип належного виконання; б) принцип реального виконання; в) принципи добросовісності, розумності й справедливості. Одразу ж зазначимо, що вищенаведені принципи закріплено в чинному цивільному законодавстві. Так, принцип належного виконання закріплено в ст. 526 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України, за яким кожна сторона зобов'язання повинна вжити всіх необхідних заходів для його належного виконання з урахуванням інтересів іншої сторони та забезпечення загальногосподарського інтересу. Схожий підхід закріплено в ст. 193 Господарського кодексу (далі – ГК) України, зі змісту якої

вбачається, що при виконанні господарських договорів застосовуються правила ЦК України з урахуванням положень ГК України, що є відсильною нормою. Принцип реального виконання відображено в ст. 622 ЦК України, за якою, навіть коли боржник сплатив неустойку й відшкодував збитки, завдані порушенням зобов'язання, він не звільняється від обов'язку виконати зобов'язання в натурі. Принципи добросовісності, розумності та справедливості закріплені в п. 6 ч. 1 ст. 3 ЦК України.

Недарма під належним виконанням умов договору підряду пропонується розуміти здійснення сторонами (підрядником і замовником) усіх передбачених законом і договором дій, спрямованих на досягнення результату діяльності підрядника, у тому числі виконання належними суб'єктами, у належному місці, у належний час, стосовно належного предмета [3, с. 71]. З огляду на зазначене, можемо зробити висновок, що належне виконання є складним юридичним явищем, що складається з елементів виконання, які полягають у: а) виконанні зобов'язання належними сторонами (ст. 527 ЦК України); б) виконанні зобов'язання шляхом передання належного предмета (ст. ст. 533, 539 ЦК України); в) виконанні в належному місці (ст. 532 ЦК України); г) виконанні в належний строк (термін) (ст. ст. 530, 531 ЦК України); г) виконанні в належний спосіб (ст. ст. 529, 542, 543, 537 ЦК України) [4, с. 174].

Наведені елементи становлять зміст принципу належного виконання зобов'язань, адже якщо не буде дотримано всіх параметрів виконання, не буде досягнуто закріпленої в договорі мети. Нині, як слушно зазначається в юридичній літературі, пріоритет у регулюванні відносин між сторонами підрядних зобов'язань надається договору. Відповідність поведінки боржника умовам договору, у якому

зафіксовані такі елементи виконання зобов'язання, як предмет, суб'єкт, місце, строк, спосіб, дає підстави оцінювати її як виконання зобов'язання належним чином. І навпаки, невідповідність поведінки боржника одному з положень, установлених умовами договору, є доказом неналежного виконання [5, с. 282–283]. Так чи інакше, зобов'язання за договором підряду на проведення пошукових робіт мають виконуватися належним чином, забезпечуючи досягнення мети укладення договору, і відповідати національному й міжнародному законодавству.

Переходячи до аналізу елементів виконання договору підряду на проведення пошукових робіт, насамперед зазначимо, що для розуміння виконання договору варто виділити найбільш суттєві елементи модусу виконання, що призводять до припинення юридичного зв'язку між сторонами чи до додаткових вимог кредитора до несправного боржника [6, с. 53].

Отже, щодо такого обов'язкового елементу виконання договору підряду на проведення пошукових робіт, як виконання зобов'язання належними сторонами, одразу ж зазначимо, що, за загальним правилом, виконавцями зобов'язання є особи, які є його сторонами. З огляду на специфіку проведення пошукових робіт, зазначимо, що на стороні підрядника виступає суб'єкт підприємницької діяльності, а замовником може бути як фізична, так і юридична особа. Таким чином, належне виконання насамперед відображається у виконанні належними сторонами договірних зобов'язань. Звідси впливає й специфіка договору підряду на проведення пошукових робіт.

У контексті виконання зобов'язань за договором підряду на проведення пошукових робіт необхідно зазначити, що вони повинні виконуватися особисто контрагентами. Особливо ця умова стосується підрядника, який володіє необхідними знаннями, навиками, устаткуванням, в окремих випадках дозволом на проведення пошукових робіт. Для тих випадків, коли можливість проведення пошукових робіт безпосередньо залежить від отримання останнім дозволу (ліцензії), виконання зобов'язань додатково гарантується вимогами дотримання її умов. Як видається,

закріплений у ст. 526 ЦК України принцип належного виконання можна було б доповнити застереженням, що у випадку необхідності отримання боржником дозволу на вчинення конкретних дій виконання його зобов'язань має вчинятися з дотриманням таких дозвільних умов. Зазначене доповнення мало б вагомий значення для виконання зобов'язань особисто та можливості заміни сторони в зобов'язанні, охорони конфіденційної інформації, яка потрібна для виконання цих зобов'язань та отримується в результаті вчинення таких дій. З огляду на це, вважаємо за доцільне запропонувати доповнити ст. 526 ЦК України частиною другою такого змісту: «2. Якщо дії боржника потребують отримання спеціального дозволу, то виконання його зобов'язань має відбуватися з дотриманням дозвільних умов». Водночас і замовнику за договором підряду на проведення пошукових робіт можуть стати відомими відомості, що містять таємницю, пов'язану з особливостями проведення таких робіт тощо. Тому сторонам доцільно в договірному порядку погоджувати обов'язковість особистого проведення пошукових робіт або ж обумовлювати можливість залучення третіх осіб [4, с. 176–177].

До такого висновку доходимо, зважаючи, що законодавець у § 4 гл. 61 ЦК України не закріпив конкретних вимог щодо належних сторін цього різновиду договорів підряду. Відповідно ж до ч. 1 ст. 527 ЦК України, особисте виконання обов'язку боржником та особисте прийняття виконання кредитором визнані загальним правилом виконання зобов'язання. Винятки із загального правила щодо особистого виконання зобов'язання й особистого його прийняття сторонами можуть бути встановлені договором або законом чи впливати із суті зобов'язання або звичаїв ділового обороту. Зокрема, такі винятки мають місце в разі передоурчення виконання й переадресування виконання. Так, договірне зобов'язання підряду може не обмежувати право підрядника на залучення до виконання робіт інших осіб (субпідрядників), залишаючись відповідальним перед замовником за результат їх роботи. Відповідно, якщо із закону або договору не впливає обов'язок підрядника виконати передба-

чену в договорі роботу особисто, підрядник вправі залучити до виконання своїх обов'язків інших осіб (субпідрядників).

Таке право підрядника уточнюється законодавцем у ч. 1 ст. 528 ЦК України, за якою виконання обов'язку може бути покладено боржником на іншу особу, якщо з умов договору, вимог цивільного законодавства або суті зобов'язання не впливає обов'язок боржника виконати зобов'язання особисто. Тобто законодавець закріпив можливість передоручення виконання. Прикладом такого передоручення може слугувати закріплене в ст. 838 ЦК України право підрядника залучати до виконання робіт субпідрядників, залишаючись відповідальним перед замовником за кінцевий результат робіт. Водночас зобов'язання не створює обов'язку для третьої особи (ст. 511 ЦК України). Стороною в зобов'язанні залишається боржник, який, за загальним правилом, і відповідає за порушення зобов'язання іншою особою (ст. 618 ЦК України). Однак як виняток із загального правила законодавець передбачив положення, що інша особа може задовольнити вимогу кредитора без згоди боржника в разі небезпеки втратити право на його майно (право оренди, застави тощо) унаслідок звернення кредитором стягнення на це майно (ч. 3 ст. 528 ЦК України).

Таким чином, законодавець розмежовує суб'єктів зобов'язання й суб'єктів виконання зобов'язання. Суб'єктами виконання зобов'язання є сторони зобов'язання, а також інші особи, участь яких у зобов'язанні (шляхом його виконання і прийняття виконання) обумовлена договором, законом або впливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту з метою забезпечення адекватного правового закріплення їх ролі у виконанні зобов'язання [7, с. 30]. Тому суб'єктами виконання зобов'язань за договором підряду на проведення пошукових робіт є сторони, а також треті особи, на яких правомірно покладено обов'язок щодо виконання чи прийняття виконання зобов'язання.

Щодо такого елемента належного виконання, як виконання зобов'язання шляхом передання належного предмета, доцільно навести висловлену в юридичній літературі тезу, що хоча за договором підряду вико-

нання роботи є конститутивною ознакою, яка визначає його спрямованість, однак без передачі (здачі) її результату договір не є виконаним, навіть коли замовлення готове [8, с. 111]. Тобто виконання зобов'язання шляхом передання звітів, схем, креслень тощо після проведення пошукових робіт є надзвичайно важливим етапом виконання, адже в протилежному випадку не буде й виконання договору. Зважаючи на це, варто підтримати запропонований Т.В. Боднар висновок про необхідність розмежування понять «предмет зобов'язання» і «предмет виконання» [1, с. 113], оскільки предметом договору підряду на проведення пошукових робіт є результат пошукових робіт, а предметом виконання виступатиме, відповідно, його передача замовникові. Тобто виконання зобов'язань підрядником за договором на проведення пошукових робіт полягає в проведенні, відповідно до технічного завдання, робіт і переданні звітів, схем, креслень тощо замовникові, а замовником – у наданні необхідного для проведення пошукових робіт технічного завдання та оплаті проведених робіт.

Наступним елементом належного виконання договору підряду на проведення пошукових робіт є місце його виконання. За загальним правилом, закріпленим у ст. 532 ЦК України, сторони договірної зобов'язання можуть установити місце його виконання в договорі. Якщо місце виконання зобов'язання в договорі не визначено, виконання зобов'язання проводиться за місцем виготовлення або зберігання товару (майна) (абз. 3 ч. 1 ст. 532 ЦК України). Загалом же місце виконання зобов'язання може бути визначене законом, договором, впливати із суті самого зобов'язання або ж визначатися звичаями ділового обороту. З'ясування з необхідною точністю місця виконання зобов'язання покликане сприяти реалізації принципу належного виконання. У договорі підряду на проведення пошукових робіт місцем виконання зобов'язання прийнято розуміти місце безпосереднього проведення таких робіт. У більшості випадків місцем проведення пошукових робіт є земельна ділянка, яка надана для цього замовником, або інший об'єкт, де проводяться такі роботи.

Важливим елементом виконання будь-яких договорів з виконання робіт є дотримання умов щодо строків їх виконання. Це зумовлено тим, що робота – це процес. Відповідно до характеру замовлення, визначається й строк для його виконання. Якщо ж у договорі не встановлено строки виконання роботи, підрядник зобов'язаний виконати роботу, а замовник має право вимагати її виконання в розумні строки, відповідно до суті зобов'язання, характеру й обсягів роботи та звичаїв ділового обороту (ч. 2 ст. 846 ЦК України). Таким чином, посилення законодавця на розумні строки в ч. 2 ст. 846 ЦК України є цілком виправданим.

Отже, підрядник за договором підряду на проведення пошукових робіт повинен у встановлені договором строки провести пошукові роботи та передати звіт замовникові. У випадку невстановлення таких строків сторони мають керуватися розумними строками, необхідними для проведення пошукових робіт і відповідних розрахунків за них. Тобто моментом виконання зобов'язання є момент направлення звіту (креслень, схем тощо) замовникові в передбачений договором строк. Це й забезпечує досягнення мети договору.

Останнім елементом виконання договору підряду на проведення пошукових робіт є виконання в належний спосіб. Загалом під способом виконання зобов'язань розуміється характер учинюваних сторонами дій. Саме через характер дій (порядок, процедуру, послідовність їх учинення) найкраще розкривається спосіб виконання підрядних договорів. Під цим варто розуміти те, яким чином здійснюється робота підрядником, і фак-

тичну передачу її результату замовникові [5, с. 287].

Одразу ж зазначимо, що спосіб проведення пошукових робіт обирає підрядник. Водночас він зобов'язаний дотримуватися вимог, що відображені в технічному завданні, однак, яким чином він буде їх дотримуватися та як досягне результату таких робіт, це вже клопіт самого підрядника. Разом із тим, незважаючи на самостійність при проведенні пошукових робіт, підрядник зобов'язаний своєчасно попередити замовника про те, що додержання його вказівок загрожує якості або придатності результату робіт (п. 2 ч. 1 ст. 847 ЦК України).

Підсумовуючи, доцільно сформулювати авторське визначення поняття виконання договору підряду на проведення пошукових робіт як здійснення підрядником і замовником усіх передбачених законом і договором у визначений час і в належному місці фактичних і юридичних дій, спрямованих на досягнення результату пошукових робіт підрядника, які мають юридичні наслідки: призводять до припинення юридичного зв'язку між сторонами чи до додаткових вимог кредитора до несправного боржника. Зазначений порядок учинення дій базується на відповідному модусі виконання зобов'язання, що складається з таких елементів: 1) предмет виконання; 2) суб'єкти виконання; 3) місце виконання; 4) строк виконання; спосіб виконання. Відповідно, і дотримання модусу виконання сприятиме нівелюванню спорів між замовником і підрядником і встановленню відповідної виконавської дисципліни членами громадянського суспільства.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Боднар Т.В. Теоретичні проблеми виконання договірних зобов'язань (цивільно-правовий аспект) : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2005. С. 192, 113.
2. Сейтмустафа А. Понятие исполнения обязательства. *Актуальные проблемы частного права* : материалы Международной научно-практической конференции (в рамках ежегодных цивилистических чтений). Алма-Аты, 23–24 мая 2002 г. / отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы : КызГЮУ, 2003. С. 286–288.
3. Гриценко Г.М. Правове регулювання капітального будівництва за державні кошти : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04. Донецьк, 2011. С. 71.
4. Гуцуляк В.К. Договір підряду на проведення пошукових робіт за цивільним законодавством України : монографія. Київ, 2017. С. 174, 176–177.
5. Гриняк А.Б. Теоретичні засади правового регулювання підрядних зобов'язань у цивільному праві України : монографія. Київ : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2013. С. 282–283, 287.

6. Утехін І.Б. Виконання договорів з передачі майна у власність : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2009. С. 53.

7. Боднар Т.В. Суб'єкти виконання договірних зобов'язань. *Підприємництво, господарство і право*. 2004. № 6. С. 30.

8. Договори з виконання робіт в цивільному праві України: проблеми теорії і практики : монографія / за заг. ред. А.Б. Гриняка. Київ : НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2015. С. 111.

УДК 347.7

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.5>

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ РОЗВИТКУ ПРАВОВІДНОСИН ЛІЦЕНЗУВАННЯ ПРАВ НА ОБ'ЄКТИ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Дмитришин Володимир Степанович,

кандидат юридичних наук, доцент,
старший науковий співробітник

Державної наукової установи «Науково-практичний центр профілактичної та клінічної медицини» Державного управління справами

У статті розглянуто основні тенденції розвитку правовідносин у сфері надання права на використання (ліцензування) об'єктів інтелектуальної власності. Встановлено, що виключно патентний, тобто заснований лише на переданні прав на винаходи, які захищені патентами, зміст класичних ліцензійних договорів нині втрачає актуальність. Ліцензійні угоди здебільшого регулюють відносини щодо декількох об'єктів інтелектуальної власності з різним правовим режимом (комплексний договір) та включають у себе елементи різних правовідносин (змішаний договір). Сучасний ліцензійний договір є угодою, яка полягає не лише в наданні дозволу на використання об'єктів інтелектуальної власності, а й у цілому комплексі зобов'язань ліцензіара з надання ліцензіатові технічних секретів, спеціальних знань, специфічного досвіду і комплексу послуг із допомоги (консультування, налагодження, навчання) з їх використання (надання технічної допомоги) і застосування (постачання обладнання, матеріалів, складових частин, сировини тощо). Зміст угоди з негативного, заснованого на не запереченні власником прав використання запатентованого винаходу, стає зобов'язанням позитивного характеру, яке полягає у створенні ліцензіаром практичної можливості для ліцензіата використовувати об'єкти інтелектуальної власності з метою досягнення певного технічного результату. Загальними тенденціями розвитку ліцензійних правовідносин є прагнення полегшення обороту об'єктів шляхом спрощення процедури укладення договорів, послаблення вимог до форми договорів, переходу від дозвільного підходу щодо ліцензування до компенсаторного, а також посилення ролі електронних договорів і договорів приєднання. Встановлено, що законодавчого врегулювання потребує визначення договору трансферу технологій, викладене в чинному законодавстві, та процедури укладення ліцензійних договорів із застосуванням електронного цифрового підпису. Ратифікація Україною «Сінгапурського договору про право товарних знаків» потребує внесення змін до підзаконних нормативно-правових актів у частині спрощення процедури реєстрації ліцензійних договорів.

Ключові слова: розпоряджання правами інтелектуальної власності, ліцензійний договір, договір трансферу технологій, ліцензійні правовідносини.

Dmytryshyn Volodymyr. Actual issues of legal relations development of intellectual property licensing

The article considers the main trends in the development of legal relations in the field of granting the right to use (licensing) intellectual property. It has been established that the content of classic license agreements, which is exclusively patent, ie based only on the transfer of rights to inventions protected by patents, is currently losing relevance. Licensing agreements mostly regulate the relationship between several intellectual property objects with different legal regimes (complex agreement) and include elements of different legal relations (mixed agreement). A modern license agreement is an agreement that consists not only in granting permission to use intellectual property, but in general the set of obligations of the licensor to provide the licensee with technical secrets, special knowledge, specific experience and a range of assistance services (consulting, debugging, training) on their use (technical assistance) and application (supply of equipment, materials, components, raw materials, etc.). The content of the negative agreement, based on the owner's non-denial of the rights to use the patented invention, becomes a positive obligation, which is to create a practical opportunity for the licensee to use intellectual property to achieve a certain technical result. The general trends in the development of licensing relations are the desire to facilitate the turnover of objects by simplifying the procedure for concluding agreements, easing the requirements for the form of agreements, the tran-

sition from licensing to compensatory, and strengthening the role of electronic agreements and accession agreements. It is established that the legislative regulation requires the definition of the technology transfer agreement, set out in the current legislation and the procedure for concluding license agreements with the use of electronic digital signature. Ukraine's ratification of the "Singapore Trademark Agreement" requires amendments to bylaws to simplify the procedure for registering license agreements.

Key words: disposition of intellectual property rights, license agreement, technology transfer agreement, licensing legal relations.

Постановка проблеми та її актуальність. Суспільні відносини не є явищем статичним у часі та застиглим у певних формах. Навпаки, вони знаходяться у процесі постійної зміни, вдосконалення, адаптації до змін потреб людини та способів їх задоволення. Відповідно, і право не має, та й не може залишатися незмінним, враховуючи необхідність регулювання нових суспільних відносин, що виникають, або встановлення відносин, які відповідають тенденціям і потребам розвитку суспільних явищ. Особливо стрімким розвитком права має забезпечуватися розвиток тих напрямів суспільного буття, які нині розвиваються найбільш динамічно: інформаційно-комунікаційних технологій, штучного інтелекту, робототехніки тощо. У цих галузях нині нормативно-правове забезпечення суттєво відстає від розвитку суспільних відносин і не може задовольнити нові економічні реалії, які мають бути унормовані, що є суттєвою проблемою для суб'єктів ліцензійних правовідносин. Тому важливим і актуальним завданням є необхідність оцінити загальний напрям і перспективи розвитку цієї сфери, спрогнозувати основні обриси правової моделі регулювання відносин із надання права на використання об'єктів інтелектуальної власності, які би повною мірою задовольняли економічні потреби суспільства.

Стан дослідження теми. Дослідження тематики ліцензування прав на об'єкти інтелектуальної власності в загальному контексті здійснювали такі науковці, як М. Богуславський, В. Дозорцев, І. Зенін, А. Сергєєв, А. Толлер, Г. Штумпф, О. Харитонова та інші. Серед більш детальних досліджень останнього часу можна виділити роботи О. Рузакової, М. Свонтнера, О. Тверезенко, П. Цибульова та деяких інших авторів.

Метою статті є дослідження сучасних тенденцій розвитку правовідносин щодо надання дозволу (ліцензії) на вико-

ристання прав інтелектуальної власності з метою встановлення закономірностей їх еволюціонування, вирішення суспільного запиту на правове регулювання, прогнозування напрямів та внесення пропозицій щодо удосконалення законодавства.

Виклад основного матеріалу дослідження. Останнім часом ліцензійні правовідносини зазнають усе більших трансформацій. Зокрема, виключно патентний, тобто заснований на переданні прав на винаходи, захищені патентами, зміст класичних ліцензійних договорів нині втрачає актуальність. Як зазначають деякі фахівці, у поточній практиці передача і використання виключних патентних прав поєднуються найчастіше з наданням права на використання об'єктів, які охороняються «ноу-хау», та забезпечуються передачею технічної документації, наданням технічної допомоги, використанням удосконалень тощо. Все більший вплив на концепцію ліцензійного договору і на конкретне визначення його умов мають уже не положення патентного права, а загальні положення законодавства про регулювання експорту та імпорту, зобов'язального права, податкового законодавства, правила картельного й антитрестівського законодавства [1, с. 153].

На думку інших науковців, відсутність виключного, монопольного права на «ноу-хау» позбавляє можливості казати про право заборони його використання (*jus prohibendi*), з якої виходить класичне розуміння ліцензійної угоди. Відповідно, концепція передачі «ноу-хау» виглядає сумнівною, оскільки не можна передавати права, які не визнані нормами права, а суть договору про передачу «ноу-хау» становить надання ліцензіаром інформації про «ноу-хау» ліцензіатові [2]. З цього логічно випливає, що сучасний ліцензійний договір втрачає риси виключно ліцензійного договору, а все більше стає договором, що регулює комплекс правовідносин.

Такі трансформації приводять до необхідності забезпечувати правове регулювання не виключно засобами патентної ліцензії, а радше угодами, які будуть включати у себе елементи різних правовідносин. Якщо казати виключно про об'єкти інтелектуальної власності та споріднені з ними нематеріальні активи, то законодавством передбачений специфічний договір про передання саме такого комплексу прав – договір комерційної концесії, за яким одна сторона (правоволоділець) зобов'язується надати другій стороні (користувачеві) за плату право користування відповідно до її вимог комплексом належних цій стороні прав із метою виготовлення та (або) продажу певного виду товару та (або) надання послуг (стаття 1115 ЦК). Предметом цього договору є право на використання об'єктів права інтелектуальної власності (торговельних марок, промислових зразків, винаходів, творів, комерційних таємниць тощо), комерційного досвіду та ділової репутації (ст. 1116 ЦК) [3].

Проте хочемо зазначити, що сучасний ліцензійний договір – це радше не договір, наблизений до договору комерційної концесії, а договір, який містить у собі елементи різних договорів, тобто «змішаний договір», за визначенням ч. 2 ст. 628 ЦК, до відносин сторін якого застосовуються у відповідних частинах положення актів цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі. Це пов'язано з тим, що в ліцензійному договорі можуть бути й елементи поставки (сировини, запчастин), елементи договорів про надання послуг (із налашки, навчання, супроводження, ремонту) договорів створення науково-технічної продукції (виконання НДР і НДДКР тощо).

Деякі вчені залишаються на позиції, що ліцензійні договори, предметом яких є право на запатентований об'єкт, мають бути відмежовані від договорів на передачу «ноу-хау». Це призвело до теоретичного і практичного термінологічного розмежування двох договорів: «ліцензійного договору», під яким розуміється договір щодо використання запатентованих винаходів, і «договору про передачу ноу-хау» [4]. Проте все ж більш поширеним є погляд, який під терміном «ліцен-

зійний договір» має на увазі договір, що передбачає надання права використання як об'єктів, на які видані охоронні документи, так і тих науково-технічних досягнень («ноу-хау»), на які такі документи не видаються [5; 6]. Комплексність ліцензії є однією з найбільш характерних та визначальних рис сучасних підходів до ліцензійного договору.

Згідно з «класичною» теорією ліцензійного договору, такий договір є зобов'язанням негативного характеру. Тобто, враховуючи, що інформація про зміст патенту публікується у відкритих джерелах і є загальнодоступною, ліцензіар не надає право ліцензіату використовувати винахід, а лише приймає на себе зобов'язання утриматися від застосування до особи, яка використовує винахід, санкцій за таке використання. Зокрема, суди США визначали ліцензію як «обіцянку особи, яка має право на патент, утриматися від пред'явлення позову до іншої особи, дії якої були би порушенням такого права, якщо б не була надана ліцензія» (*Brown Paper Co v. Hydroloid, Inc.*, 32F. Siipp. 857). Хоча «класичні» ліцензійні угоди у практиці зустрічаються усе рідше, у певних галузях виробництва такі договори застосовуються і зараз. Так, наприклад, формули хімічної або фармацевтичної речовини, опубліковані у бюлетені, можуть для кваліфікованої особи містити досить інформації для організації виробництва продукту. У такому разі для легального використання винаходу досить лише дозволу (або не заперечення) власника прав, що і буде сутністю ліцензійного договору. Проте така практика в сучасних умовах є радше виключенням, аніж правилом.

Важливим трендом сучасних ліцензійних договорів є їх мультиоб'єктність. Це пов'язано з тим, що специфіка сучасних технологій полягає в їх комплексності, складності, одночасному використанні для досягнення результату багатьох як запатентованих, так і не запатентованих, охоронюваних засобами комерційної таємниці, авторським правом об'єктів. Сучасний ліцензійний договір, як уже зазначалось, є угодою, яка полягає не лише в наданні дозволу, а у цілому комплексі зобов'язань ліцензіара з надання ліцензіатові технічних секретів, спеціальних

знань, специфічного досвіду і комплексу послуг із допомоги (консультування, налагодження, навчання) з їх використання (надання технічної допомоги) і застосування (постачання обладнання, матеріалів, складових частин, сировини тощо). Змістом угоди стає зобов'язання позитивного характеру зі створення ліцензіаром ліцензіату практичної можливості використання об'єктів інтелектуальної власності з метою досягнення певного технічного результату.

Виходячи з цього, є думка, що під ліцензійним договором слід розуміти договір, за яким ліцензіар зобов'язаний забезпечити ліцензіату такий стан – фактичний і правовий, за якого ліцензіат практично може впровадити у виробництво і використовувати певне технічне рішення на умовах і в межах, встановлених договором, а інша сторона зобов'язана сплатити за це відповідну винагороду або надати компенсацію в іншому вигляді [7].

Зважаючи на зазначене, виникає питання про назву договору. В сучасних умовах, якщо казати про об'єкти промислової власності, здебільшого сама назва ліцензійного договору не збігається з його реальним змістом. Якщо в назві договору має бути відображено його правовий зміст, то такі договори слід було б називати договорами про передачу і використання технології, технічних знань, оскільки в більшості із них йдеться про надання дозволу на використання належного ліцензіату виключного права лише на об'єкти, які становлять дуже незначну частину комплексу прав. Поточним реаліям ліцензування прав на об'єкти промислової власності більше відповідають правовідносини, що регулюються «договором про трансфер технологій» у розумінні чинного законодавства України [8].

Проте на практиці застосування цього прогресивного і доречного нормативно-правового акту значно ускладнюється невдало сформульованими його нормами. Так, підпункт 1 статті 1 визначає договір про трансфер технології як договір, укладений у письмовій формі між особами, яким належать та/або яким повністю чи частково передаються майнові права на технологію або її складники. Підпункт 6 цієї ж статті каже, що об'єкт технології –

це наукові та науково-прикладні результати, об'єкти права інтелектуальної власності (зокрема, винаходи, корисні моделі, твори наукового, технічного характеру, комп'ютерні програми, комерційні таємниці), ноу-хау, в яких відображено перелік, строки, порядок та послідовність виконання операцій, процесу виробництва та/або реалізації і зберігання продукції, надання послуг [8]. Як бачимо, йдеться про «об'єкт», який описує лише процес застосування технології.

А далі підпункт 11 каже, що технологія – результат науково-технічної діяльності, сукупність систематизованих наукових знань, технічних, організаційних та інших рішень про перелік, строк, порядок та послідовність виконання операцій, процесу виробництва та/або реалізації і зберігання продукції, надання послуг [8]. Тобто, згідно з визначенням підпункту 11, до «технології» відносяться тільки знання, рішення тощо (тобто «об'єкти» у визначенні підпунктом 6), які описують лише процес реалізації технології, і жодним чином до «технології» не відноситься документація, яка описує сам продукт, на створення якого спрямована технологія. Конструкторська документація та креслення, наприклад, уже не можуть відноситися до «технології» у визначенні Закону, оскільки вони не описують процес, а відображають сам предмет, який виникає в результаті застосування технології. А така конструкторська документація є найголовнішою складовою частиною технології, тому що неможливо використовувати процес, який не передбачає результату, що має бути досягнутий завдяки застосуванню цього процесу.

Відповідно, зазначена колізія позбавляє можливості в договорі про трансфер технологій ліцензувати права на самі об'єкти, які є результатом використання технології, а лише права на об'єкти, які описують процес виробництва та/чи надання послуг. Враховуючи зазначене, виглядає доцільним внести відповідні зміни до Закону [8], зокрема передбачивши, що об'єктом технологій є також формалізовані певним чином знання (інформація) про об'єкт, на створення якого спрямована технологія.

Ще однією тенденцією розвитку законодавства, що стосується більшою мірою

ліцензування об'єктів авторського права та суміжних прав, є тренд до переходу від дозвільного підходу щодо ліцензування до компенсаційного. Це проявляється як у розширенні випадків, коли допускається вільне використання відповідного об'єкта, так і у введенні різних форм стандартних ліцензій. З огляду на масовий характер використання результатів інтелектуальної діяльності і складність контролю за цим процесом, компенсаційний підхід усе більше превалює, особливо щодо творів, виражених у цифровій формі [9]. Використання такого підходу дає змогу правовласникам швидко та без зайвих формальностей досягнути мети ліцензування – отримати винагороду за використання належних їм творів, а користувачам – отримати легальний доступ до об'єктів.

Загалом головними тенденціями розвитку правовідносин у сфері ліцензування права на об'єкти інтелектуальної власності нині є загальне прагнення полегшення обороту відповідних прав шляхом послаблення жорстких вимог до форми договору, розширення форм розпорядження правом та допущення розпорядження правом у частині.

Що стосується використання більш м'якого підходу до оформлення договорів, то, з одного боку, це пов'язано з тенденцією усе більш суттєвого поширення укладання угод у цифровій формі, де договори укладаються з використанням електронних цифрових ідентифікаторів особи (електронний цифровий підпис), а з іншого – широким використанням ліцензійних договорів приєднання, які укладаються шляхом здійснення ліцензіатом певних дій, щоби приєднатися до договору загалом.

Спрощення формальних вимог до укладання ліцензійних угод вимагають від України і міжнародні угоди, до яких наша держава приєдналась у встановленому законодавством порядку. Зокрема, пункт 4 статті 17 Сінгапурського договору, який Верховна Рада ратифікувала у 2009 році [10], встановлює, що жодна Договірною стороною не може вимагати, зокрема, надання свідоцтва про реєстрацію знака, який є предметом ліцензії; надання ліцензійного договору чи його перекладу;

зазначення фінансових умов ліцензійного договору. І якщо умову про ненадання свідоцтва та можливості не зазначити фінансові умови під час реєстрації ліцензійного договору наше профільне патентне законодавство передбачає, все ж нині для реєстрації ліцензійного договору до Національного офісу інтелектуальної власності вимагається подання трьох примірників договорів для реєстрації ліцензійного договору [11]. На нашу думку, така ситуація також потребує негайного приведення вітчизняного законодавства до вимог міжнародного договору, зобов'язання за яким прийняла на себе наша держава.

Наступною характерною рисою сучасної ліцензійної торгівлі є її транскордонність. Усе більше договорів укладаються і діють в умовах, коли правовідносини стосуються одразу декількох юрисдикцій. Фахівці вважають, що через принцип територіальності охорони торговельних марок для ліцензійних договорів має застосовуватися право, яке має найбільш тісний зв'язок, тобто право країни, де охороняється торговельна марка. Оскільки всі основні умови ліцензійного договору підпорядковуються праву тієї держави, де зареєстровано торговельну марку, то цьому праву й має підпорядкуватися ліцензійний договір. Саме в цій країні власник свідоцтва буде вживати заходи щодо продовження знака, а ліцензіат – щодо використання і захисту від порушень третіми особами. Але якщо потрібен один ліцензійний договір одразу на декілька юрисдикцій, то доцільно укладати ліцензію за правом країни, де буде використовуватися торговельна марка. Коли ж місце знаходження ліцензіата і місце використання торговельної марки не збігаються, виходячи з критерію найбільш тісного зв'язку, можна вибрати право тієї країни, в якій торговельна марка використовується. Такий підхід дасть змогу уникнути конфлікту між двома правовими системами: тією, що регулює весь договір, і тією, де охороняється позначення і де вимагається його захист [12].

Загалом погоджуючись із зазначеною позицією, хочемо зазначити, що під час вибору права договору доцільно також звертати увагу на те, на якій території є найбільш вірогідним порушення прав, на

те, яка зі сторін може з більшою вірогідністю та вигодою для себе порушити умови договору, і на те, яка зі сторін у разі порушення умов договору буде менше захищеною. Враховуючи зазначені аспекти, необхідно обирати юрисдикцію, яка дасть змогу нівелювати такі ризики й урівноважити ризики та позиції сторін.

Висновки з проведеного дослідження. Правовідносини у сфері ліцензування об'єктів інтелектуальної власності стрімко розвиваються, пристосовуючись до реалій ринку об'єктів інтелектуальної власності. Класичний ліцензійний договір поступається місцем ліцензійним угодам, які регулюють відносини щодо декількох об'єктів інтелектуальної власності з різним правовим режимом (комплексний договір) та включають у себе елементи різ-

них правовідносин (змішаний договір). Загальними тенденціями розвитку є прагнення полегшення обороту об'єктів шляхом спрощення процедури укладення договорів, послаблення вимог до форми договорів, перехід від дозвільного підходу ліцензування до компенсаторного та посилення ролі електронних договорів і договорів приєднання. Законодавчого врегулювання потребує визначення договору трансферу технологій та укладення ліцензійних договорів із застосуванням електронного цифрового підпису. Ратифікація Україною «Сінгапурського договору про право товарних знаків» потребує внесення змін до підзаконних нормативно-правових актів у частині спрощення процедури реєстрації ліцензійних договорів.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Богуславский М.М. Международная передача технологии: правовое регулирование. М.: Наука. 1985. 280 с.
2. Mousseron J.-M. Aspects juridique du Know-How. Cahiers
3. Цивільний кодекс України / *Відомості Верховної Ради України* від 03.10.2003. 2003 р., № 40, стаття 356.
4. Stumpf H. Op. cit. Deleuze J.-M. Le contrat de transfert de processus technologique (know-how). P., 1979.
5. Martin W., G r u h m a c h e r R., Lernke P. Op. cit., 1977, S. 11; Langen E. Transnational commercial law. Leiden, 1973, p. 34-79.
6. Yosjiikatsa Sakamoto. Licensing in Japan. – In: International licensing agreements, p. 253.
7. Лонгаи Э. Некоторые вопросы лицензионных договоров. Acta Jundica, 1974, t. 16, p. 401-402.
8. Закон України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» / *Відомості Верховної Ради України* від 10.11.2006 – 2006 р., № 45, стор. 1479, стаття 434.
9. Дозорцев В.А. Комментарий к схеме «Система исключительных прав» // Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации. М., 2003. 10. Сінгапурський договір про право товарних знаків / *Відомості Верховної Ради України* від 25.09.2009 – 2009 р., № 39, стор. 1477, стаття 547.
10. Наказ Міністерства освіти і науки України N 576 від 03.08.2001 р. / *Офіційний вісник України* від 07.09.2001 – 2001 р., № 34, с. 376.
11. Томаров Іларіон. Право Китаю і ліцензійний договір на торговельну марку / електронний ресурс: <http://www.legalshift.com.ua/?p=1199>

УДК 347.637

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.6>

ПРОБЛЕМИ РОЗГЛЯДУ СУДАМИ СПРАВ ПРО ПОЗБАВЛЕННЯ БАТЬКІВСЬКИХ ПРАВ

Дяченко Сергій Вікторович,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Університету Державної фіскальної служби України

Єрмоєнко Дар'я Олександрівна,

здобувач першого (бакалаврського) рівня вищої освіти
Навчально-наукового інституту права
Університету Державної фіскальної служби України

У статті визначено та проаналізовано міжнародне й національне правове регулювання, яке повинні застосовувати суди України при вирішенні спорів, що виникають із сімейних правовідносин про позбавлення батьківських прав. Запропоновано визначення позбавлення батьківських прав як інституту сімейного права, який передбачає судовий захист прав та інтересів дитини й міру сімейно-правової відповідальності батьків (усиновителів), які не виконують усі чи окремі батьківські обов'язки, покладені на них Сімейним кодексом та іншим законодавством України, у вигляді виняткових вичерпних заходів впливу на винних осіб.

Проаналізовано підстави для позбавлення батьківських прав, які подані в ч. 1 ст. 164 СК України, і відзначено, що цей перелік є вичерпним, хоча і з використанням оціночних понять – «поважна причина», «ухиляються», «жорстоко», які належить оцінити суду. Проте жодні інші обставини, наприклад, аморальна поведінка матері або батька, чи зловживання правами, чи інші, не можуть призвести до позбавлення батьківських прав. Для позбавлення батьківських прав достатньо однієї з передбачених підстав, хоча на практиці можливе поєднання декількох підстав. Якщо позов про позбавлення батьківських прав заявлений із декількох підстав, суди повинні перевіряти й обґрунтовувати в рішенні кожен з них.

Відзначено, що сьогодні немає достатніх підстав для виділення сімейно-правової відповідальності як самостійного виду юридичної відповідальності, оскільки фактично немає правових санкцій, які не охоплювалися б адміністративною, кримінальною, цивільно-правовою відповідальністю. Тому батьки при позбавленні їх батьківських прав несуть адміністративну, кримінальну, цивільно-правову відповідальність.

Запропоновано доповнити ЦК України статтею 1183-1 у редакції, що передбачає зобов'язання батьків відшкодувати шкоду, завдану дитині, щодо якої вони були позбавлені батьківських прав, коли їхні дії були виражені в ухиленні їх від виконання своїх обов'язків щодо виховання дитини, у жорстокому поводженні з дитиною, в експлуатації дитини, у примушенні до жебракування та бродяжництва, у засудженні за вчинення умисного кримінального правопорушення щодо дитини, а також в інших випадках, коли дитині було завдано шкоди.

Ключові слова: дитина, батьки, сім'я, шлюб, батьківські права, позбавлення, виконання батьківських обов'язків, утримання дитини, цивільно-правова відповідальність.

Diachenko Serhii, Yeromenko Daria. Problems of court consideration of cases of deprivation of parental rights

The articles define and analyze the international and national legal regulations that should be applied by the courts of Ukraine in resolving disputes involving the involvement of family legal relations on the invitation of parental rights. It is proposed to define the deprivation of parental rights as an institution of family law, which provides for judicial protection of the rights and interests of the child and the degree of family liability of parents (amplifiers) who do not participate in all individual parental communities imposed by the Family Code and other legislation in the form of exceptional comprehensive measures to influence the perpetrators.

The grounds for deprivation of parental rights, which are presented in Part 1 of Art. 164 of the Criminal Code of Ukraine, and it is stated that this list is exhaustive, he wants to use evaluative concepts – "important reasons", "evade", "cruel", which must be assessed by the court.

However, no other circumstances, such as immoral behavior of the mother or father, or abuse of rights, or others, can lead to deprivation of parental rights. One of the proposed grounds is enough to welcome parental rights, wanting the practical possibilities of combining several grounds. If prior notification of parental rights is proposed on several grounds, they should be reviewed and substantiated in the decision of each of them.

Assessment that currently there are no available textbooks for the allocation of family liability as an independent type of legal liability, in fact, there are no legal sanctions that are not protected from administrative, criminal, civil liability. Therefore, parents in the release of their parental rights are administrative, criminal, civil liability.

It is proposed to supplement the Central Committee of Ukraine with Article 1183-1 in the wording that provides for the cooperation of parents to reimburse the school, to provide for the child, because they were invited by parental law, when their actions were expressed in use of their child-rearing needs, a child, in work with children, forced to beg and wander, when convicted of a general criminal offense against a child, as well as in other cases where schools have been established.

Key words: *child, parents, family, marriage, parental rights, deprivation, execution of parental defenders, child support, civil liability.*

Постановка проблеми. Законодавством України передбачено, що сім'я, дитинство, материнство і батьківство охороняються державою; батьки зобов'язані утримувати дітей до їх повноліття. Діти рівні у своїх правах незалежно від походження, а також від того, народжені вони в шлюбі чи поза ним. Будь-яке насильство над дитиною та її експлуатація переслідуються за законом.

Тобто законодавство України гарантує захист не шлюбу, а саме сім'ї, дитинства, материнства і батьківства. Основними суб'єктами сім'ї є, окрім батька та матері, також діти. Тому повинні створюватися необхідні умови для судового забезпечення прав, свобод дітей. А це означає, що закон регламентує відповідні кореспондуючі права й обов'язки батьків щодо виховання та розвитку дітей у сім'ї, а при їх невиконанні установлює юридичну відповідальність, у тому числі й у разі невиконання батьками своїх обов'язків, які можуть призвести до позбавлення батьків їхніх батьківських прав щодо дитини.

Особливої актуальності звернення до проблем розгляду судами справ про позбавлення батьківських прав набуло сьогодні. Демографічна ситуація за останні десятиріччя в Україні характеризується низькою народжуваністю, поширенням бездітності, високим рівнем еміграції. Також мало вирішуються питання щодо планування сім'ї на державному рівні. Усе це негативно впливає на здоров'я дітей, спричиняє сімейні конфлікти. Через зниження такого престижу сім'ї, складні матеріальні умови,

а також через низький загальний рівень культури сімейного життя досить великий відсоток батьків залишають своїх дітей або навіть у сім'ї не виконують обов'язки щодо виховання дітей, їх матеріального, духовного та іншого забезпечення. Виникає проблема застосування юридичних санкцій до таких батьків, зокрема позбавлення їх батьківських прав у судовому порядку. Це зумовлює підвищену увагу законодавчих, судових та інших державних органів до регулювання питання відповідальності батьків за невиконання чи неналежне виконання ними своїх батьківських обов'язків, покладених на них законом і звичаями суспільства.

Мета статті полягає в з'ясуванні сутності позбавлення батьківських прав за неналежне виконання ними своїх батьківських обов'язків, у вирішенні певних проблем розгляду судами справ про позбавлення батьківських прав, виробленні на цій основі шляхів удосконалення законодавства, яке регулює вказані відносини.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Ті чи інші аспекти інституту позбавлення батьківських прав досліджували в працях Ю.В. Александрова, О.О. Буц, Л.С. Волинець, О.М. Гончаренко, К.І. Грейдіна, М.О. Довженко, С.В. Дяченко, О.І. Карпенко, І.В. Кирилюк, С.В. Кравців, Л.В. Красицька, О.Ф. Лапчевська, Б.К. Левківський, С.М. Лепех, М.В. Логвінова, М.В. Менджул, Н.О. Міненкова, А.С. Олійник, З.В. Ромовська, Ю.В. Самборська, Ю.О. Сова, Є.Д. Тонієвич, Г.Я. Тріпультський, В.І. Труба, О.А. Явор, Л.В. Яценко й інші дослідники.

Зрозуміло, питання законодавчого врегулювання позбавлення батьківських прав, розгляду судами справ про позбавлення батьківських прав досить складні та делікатні, вони не вирішуються швидко, потрібен час і праця щодо їх опрацювання, вироблення практики судового застосування.

Виклад основного матеріалу. За положеннями Декларації прав дитини від 20 листопада 1959 року, дитина повинна бути наділена всіма зазначеними в Декларації правами, які мають бути визнані за всіма дітьми та без розрізнення чи будь-якої дискримінації (принцип 1); дитина має зростати в батьківському піклуванні та під відповідальністю батьків (принцип 6) [1].

Згідно зі ст. ст. 18, 27 Конвенції про права дитини від 20 листопада 1989 року (редакція зі змінами, схваленими Резолюцією 50/155 Генеральної Асамблеї ООН від 21 грудня 1995 року), учасниці цієї Конвенції докладають усіх можливих зусиль, щоб забезпечити визнання принципу загальної та однакової відповідальності обох батьків за виховання й розвиток дитини [2].

За нормами Рекомендації NR (84) 4 Комітету Міністрів державам-членам РЄ «Про батьківську відповідальність» від 28 лютого 1984 року, батьківська відповідальність є сукупністю обов'язків і прав, спрямованих на забезпечення морального та матеріального забезпечення благополуччя дитини, зокрема на піклування про неї, підтримання з нею особистих стосунків і забезпечення її освіти, утримання, правове представництво й управління її власністю [3].

Вагоме значення проблемами захисту прав дитини та позбавлення батьківських прав надано в рішенням Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). Так, у рішенні ЄСПЛ від 11 липня 2017 року у справі «М.С. проти України» (заява № 2091/13) мова йде про «інтереси дитини», їх місце у взаєминах між батьками. Зокрема, ЄСПЛ указав, що при визначенні найкращих інтересів дитини в кожній конкретній справі необхідно враховувати два аспекти: по-перше, інтересам дитини найкраще відповідає збереження її зв'язків із сім'єю, крім випадків, коли сім'я є особливо непридатною або неблагополучною; по-друге, у найкращих

інтересах дитини є забезпечення її розвитку в безпечному, спокійному та стійкому середовищі, що не є не благодійним [4].

Характерним прикладом є також Рішення ЄСПЛ у справі «Савіни проти України» від 18 грудня 2008 року (заява № 39948/06), де Суд указує та повторює, що законне право батьків і дітей бути поряд один із одним є основоположним складником сімейного життя, тому заходи державних органів, які спрямовано на перешкоджання цьому праву, є втручанням у права дитини [5].

Про виконання рішень ЄСПЛ у цих та інших справах уже були неодноразові публікації в літературі [6; 7].

Також, відповідно до с. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 року, суди України повинні застосовувати при розгляді подібних справ Конвенцію і практику ЄСПЛ [8].

Проте суди України не завжди враховують вказану практику ЄСПЛ. Так, у рішення Ірпінського міського суду Київської області від 9 квітня 2019 року у справі № 367/3042/18 суд не взяв до уваги заперечення відповідача проти позову з тих підстав, що відповідач піклувалася про свого сина, проходила з ним відповідні заходи щодо лікування, проводила дитині щеплення, займалася вихованням сина, за що має грамоти з дошкільних закладів, де перебував син. Коли син пішов до школи, відповідач забезпечила його одягом і всім необхідним для навчання. Також суд не взяв до уваги хворобу відповідача, з причини якої їй проведено оперативне втручання та заборонено працювати, а в подальшому необхідно пройти ще курси лікування та реабілітації [9].

Згідно з нормами чинної Конституції України [10], Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 року (далі – СК України) передбачає, що держава охороняє сім'ю, дитинство, материнство, батьківство, створює умови для зміцнення сім'ї. Відповідно до ст. 6 СК України, правовий статус дитини має особа до досягнення нею повноліття. Малолітньою вважається дитина до досягнення нею чотирнадцяти років. Неповнолітньою вважається дитина у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти

років [11]. Указані положення дублюються й у Цивільному кодексі України від 16 січня 2003 року [12] (ст. ст. 29, 31, 32 тощо) (далі – ЦК України). Основні норми про позбавлення батьківських прав визначені в ст. ст. 164–171 СК України.

На захист та охорону дитинства спрямовані також норми таких законів України, як «Про охорону дитинства» від 26 квітня 2001 року [13], «Про соціальну роботу з сім'ями, дітьми та молоддю» від 21 червня 2001 року (у редакції Закону України від 15 січня 2009 року) [14], «Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей» від 2 червня 2005 року (у редакції Закону України від 21 грудня 2010 року) [15] тощо.

Не обійшла питання інституту позбавлення батьківських прав і судова практика. Ще в радянський час було видано кілька постанов Пленуму Верховного Суду УРСР, які тією чи іншою мірою регулювали питання позбавлення батьківських прав.

Сьогодні з метою забезпечення однакового та правильного застосування судами законодавства при розгляді справ про позбавлення й поновлення батьківських прав Пленум Верховного Суду України в Постанові «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про усиновлення і про позбавлення та поновлення батьківських прав» від 30 березня 2007 року № 3 надав судам певні роз'яснення [16].

Отже, сьогодні інститут позбавлення батьківських прав в українському законодавстві ґрунтується на основоположних актах про права людини та громадянина загалом і права дитини зокрема.

Основні положення щодо позбавлення батьківських прав прописані в ст. ст. 164–169, 171 і деяких інших СК України. Але самого визначення терміна «позбавлення батьківських прав» СК України не містить.

Згідно з тлумачними нормами української мови, «батьківство» – це кровна спорідненість між батьком і його дитиною, проте термін «батьківський» має два значення: 1) прикметник до слова батько та 2) належний батькові, батькам. У зв'язку з цим не вживається словосполучення «позбавлення батьківських і материнських прав», оскільки термін «бать-

ківський» використовується в значенні «належний обом батькам» [17, с. 64].

Термін «позбавлення» в українській мові означає дію за значенням «позбавити» – забирати, віднімати щось у когонебудь, залишати когочого, що-небудь без чогось; а словосполучення «позбавлення батьківських прав» Великий тлумачний словник сучасної української мови трактує як «надзвичайний захід, що застосовується лише судом до одного чи обох батьків, визнаних винними у неналежному вихованні дітей» [17, с. 1019].

Аналізуючи підхід до визначення позбавлення батьківських прав як способу захисту прав дитини, варто звернутися до ст. 18 СК України, яка в ч. 2 містить перелік способів захисту сімейних прав та інтересів (установлення правовідношення; примусове виконання добровільно не виконаного обов'язку; припинення правовідношення, а також його анулювання; припинення дій, які порушують сімейні права, тощо), але цей перелік не є вичерпним, тому позбавлення батьківських прав можна вважати способом захисту.

Батьківські права – це частина сімейних прав. Сімейні права є такими, що тісно пов'язані з особою, а тому не можуть бути передані іншій особі. Якщо дитина або особа, дієздатність якої обмежена, не може самостійно здійснювати свої права, ці права здійснюють батьки, опікун або самі ці особи за допомогою батьків чи піклувальника (ст. 14 СК України). Якщо мати, батько дитини є неповнолітніми, баба, дід дитини з боку того з батьків, хто є неповнолітнім, зобов'язані надавати йому допомогу в здійсненні ним батьківських прав і виконанні батьківських обов'язків (ст. 16 СК України) [11].

Здійснення батьками своїх прав і виконання обов'язків мають ґрунтуватися на повазі до прав дитини та її людської гідності. Батьківські права не можуть здійснюватися всупереч інтересам дитини. Відмова батьків від дитини є неправозгідною, суперечить моральним засадам суспільства. Ухилення батьків від виконання батьківських обов'язків є підставою для покладення на них відповідальності, установленної законом (ст. 155 СК України) [11].

Те, що інститут позбавлення батьківських прав, – це не тільки міра відпові-

дальності, а й захист прав дитини, визнає й Верховний Суд. Зокрема, у п. 15 Постанови Пленуму «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про усиновлення і про позбавлення та поновлення батьківських прав» визначено, що позбавлення батьківських прав (тобто прав на виховання дитини, захист її інтересів, на відібрання дитини в інших осіб, які незаконно її утримують, тощо), що надані батькам до досягнення дитиною повноліття і ґрунтуються на факті спорідненості з нею, є крайнім заходом впливу на осіб, які не виконують батьківських обов'язків, а тому питання про його застосування варто вирішувати лише після повного, усебічного, об'єктивного з'ясування обставин справи, зокрема ставлення батьків до дітей.

Сьогодні підстави позбавлення батьківських прав визначено в ч. 1 ст. 164 СК України. Перелік підстав позбавлення батьківських прав у ч. 1 ст. 164 СК України вичерпний, хоча він і може конкретизуватися в інших нормативних актах.

Так, відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 164 СК України, мати, батько можуть бути позбавлені судом батьківських прав, якщо вони не просто не забрали дитину з пологового будинку або з іншого медичного закладу, а й протягом шести місяців не виявляли щодо неї батьківського піклування [11].

Отже, виходячи з логіки цієї норми, ініціювання справи про позбавлення батьківських прав може бути розпочато не одразу ж після того, як мати, батько не забрали дитину з пологового будинку або з іншого закладу охорони здоров'я без поважної причини, а лише через шість місяців з дня народження дитини за умови, що батьки не виявляли щодо дитини батьківського піклування.

Мати, батько можуть бути позбавлені судом батьківських прав, якщо вони ухиляються від виконання своїх обов'язків з виховання дитини (п. 2 ч. 1 ст. 164 СК України) [11]. Ухилення від виконання юридичного обов'язку – акт завжди свідомої поведінки, оскільки особа має реальну можливість його виконати, але не вчиняє відповідних дій.

Сімейні обов'язки є такими, що тісно пов'язані з особою, а тому не можуть бути перекладені на іншу особу (ст. 15 СК

України). СК України визначає переліки обов'язків батьків щодо дітей, зокрема особисті немайнові права (гл. 13), обов'язок утримувати дитину (гл. 15 СК України) тощо [11].

Зокрема, позивачка ОСОБА_1 звернулася до суду з позовом до відповідача ОСОБА_1, у якому просить позбавити останнього батьківських прав стосовно його малолітньої доньки ОСОБА_3. Свої вимоги мотивує тим, що відповідач не спілкується з дитиною, не надає їй ніяку матеріальну допомогу, не займається її вихованням, не виявляє інтересу до її внутрішнього світу, не піклується про навчання своєї доньки, не займається її підготовкою до самостійного життя, не забезпечує необхідним харчуванням, не займається лікуванням, не створює умови для отримання освіти, тобто не бере ніякої участі у вихованні дитини. 12 липня 2018 року Одеська загальноосвітня школа № 89 I–III ступенів Одеської міської ради Одеської області надала характеристику ОСОБА_3 в тому, що батько дитини за час навчання доньки жодного разу до школи не навідувався. Суд ухвалив позов задовольнити та позбавити батьківських прав ОСОБА_2 стосовно його доньки ОСОБА_3, уродженки міста Одеси Одеської області [18]. Подібне рішення прийняв Івано-Франківський міський суд щодо ОСОБА_5, оскільки останній, відповідно до довідки від 25 травня 2017 року № 130 дошкільного навчального закладу (ясла-садок № 17 «Ромашка»), жодного разу не з'являвся в закладі й, відповідно до листа Івано-Франківської загальноосвітньої школи I–III ступенів № 10, жодного разу не відвідував ученицю в школі та не брав участі в батьківських зборах [19].

Ухилення батьків від виконання своїх обов'язків має місце, коли вони не піклуються про фізичний і духовний розвиток дитини, її навчання, підготовку до самостійного життя. Так, у судовому засіданні Тростянецького районного суду Вінницької області 3 лютого 2105 року встановлено, що відповідачка – ОСОБА_2 є матір'ю ОСОБА_4, ІНФОРМАЦІЯ_1 та ОСОБА_5, ІНФОРМАЦІЯ_3. Діти на цей час проживають із бабусею – ОСОБА_1 і перебувають на її утриманні. Вона повністю займається їхнім вихованням та утриманням. Відпо-

відачка не бере участі у вихованні дітей, не цікавиться їхнім життям і здоров'ям. ОСОБА_2 ухиляється від виконання своїх батьківських обов'язків, не несе ніякої відповідальності за своїх дітей. ОСОБА_2 також написала заяву – відмову від батьківських прав стосовно малолітніх доньок ОСОБА_4 та ОСОБА_5. Цей факт підтверджується сукупністю доказів [20].

Мати, батько можуть бути позбавлені судом батьківських прав, якщо вони не виконують чи ухиляються від виконання своїх обов'язків щодо матеріального забезпечення дитини. Так, за висновком Департаменту служб у справах дітей Харківської міської ради від 25 березня 2019 року, питання щодо доцільності позбавлення батьківських прав ОСОБА_2 розглянуто на засіданні Комісії з питань захисту прав дітей виконавчого комітету Харківської міської ради, які вважали за доцільне позбавлення батьківських прав ОСОБА_2 стосовно неповнолітньої доньки ОСОБА_3. Як убачається з зазначеного висновку, під час розгляду документів встановлено, що батько матеріально не утримує доньку. Суд вирішив позбавити батьківських прав ОСОБА_2 [21].

Іноді трапляються випадки, коли позбавлення батьківських прав провадиться судом з кількох підстав одночасно. Зокрема, хронічний алкоголізм батьків (п. 4 ч. 1 ст. 164 СК України) як підстава позбавлення батьківських прав часто супроводжується ухиленням батьками чи особами, які їх замінюють, від виконання безпосередніх обов'язків із повноцінного виховання дитини (п. 2 ч. 1 ст. 164 СК України), із жорстоким поведінням із дитиною (п. 3 ч. 1 ст. 164 СК України) [11] тощо. Тому якщо позов про позбавлення батьківських прав заявлений із кількох підстав, суди повинні перевіряти й обґрунтовувати в рішенні кожну із цих підстав.

Також варто визначити обсяг відповідальності батьків при позбавленні їх батьківських прав. На наш погляд, сьогодні немає достатніх підстав для виділення сімейно-правової відповідальності як самостійного виду юридичної відповідальності, оскільки фактично немає правових санкцій, які не охоплювалися б адміністративною, кримінальною, цивільно-правовою відповідальністю. Тому батьки при

позбавленні їх батьківських прав несуть адміністративну, кримінальну, цивільно-правову відповідальність.

Зокрема, щодо цивільно-правової відповідальності батьків, то в ЦК України є ст. 1183, яка прямо говорить про відшкодування шкоди батьками, позбавленими батьківських прав. Зокрема, батьки зобов'язані відшкодувати шкоду, завдану дитини, щодо якої вони позбавлені батьківських прав, протягом трьох років після позбавлення їх батьківських прав, якщо вони не доведуть, що ця шкода не є наслідком невиконання ними своїх батьківських обов'язків [12].

Проте в ЦК України варто було б закріпити норму, що передбачала б відшкодування матеріальної та моральної шкоди здоров'ю дитини батьками, позбавленими батьківських прав, у випадку, коли дії таких батьків були виражені в ухиленні їх від виконання своїх обов'язків щодо виховання дитини, у жорстокому поведінні з дитиною, в експлуатації дитини, у примушенні до жебракування та бродяжництва, у засудженні за вчинення умисного кримінального правопорушення щодо дитини.

Отже, проаналізувавши як визначення, запропоновані в літературі, так і певні норми сімейного законодавства, можна зробити такі висновки. Позбавлення батьківських прав – це інститут сімейного права, що передбачає судовий захист прав та інтересів дитини й міру сімейно-правової відповідальності батьків (усиновителів), які не виконують усі чи окремі батьківські обов'язки, покладені на них Сімейним кодексом та іншим законодавством України, у вигляді виняткових вичерпних заходів впливу на винних осіб.

Підстави для позбавлення батьківських прав подані в ч. 1 ст. 164 СК України вичерпно, хоча і з використанням оціночних понять – «поважна причина», «ухиляються», «жорстоко», які належить оцінити суду. Проте жодні інші обставини, наприклад, аморальна поведінка матері чи батька (як це було передбачено ст. 19 Основ законодавства Союзу РСР і союзних республік про шлюб і сім'ю, ст. 70 КпШС України й іншими актами), чи зловживання правами, чи інші, не можуть призвести до позбавлення батьківських прав. Якщо позов про позбавлення батьківських

прав заявлений із кількох підстав, то суди обов'язково повинні перевіряти й обґрунтувати в рішенні кожну з указаних підстав.

На основі вищевикладеного та з метою врегулювання цивільно-правової відповідальності батьків, позбавлених батьківських прав, пропонуємо доповнити ЦК України статтею 1183-1 у такій редакції:

«1. Батьки зобов'язані відшкодувати шкоду, завдану дитині, щодо якої вони

були позбавлені батьківських прав, коли їхні дії були виражені в ухиленні їх від виконання своїх обов'язків щодо виховання дитини, у жорстокому поводженні з дитиною, в експлуатації дитини, у примушенні до жебракування та бродяжництва, у засудженні за вчинення умисного кримінального правопорушення щодо дитини, а також в інших випадках, коли дитині було завдано шкоди».

ЛІТЕРАТУРА:

1. Декларація прав дитини : Прийнята Резолюцією 1386 (XIV) Генеральної Асамблеї ООН від 20 листопада 1959 року. *Верховна Рада України* : офіційний вебпортал парламенту України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_384.
2. Конвенція про права дитини від 20 листопада 1989 року (редакція зі змінами, схваленими резолюцією 50/155 Генеральної Асамблеї ООН від 21 грудня 1995 року). *Зібрання чинних міжнародних договорів України*. 1990. № 1. Ст. 205.
3. Про батьківську відповідальність : Рекомендація № R (84) 4 Комітету міністрів держав-членам. Прийнята Комітетом міністрів 28 лютого 1984 року на 367-му засіданні заступників міністрів. *Верховна Рада України* : офіційний вебпортал парламенту України. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_263.
4. Рішення Європейського суду з прав людини від 11 липня 2017 року у справі «М.С. проти України» (заява № 2091/13). *ЛИГА : ЗАКОН*. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/SO000995>.
5. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Савіни проти України» від 18 грудня 2008 року (заява № 39948/06). *Офіційний вісник України*. 2009. № 84. Ст. 2852.
6. Дяченко С.В., Пушкарьова Т.М. Принцип права на справедливий суд : елементи розгляду та практика Європейського суду з прав людини щодо України. *Журнал східноєвропейського права*. 2019. № 70. С. 90–96.
7. Марчак А.Т., Дяченко С.В. Єдині підходи до стандартів цивільного процесу в Європі та в Україні. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. № 1. URL: http://www.lsej.org.ua/1_2021/23.pdf.
8. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23 лютого 2006 року № 3477-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 30. Ст. 260.
9. Рішення Ірпінського міського суду Київської області від 9 квітня 2019 року у справі № 367/3042/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81488501>.
10. Конституція України. Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року (із змінами). *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
11. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 21-22. Ст. 135.
12. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356.
13. Про охорону дитинства : Закон України від 26 квітня 2001 року № 2402-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 30. Ст. 142.
14. Про соціальну роботу з сім'ями, дітьми та молоддю : Закон України від 21 червня 2001 року № 2558-III (у редакції Закону України від 15 січня 2009 року № 878-VI). *Відомості Верховної Ради України*. 2009. № 23. Ст. 284.
15. Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей : Закон України від 2 червня 2005 року № 2623-IV (у редакції Закону України від 21 грудня 2010 року № 2823-VI). *Офіційний вісник України*. 2011. № 3. Ст. 161.

16. Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про усиновлення і про позбавлення та поновлення батьківських прав : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 30 березня 2007 року № 3. *Влада. Людина. Закон.* 2007. № 5. С. 47–52.

17. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / укладачі : В.Т. Бусел та ін. ; кер. проекту та голов. ред. В.Т. Бусел. Київ, Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. С. 64.

18. Заочне рішення Саратського районного суду Одеської області від 22 квітня 2019 року у справі № 513/1242/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81339060>.

19. Заочне рішення Івано-Франківського міського суду Івано-Франківської області від 19 квітня 2019 року у справі № 344/4704/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81310720>.

20. Рішення Тростянецького районного суду Вінницької області від 3 лютого 2105 року у справі № 147/1501/14-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42717261>.

21. Рішення Ленінського районного суду м. Харкова від 22 квітня 2019 року у справі № 642/217/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81322752>.

УДК 349.6:502.174:061.1ЄС

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.7>

**ПИТАННЯ АДАПТАЦІЇ УКРАЇНСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА
ЩОДО СПЕЦІАЛЬНОГО ВИКОРИСТАННЯ ОБ'ЄКТІВ ТВАРИННОГО СВІТУ
(ШЛЯХОМ ЗДІЙСНЕННЯ ПОЛЮВАННЯ)
ДО ВИМОГ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ**

Єрмолаєва Тетяна Вікторівна,

ORCID: 0000-0002-4071-7490

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри екологічного права

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена вивченню аспектів імплементації норм країн Європейського Союзу щодо спеціального використання об'єктів тваринного світу в українське національне законодавство. Проаналізовано особливості правового поняття «тваринний світ» відповідно до чинного екологічного законодавства України, а також особливості об'єктів тваринного світу, які, у свою чергу, використовуються у порядку як загального, так і спеціального використання. Зазначено, що одним із видів спеціального використання об'єктів тваринного світу є мисливство, яке здійснюється шляхом добування диких звірів та птахів, що перебувають у стані природної волі або утримуються у напіввільних умовах у межах мисливських угідь і які можуть бути об'єктами полювання. Окреслені основні документи, які формують політику спеціального використання об'єктів тваринного світу, а саме: Європейська Хартія полювання і біорізноманіття, Директива Ради 92/43/ЄЕС від 21 травня 1992 року «Про охорону природних середовищ існування та дикої флори і фауни», Директива № 91/477/ЕЭС Ради ЄС від 18 червня 1991 року «Про здійснення контролю за придбанням зброї і володіння зброєю», Конвенція ООН про охорону біологічного різноманіття від 5 червня 1992 року № 995_030, Керівні принципи трофейного полювання 2012 року, Директива Європейського Парламенту і Ради 2009/147/ЄС від 30 листопада 2009 року «Про збереження диких птахів» та інші. Крім того, розглянуто 12 принципів полювання, які прийняті в багатьох країнах Європейського Союзу і схвалені міжнародними організаціями. Щодо України, то вона як одна зі сторін Бернської конвенції про охорону дикої флори і фауни і природних середовищ існування в Європі також зобов'язана взяти до уваги ці принципи, однак більшість із них і донині не інтегровані у чинне екологічне законодавство і, відповідно, не реалізуються в Україні. Проведено детальний аналіз законодавчого закріплення ведення мисливського господарства на теренах України, а також деяких країн Європейського Союзу (Польщі, Словаччини, Угорщини), істотні відмінності, які були виявлені під час аналізу, на які треба звернути увагу під час приведення до відповідності норм чинного національного законодавства у цій сфері, до законодавства Європейського Союзу, наведені у формі таблиці. У висновках визначені певні пропозиції щодо впровадження в українську нормативно-правову базу норм Європейського Союзу щодо правового регулювання ведення мисливського господарства.

Ключові слова: співпраця України та Європейського Союзу, законодавство про спеціальне використання об'єктів тваринного світу, законодавство, яке регламентує полювання, проблемні питання адаптації українського законодавства, удосконалення законодавства України щодо спеціального використання об'єктів тваринного світу у контексті Угоди про асоціацію.

Yermolaieva Tetiana. Adapting Ukrainian legislation on the special use of the wildlife objects (by way of hunting) to the demands of the European Union

The paper is concerned with the study of certain aspects of implementing European Union legal norms on the use of the wildlife objects into Ukrainian national legal system. The peculiarities of the legal concept of "animal world" are analyzed, in accordance with the current ecological legislation of Ukraine, as well as the peculiarities of the objects of the animal world, which in turn are used in the order of general and special use. It is noted that one of the special uses of wildlife is hunting, which is carried out by catching wild animals and birds that are in a state of natural freedom or kept in semi-free conditions within hunting grounds and which can be hunted.

The main documents that form the policy of special use of wildlife are outlined, namely: the European Charter for Hunting and Biodiversity, Council Directive 92/43 / EEC of 21 May 1992 on the protection of natural habitats and of wild fauna and flora, № 91/477 / EEC of the Council of the EU of 18 June 1991 "On the control of the acquisition and possession of weapons", UN Convention on Biological Diversity of 5 June 1992 № 995_030, Guidelines for Trophy Hunting 2012, Directive 2009/147 / EC of the European Parliament and of the Council of 30 November 2009 on the conservation of wild birds and others. In addition, 12 principles of hunting are considered, which are adopted in many countries of the European Union and approved by international organizations. As for Ukraine, it, as a party to the Bern Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats, is also obliged to take these principles into account, but most of them are still not integrated into existing environmental legislation, and, accordingly, are not implemented in Ukraine. A detailed analysis of the legislative consolidation of hunting management, both in Ukraine and in some European Union countries (Poland, Slovakia, Hungary), significant differences that were identified in the analysis, and which should be taken into account when bringing the current national legislation in this area, to the legislation of the European Union, are given in the form of a table. A number of suggestions on the implementation of EU legal norms in Ukrainian legislative framework have been provided in the conclusions of the paper on the legal regulation of hunting management.

Key words: *Ukraine and EU collaboration, legislation on the special use of the wildlife objects, legislation on hunting, the problematic issues of adapting Ukrainian legislation, the improvement of Ukrainian legislation on the special use of the wildlife objects in the context of EU-Ukraine Association Agreement.*

Україна офіційно взяла курс на євроінтеграцію, і зобов'язання адаптації українського законодавства до стандартів Європейського Співтовариства зумовлено підписанням нашою країною у 2014 році Угоди про Асоціацію між Україною та Європейським Союзом (далі – Угода) [1]. Важливим наслідком підписання Угоди про Асоціацію є прийняття нашою державою низки нормативно-правових актів, якими визначаються зобов'язання щодо адаптації законодавства перед ЄС, серед яких: Постанова КМУ від 15 жовтня 2004 року № 1365 «Деякі питання адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» [2], Постанова КМУ від 16 серпня 1999 року «Про Концепцію адаптації законодавства України до законодавства ЄС» [3], Закон України від 21 листопада 2002 року «Про Концепцію Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» [4].

Як уже зазначалося, одним з актуальних завдань на шляху євроінтеграції є питання приведення чинного екологічного законодавства до стандартів ЄС, а саме нормативно-правових актів, що регулюють використання та охорону об'єктів тваринного світу.

Визначення поняття «об'єкт тваринного світу» міститься у статті 3 Закону України «Про тваринний світ» [5] (далі – Закон).

У зазначеній статті вказано, що до об'єктів тваринного світу відносяться зокрема: дикі тварини – хордові, в тому числі хребетні (ссавці, птахи, плазуни, земноводні, риби та інші) і безхребетні (членистоногі, молюски, голкошкірі та інші) в усьому їх видовому і популяційному розмаїтті та на всіх стадіях розвитку (ембріони, яйця, лялечки тощо), які перебувають у стані природної волі, утримуються у напіввільних умовах чи в неволі; частини диких тварин (роги, шкіра тощо); продукти життєдіяльності диких тварин (мед, віск тощо).

Крім того, вказана стаття відносить до об'єктів тваринного світу також і нори, хатки, лігва, мурашники, боброві загани та інше житло і споруди тварин, місця токування, линяння, гніздових колоній птахів, постійних чи тимчасових скупчень тварин, нерестовищ, інші території, що є середовищем їх існування та шляхами міграції, підлягають охороні.

Об'єкти тваринного світу використовуються у порядку загального та спеціального використання. Статтею 17 Закону визначається, що до спеціального використання об'єктів тваринного світу належать усі види використання тваринного світу (за винятком передбачених законодавством випадків безоплатного любительського і спортивного рибальства у водних об'єктах загального користування), що здійснюються з їх вилученням (добуванням, зби-

ранням тощо) із природного середовища. Крім того, за спеціальне використання об'єктів тваринного світу справляється збір, порядок справляння якого встановлюється Кабінетом Міністрів України.

Отже, одним із видів спеціального використання об'єктів тваринного світу вважається мисливство, яке здійснюється шляхом добування диких звірів та птахів, що перебувають у стані природної волі або утримуються в напіввільних умовах у межах мисливських угідь і які можуть бути об'єктами полювання.

Ведення мисливського господарства в ЄС має свої особливості, які зумовлені особливостями формування правових норм, які регулюють зазначене питання та формувалися під впливом таких факторів, як: географічне розташування, вплив звичаєвих норм, етнічні традиції народів Європи, які зумовили формування певної суспільної уяви щодо мисливства як галузі національної економіки. [6].

Слід зазначити, що в країнах Європейського Союзу немає єдиного документа, який би здійснював правове регулювання використання об'єктів тваринного світу, водночас керівництвом Ради Європи приймаються директиви, положення яких є обов'язковими для виконання окремими країнами. Особливістю європейського законодавства, що регулює такий вид спеціального використання тварин, як мисливство, є охорона тварин, що відображається у зосередженні зусиль публічної влади країн ЄС на окремих напрямках державного регулювання, зокрема на визначенні місця полювання, наданні повноважень на право полювання, ідентифікації мисливців, визначенні часу полювання, способів і принципів відшкодування збитків за завдану шкоду мисливським тваринам [7, 12]. Основними документами, які формують політику спеціального використання об'єктів тваринного світу, є:

Європейська Хартія полювання і біорізноманіття (далі – Хартія) [8]. У зазначеному документі викладено 12 принципів полювання, кожен з яких доповнено роз'ясненнями і вказівками. Вказані принципи прийняті в багатьох країнах Європейського Союзу і схвалені міжнародними організаціями. Україна, як сторона Бернської конвенції про охорону дикої флори і фауни

і природних середовищ існування в Європі, зобов'язана прийняти до уваги принципи, викладені в Хартії, але більшість із принципів вказаного документу до цього часу не інтегровані у чинне екологічне законодавство, і відповідно, не реалізуються в Україні. Насамперед, мова йде про принцип, за яким держава зобов'язана підтримувати багаторівневе управління. Реалізація вказаного принципу передбачає зобов'язання органів державної влади дотримуватися гнучкої політики: заохочувати створення структур, що об'єднують осіб мисливців та осіб із природоохоронними інтересами. Саме таке об'єднання повинно сприяти пом'якшенню конфліктів між двома категоріями осіб. Відповідно до зазначеного вище принципу, держава повинна стимулювати організації, які користуються найкращим методом господарювання, шляхом надання останнім пільг та субсидій і стимулювати такі об'єднані структури, боротися зі зловживаннями під час здійснення полювання.

У нашій же державі мисливські господарства не лише не отримують субсидій і пільг, а й постійно стикаються із перешкодами для нормального ведення мисливської діяльності. Українські мисливські господарства майже не отримують фінансування з державного бюджету, а конфлікти із зоозахисними організаціями загострюються з кожним роком.

Наступний принцип, викладений в Хартії, – це принцип забезпечення зрозумілості і визнання норм. Сутність цього принципу полягає в тому, що «малозрозумілі» нормативно-правові акти можуть призводити до негативних наслідків, відповідно, всі норми повинні бути прописані максимально зрозуміло. З метою досягнення зазначених цілей у країнах ЄС до розроблення нормативно-правових актів залучаються як мисливці, так і представники зоозахисних організацій. В Україні до розроблення та обговорення нормативно-правових актів, що регулюють спеціальне використання об'єктів тваринного світу та діяльність мисливських господарств, мисливців не лише не залучають, а й у більшості випадків ігнорують їх пропозиції та зауваження. Це, зокрема, призводить і до виникнення конфліктів, протиріч, адже закони пишуть ті, хто майже не має відношення до мисливського господарства.

Не реалізується в нашій державі і принцип Хартії, відповідно до якого органи державної влади мають мотивувати мисливців до охорони місць проживання, перебування тих чи інших видів мисливських тварин і навіть попередньо узгоджувати з ними ці системи мотивації. Водночас в Україні взагалі відсутні будь-які стимули для охорони місць оселення диких тварин. Більше того, на території мисливських угідь або суміжних з ними територій проводиться незаконна рубка лісу, видобуток бурштину, випалювання вугілля в піролізних печах. Хоча за останні роки і була посилена відповідальність за незаконну порубку лісу, відповідно до Закону України від 25 квітня 2019 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо збереження українських лісів» та Закону України від 19 грудня 2019 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення законодавства про видобуток бурштину та інших корисних копалин», але ситуація майже не змінилася щодо кількості правопорушень у цій сфері.

У Хартії викладено також принцип, який передбачає наявність компетентності та відповідальності користувачів дикими ресурсами. Органи влади мають заохочувати і полегшувати реалізацію програм освіти та підготовки мисливців. На жаль, цей принцип також не застосовується в нашій державі. В Україні відсутні курси для навчання кандидатів у мисливці. Тобто тоді як Європа констатує необхідність всебічної освіти в питаннях мисливства, Україна йде шляхом неосвіченості.

Крім цього, слід зазначити, що, на наш погляд, не всі принципи Хартії потребують негайної практичної реалізації в нашій країні. Адже певні норми, які регламентують спеціальне використання об'єктів тваринного світу (зокрема шляхом здійснення полювання), вписані у вітчизняному законодавстві набагато краще, і, відповідно, запозичення більш м'яких норм, що містяться в Хартії, за умови відсутності культури полювання серед більшості українських мисливців може привести до знищення певних популяцій об'єктів тваринного світу. Зазначене твердження стосується принципу Хартії, відповідно до якого природоохоронний статус видів має

підтримуватися на рівні, що є достатнім для стійкого вилучення. Таке вилучення має ґрунтуватися на надійних наукових та місцевих знаннях. Органам державної влади рекомендують співпрацювати з мисливцями в розробленні методів моніторингу, менеджменту популяцій. Мисливці мають забезпечувати утримання популяцій цільових видів мисливських тварин на рівнях, оптимальних щодо їх місць мешкання.

На цьому етапі у вітчизняне законодавство не слід впроваджувати норми Хартії, якими втілюється в життя заохочуваний принцип. Суть цього принципу полягає в тому, що економічні стимули споживання повинні бути стимулом для охорони об'єктів тваринного світу. Мисливці, розуміючи, що певні види об'єктів тваринного світу мають економічну цінність, повинні отримати мотивацію до їх охорони. Вважаємо, що в нашому суспільстві культура полювання знаходиться не на високому рівні, тому запровадження цього принципу Хартії призведе до знищення багатьох видів об'єктів тваринного світу. Підтвердженням такої точки зору є дані Всесвітнього фонду дикої природи (WWF), відповідно до яких чисельність популяцій хребетних видів тварин (ссавці, риба, птахи, амфібії та рептилії) з 1970 по 2016 рік знизилася на 68%. У звіті WWF «Жива планета» 2020 наголошується, що руйнування природи спричиняє катастрофічний вплив не тільки на популяції диких видів, а й на здоров'я та всі аспекти нашого життя.

Крім вказаної вище Хартії, здійснення спеціального використання об'єктів тваринного світу, зокрема шляхом мисливства, в країнах Європейського Союзу регламентують і інші нормативні акти, серед яких: Директива Ради 92/43/ЄЕС від 21 травня 1992 року «Про охорону природних середовищ існування та дикої флори і фауни» [9], Директива № 91/477/ЄЭС Ради ЄС від 18 червня 1991 року «Про здійснення контролю за придбанням зброї і володіння зброєю» [10], Конвенція ООН про охорону біологічного різноманіття від 5 червня 1992 року № 995_030 [11], Керівні принципи трофейного полювання 2012 року [12], Директива Європейського Парламенту і Ради 2009/147/ЄС від 30 листопада 2009 року «Про збереження диких птахів» [13] тощо.

У нашій країні нормативно-правове регулювання спеціального використання об'єктів тваринного світу здійснюється такими нормативно-правовими актами: Законом України «Про тваринний світ» [13], Законом України «Про мисливське господарство та полювання» [14], Лісовим кодексом [15], Водним кодексом [16] та Законом України «Про охорону навколишнього природного середовища» [17].

Загалом структура і зміст закону України «Про мисливське господарство та полювання» досить подібна до положень відповідних законів Польщі, Словаччини, Угорщини. Але водночас у результаті історичного, економічного, соціального, культурного розвитку українського суспільства нормативно-правова база, яка регламентує процес полювання в Україні, має певні відмінності, які ми можемо побачити в таблиці 1.

Таблиця 1

| Порівнювальний критерій | Україна | Польща | Словаччина | Угорщина |
|--|---|---|---|---|
| 1 | 2 | 3 | 4 | 5 |
| Законодавство, яке регулює полювання | Закон «Про тваринний світ» Закон «Про мисливське господарство та полювання» Лісовий кодекс Водний кодекс Закон «Про охорону навколишнього природного середовища» | Закон «Про мисливське господарство», Закон «Про ліси», Закон «Про охорону природи», Закон «Про охорону диких мисливських тварин» | Закон «Про мисливське господарство» | Закон «Про захист дичини, управління дичиною і полювання», Закон «Про лісове господарство», Закон «Про охорону природи» |
| Хто має право на полювання | Громадяни, яким виповнилось 18 років | Громадяни, яким виповнилось 18 років | Громадяни, яким виповнилось 18 років | Громадяни, яким виповнилось 18 років |
| Чи потрібно пройти стажування, спеціальне навчання для того, щоб отримати посвідчення мисливця | Проходити стажування не потрібно. Для отримання посвідчення мисливця треба скласти спеціальний іспит та надати довідку про проходження курсів із поведінки зі зброєю | Написати заяву до товариства, пройти стажування(не менше одного року). Під час стажування особи вивчають біологію звірів та птахів, кінологію, традиції полювання, правила поведінки зі зброєю. Після проходження стажування складається іспит із прослуханих теоретичних дисциплін та практичний іспит на володіння зброєю | Пройти дворічне навчання: рік практичного навчання (володіння зброєю, вивчення біології звірів) і рік практичних занять (у вихідні). Скласти іспити | Пройти навчання, скласти іспит |
| Чи мають право на полювання іноземці | Так | Так | Так | Так |
| Хто має право користуватися мисливськими угіддями | Користувачами мисливських угідь можуть бути спеціалізовані мисливські господарства, інші підприємства, установи та організації, в яких створені спеціалізовані підрозділи для ведення мисливського господарства з наданням у їх користування мисливських угідь. | Ловецьке коло | Комори укладають угоди із власниками земельних ділянок, а потім реєструють господарство в лісовому уряді (регіональними представниками Генеральної дирекції лісів Словаччини) | Державні обласні управління мисливського господарства |

Закінчення табл. 1

| 1 | 2 | 3 | 4 | 5 |
|--------------------------------------|--|---|---|---|
| <p>Види полювання, які дозволені</p> | <p>– індивідуальне полювання; – колективне полювання; – колективне полювання з нагоничами (облавне полювання). Полювання може здійснюватися з використанням: – мисливської вогнепальної зброї; – собак мисливських порід, інших ловчих звірів і птахів (за наявності паспортів на них); – сіток і пасток для відлову тварин живцем; – пасток для добування хутрових звірів із науковою метою та для переселення; – мисливських вишок; – пахучих неотруйних приманок.</p> | <p>– індивідуальне – з нагончими – колективне</p> | <p>– індивідуальне – з нагончими – колективне</p> | <p>– індивідуальне – колективне. Полювання з вогнепальною зброєю, полювання з луком Капкани та полювання з гончими собаками – заборонено</p> |
| <p>Відшкодування збитків</p> | <p>Порушення законодавства у галузі мисливського господарства та полювання тягне за собою дисциплінарну, адміністративну, цивільно-правову або кримінальну відповідальність згідно із законами України «Про тваринний світ» (ст. 63), та «Про мисливське господарство і полювання» ст. 42). Притягнення порушників до відповідальності не звільняє їх від обов'язку відшкодувати збитки, завдані внаслідок порушення законодавства у галузі мисливського господарства та полювання. Незаконно добуті мисливські тварини чи виготовлена з них продукція, а також знаряддя правопорушень підлягають конфіскації в установленому законодавством порядку. У разі вилучення незаконно добутих або набутих в інший спосіб живих мисливських тварин повинні бути вжиті заходи до їх збереження і, якщо можливо, повернення у природне середовище.</p> | <p>Законом про мисливське господарство визначено, що орендар мисливського угіддя зобов'язаний відшкодувати збитки, які нанесені лісовим та сільськогосподарським культурам дикими кабанам, лосем, оленем, ланню і козулею. Основним підзаконним документом, який регулює порядок оцінки шкоди і виплати відшкодування збитків, нанесених лісовим і сільськогосподарським культурам, є Розпорядження Міністра охорони навколишнього природного середовища від 15 липня 2002 року «Про мисливське господарство»</p> | <p>За порушення правил полювання – штрафи. За браконьєрство – кримінальна відповідальність.</p> | <p>За порушення правил полювання – дуже високі штрафи. Наприклад, якщо під час полювання замість одного виду тварин вполював інший – позбавлення права полювання до 2 років та штраф 1000 євро.</p> |

Отже, нормативно-правове регулювання процесу спеціального використання об'єктів тваринного світу (шляхом полювання) в Україні та країнах ЄС поряд зі спільними рисами має низку відмінностей. Так, європейське законодавство є більш чітким (виписані норми не допускають подвійного трактування) та логічно продуманим. Відповідно, аналогічні риси потрібно запровадити і в українське законодавство.

Виходячи з аналізу стану адаптації національного законодавства щодо спеціального використання об'єктів тваринного світу (шляхом полювання) до стандартів ЄС, можна зробити висновок про те, що цей процес ускладнено низкою об'єктивних та суб'єктивних чинників, які потребують корекції та усунення. Серед основних проблем, з якими стикається процес приведення українського законодавства про спеціальне використання об'єктів тваринного світу (шляхом полювання) до Європейських норм, є те, що в більшості випадків приведення до відповідності здійснюється шляхом прямого запозичення директив ЄС у національне законодавство України без урахування рівня культури полювання в нашій країні та інших факторів.

Насамперед імплементації в українське законодавство потребують європейські норми щодо збільшення автономності мисливських колективів (організацій,

об'єднань). Первинні осередки повинні бути юридичними особами, самостійно мати можливість виконувати всі фінансові операції, самостійно встановлювати вартість внесків і послуг та витратити отримані кошти на відтворення та охорону диких тварин, що забезпечить їм і в подальшому збереження рентабельності.

Потребує імплементації в українське законодавство і механізм отримання в оренду мисливських угідь. Надання в оренду повинно здійснюватися прозоро, на конкурсних засадах. Також повинен бути запозичений європейський механізм отримання платежів за користування мисливськими угіддями. Імплементація в українське законодавство норм, які б дозволили реалізувати вимоги ЗУ «Про тваринний світ» в частині відшкодування збитків, завданих мисливськими тваринами сільгоспвиробникам. Нині відповідний нормативно-правовий акт відсутній.

Актуальною проблемою залишається і культура мисливства. З одного боку, низька культура українських мисливців не дозволяє запозичувати багато корисних європейських норм, які просто не запрацюють у нашій державі. З іншого боку, формування культури мисливства повинно починатися з проходження навчання (набуття мисливцями як теоретичних знань із біології тварин, так і знань, які базуються на традиціях полювання українського народу).

ЛІТЕРАТУРА:

1. Угода про асоціацію між Україною та ЄС. URL: <https://eu-ua.org/tekst-uhody-pro-asotsiatsiiu>.
2. Постанова КМУ від 15 жовтня 2004 року № 1365 «Деякі питання адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1365-2004-%D0%BF>.
3. Постанова Кабінету Міністрів України від 16 серпня 1999 р. N 1496 «Про Концепцію адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1496-99-%D0%BF>.
4. Закон України «Про Концепцію Загальнодержавної програми адаптації законодавства України» до законодавства Європейського Союзу № 228-IV від 21 листопада 2002 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/228-15>.
5. Закон України «Про тваринний світ» від 13 грудня 2001 року N 2894-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2894-14/ed20110714>.
6. Дробот І.О., Проців О.В. Розвиток системи державного регулювання мисливського господарства України в контексті адаптування до умов Європейського Союзу. *Актуальні проблеми державного управління*. 2011. Вип. 2(40). С. 1–8. URL: <http://www.kbuapa.kharkov.ua/e-book/apdu/2011-2/doc/6/01.pdf>.

7. Stec R Jowietwo w prawie europejskim? R. Stec. – Warszawa. Oficyna wydawnicza A SPRA-JR, 2008. S.12–80.

8. Хартія полювання і біорізноманіття. URL: https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%84%D0%B2%D1%80%D0%BE%D0%BF%D0%B5%D0%B9%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%B0_%D0%A5%D0%B0%D1%80%D1%82%D1%96%D1%8F_%D0%BF%D0%BE%D0%BB%D1%8E%D0%B2%D0%B0%D0%BD%D0%BD%D1%8F_%D1%96_%D0%B1%D1%96%D0%BE%D1%80%D1%96%D0%B7%D0%BD%D0%BE%D0%BC%D0%B0%D0%BD%D1%96%D1%82%D1%82%D1%8F.

9. Директива Ради 92/43/ЄЕС від 21 травня 1992 року «Про охорону природних середовищ існування та дикої флори і фауни». URL: <https://menr.gov.ua/news/31295.html>.

10. Директива № 91/477/ЄЕС Ради ЄС від 18 червня 1991 року «Про здійснення контролю за придбанням зброї і володіння зброєю». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/994_a62.

11. Конвенція ООН про охорону біологічного різноманіття від 05.06.1992 року № 995_030. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/995_030.

12. Керівні принципи трофейного полювання 2012 року. URL: cmsdata.iucn.org/downloads/iucn_ssc_guiding_principles_on_trophy_hunting_ver1_09aug2012.pdf.

13. Директива Європейського союзу зі збереження диких птахів (Council Directive 79/409/EEC on the conservation of Wild Birds). URL: <http://pernatidruzi.org.ua/conv.php?convid=10>.

УДК 347.45/.47

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.8>

ПРАВОВА ПРИРОДА ВІДНОСИН, ЩО ВИНИКАЮТЬ ІЗ ДОГОВОРУ УПРАВЛІННЯ МАЙНОМ

Ільків Олег Васильович,

ORCID: 0000-0002-0659-1855

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
Міжнародного економіко-гуманітарного університету
імені академіка Степана Дем'янчука

Стаття присвячена дослідженню положень чинного законодавства України, що регулюють відносини, які виникають у зв'язку з укладенням договорів управління майном, а також аналізу правової природи відносин договору управління майном у цивільному праві України й актуальних питань застосування цієї договірної конструкції в умовах сьогодення. Висвітлюючи актуальність теми зазначеного дослідження, аналізуються та враховуються думки науковців цієї проблематики на теоретичному рівні, здійснюється компонування застосування договору управління майном серед інших видів договорів.

Досліджено, що договором управління визначаються повноваження управителя щодо переданих йому в управління матеріальних ресурсів, за якими титульний власник за загальною вимогою законодавства ефективно й раціонально використовує майно в інтересах власника або вказаної ним особи. Поєднання цих особливостей у рамках договору управління майном свідчить про змішану – речово-правову та зобов'язально-правову – природу відносин з управління майном, які виникають на підставі договору.

Довірче управління майном поєднує абсолютні (речові) та відносні (зобов'язальні) права. Зобов'язальна природа відносин договору управління майном не виключає речових відносин, тому що власник, передаючи в управління майно, переслідує певну ціль, а саме використовувати це майно з найбільш оптимальним результатом.

Проаналізовано той факт, що автоматична пролонгація відносин довірчої власності не допускається. Тому відсутність заяв установника управління й управителя про припинення договору не можна трактувати як підставу пролонгації довірчих відносин власності, так як управитель у цивільному обороті при укладанні договорів повинен указувати що він не є власником майна. Для підтвердження своїх повноважень управитель повинен мати відповідний титул, у констатованому випадку договір управління майном, укладений у письмовій формі, чи договір управління нерухомим майном, який повинен бути посвідчений нотаріально.

Ключові слова: фідучіарні відносини, договір управління майном, довірчий власник, речове право, зобов'язальні правовідносини.

Ilkiv Oleh. Legal nature of the relationship arising from the property management agreement

The article is devoted to the study of the current legislation of Ukraine governing relations arising in connection with the conclusion of property management agreements, as well as analysis of the legal nature of property management agreements in civil law of Ukraine and current issues of application of this contractual structure in today's conditions. Highlighting the relevance of the topic of this study, analyzes and takes into account the views of scholars on this issue at the theoretical level, and the layout of the application of the property management contract among other contractual structures.

It is investigated that the management contract defines the powers of the manager in relation to the material resources transferred to him management, according to which the titular owner uses the property effectively and rationally in the interests of the owner or the person specified by him. The combination of these features in the framework of the contract of property management indicates a mixed – property and contractual nature of the relationship of property management, which arise on the basis of the contract.

Trust property management combines absolute (real) and relative (obligatory) rights. The binding nature of the property management contract does not preclude a property relationship

because the owner, by transferring the property to the management, pursues a specific goal, namely to use the property with the most optimal outcome.

The fact that automatic prolongation of trust property relations is not allowed is analyzed. Therefore, the absence of statements of the founder of the management and the manager on termination of the contract cannot be interpreted as a basis for prolongation of trust relations of property, as the manager in civil turnover at the conclusion of contracts must indicate that he is not the owner. To confirm his authority, the manager must have the appropriate title, in this case, a property management agreement concluded in writing, or a real estate management agreement, which must be notarized.

Key words: *fiduciary relations, property management agreement, trustee, property law, obligatory legal relations.*

Договір управління майном є особливим правочином, якому притаманні високий ступінь довіри й особливе значення особистості його учасників, що відображено в предметі договору, наданні управителеві надмірних повноважень, установленні з метою недопущення безпідставного збагачення обов'язку їх здійснення виключно в чужому інтересі – вигодонабувача та (або) установника управління, а також підвищених вимогах до відповідальності управителя та підставах припинення договору у зв'язку з утратою довіри [1, с. 783].

Договір управління майном є законною підставою набуття речових повноважень володіння, користування та частково розпорядження об'єктом довірчої власності поряд із зобов'язальними правовідносинами. Відносини між установником управління й управителем мають відносний характер, що зумовлено існуванням зобов'язального правовідношення між ними.

У разі передання майна в управління власник тим самим реалізує свої повноваження, які становлять зміст права власності. Аналізуючи правову природу довірчої власності, Р.А. Майданик звертає увагу на такі особливості цієї правової категорії:

1. довірчий власник є єдиним власником на довірене йому майно, відповідно, інших власників немає. Установник управління й вигодонабувач мають лише зобов'язальні права вимоги;

2. право власності довірчого власника обтяжене фідуціарним зобов'язанням здійснити речовий титул у чужому інтересі. У зв'язку з тим титул власника автор пропонує розглядати як поєднання речового й зобов'язального права, що проявляється в наявності в довірчого власника повноважень, обтяжених фідуціарним

зобов'язанням здійснити його з певною метою, визначеною установником управління з дотриманням обмежень, установлених законом і договором управління майном;

3. довірча власність має особисто-довірчий і цільовий характер, що передбачає здійснення цього титулу з дотриманням установлених законом або договором обмежень [2, с. 23].

Абсолютні та зобов'язальні критерії розуміння правової природи відносин управління майном властиві коментованій договірній конструкції. У рамках договірного правовідношення власник (установник управління) переносить на управителя правомочності володіння, користування та розпорядження майном з метою одержання максимальної вигоди від управління ним.

Однак договором не завжди можна передбачити всі аспекти здійснення довірчих повноважень з управління. Тому реалізація повноважень довірчого власника здійснюється з врахуванням правового режиму об'єкта, переданого в управління, установленого законом.

Договором управління визначається механізм реалізації речових прав і виконання обов'язків сторонами. У Цивільному кодексі України (далі – України) договір управління майном міститься серед договорів про надання послуг [3].

Договір управління майном є юридичним фактом виникнення зобов'язального правовідношення між установником управління й управителем. Названим договором установлюється механізм здійснення прав і виконання обов'язків сторонами на засадах взаємності. Таким чином, договірна конструкція передбачає двосторонній (взаємний) характер здійснення суб'єктивних цивільних прав на

основі виконання кореспондуючого праву обов'язку [4, с. 38].

Водночас договору управління майном як самостійному договірному типові властиве виникнення довірчих відносин. У рамках правовідношення, яке виникає на підставі названого договору, поєднуються речові та зобов'язальні правовідносини. Відносини між сторонами мають зобов'язальний характер. Однак унаслідок передання майна в управління управителеві делегуються абсолютні повноваження, які є похідними від права власності установника управління.

До управителя не переходить весь комплекс повноважень власника, які становлять зміст його права власності. На підставі договору переходять лише окремі повноваження щодо володіння, користування та розпорядження переданим майном.

Це дає можливість управителеві вступати у відносини з іншими особами в межах наданих йому законом і договором повноважень від власного імені. Однак він зобов'язаний повідомляти третіх осіб (при укладенні договорів і здійсненні правочинів), що він не є власником майна. Відповідно, управитель здійснює функції довірчого власника.

Термін «управління» є вираженням використання власності в межах тріади повноважень власника іншою особою в інтересах власника або особи, указаної ним. На цьому базується можливість передання свого майна в управління іншій особі, що однак не призводить до переходу права власності. Таким чином, при здійсненні управління відбувається не розчленування права власності між установником управління й управителем, а реалізація волі власника майна шляхом передачі управителю належних йому повноважень щодо здійснення правомочностей володіння, користування та розпорядження відповідним майном [5, с. 13].

Для реалізації речових повноважень управитель має похідні від змісту права власності правомочності в межах, визначених законом і договором управління. Зазначені повноваження становлять зміст правовідносин, які виникають на підставі договору управління майном.

У зв'язку з цими юридичними фактами в цивільному праві доцільно роз-

глядати зазначені відносини як такі, що мають змішану правову природу. З одного боку, в управителя виникають обов'язки зобов'язального характеру. З іншого – він виступає в цивільному обороті як довірчий власник. Тому до відносин довірчої власності можуть застосовуватися положення речового права. Ідеться про певний спосіб здійснення права власності шляхом передавання титулу довірчому власнику.

Передаючи титул, власник установлює повноваження довірчого власника. Разом із тим зміст договору управління становлять істотні умови, що визначають зміст зобов'язального правовідношення. Але це не впливає на довірчий характер майнових відносин, які виникають на підставі договору управління.

Предметом договору управління може бути нерухома річ, цінні папери, майнові права та інше майно. Тобто, навіть ураховуючи ту обставину, що договір управління належить до категорії договорів про надання послуг, управління здійснюється матеріальними цінностями.

Здійснюючи фактичні та юридичні дії з матеріальними об'єктами, довірчий власник реалізує речові повноваження з найбільшою користю відповідно до загальної вимоги закону. Тому, за договором управління, майном передаються не лише певні повноваження на вчинення дій з управління, а й речі (майно), які є об'єктом цих управлінських дій.

Якщо договором управління визначаються повноваження управителя щодо переданих йому в управління матеріальних ресурсів, то загальна вимога законодавства до титульного власника полягає в ефективному та раціональному використанні майна в інтересах власника або вказаної ним особи. Поєднання цих особливостей у рамках договору управління майном свідчить про змішану – речово-правову та зобов'язально-правову – природу відносин з управління майном, які виникають на підставі договору.

Предметом договору управління охоплюються не лише дії фактичного та юридичного характеру, а й матеріальні об'єкти. Їх правовий режим визначається положеннями закону та умовами договору. Титульний власник, здійснюючи повноваження довірчого власника, не може виходити

за межі, установлені договором управління. При цьому враховують положення законодавства, яке регулює речові відносини, адже за договором управління передається майно, яке має функціональне призначення. Тому договір управління є не лише констатацією передання майна в довірчу власність, а й визначає правомочності титульного власника.

Довірчу власність, яка виникає на підставі договору управління, можна розглядати у двох аспектах: дії (діяльність) із використання майна та власне саме майно як об'єкт речових правовідносин. Використання майна, яке є предметом договору управління, неможливе без учинення юридичних і фактичних дій, які є складовою частиною предмету договору.

Тому слушною є позиція Т.В. Бондар, що предметом договору є зобов'язання, у яких одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, оплатити гроші, тощо) або утриматися від неї, а кредитор вправі вимагати від боржника його виконання. Авторка розмежовує поняття «предмет договірної зобов'язання» (учинення конкретних дій щодо передання майна, його прийняття, сплати грошей) і «матеріальний об'єкт договірної зобов'язання» (товар і гроші, які фактично сторони надають одна одній на виконання умов договору) [6, с. 177].

Цим підтверджується комплексний характер предмету договору управління майном, який включає майнову субстанцію у вигляді речей, грошей і майнових прав, і зобов'язальний аспект у вигляді вчинення певних дій із майном. При цьому юридичні та фактичні дії можуть здійснюватися не лише з майном, переданим в управління, а й із придбаними в результаті управлінської діяльності цінностями.

Майно як складник предмету договору управління передається на певний строк, інакше втрачається сенс довірчої власності. Передання майна «навічно» з переданням усіх повноважень власника не тотожне переданню майна в довірчу власність на невизначений строк. За договором управління майном, якщо строк управління не визначений, вважають, що він укладений на 5 років. Відповідно, право-

мочності довірчого власника можуть здійснюватися протягом зазначеного строку. У цьому також проявляється взаємозв'язок зобов'язальних і речових прав.

У разі відсутності заяви однієї зі сторін про припинення або зміну договору управління майном після закінчення його строку договір вважається продовженим на такий самий строк на тих самих умовах. Це пов'язано зі строковим характером договірної зобов'язання управління майном.

Припинення договору означає припинення довірчих відносин, які виникли на його підставі. Але сторони можуть продовжити відносини довірчої власності шляхом пролонгації договору або в інших договірних формах (сервітут, суперфіцій, емфітевзис).

Автоматична пролонгація відносин довірчої власності не допускається. Тому відсутність заяв установника управління й управителя про припинення договору не можна трактувати як підставу пролонгації довірчих відносин власності, адже управитель у цивільному обороті при укладанні договорів повинен указувати, що він не є власником майна. На це вказується в ч. 2 ст. 1038 ЦК України, згідно з якою управитель, учиняючи фактичні та юридичні дії, пов'язані з управлінням майном, зобов'язаний повідомляти осіб, із якими він учиняє правочини, про те, що він є управителем [3]. Тому для підтвердження своїх повноважень він повинен мати відповідний титул, у нашому випадку договір управління майном, укладений у письмовій формі, а договір управління нерухомим майном повинен бути посвідчений нотаріально.

Існують інші види договорів у сфері представницьких послуг, до яких Л.В. Саннікова поряд із договорами доручення, комісії та агентування відносить довічне управління майном. Визначальним критерієм, за яким авторка відносить договір управління майном до групи зобов'язань представницького характеру, є сутність, що полягає в правовій природі зв'язків між установником управління й управителем, яка дозволяє установникові управління отримати прибуток від майна, не управляючи ним. Об'єктом таких правовідносин, на її думку, є таке суспільне благо,

як представництво. Тому Л.В. Саннікова вважає, що договір довірчого управління майном має багато спільного з договором доручення та комісії. У перелічених зобов'язаннях можна виділити два види правовідносин – зовнішні та внутрішні. У зовнішніх відносинах управитель взаємодіє з третіми особами, виступаючи як комісіонер від свого імені [7, с. 87].

На підставі представницьких договорів також можуть виникати фідуціарні відносини, але вони не мають речового характеру. Відмінність договору управління майном від договорів, які опосередковують представницькі відносини, полягає в тому, що в рамках управлінських відносин суб'єкти здійснюють правомочності речового характеру. Реалізуючи зазначені правомочності, управитель діє як довірчий власник. Власне юридичні та фактичні дії з майном прямо вчиняються ним.

Тому предмет договору управління майном відрізняється від інших договірних відносин про надання послуг. Передаючи майно в управління, установник управління (власник) повинен наділити управителя певними повноваженнями.

Послуга не є об'єктом матеріального світу, але вона може мати корисний результат, який проявляється в певному майновому еквіваленті, отриманому від виконання управлінських дій. На можливе отримання матеріалізованого результату як наслідок надання послуги звертає увагу А.А. Телестакова. Авторка розглядає послугу як специфічний об'єкт цивільних прав, продукт корисної дії, що не має майнового вираження, результат якої не має юридичного значення й не може бути гарантованим. Пропонує розглядати предмет договору про виконання робіт і надання послуг як цілеспрямовану дію (діяльність), однак відмінність цих договорів проявляється, на її думку, в тому, що юридичне значення роботи полягає в обов'язковому кінцевому матеріально визначеному результаті, який підлягає передачі контрагенту, а в послугі – у самій учиненій дії або здійсненні певного роду діяльності [8, с. 4].

На наш погляд, довірче управління майном поєднує абсолютні (речові) та зобов'язальні права. Зобов'язальна природа відносин договору управління

майном не виключає речових відносин, адже власник передає в управління майно та переслідує певну ціль, а саме використовувати це майно з найбільш оптимальним результатом.

На це звертає увагу М.В. Мащенко, який визначає послугу з управління як комплекс дій юридичного й фактичного характеру, спрямованих на ефективну реалізацію повноважень стосовно прийнятого в управління майна, що здійснюється управителем з дотриманням установлених (нормативно-правовими актами й договором) вимог з метою отримання доходу для власників (правоволодільців), збільшення вартості майна або досягнення для них іншого соціально-економічного ефекту [9, с. 5].

Отже, у результаті управлінських дій набувається прибуток у натуральній і грошовій формі, майнові права. До передання зазначених об'єктів власнику повноважень щодо володіння, використання та розпорядження здійснює управитель – довірчий титульний власник. Необхідно визначитися з правовим режимом набутого в результаті здійснення управлінських повноважень майна. Цей режим не може бути відмінним від режиму довірчої власності. Тим самим довірчі управлінські відносини відрізняються від послуг представницького характеру, коли отримане внаслідок юридичних дій передається правоволодільцю. В управлінських відносинах титульний власник і надалі здійснює речові повноваження володіння, користування та розпорядження придбаними в результаті управлінської діяльності матеріальними цінностями в інтересах установника управління. Тому виникає правовий режим довірчої власності. Відповідно, можна констатувати змішану природу відносин управління майном, у рамках яких поєднуються зобов'язальні (відносні) та речові (абсолютні) права.

Перші охоплюються комплексом фактичних і юридичних дій, передбачених договором, а другі – повноваженнями речового характеру на майнові цінності, передані в управління й отримані в результаті управлінських дій. У договорі управління майном неможливо передбачити весь спектр конкретних дій управителя. Тому здійснення повноважень управителя

повинно субсидіарно регулюватися нормами речового права.

Комплекс повноважень фактичного та юридичного характеру спрямований на реалізацію мети – отримання корисного результату, у тому числі набуття майнових благ. У статті 1030 ЦК України прямо вказується, що предметом договору управління майном можуть бути нерухомі речі, цінні папери, майнові права й інше майно. Отже, крім надання фактичних і юридичних повноважень, власником передаються управителю конкретні об'єкти речових відносин, адже, згідно з ч. 2 ст. 190 ЦК України, майнові права визначаються речовими правами [3].

Тому за договором управління майном передаються не лише повноваження на вчинення фактичних і юридичних дій

з управління, а й матеріальні засоби для нього. В основі управлінських відносин лежать конкретизовані об'єкти матеріальних благ. Матеріальною основою довірчих відносин є речі, майнові права, з якими пов'язуються певні управлінські функції управителя. Управитель зобов'язаний ефективно здійснювати речові права з найбільшою користю для власника (установника управління), у противному випадку втрачається зміст і суть управління. Тому не можна виокремлювати лише зобов'язальні правомочності без урахування наявності речових довірчих відносин. За своєю суттю договір управління майном є не лише правовою констатацією передання майна, а й критерієм передання правомочностей власника, спрямованих на ефективне використання переданого майна.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Цивільне право України. Особлива частина : підручник / за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, Р.А. Майданика. 3-тє вид., перероб. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2010. 1176 с.
2. Майданик Р.А. Довірча власність і фідучія: місце і перспективи в системі права України. *Право України*. 2011. № 5. С. 18–28.
3. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Офіційний вісник України*. 2003. № 11. Ст. 461.
4. Гнатюк Т.М. Поняття, особливість та цінність договору управління майновим комплексом підприємства у цивільному праві. *Цінність права як найефективнішого регулятора суспільних відносин* : матеріали Міжн. наук.-практ. конф. (м. Харків, 4–5 жовтня 2019 р.). Харків, 2019. С. 37–40.
5. Албу А.А. Цивільно-правове регулювання управління : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Івано-Франківськ, 2016. 18 с.
6. Бондар Т.В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2005. 272 с.
7. Санникова Л.В. Обязательства об оказанию услуг в российском гражданском праве : монография. Москва : Волтерс Клувер, 2007. 160 с.
8. Телестакова А.А. Система договорів про надання послуг в цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2008. 16 с.
9. Машенко М.В. Господарська діяльність з управління майном: поняття, суб'єкти, види (господарсько-правовий аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04. Київ, 2007. 19 с.

УДК 342.951:347.79(477)

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.9>

КОНЦЕПТ «МОРСЬКІ ПРАВОВІДНОСИНИ» У КОНТЕКСТІ ПРАВОВОЇ (МОРСЬКОЇ) ДОКТРИНИ ДЛЯ УКРАЇНИ

Кузнєцов Сергій Сергійович,

кандидат політичних наук,

директор

Навчального центру фахівців морського транспорту

У статті охарактеризовано процес створення сучасної морської доктрини України як програмного документа морської галузі держави. Звернено увагу на деякі вади цього процесу. Особливу увагу приділено дослідженню концепту «морські правовідносини» у контексті правової (морської) доктрини для України. Розуміння поняття «правовідносини» як виду суспільних відносин, що виникають із суспільного життя, зокрема, як наслідок суспільно-корисної діяльності суб'єктів такої діяльності, що дістали врегулювання правовими засобами, природно приводить автора до висновку, що досягнення мети дослідження потребує вирішення проблеми визначення змісту поняття саме «морські правовідносини». При цьому наявність численних наукових досліджень проблеми, а отже, як наслідок, відсутність єдиного розуміння щодо її загальноприйнятого вирішення, унеможлиблює формування концепту «морські правовідносини» у контексті правової (морської) доктрини для України. Зазначене, за оцінкою автора, слід розглядати як відсутність правового обґрунтування, тобто відсутність загальнотеоретичних правових підвалин її формування та реалізації, зокрема концептуальних правових положень, визначає актуальність дослідження. Крім того, у статті досліджено погляди на характер галузі морського права та відзначено його комплексність та місце у системі права України. За результатами дослідження автор формулює визначення поняття, що охоплюється терміном «морські правовідносини», як певну сукупність (вид) суспільних відносин, які виникли (є пов'язаними) з суспільно-корисною морською діяльністю та дістали правового режиму морського права – комплексної галузі права у системі права України, та визначає необхідність, а звідси – наукову пропозицію про включення концепту «морські правовідносини» до процесу формування та реалізації правової (морської) доктрини для України.

Ключові слова: суспільні відносини, правовідносини, морські правовідносини, комплексна галузь права, правова (морська) доктрина для України.

Kuznietsov Serhii. The concept of "maritime legal relationships" in the context of legal (maritime) doctrine for Ukraine

This article describes the process of creating a modern maritime doctrine of Ukraine as a program document of the maritime sector of the state. Attention is focused on some defects of this process. Particular attention is paid to the study of the concept of "maritime legal relationships" in the context of legal (maritime) doctrine for Ukraine. Realizing the concept of "legal relationships" as a type of social relations arising from public life, in particular, as a consequence of socially useful activities of the subjects of such activities, and settled by legal means, naturally leads the author to the conclusion that pursuing the goal of the study requires solving the problem defining the meaning specially "maritime legal relationships". At the same time, the presence of numerous scientific studies of the problem, and meaning as an effect of an absence of a common understanding of its generally acceptable solution, makes it impossible to form the concept of "maritime legal relationships" in the context of legal (maritime) doctrine for Ukraine. This, according to the author, should be considered as the absence of legal justification, that is to say an absence of general theoretical legal foundations for its formation and realization, in particular conceptual legal provisions, determines the relevance of the study. Additionally, the article explores the views on the nature of the field of maritime laws and notes its complexity and place in the legal system of Ukraine. According to the results of the study, the author formulates the definition of the concept covered by the term "maritime legal relationships" as a certain system (type) of social relations that arose (are related) to socially useful maritime activities and received the legal regime of maritime law – a complex branch of law in the sys-

tem law of Ukraine and determines the need, and here hence the scientific proposal to include the concept of "maritime legal relationships" in the process of formation and realization of legal (maritime) doctrine for Ukraine.

Key words: social relations, legal relationships, maritime legal relationships, complex branch of law, legal (maritime) doctrine for Ukraine.

14 грудня 2009 року набула чинності Постанова Кабінету Міністрів України від 07.10.2009 р. № 1307 «Про затвердження Морської доктрини України на період до 2035 року» [1]. Вказаною постановою було затверджено першу редакцію Морської доктрини України на період до 2035 року (далі – Мордок 2009). 28 грудня 2018 року набула чинності Постанова Кабінету Міністрів України від 18.12.2018 р. № 1108 «Про внесення змін до Морської доктрини України на період до 2035 року» [2]. Цією постановою було затверджено другу – чинну на цей час (24.05.2021) – редакцію Морської доктрини України на період до 2035 року (далі – Мордок 2018). Саме із появою відповідних правових актів пов'язана підзаконна діяльність Кабінету Міністрів України. Так, підставою для формування Мордок 2009 став Указ Президента України № 463/2008 від 20.05.2008 р. [3], яким було введено в дію рішення РНБО України від 16.05.2008 р. «Про заходи щодо забезпечення розвитку України як морської держави». Відповідно підставою для формування нової редакції Мордок 2009 стали: Указ Президента України № 287/2015 від 26.05.2015 р. [4], яким було введено в дію рішення РНБО України від 06.05.2015 р. «Про стратегію національної безпеки України» (до речі, вимога про затвердження нової редакції Морської доктрини України «у тримісячний строк» виконана не була!), і Указ Президента України від 12.10.2018 р. № 320/2018 [5], яким було введено в дію рішення РНБО України від 12.10.2018 р. «Про невідкладні заходи щодо захисту національних інтересів на Півдні та Сході України, і Чорному та Азовському морях і Керченській протоці».

03 грудня 2020 року набула чинності Постанова Кабінету Міністрів України від 28.10.2020 р. № 1023 «Про внесення змін до пункту 2 постанови Кабінету Міністрів України від 7 жовтня 2009 р. № 1307 та визнання таким, що втратив чинність, пункту 2 постанови Кабінету Міністрів

України від 18 грудня 2018 р. № 1108 [6]. Зазначеною постановою змін до Мордок 2018 не вносилося, але заслуговує на увагу той факт, що майже через два роки було скасовано вимогу (можливо як таку, яку так і не було виконано) до Міністерства інфраструктури, Міністерства оборони, Міністерства економічного розвитку і торгівлі, яка стосувалася розробки разом із іншими заінтересованими органів виконавчої влади та подання Кабінетові Міністрів України («у тримісячний строк») проекту плану заходів з реалізації Мордок 2018. Слід зазначити, що завдання реалізації Мордок 2018, зокрема забезпечення дотримання її положень під час розроблення «документів державного планування» – практичне завдання – не було скасовано. При цьому, забезпечення якості та ефективності реалізації Мордок 2018 певною мірою залежатиме від наукового обґрунтування форм, методів і напрямів діяльності компетентних органів виконавчої влади України, що слід розглядати як наукове завдання. Отже, **метою** статті є дослідження концепту «морські правовідносини» у контексті правової (морської) доктрини для України.

Для досягнення поставленої мети проаналізовано наукові здобутки українських та іноземних учених, що склали його емпіричну базу. Це, зокрема, численні наукові праці таких учених, як С. Алексєєв, В. Дудченко, А. Крижанівський, С. Максимов, Ю. Оборотов, О. Петришин, О. Скакун, М. Цвік, Ю. Шемшученко та інші – у сфері загальнотеоретичної юриспруденції та загальної теорії правових відносин; Т. Аверочкіна, Є. Додін, С. Переверзєв, С. Кузнецов, О. Шемякін, О. Щипцов – у сфері морського права і дослідження змісту поняття «морські правовідносини»; О. Стець досліджував державно-службові відносини; С. Ківалов досліджував правову природу відносин у сфері проходження служби в органах прокуратури; О. Подцерковний досліджував економічний зміст та юридичну

форму суспільних відносин. Але наукові спори щодо власне поняття «правовідносини» і, зокрема, його визначення та класифікації у сучасних наукових розвідках «не вщухають» (В. Дудченко). Зазначене обумовлює актуальність дослідження саме концепту «морські правовідносини» у контексті правової (морської) доктрини для України [7, с. 279].

Становлення правової, демократичної, соціальної держави зумовлює нагальну потребу осмислення значущості права як невід'ємної складової життєдіяльності суспільства, як «універсального способу впорядкування суспільних відносин», «характерні риси» їх правового впорядкування, а отже, «сучасне бачення ролі та місця права» в регулюванні різних сфер суспільних відносин [8, с. 87]. А. Крижанівський визначає суспільство власне як сукупність різноманітних зв'язків і відносин між людьми, як «продукт їхньої взаємодії» у самих різних сферах життя. Для впорядкування цих відносин суспільством вироблена система норм і засобів, які мають назву соціальних норм. При цьому правові відносини – це суспільні відносини, які врегульовані нормами права та які виникають з приводу того або іншого соціального блага або забезпечення правових інтересів їх учасників, а отже, як «наукова категорія (і явище)» несуть в собі відповідь на питання про зміст можливої і належної їх поведінки. Дослідник підтримує «акцентовану доктринальними положеннями» значущість правових відносин для формування і функціонування правопорядку та стверджує, що саме вони «безпосередньо» впливають на «сам процес становлення правового порядку», а також дають «могутній поштовх доктринальній традиції у вітчизняній юриспруденції» визначати його (правовий порядок) саме через «генетичну» залежність від правовідносин [9, с. 284–289].

С. Максимов стверджує, що «світоглядно-методологічною підставою» правового об'єктивізму виступає «матеріалістична настанова виведення всіх ідеальних смислів з «життя», з об'єктивної реальності». При цьому, «правапорядок» і «правосвідомість» пояснюються «знизу», з їхнього життєвого значення, а «правова реальність» розглядається як «реальність

суспільних відносин», тобто «правапорядок включений в актуально існуючі відносини і немислимий без їхнього урахування» [10, с. 50–51].

На думку П. Богуцького соціальна діяльність і взаємодія суб'єктів, «зазнаючи ціннісно-нормативного впливу права», по-різному проявляються у різних сферах соціальної дійсності. «Соціально-комунікативні» взаємодії суб'єктів «або ж, як прийнято в аналітичній юриспруденції, суспільні відносини», проходять складний процес інституалізації, який набуває правових ознак під впливом норм – «певних правил поведінки» суб'єктів соціальної активності. Таким чином, на думку науковця, виникає «особливе правове становище» щодо регулювання соціальної діяльності суб'єктів, «особливі умови існування права» у тій чи іншій соціальній обстановці, ситуації «або по іншому – певний правовий режим» [11, с. 320 – 322; 12, с. 191].

М. Цвік визначає «правовідносини» як один із «рухомих елементів» суспільного життя, як «складову частину основ права», які «об'єктивно» складаються «на базі» взаємодії окремих осіб та їх об'єднань, а їх «характер» є «передумовою і основою правового регулювання». При цьому, через те, що правовідносини підтримуються та захищаються державою, «певним» суспільним відносинам «надається постійний характер, відбувається ліквідація перепон на їх шляху, всебічний розвиток або обмеження дії окремих груп» [13, с. 66 – 68].

В. Дудченко на підставі аналізу наукових праць вчених-правників різних епох, які було присвячено дослідженню визначення і змісту поняття «правовідносини», робить висновок про те, що теорію правових відносин слід відносити до «наиболее значимых» для загальнотеоретичної юриспруденції. При цьому «правовідносини» дослідниця відносить до специфічного виду суспільних відносин, який має певні притаманні тільки цьому їх виду ознаки, та визначає, що в юридичній літературі сьогодення розповсюджено визначення «правового відношення» як суспільного відношення, яке врегульовано нормою права (саме факт виникнення на основі права дослідниця вказує як одну з притаманних правовідносинам ознак)

[14, с. 142–143]. О. Зайчук і Н. Оніщенко відносять «правовідносини» до «особливого виду суспільних відносин», а наведене вище визначення цього поняття розуміють як «найбільш поширене» [15, с. 432; 16, с. 273].

Формування та реалізація концепту «морські правовідносини» в контексті правової (морської) доктрини для України передбачає визначення нового, на наш погляд, для правової науки поняття, що потребує дослідження критеріїв його виокремлення, його ознак та змісту. М. Панов вказує, що правова наука є галуззю «специфічних знань», «системоутворювальними елементами» якої «виступають: наукові гіпотези, правові ідеї і теорії, концепції, методи, методика і принципи наукового дослідження, правові інститути, факти і явища правової реальності» та яка має притаманну їй «упорядковану систему взаємопов'язаних, взаємообумовлених і взаємодіючих понять і категорій», які «за суттю і змістом визначаються предметом даної науки» та, «одночасно відображають логіко-семантичну організацію знань у сфері держави і права та утворюють «понятійний апарат» («збірне» поняття, до обсягу якого входять як правові поняття, так і правові категорії) даної науки. Отже, нові «логіко-правові одиниці» – категорії або поняття, несуть у собі «певні смислові і прагматичні значення, в яких знаходить відбиття сутність («квінтесенція») правових ідей, теорій і концепцій, що мають метою забезпечити ефективне і найбільш доцільне та досконале правове регулювання суспільних відносин [17, с. 109, 113]. А. Заєць стверджує, що сутність права проявляється також і у меті та призначенні права, його спрямованості на упорядкування суспільних відносин, тобто у «динамічному, регулятивному аспекті», як «могутній регулятивний» засіб, який спонукає особу діяти відповідно до вимог права [18, с. 582].

При цьому, за твердженням О. Зайчука і Н. Оніщенко, суспільні відносини, які дістали правового врегулювання, «не втрачають свого фактичного змісту (економічного, політичного, майнового тощо)», а набувають прискорення свого розвитку, «простір для прояву позитивних начал» та можливість «стримувати негативні

й застарілі зв'язки і процеси» і, звідси, «слугують юридичною формою взаємовідносин» між їх учасниками та «являють собою багаточисельні і різноманітні зв'язки» їх учасників [15, с. 433–434].

Так, наприклад, Т. Аверочкина стверджує, що «концепція юрисдикції держави» у прибережних водах, «фрагментарно розроблювана в сучасних правознавчих дослідженнях», заслуговує більш детального вивчення «із заостренням особливої уваги на її адміністративно-правовому складнику». Дослідниця пояснює це тим, що «сфера суспільних відносин», яка потрапляє до предмета регулювання адміністративного права саме в прибережних водах, «є найзначнішою» [19, с. 28]. Дослідженню сутнісно-понятійної характеристики та галузево-правової ідентифікації державано-службових відносин присвятив свою наукову працю О. Стець. За результатами дослідження державно-службові відносини визначено як «суспільні відносини», які виникають, змінюються та припиняються «під час функціонування державної служби і регулюються нормами державно-службового законодавства». Отже, саме вони «становлять предмет державно-службового права» [20, с. 26]. С. Ківалов досліджував правову природу відносин у сфері проходження служби в органах прокуратури з метою виокремлення ознак та рис цих відносин. Науковець дістає висновку про «міжгалузевий характер відносин» у визначеній сфері, їх регулювання нормами не лише трудового чи адміністративного, але й інших галузей права і, «у першу чергу, конституційного права, яке визначає місце цієї служби в державних владовідносинах» [21, с. 9]. О. Подцерковний досліджував економічний зміст суспільних відносин, «які піддані державно-правовому впливу» і слушно зауважив, що не можна «безоглядно вирішувати економічні завдання техніко-юридичними рішеннями, що інколи спостерігається в Україні, особливо коли за вирішення проблем економіки беруться юристи-догмати», які не мають «розуміння співвідношення юридичних і економічних категорій, відчуття часто-густо існуючого об'єктивного незбігу економічного змісту та юридичної форми суспільних відносин» [22, с. 217].

За визначенням В. Дудченко, правові відносини «досить різноманітні» і виступають як «правові явища», які виникають у суспільному житті, що є підставою для їх класифікації та надає дослідниці можливість виділити сім критеріїв такої класифікації, зокрема критерій належності до певної галузі права: конституційні, адміністративні, цивільно-правові і т. ін. [14, с. 144]. О. Скакун виокремлює сім ознак правовідносин і пропонує дев'ять критеріїв для їх класифікації, зокрема також і критерій належності до певної галузі права [23, с. 386–388].

С. Алексєєв визначає галузі права як «найбільші, центральні ланки структури права», що охоплюють «основні, якісно особливі види» суспільних відносин, які «за своїм глибинним економічним, соціально-політичним змістом» потребують «відокремленого, юридично своєрідного» регулювання. Він зазначає, що у системі права існують «утворення комплексного характеру», «особливі юридичні цілісності», які є комплексними з огляду на те, що «норми, які до них входять, не пов'язані єдиним методом і механізмом регулювання, майже всі вони мають «прописку» в основних галузях», і наприклад, наводить сукупність норм морського права, які «можна абсолютно точно «розподіляти» по таким галузям, як адміністративне право, цивільне право, земельне право, процесуальне право». При цьому «юридичні особливості цієї спільності» визначені не у специфічних галузевому методі та механізмі регулювання, а «у деяких особливих принципах, загальних положеннях, окремих специфічних прийомах регулювання», які свідчать про існування «спеціального, хоча і не видового юридичного режиму» [24, с. 105, 109, 110].

За твердженням Ю. Шемшученка, у правовій системі України «окреме місце» посідають галузі аграрного, екологічного і господарського прав. Усі вони є комплексними галузями права і регулюють суспільні відносини у відповідних сферах людської діяльності. На думку науковця, «широко вважається», що екологічне право є сформованою галуззю права – «системою правових норм, якими регулюються суспільні відносини, що стосуються використання природних ресур-

сів, охорони навколишнього середовища та забезпечення екологічної безпеки» [25, с. 7, 152]. Отже, за критерієм «належність до певної галузі права» слід розуміти існування «екологічних правовідносин», тобто суспільних відносин, що виникають із певних видів суспільної діяльності, врегульованих нормами комплексної галузі права. Звідси можна визначити «морські правовідносини» як суспільні відносини, що стосуються (виникають із) «морської» діяльності, які дістали врегулювання нормами морського права як комплексної галузі права у системі права України. Тобто вищевказане потребує визначення морського права як комплексної галузі права у системі права України.

Укладачі видання «Сучасна правова енциклопедія» надають визначення поняття «галузь права» як сукупності норм права, які складають відособлену частину системи права і регулюють якісно однорідні суспільні відносини. Отже, галузі права відрізняються одна від одної за видами суспільних відносин – предметом правового регулювання, тобто їх поділ на окремі галузі зумовлений різноманітністю суспільних відносин, та методом правового регулювання – специфічного способу владного впливу держави на суспільні відносини [16, с. 75].

За думкою Н. Пархоменка, в юридичній літературі щодо визначення поняття галузі права «у принципі виробився єдиний підхід», згідно з яким визначаються такі її ознаки: якісно однорідні суспільні відносини («основа виокремлення»); об'єктивність відокремлення груп суспільних відносин; певна структура. При цьому (дослідник посилається на дослідження Л. Тіунової [26, с. 94]), слід враховувати три групи факторів: «об'єктивних – пов'язаних із виникнення суспільних відносин та їх об'єктивною диференціацією», «оціночних – пов'язаних з державно-правовою оцінкою суспільних відносин», «нормативних – пов'язаних із ступенем розвитку відповідних правових норм» [27, с. 389].

О. Скакун стверджує, що «у більшості випадків» метод правового регулювання, який «виводиться абстрактно-теоретичним шляхом», не є підставою виокремлення галузей права; такою підставою є пред-

мет правового регулювання – специфічні відносини, що складаються в певній сфері суспільного життя та потребують впорядкування. При цьому виокремлення предмета правового регулювання певної галузі права здійснюється на підставі «виявлення якісної однорідності складових його елементів: суб'єктів, об'єктів, змісту, динамічних факторів» [28, с. 387, 388].

У названому вище енциклопедичному виданні наведено визначення поняття «морське право» як сукупності правових норм, які регулюють суспільні відносини, «пов'язані з використанням Світового океану», зокрема «співробітництво як між державами», так і між громадянами та організаціями» [16, с. 199]. Наведене визначення є, на наш погляд, зовсім невдалим і таким, що не враховує висновки численних наукових розвідок із цього питання, зокрема з приводу оцінки цієї галузі права як комплексної. При цьому ми звертаємо увагу на підтвердження того, що у системі права України така галузь права існує.

Н. Пархоменко відносить морське право до групи комплексних галузей права. На його думку, норми права таких галузей регулюють відносини «у цілих сферах державного і громадського життя», використовуючи юридичні режими профільюючих та спеціальних галузей, «у поєднанні та взаємодії»; для них «характерним є відсутність єдиного методу регулювання», тобто «специфіка» певних видів суспільних відносин потребує комплексного регулювання, «зокрема, застосування декількох методів та способів правового регулювання» [27, с. 393]. О. Скакун пропонує поділяти галузі права, зокрема «за фундаментальністю норм, сконцентрованих» у них. Так, «комплексні» – виникають на основі «подальшого розвитку» комплексних інститутів права, що утворюються «на стику суміжних» галузей права і «користуються» режимами, які належать цим галузям [23, с. 302]. П. Богуцький стверджує, що «концептуально» правовий режим «повністю охоплює предмет, метод і ціль» правового регулювання. При цьому комплексні галузі права – це «системні нормативні комплекси» в структурі права, які визначаються спільними ціллю і методом правового регулювання «различных

по своей социальной природе» суспільних відносин, що існують у певній «сфері общества» [29, с. 130, 134].

Р. Дудник досліджувала комплексні галузі права як нову правову реальність. На її думку, проблема визначення їх «сутності і місця» в системі національного права «є актуальною для юридичної науки». Дослідниця робить висновок про те, що впровадження поняття «комплексна галузь права» потребує належного теоретичного обґрунтування, що не тільки допоможе вирішити питання «перебудови системи державно-владних інституцій» відповідно до сучасних реалій правової дійсності, а й забезпечить «посилення» ефективності правового регулювання [30, с. 347].

Світовий океан здавна використовується людством як морський шлях і як джерело різних ресурсів. Звідси, на думку Ю. Бошицького, «одним із головних напрямів розвитку світової цивілізації в найближчий час визначено освоєння просторів і ресурсів Світового океану» [31, с. 3, 4]. Отже, розуміння «поняття морського права» безпосередньо пов'язано з «экономическим прогрессом человечества», зокрема із розвитком мореплавства і морської торгівлі. Саме задля регулювання відносин, які склалися в цих галузях суспільної діяльності, «постепенно вырабатывались общие нормы морского права, которым предписывалось регулировать эти отношения» [32, с. 175].

О. Шем'якін стверджує, що морське право «у загальних рисах» можна характеризувати як галузь правового регулювання суспільних відносин, які виникають в процесі «використання Світового океану та його дна», як «область правового регулювання», як «систему», у складі якої він виокремлює підсистеми: міжнародне публічне морське право, міжнародне приватне морське право, внутрідержавне морське право (законодавство) – «самостійні, але все ж підсистеми єдиної системи – морського права» [33, с. 8, 12, 14].

Автори підручника «Морське право» пояснюють поняття та предмет морського права та зазначають, що ця галузь права є «комплексною сукупністю норм, що регулюють відносини в сфері морської діяльності», отже, «цілком очевидним», на їх погляд, є те, що для цієї галузі «про-

глядається певна єдність предмета регулювання», яка стосується правовідносин, пов'язаних із морем. Вони стверджують, що зазначена вище комплексна сукупність норм, «розділяється сучасними вченими на три галузі»: національне морське право, міжнародне морське публічне право та міжнародне морське приватне право [34, с. 10, 11].

Ю. Нипорко досліджував історію розвитку української школи міжнародного морського права. На його думку, така «авторитетна школа» сформувалася в Україні упродовж другої половини ХХ сторіччя [35, с. 99]. Необхідність створення національної системи «правових актів», які регулюватимуть «у державних інтересах різні види морегосподарської та іншої діяльності в Азово-Чорноморському басейні та інших регіонах Світового океану», передбачає розроблення національного морського права України. Але цей процес має базуватися на науковій основі та враховувати «останні дані правової доктрини і міжнародної практики». Отже, є «необхідними теоретичні розробки», які стосуються сучасного стану міжнародного морського права і «можливостей його використання» у державних інтересах України [36, с. 3, 4].

При цьому, як слушно зауважує О. Шем'якін, морське право – це «складно організована система, що розвивається самостійно», в основі якої «лежить безліч найбільш різноманітних доктрин, концепцій, принципів» – «взаємопов'язаних елементів». Отже, «дуже важливо під час підготовки нормативних документів» враховувати усі елементи та їх взаємозв'язки [37, с. 13].

Таким чином, вищенаведене дає підстави для:

- визнання того, що теорію правових відносин слід відносити до найбільш значущих для загальнотеоретичної юриспруденції, а також того, що наукові спори щодо власне поняття «правовідносини» і, зокрема, його визначення та класифікації у сучасних наукових розвідках не вщухають;

- розуміння поняття, що охоплюється терміном «правовідносини», як суспільних відносин, які врегульовані нормами права;

- розуміння того, що наявність великої кількості та певних окремих якостей (ознак) суспільних відносин як предмета правового регулювання, а також певних методів (способів) і цілей їх правового регулювання створює специфічний правовий режим перетворення певної сукупності суспільних відносин у певну сукупність правовідносин;

- розуміння того, що завдання кваліфікації (індивідуалізації) складників усієї сукупності правовідносин може бути реалізовано, зокрема, за критерієм належності їх правового режиму до певної галузі права;

- визначення поняття, що охоплюється терміном «морські правовідносини», як певної сукупності (виду) суспільних відносин, які є пов'язаними із суспільно-корисною морською діяльністю та дістали правового режиму морського права – комплексної галузі права у системі права України;

- визначення необхідності, а звідси – наукової пропозиції про включення концепту «морські правовідносини» до процесу формування та реалізації правової (морської) доктрини для України.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Про затвердження Морської доктрини України на період до 2035 року: Постанова Кабінету Міністрів України від 07.10.2009 р. № 1307. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1307-2009-%D0%BF/ed20181218#n12>

2. Про внесення змін до Морської доктрини України на період до 2035 року: Постанова Кабінету Міністрів України від 18.12.2018 р. № 1108. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1108-2018-%D0%BF/ed20181218#Text>

3. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 16 травня 2008 року «Про заходи щодо забезпечення розвитку України як морської держави»: Указ Президента України від 20.05.2008 р. № 463/2008/ URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/463/2008#Text>

4. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 6 травня 2015 року «Про Стратегію національної безпеки України»: Указ Президента України від 26.05.2015 р. № 287/2015. URL: <https://www.president.gov.ua/documents/2872015-19070>

5. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 12 жовтня 2018 року «Про невідкладні заходи щодо захисту національних інтересів на Півдні та Сході України, у Чорному та Азовському морях і Керченській протоці»: Указ Президента України від 12.10.2018 р. № 320/2018. URL: <https://www.president.gov.ua/documents/3202018-25174>

6. Про внесення змін до пункту 2 постанови Кабінету Міністрів України від 7 жовтня 2009 р. № 1307 та визнання таким, що втратив чинність, пункту 2 постанови Кабінету Міністрів України від 18 грудня 2018 р. № 1108: Постанова Кабінету Міністрів України від 28.10.2020 р. № 1023. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1023-2020-%D0%BF#n7>

7. Концепція (від лат. conceptio – розуміння, система) – певний спосіб розуміння, трактування якогось предмету, явища, процесу; основна точка зору, керівна ідея, провідна задумка, принцип, зокрема у науковій діяльності (Философский энциклопедический словарь / редкол.: С.С. Аверинцев, Э.А. Араб-Оглы, Л.Ф. Ильичев и др. 2-е изд. М.: Сов. энциклопедия, 1989. 815 с.).

8. Петришин О.В. Соціально-юридична природа права. *Правова система України: історія, стан та перспективи*. У 5 т. Х.: Право, 2008. Т.1: Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України / за заг. ред. М.В. Цвіка, О.В. Петришина. С. 87–108.

9. Крижанівський А.Ф. Правовий порядок в Україні: витоки, концептуальні засади, інфраструктура: монографія. О.: Фенікс, 2009. 504 с.

10. Максимов С.І. Методологічні підходи до дослідження правової реальності. *Правова система України: історія, стан та перспективи*. У 5 т. Х.: Право, 2008. Т.1: Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України / за заг. ред. М.В. Цвіка, О.В. Петришина. С. 40–65.

11. Богущкий П.П. Правовий режим: методологічні рівні дослідження. *Право України*. 2013. № 1–2. С. 320–322.

12. Богущкий П.П. Системний підхід в осягненні системи права. *Креативність загальнотеоретичної юриспруденції*: монографія / Ю.М. Оборотов, В.В. Завальнюк, В.В. Дудченко та ін.; за ред. Ю.М. Оборотова. О.: Фенікс, 2015. С. 179–192.

13. Цвік М.В. Проблеми сучасного праворозуміння. *Правова система України: історія, стан та перспективи*. У 5 т. Х.: Право, 2008. Т.1: Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України / за заг. ред. М.В. Цвіка, О.В. Петришина. С. 66–86.

14. Дудченко В.В. Правовые отношения. *Общетеоретическая юриспруденция: учебный курс*: учебник / под ред. Ю.Н. Оборотова. О.: Фенікс, 2011. С. 141–154.

15. Оніщенко Н.М., Зайчук О.В. Поняття правовідносин як особливого виду суспільних відносин. *Теорія держави і права. Академічний курс*: підручник / за заг. ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. К.: Юрінком Інтер, 2006. С. 432–435.

16. Сучасна правова енциклопедія / О.В. Зайчук, О.Д. Крупчан, В.С. Ковальський та ін.; за заг. ред. О.В. Зайчука. 3-тє вид., перероб. і допов. К.: Юрінком Інтер, 2015. 408 с.

17. Панов М.І. Методологічні проблеми формування понятійного апарату правової науки. *Правова система України: історія, стан та перспективи*. У 5 т. Х.: Право, 2008. Т.1 : Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України / за заг. ред. М.В. Цвіка, О.В. Петришина. С. 109–128.

18. Заєць А.П. Проблеми визначення права. *Правова система України: історія, стан та перспективи*. У 5 т. Х.: Право, 2008. Т.1 : Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України / за заг. ред. М.В. Цвіка, О.В. Петришина. С. 570–607.

19. Аверочкіна Т.В. Юрисдикція України в прибережних водах: адміністративно-правовий вимір: монографія. О.: Видав. дім «Гельветика», 2018. 466 с.

20. Стець О.М. Державно-службові відносини: сутнісно-понятійна характеристика та галузева-правова ідентифікація: автореф. дис. ... д. ю. н. О., 2021. 37 с.

21. Ківалов С.В. Адміністративно-правова природа відносин у сфері проходження служби в органах прокуратури. *Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»*. Т. IX. О.: Юрид. л-а, 2010. С. 5–20.

22. Подцерковний О.П. Про розбіжності економічного змісту та юридичної форми суспільних відносин. *Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»*. Т. IX. О.: Юрид. л-ра, 2010. С. 217–225.
23. Скакун О.Ф. Теорія права і держави: підручник. К.: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. 520 с.
24. Алексеев С.С. Теория права. М.: Издательство БЕК, 1994. 224 с.
25. Шемшученко Ю.С. До історії розвитку українського екологічного законодавства. *Правова система України: історія, стан та перспективи*. У 5 т. Х.: Право, 2008. Т.4: Методологічні засади розвитку екологічного, земельного, аграрного та господарського права / за заг. ред. Ю.С. Шемшученка. С. 152–160.
26. Тиунова Л.Б. Системные связи правовой действительности: Методология и теория. Спб.: Изд-во С.-Петербургского ун-та, 1991.
27. Пархоменко Н.М. Поняття та загальна характеристика системи права. *Теорія держави і права. Академічний курс: підручник / за заг. ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко*. К.: Юрінком Інтер, 2006. С. 386–395.
28. Скакун О.Ф. Теория государства и права. Х.: Эспада, 2005. 840 с.
29. Богуцкий П.П. Система права и система законодательства. *Общетеоретическая юриспруденция: учебный курс: учебник / под ред. Ю.Н. Оборотова*. О.: Фенікс, 2011. С. 129–140.
30. Дудник Р.М. Нова правова реальність: комплексні галузі права. *Методологія та інноватика загальнотеоретичної юриспруденції: монографія / Ю.М. Оборотов, А.П. Овчиннікова, В.В. Завальнюк та ін.; за ред. Ю.М. Оборотова*. О.: Фенікс, 2019. С. 340–347.
31. Бошицький Ю.Л. Вступне слово. *Міжнародно-правові проблеми сучасного торговельного мореплавства: зб. матеріалів I Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Київ, 11 груд. 2012 р.)*. Вип. 1. К.: Видавництво Ліра-К, 2013. С. 3–4.
32. Переверзев С.С. Понятие морского права и его соотношение с законодательством Украины. *Международное морское право и Черноморский регион: материалы семинара (г. Одесса, 12–17 нояб. 2001 г.)*. О., 2001. С. 175–183.
33. Шемякин А.Н. Современное международное морское право и перспективы его развития. О.: Издат-Информ ОГМА, 2002. 316 с.
34. Кузнецов С.О., Аверочкина Т.В. Морське право: підручн. О.: Фенікс, 2011. 382 с.
35. Нипорко Ю.І. Українська школа міжнародного морського права. *Міжнародно-правові проблеми сучасного торговельного мореплавства: зб. матеріалів I Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Київ, 11 груд. 2012 р.)*. Вип. 1. К.: Видавництво Ліра-К, 2013. С. 98–105.
36. Щипцов А.А. Вступительная статья. *Современное международное морское право и практика его применения Украиной*. К.: Наукова думка, 1995. С. 3–14.
37. Шемякин С.С. Морская правосубъектность и государственный суверенитет Украины. *Международное морское право и Черноморский регион: материалы семинара (г. Одесса, 12–17 нояб. 2001 г.)*. О., 2001. С. 10–16.

ЩОДО ПИТАННЯ СТОСОВНО ВДОСКОНАЛЕННЯ ІНСТИТУТУ СПАДКОВОГО ДОГОВОРУ В КОНТЕКСТІ РЕКОДИФІКАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Кухарєв Олександр Євгенович,

доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри цивільного права та процесу
Харківського національного університету внутрішніх справ

Стаття присвячена виявленню основних напрямів удосконалення інституту спадкового договору в цивільному законодавстві України. Підкреслюється, що норми, які регулюють спадковий договір і структурно розміщені в главі 90 Цивільного кодексу України, охоплюють інститут зобов'язального, а не спадкового права. Спадковий договір – це договір на випадок смерті, а не договір про спадкування. Наголошено, що концепція Цивільного кодексу України не дає змоги розглядати такий договір як вид спадкування поряд зі спадкуванням за заповітом і спадкуванням за законом. Обґрунтовано, що за своєю юридичною характеристикою спадковий договір є одностороннім, консенсуальним і відплатним. Досліджуваний інститут потребує оновлення з урахуванням розпочатого процесу рекодифікації цивільного законодавства України. Зокрема, доцільно закріпити в Цивільному кодексі України застереження про можливість розірвання спадкового договору судом на вимогу особи, яка контролює виконання спадкового договору, а також на вимогу спадкоємців відчужувача в разі умисного вбивства відчужувача набувачем. Додатково варто встановити базове повноваження особи, яка контролює виконання спадкового договору, щодо звернення до суду з позовом про зобов'язання набувача вчинити певні дії, визначені спадковим договором, після смерті відчужувача. Крім того, з метою забезпечення належного виконання спадкового договору в законі важливо закріпити застереження, що повноваження контролюючої особи встановлюються договором. Удосконалення інституту спадкового договору в процесі рекодифікації цивільного законодавства України значно розширить застосування цього механізму розпорядження майном фізичної особи на випадок її смерті.

Ключові слова: спадковий договір, набувач, відчужувач, виконання спадкового договору, динаміка спадкового договору, контроль за виконанням спадкового договору.

Kukhariev Oleksandr. Regarding the issue on improving the inheritance agreement institution in the context of recodification of civil legislation of Ukraine

The article is focused on identifying the main areas of improving the inheritance agreement institution in the civil legislation of Ukraine. It has been emphasized that the norms regulating the inheritance agreement and structurally are in the Chapter 90 of the Civil Code of Ukraine, cover the law of contracts institution, but not law of succession. An inheritance agreement is a contract causa mortis, but not a contract on succession. It has been emphasized that the concept of the Civil Code of Ukraine does not allow to consider such an agreement as a type of succession along with testate succession and hereditary succession. It has been substantiated that the inheritance agreement according to its legal characteristics is unilateral, consensual and repayable. The researched institution needs updating taking into account the started process of recodification of the civil legislation of Ukraine. In particular, it is expedient that the Civil Code of Ukraine should enshrine a provision on the possibility to terminate the inheritance agreement by the court at the request of the person supervising the execution of the inheritance agreement, as well as at the request of the alienator's lawful heirs in case of intentional homicide of the alienator by the acquirer. In addition, the basic power of the person supervising the execution of the inheritance agreement should be established in regard to filing the application to the court to oblige the acquirer to take certain actions specified in the inheritance agreement after the alienator's death. Besides, it is important that the law should enshrine the stipulation that the powers of the supervising person are established by the agreement in order to ensure the proper execution of the inheritance agreement. Improvement of the inheritance agreement

institution in the process of recodification of the civil legislation of Ukraine will significantly expand the application of the disposition of property mechanism upon the death of an individual.

Key words: *inheritance agreement, acquirer, alienator, execution of inheritance agreement, dynamics of inheritance agreement, control over the execution of inheritance agreement.*

Цивільний кодекс України (далі – ЦК) як кодекс приватного права істотно розширив диспозитивні засади регулювання цивільних правовідносин шляхом надання суб'єктам правової можливості укладати різноманітні договори, як передбачені, так і не передбачені цивільним законодавством. Причому цивільно-правовий договір розглядається не як правочин, правовідносини чи документ, а як регулятор цивільних правовідносин, яким створюються й закріплюються правила поведінки учасників відповідних відносин.

Однією з абсолютних новел ЦК є спадковий договір, за яким одна сторона (набувач) зобов'язується виконувати розпорядження другої сторони (відчужувача) і в разі його смерті набуває право власності на майно відчужувача. Протягом тривалого часу інститут спадкового договору залишається предметом гострих наукових дискусій в українській цивілістиці, маючи як прихильників [1, с. 244, 245; 2, с. 262, 263; 3, с. 302], так і запеклих противників, що можна пояснити специфікою конструкції цього договору та суттєвою відмінністю від зарубіжних аналогів, зокрема від класичної німецької моделі спадкового договору. Наведене яскраво ілюструється висловлюваннями окремих авторів, що спадковий договір обмежує можливість відчужувача розпоряджатися за життя своїм майном, визначеним у договорі, у тому числі шляхом складення заповіту. Додатково стверджується, що такий договір є спробою позбавити певних спадкоємців права одержати обов'язкову частку в спадщині. Із цих міркувань формулюється загальний висновок про недійсність спадкового договору з моменту його укладення [4, с. 632].

Категорія спадкового договору належить до однієї з найбільш розроблених у юридичній літературі. Ця тема була предметом досліджень В.В. Луця, І.В. Спасиво-Фатєєвої, Ю.О. Заїки, Р.А. Майданика, З.В. Ромовської, С.Я. Фурси, А.Б. Гриняка, Л.В. Красицької, О.П. Печеного, Є.О. Рябоконея, Є.І. Фурса, С.В. Мазуренко, В.В. Васильченка й інших учених.

Аналіз нотаріальної та судової практики, а також правової доктрини переконливо свідчить про необхідність удосконалення інституту спадкового договору. Цьому також сприяє розпочатий процес рекодифікації цивільного законодавства України. Невипадково в Концепції оновлення ЦК одним із питань, що підлягає переосмисленню, є реалізація свободи договору при укладенні спадкового договору [5, с. 58]. Отже, можна стверджувати про наявність сприятливих умов для оновлення гл. 90 ЦК, норми якої структурно охоплюють інститут спадкового договору.

Метою статті є виявлення основних напрямів удосконалення інституту спадкового договору.

Для досягнення поставленої дослідницької мети варто передусім з'ясувати сутність спадкового договору. Аналіз гл. 90 ЦК дає підстави стверджувати, що спадковий договір не регулює відносин спадкування. У разі переходу права власності на майно, визначене цим договором, не застосовуються норми спадкового права, тобто відповідне майно не набуває статусу спадкового, на чому неодноразово наголошувалося в українській цивілістиці. Аналогічний підхід послідовно застосовується й у судовій практиці. Так, згідно з п. 28 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30.05.2008 № 7, перехід майна від відчужувача до набувача на підставі спадкового договору не є окремим видом спадкування, а тому на відносини сторін не поширюються відповідні правила про спадкування, у тому числі право на обов'язкову частку.

Верховний Суд у Постанові від 10.05.2018 наголосив, що, згідно з ЦК, сутність спадкового договору полягає в тому, що за таким договором відбувається розпорядження належним відчужувачеві майном ще за життя, але з набуттям права власності на майно набувачем після смерті відчужувача. Отже, спадковий договір має подвійну правову природу, він водночас є і розпорядженням на випадок

смерті, і договором, змістом якого визначаються його істотні умови [6].

Саме виходячи з концепції спадкового договору, закладеної в ЦК його розробниками, цей договір не може визнаватися самостійним видом спадкування. Невипадково в ст. 1217 ЦК імперативно встановлено лише два види спадкування – за заповітом і за законом, хоча окремі дослідники, зокрема Є.О. Харитонов, О.І. Харитонова [7, с. 364], В.В. Васильченко [8, с. 37], висловлюються про визнання спадкового договору самостійною підставою спадкування поряд зі спадкуванням за заповітом та спадкуванням за законом. Але для реалізації подібного підходу необхідно повністю змінити концептуальні засади цього договору, закріпивши основною його метою призначення спадкоємців.

Спадковий договір є різновидом договорів про передачу майна у власність. Через це норми, що регулюють спадковий договір і структурно розміщені в гл. 90 ЦК, охоплюють інститут зобов'язального, а не спадкового права. *Очевидно, що спадковий договір – це договір на випадок смерті, а не договір про спадкування.* Розміщення спадкового договору в структурі кн. 6 пояснювалося розробниками ЦК тим, що цей договір більше тяжіє до спадкового права, зберігаючи при цьому всі риси цивільного договору [9, с. 288]. Назву «спадковий договір» можна пояснити, по-перше, моментом виникнення в набувача права власності на майно, що є предметом договору, та, по-друге, правовою можливістю покладення на набувача обов'язку виконання розпоряджень відчужувача вже після його смерті.

Сутність спадкового договору розкривається через елементи юридичної характеристики.

Односторонній характер спадкового договору виражається в тому, що обов'язки за цим договором має лише одна сторона – набувач. Відчужувач не зобов'язаний учинити будь-які дії, оскільки перехід права власності на його майно здійснюється «автоматично» в разі смерті. Зокрема, на відчужувача не може бути покладено обов'язок не розпоряджатися майном, яке становить предмет спадкового договору, оскільки на таке майно нотаріус накла-

дає заборону відчуження при посвідченні договору (ст. 1307 ЦК). У зв'язку з цим відчужувач навіть формально не має правової можливості розпорядитися цим майном під час дії відповідного зобов'язання.

Водночас питання стосовно віднесення спадкового договору до односторонніх чи двосторонніх договорів є дискусійним у цивілістиці. Із цього приводу можна відзначити дві позиції, що протиставляються одна одній.

Прихильники першої [1, с. 244, 245; 10, с. 92; 11, с. 331] стверджують, що спадковий договір є одностороннім, адже тягар договірних обов'язків покладено на одну сторону – набувача.

Інші вчені [12, с. 139; 13, с. 477; 14, с. 33] наполягають на тому, що спадковий договір є двостороннім. Це обґрунтовується тим, що права й обов'язки виникають як у набувача, так і у відчужувача, причому правам однієї сторони кореспондують обов'язки другої й навпаки. Серед обов'язків, які покладаються на відчужувача, зазвичай називають такі: не відчужувати майно, що є предметом спадкового договору; уживати заходів, спрямованих на недопущення втрати, загибелі або псування цього майна.

Спадковий договір є *відплатним*, проте варто зважати на певні особливості, якими він відрізняється від класичного відплатного договору. Як відомо, відплатність договору передбачає надання сторонами договору одна одній зустрічного матеріального задоволення. Утім у спадковому договорі майнове задоволення набувача не здійснюється особисто відчужувачем або третьою особою, а відбувається автоматично у зв'язку зі смертю власника майна. Тобто відчужувач не зобов'язується учинити дії з передачі майна. Ще один важливий момент – законом передбачена можливість покладення на набувача обов'язку учинити дії немайнового характеру, взамін чого він усе одно набуває право власності на майно, визначене в спадковому договорі, після смерті відчужувача.

Консенсуальний характер спадкового договору зумовлений тим, що договір вважається укладеним, коли сторони в належній формі досягли згоди з усіх його істотних умов, хоча окремі автори вважають, що спадковий договір є реаль-

ним [15, с. 37] або як реальним, так і консенсуальним [16, с. 111–113]. Утім, якщо погодитися з реальним характером спадкового договору, виявиться, що на підставі неукладеного договору нотаріус повинен накласти на майно відчужувача заборону відчуження. Крім того, у такому разі виконання набувачем розпоряджень відчужувача відбуватиметься за межами договірної правовідносини.

Можна визначити кілька напрямів удосконалення інституту спадкового договору.

Оскільки спадковий договір не опосередковує відносин спадкування, при його виконанні не застосовуються норми кн. 6 ЦК, включаючи положення ст. 1224 ЦК стосовно усунення від права на спадкування спадкоємця, який позбавив життя спадкодавця або вчинив замах на його життя. Через це на практиці виникає проблема правових наслідків убивства відчужувача набувачем. Наприклад, між відчужувачем і набувачем (відповідно, бабою та внуком) було укладено спадковий договір, за умовами якого набувач узяв на себе зобов'язання виконувати передбачені в ньому розпорядження відчужувача й у разі її смерті набуває право власності на належне майно (квартиру). Вироком районного суду набувача було визнано винним у скоєнні навмисного вбивства відчужувача за спадковим договором і призначене покарання у вигляді 10 років позбавлення волі.

До суду звернувся спадкоємець відчужувача з позовом про розірвання спадкового договору у зв'язку з невиконанням набувачем умов цього договору. Залишаючи без змін рішення судів нижчих інстанцій про задоволення позову, Верховний Суд наголосив, що в ст. 1308 ЦК, відповідно до якої спадковий договір може бути розірвано лише на вимогу відчужувача та набувача, регламентовано не всі варіанти розірвання цього договору, які передбачити неможливо. Так, спадковий договір може бути розірваний і після смерті відчужувача, коли виконання не було здійснено або було здійснено частково чи здійснювалося неналежно або з простроченням. У таких ситуаціях можливе застосування аналогії закону, зокрема ст. 727 ЦК, згідно з якою дарувальник має право вимагати розірвання договору дарування

нерухомих речей чи іншого особливо цінного майна, якщо обдарований умисно вчинив злочин проти життя, здоров'я, власності дарувальника, його батьків, дружини (чоловіка) або дітей. Якщо обдарований учинив умисне вбивство дарувальника, спадкоємці дарувальника мають право вимагати розірвання договору дарування.

Договір дарування, як і спадковий договір, зумовлюється особистими відносинами дарувальника й обдарованого, відчужувача й набувача, укладається з добрим ставленням до обдарованого чи набувача, а тому містить особливі правила його розірвання, що не застосовуються до інших договорів. Загальною підставою для такого розірвання правочину є злісна невдячність обдарованого або набувача. Це обумовлено також і тим, що законом не може бути передбачено морального обов'язку для обдарованого та набувача, спрямованого на вдячність і повагу до дарувальника й відчужувача [17].

На нашу думку, випадок умисного вбивства відчужувача набувачем потребує нормативного регулювання, оскільки позиція Верховного Суду в частині застосування аналогії закону видається непереконливою, зважаючи на суттєву різницю в природі правовідносин, що виникають між дарувальником та обдарованим, а також між відчужувачем і набувачем.

Тому ст. 1308 ЦК доцільно доповнити частиною третьою такого змісту

«Якщо набувач учинив умисне вбивство відчужувача, спадкоємці відчужувача мають право вимагати розірвання спадкового договору».

Запропонована новація, по-перше, повною мірою відповідає справедливості, добросовісності й розумності як загальним засадам цивільного законодавства України (п. 6 ч. 1 ст. 3 ЦК), по-друге, узгоджується із загальними засадами виконання зобов'язань, визначеними в гл. 48 ЦК.

Наступним питанням, що потребує законодавчого вирішення, є виконання спадкового договору після смерті відчужувача. Однією з визначальних ознак спадкового договору є правова можливість покладення на набувача обов'язку виконувати розпорядження відчужувача після

смерті останнього (ст. 1305 ЦК). Зазвичай у цьому разі на набувача покладаються обов'язки щодо проведення поховання відчужувача на певному цвинтарі або його кремація, організація та фінансування поминок, установа пам'ятника на могилі, облаштування місця поховання тощо. У юридичній літературі наведена ознака розглядається як свідчення нетиповості спадкового договору [18, с. 165].

До спеціальних способів забезпечення виконання спадкового договору належить серед іншого призначення відчужувачем особи, яка здійснюватиме контроль за виконанням спадкового договору після смерті відчужувача. Закон не визначає повноважень контролюючої особи, хоча потреба в цьому є, з урахуванням того що відчужувача в цей період уже немає в живих, тож він об'єктивно позбавлений можливості змусити набувача виконати договір. Крім того, незрозумілим залишається правовий статус особи, призначеної відчужувачем, адже вона не є стороною договору та третьою особою, на користь якої такий договір виконується. Проте зазначений суб'єкт є учасником договірних відносин за умови, що зобов'язання, породжуване спадковим договором, не припиняється зі смертю відчужувача.

Поглиблює проблему забезпечення виконання спадкового договору в окреслених правовідносинах імперативне положення ст. 1308 ЦК, відповідно до якого звернутися до суду з позовом про розірвання спадкового договору можуть лише відчужувач і набувач. Із цього приводу Ю.О. Заїка слушно наголошує, що виконання спадкового договору після смерті відчужувача за певних обставин може бути досить проблематичним, оскільки відсутній правовий механізм його реалізації. Покладення на нотаріуса обов'язків щодо контролю за виконанням спадкового договору набувачем має декларативний характер [19, с. 607].

Тому в ЦК доцільно окремо закріпити право контролюючої особи звернутися до суду з позовом про розірвання спадкового договору, а також базове повноваження такої особи щодо звернення до суду з позовом про зобов'язання набувача вчинити певні дії, визначені спадковим договором.

За таких обставин видається справедливим доповнити ст. 1307 ЦК положенням такого змісту:

«Особа, яка здійснює контроль за виконанням спадкового договору після смерті відчужувача, може звернутися до суду з позовом про зобов'язання набувача вчинити певні дії.»

Повноваження особи, яка здійснюватиме контроль за виконанням спадкового договору після смерті відчужувача, устанавлюються спадковим договором».

Додаткового ст. 1308 ЦК потребує спеціального застереження:

«Спадковий договір може бути розірвано судом на вимогу особи, яка здійснює контроль за виконанням спадкового договору після смерті відчужувача, у разі невиконання набувачем розпоряджень відчужувача».

Запропоновані новації сприятимуть оптимізації механізму виконання спадкового договору в тому числі після смерті відчужувача. На нашу думку, удосконалення інституту спадкового договору в процесі оновлення приватного права України значно розширить застосування цього ефективного правового механізму розпорядження майном фізичної особи на випадок смерті.

Норми, що регулюють спадковий договір і структурно розміщені в гл. 90 ЦК, охоплюють інститут зобов'язального, а не спадкового права. Спадковий договір – це договір на випадок смерті, а не договір про спадкування. Концепція ЦК не дозволяє розглядати такий договір як вид спадкування поряд зі спадкуванням за заповітом і спадкуванням за законом. За своєю юридичною характеристикою спадковий договір є одностороннім, відплатним, консенсуальним. Досліджуваний інститут потребує оновлення в частині виконання спадкового договору. Зокрема, доцільно закріпити в цивільному законодавстві України застереження про можливість розірвання спадкового договору судом на вимогу особи, яка контролює виконання спадкового договору після смерті відчужувача, а також на вимогу спадкоємців відчужувача в разі умисного вбивства відчужувача набувачем. Додатково варто встановити базове повноваження

особи, яка контролює виконання спадкового договору після смерті відчужувача, щодо звернення до суду з позовом про зобов'язання набувача вчинити певні дії, визначені спадковим договором. Крім

того, з метою забезпечення належного виконання спадкового договору в законі важливо закріпити застереження, що повноваження контролюючої особи встановлюються договором.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Ромовська З.В. Українське цивільне право. Спадкове право : підручник. Київ : Алерта ; КНТ ; ЦУЛ, 2009. 264 с.
2. Буркацький Л.К. Спадкове право України: теорія, коментарі, практика, зразки заяв : навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. Київ : Ін Юре, 2008. 384 с.
3. Фурса Є.Є., Козяр-Скок Л.В. Окремі питання спадкування з іноземним елементом: консул, нотаріус, суд : монографія. Київ : Алерта, 2017. 384 с.
4. Цивільне право України : підручник : у 2 кн. / О.В. Дзера (кер. авт. кол.), Д.В. Боброва, А.С. Довгерт та ін. ; за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. 2-ге вид., допов. і перероб. Київ : Юрінком Інтер, 2004. Кн. 2. 640 с.
5. Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : АртЕк, 2020. 128 с.
6. Постанова Верховного Суду від 10 травня 2018 р., судова справа № 727/6443/16-ц, провадження № 61-5243св18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74218552> (дата звернення: 01.05.2020).
7. Харитонов Є.О., Харитонova О.І. Оновлення (кодифікації та рекодифікації) цивільного законодавства України: досвід, проблеми та перспективи : монографія. Одеса : Фенікс, 2020. 462 с.
8. Васильченко В. Спадковий договір: деякі міркування з приводу нормотворчості. *Підприємництво, господарство і право*. 2003. № 10. С. 34–37.
9. Кодифікація приватного (цивільного) права України / за ред. проф. А. Довгерта. Київ : Український центр правничих студій, 2000. 336 с.
10. Майданик Р.А. Спадковий договір у цивільному праві України. *Університетські наукові записки*. 2007. № 2. С. 90–105.
11. Печений О.П. Спадкове право. Харків : Фактор, 2012. 368 с.
12. Заїка Ю.О. Спадкове право в Україні: становлення і розвиток : монографія. 2-е вид. Київ : КНТ, 2007. 288 с.
13. Оновлення договірної регулювання приватноправових відносин в Україні : монографія / за заг. ред. А.Б. Гриняка, О.О. Кота, М.Д. Пленюк. Київ : НДІ приват. права і підприємництва ім. акад. Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2020. 488 с.
14. Луць В., Гриняк А. Окремі питання спадкового договору в цивільному праві України. *Юридична Україна*. 2009. № 9. С. 31–36.
15. Шевченко О. Заповіт як підстава спадкування. *Підприємництво, господарство і право*. 2003. № 8. С. 36–39.
16. Мазуренко С.В. Особливості укладення спадкового договору. *Право України*. 2004. № 2. С. 111–114.
17. Постанова Верховного Суду від 5 грудня 2018 р., судова справа № 640/5594/17-ц, провадження № 61-17015св18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78426075> (дата звернення: 25.05.2021).
18. Сучасні тенденції розвитку спадкового права (порівняльно-правове дослідження) : монографія / Ю.О. Заїка, Н.Б. Солтис, В.В. Проценко, Є.О. Рябоконт ; відп. ред. академік НАПрН України В.В. Луць. Київ : НДІ приватного права і підприємництва ім. акад. Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2015. 248 с.
19. Оновлення Цивільного кодексу України: формування підходів : колективна монографія / О.І. Виговський, Н.Ю. Голубева, С.Д. Гринько та ін. ; за ред. проф. А.С. Довгерта та проф. Є.О. Харитонova. Одеса : Гельветика, 2020. 674 с.

УДК 347.4

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.11>

ОСОБЛИВОСТІ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ З МНОЖИННІСТЮ ОСІБ ЗА ДОГОВОРОМ ДОВІЧНОГО УТРИМАННЯ (ДОГЛЯДУ) ЯК ВАЖЛИВА СКЛАДОВА ВІДНОСИН В ГРОМАДЯНСЬКОМУ СУСПІЛЬСТВІ

Пленюк Мар'яна Дмитрівна,

доктор юридичних наук, професор,

в. о. ученого секретаря

Київського регіонального центру Національної академії правових наук України

Манченко Олена Віталіївна,

кандидат юридичних наук,

член Національної асоціації адвокатів України

адвокат

Адвокатського об'єднання «Перша колегія адвокатів України»

У статті на основі аналізу судової практики досліджено неналежне виконання зобов'язань довічного утримання (догляду) з множинністю осіб, що спричинило порушення особистих немайнових прав, а також майнових прав третьої особи. Установлено, що в ст. 746 ЦК України закріплено вимоги до відчужувача (фізична особа незалежно від віку та стану здоров'я) і набувача (повнолітня дієздатна фізична особа або юридична особа), а відтак лише певною мірою врегульовано окремі питання множинності осіб на стороні набувача. З'ясовано, що в разі, якщо набувачами є кілька фізичних осіб, вони стають співвласниками майна, переданого їм за договором довічного утримання (догляду) на праві спільної сумісної власності, а їхній обов'язок перед відчужувачем є солідарним. Доведено, що порушення суб'єктивних прав третьої особи за договором довічного утримання (догляду) виникло на підставі неналежного врегулювання приватноправових відносин у ЦК України та договору зокрема. Запропоновано в сучасних умовах євроінтеграційних процесів розвитку громадянського суспільства та при оновленні норм ЦК України внести законодавчі зміни до ЦК України, зокрема щодо обмеження прав набувача продавати, дарувати, міняти майно, передане за договором довічного утримання (догляду), у разі наявності третьої особи протягом життя цієї особи.

Ключові слова: договір довічного утримання (догляду), договірні зобов'язання, відчужувач, третя особа, утримувач, громадянське суспільство, множинність осіб.

Pleniuk Mariana, Manchenko Olena. Peculiarities of performance of obligations the contract of lifelong maintenance (care) with the plurality of persons as an important component of relations in civil society

The article examines the analysis of case law, examines the improper fulfillment of lifelong maintenance (care) obligations with a plurality of persons, which led to the violation of personal non-property rights, as well as property rights of a third party. It is established that in Art. 746 of the Civil Code of Ukraine establishes requirements for the alienator (an individual regardless of age and state of health) and the acquirer (adult able-bodied individual or legal entity), and therefore only to some extent settled certain issues of plurality of persons on the side of the acquirer. It was found that if the acquirers are several individuals, they become co-owners of the property transferred to them under the contract of life maintenance (care), on the right of joint joint ownership, and their obligation to the alienator is joint and several. It is proved that the violation of the subjective rights of a third party under the contract of life maintenance (care) arose on the basis of improper settlement of private law relations in the Central Committee of Ukraine and the contract in particular. It is proposed in modern conditions of European integration processes of civil society development and when updating the norms of the Central Committee of Ukraine to make legislative changes to limit the rights of the purchaser to sell, donate, change property transferred under a contract of life maintenance (care) in the presence of a third party.

Key words: lifetime maintenance (care) contract, contractual obligations, alienator, third party, holder, civil society, plurality of persons.

Укладаючи договір довічного утримання (догляду), сторони часто не прописують усіх договірних умов, а ті умови, що прописані, зазвичай не виконуються належним чином. Відтак більшість розглянутих судових справ за договорами довічного утримання (догляду) стосуються невиконання або неналежного виконання договірних зобов'язань.

За своїми правовими характеристиками договір довічного утримання (догляду) належить до односторонніх, реальних, оплатних, алеаторних, фидуціарних договорів. При цьому конструкція договору довічного утримання (догляду) може передбачати існування зобов'язань, відповідно до яких з однієї або (і) з іншої сторони можуть брати участь одночасно декілька осіб або укладатися на користь третьої особи. Наведена обставина викликає необхідність спеціального правового регулювання зобов'язань з довічного утримання (догляду).

Відомо, що формування правових відносин з довічного утримання (догляду) розпочалося ще в римському праві. Найперші згадки про відносини утримання зустрічаються у звичаях шанування культу предків, а також у більш пізньому моральному усвідомленні догляду за людьми похилого віку з боку родичів або громади [1]. На думку Г.В. Озернюка, договір довічного утримання виник у результаті видозміни давнього звичаю середньовічних людей передавати рухоме та нерухоме майно церкві в обмін на забезпечення свого утримання у вигляді довічної ренти [2, с. 282–291]. З наведеного очевидно, що загальний принцип, а саме догляд за людьми в обмін на нерухоме чи рухоме майно, є основоположним, що зберігся до наших днів.

Серед усіх позитивних змін, які відбулися завдяки розвитку інституту довічного утримання (догляду), сьогодні сприймається вдале «місце розташування» конструкції цього договору в Цивільному кодексі (далі – ЦК) України серед групи договорів, спрямованих на відчуження права власності, зокрема після договору міни, дарування, ренти, а також розуміння мети та правових наслідків, які спрямовані на відчуження права власності. Для порівняння зазначимо, що в ЦК 1963 року дого-

вірні умови довічного утримання можна було використовувати лише непрацездатним особам, які за своїм віком або станом здоров'я не могли самі забезпечувати належний життєвий рівень або не могли без сторонньої допомоги утримувати себе. Договір довічного утримання розміщувався серед групи договорів про надання послуг та обумовлювався метою – надання відчужувачу майна матеріального забезпечення [3].

У сучасній доктрині приватного права договір довічного утримання (догляду) вважається цивільно-правовим засобом реалізації суб'єктами свого права на соціальний захист. Так, на думку Н.М. Николайчук, конструкція цього договору дає можливість придбати у власність житло чи інше цінне майно без залучення значних сум грошових коштів, які компенсуються втраченими зусиллями на утримання відчужувача [4, с. 53]. Уважається, що конструкція договору довічного утримання (догляду), яка закріплена в ЦК України, достатньою мірою гарантує інтереси власників і вигодонабувачів, а також, як зазначив Р.А. Майданик, істотно збагачує традиції правових інститутів відчуження права власності [5, с. 164]. Однак чи все насправді так однозначно на практиці? Чи насправді сторони, укладаючи договір довічного утримання (догляду), отримують належне утримання (догляд) і мають гарантію щодо належного захисту суб'єктивних цивільних прав?

З дефініції договору довічного утримання (догляду), яка надана в спеціальній нормі – ст. 744 ЦК України, убагацьється, що кожна зі сторін, укладаючи договір, має свою (індивідуальну) мету договору, одна сторона – отримати майно у власність, а друга – догляд (утримання) від тієї особи, яка може їх надати не лише за моральними, а й за матеріальними критеріями.

Нормами чинного ЦК України передбачено, що правочини можуть бути односторонніми та дво- чи багатосторонніми (договори) (ч. 2 ст. 202). Відповідно до положень статей 510, 511 цього Кодексу, сторонами в зобов'язанні є боржник і кредитор. При цьому на стороні боржника або кредитора можуть бути одна або одночасно декілька осіб (множинність осіб).

Крім того, за загальними положеннями про зобов'язання, їх учасником може бути так звана третя особа, яка за обсягом своїх правомочностей не є стороною правочину, оскільки для неї зобов'язання не створює обов'язку, але в установлених договором випадках може породжувати права щодо боржника та (або) кредитора, які також повинні бути захищеними.

Оскільки сторони договору довічного утримання наділені як правами, так й обов'язками, такий договір у розумінні ст. 626 ЦК України є двостороннім. Зокрема, відчужувач має обов'язок передати у власність нерухоме або рухоме майно (значної цінності), в обмін на яке набуває право на догляд (утримання), обумовлене договором. Ці правомочності кореспондуються з відповідним правом набувача на отримання у власність нерухомого або цінного рухомого майна й обов'язком утримувати відчужувача та/або третю особу.

Так, ст. 746 ЦК України визначає вимоги до відчужувача (фізична особа незалежно від віку та стану здоров'я) і набувача (повнолітня дієздатна фізична особа або юридична особа), а також певною мірою врегульовує окремі питання множинності осіб на стороні набувача, зокрема передбачає, що, якщо набувачами є кілька фізичних осіб, вони стають співвласниками майна, переданого їм за договором довічного утримання (догляду), на праві спільної сумісної власності, а їхній обов'язок перед відчужувачем є солідарним.

Також законодавець визначає деякі аспекти множинності осіб на стороні відчужувача положеннями ст. 747 ЦК України, у якій йдеться про особливості укладення договору довічного утримання (догляду) щодо майна, що є в спільній сумісній власності, зокрема подружжя.

Мета договору довічного утримання (догляду) досягається впродовж певного часу, тобто протягом усього життя відчужувача.

Якщо договір довічного утримання (догляду) укладено подружжям, то зобов'язання повинні виконуватися протягом тривалості життя останнього з подружжя.

Проте, відповідно до положення ч. 4 ст. 746 ЦК України, договір довічного

утримання (догляду) може бути укладений відчужувачем на користь третьої особи, права якої є менш захищеними законодавцем.

Розглянемо такий приклад із судової практики (справа № 339/345/15-ц, провадження № 22-ц/779/75/2016): договір довічного утримання укладено дружиною в інтересах обох подружжя. Отже, на стороні відчужувача в цих відносинах виступає лише дружина, оскільки майно, яке було передано набувачеві (житловий будинок, у якому проживало подружжя), належало їй на праві особистої приватної власності. Чоловік відчужувача є третьою особою, яка не має обов'язків, проте наділена чітко прописаними правами на довічне утримання (догляд), які є ідентичними з правами відчужувача (дружини).

Так, якщо в договорі довічного утримання (догляду) погоджено умови забезпечувати відчужувача та її чоловіка утриманням довічно, а в разі втрати здоров'я доглядом довічно, то зобов'язальні відносини за договором довічного утримання (догляду) повинні тривати протягом усього життя відчужувача, а також її чоловіка. За згодою сторін, набувач зобов'язаний: забезпечувати подружжя житлом шляхом збереження права безоплатного безкоштовного проживання обох у відчужуваному домоволодінні; щоденним триразовим калорійним харчуванням за раціоном, який складає лікар, здійснювати догляд і надання необхідної допомоги; забезпечення потреб у відпочинку та прогулянці тощо. За волевиявленням відчужувача, набувач зобов'язаний утримувати обох подружжя до кінця їх життя й лише в разі смерті останнього з подружжя виконання зобов'язань уважатиметься припиненим.

Однак з матеріалів наведеної судової справи вбачається, що дружина (відчужувач) померла першою, після чого її чоловік (третья особа) фактично був позбавлений утримання (догляду), а також житла та можливості проживати у відчужуваному будинку, проте не зміг у судовому порядку захистити свої права шляхом розірвання договору довічного утримання (догляду) та подальшого успадкування будинку на правах подружжя.

Положення ч. 1 п. 1 ст. 755 ЦК України передбачає, що договір довічного утри-

мання (догляду) може бути розірваний за рішенням суду на вимогу відчужувача або третьої особи, на користь якої він укладений, у разі невиконання або неналежного виконання набувачем своїх обов'язків незалежно від його вини. Хоча право третьої особи на такий судовий захист не містить обмежень, проте воно могло бути реалізоване лише за час життя відчужувача, а отже, у наведеному прикладі наведена норма не діятиме.

Суди, керуючись ч. 2 ст. 755 ЦК України, дійшли висновків, що зі смертю відчужувача договір довічного утримання (догляду) припинився, а тому в позовних вимогах відмовлено в повному обсязі. Однак, ураховуючи те, що обсяг правомочностей власника і обсяг правомочностей невластника є різними, вважаємо, що третя особа – невластник майна – вправі захищати своє право на утримання (догляд) у разі неналежного виконання зобов'язань щодо його довічного утримання (догляду).

Окрім цього, зазначимо, що, відповідно до ч. ч. 1, 2 ст. 754 ЦК України, зі смертю відчужувача також припиняються й обмеження прав набувача продавати, дарувати, міняти майно, передане за договором довічного утримання. Наведена норма фактично позбавляє третю особу права на пожиттєве проживання в житловому будинку, а відтак на належне забезпечення її довічного утримання та догляду.

Уважаємо, що в разі, якщо договором передбачено довічне утримання (догляд) третьої особи, визначені ч. ч. 1, 2 ст. 754 ЦК України правила щодо обмеження прав набувача продавати, дарувати, міняти майно, передане за договором довічного утримання, повинні стосуватися й третіх осіб цього договору та діяти впродовж усього його життя. Пропонуємо, наведене внести до канви ст. 754 ЦК України та викласти ч. 2 в такій редакції: «2. *На майно, передане набувачу за договором довічного утримання (догляду), не може бути звернене стягнення протягом життя відчужувача, а в разі наявності інших осіб протягом життя інших осіб*».

Підсумовуючи все вищенаведене, доходимо висновку про існування різних за своєю правовою природою договірних зобов'язань, зокрема солідарного та зобов'язання з множинністю осіб, де предмет

зобов'язання є єдиним. Умовами договору довічного утримання (догляду) встановлено єдиний предмет зобов'язання, який є неподільним для відчужувача та третьої особи, а тому характеризується спільним зобов'язанням для набувача. Отже, у разі смерті відчужувача (дружини) у набувача, незалежно від того що майно за договором довічного утримання (догляду) перейшло в його власність, зобов'язання перед третьою особою продовжують тривати, хоч їх обсяг і зменшився вдвічі.

Про неподільність предмета зобов'язання, а також про спільне зобов'язання боржників перед кредитором зазначається й у нормативних актах багатьох зарубіжних країн. Так, зокрема в ЦК Квебеку спільне зобов'язання характеризується через ознаку його виконання щодо єдиного предмета зобов'язання. Зокрема, у ст. 1524 йдеться про те, що при визначенні правил для солідарних зобов'язань обов'язки співборжників встановлюються щодо одного й того ж предмета [6].

На думку В.І. Синайського, солідарне зобов'язання не варто змішувати з неподільним зобов'язанням. У разі невиконання останнього відшкодування збитків розподіляється так само, як і в частковому зобов'язанні, а не стягується солідарно, як це має місце при солідарному зобов'язанні. Неподільне зобов'язання має лише зовнішній вигляд солідарного зобов'язання [7]. С.В. Сарбаш особливість конструкції солідарного зобов'язання пояснює з точки зору самого зобов'язання, яке вважається все ж солідарним у силу неподільності предмета. На думку цього автора, відповідальність співборжників щодо відшкодування збитків і сплати неустойки є частковою, оскільки обов'язок сплати грошової суми як найбільш поширена форма відповідальності є ділимою, а тому відповідна сума може бути поділена між боржниками відповідно до встановлених договором їхніх часток. Сприйняття такого підходу, на його думку, зумовлюватиме утворення солідарно-часткових зобов'язань або зобов'язань з неподільним предметом [8].

На нашу думку, неподільність предмета зобов'язань повинна ґрунтуватися або на природній, або на економічно-юридичній властивостях його предмета, що

виключає наступну можливість дроблення виконання договірної зобов'язання на частини. Так, наприклад, за умовами договору довічного утримання (догляду) з множинністю осіб з боку відчужувача, набувач, зобов'язавшись виконувати умови договору щодо довічного утримання (догляду) усім визначеними договором особам, не може виконувати свої зобов'язання на половину або лише для однієї особи – власника житла. Наведене виконання варто вважати неналежним виконанням предмета зобов'язання. При цьому зазначимо, що при такому неналежному виконанні зобов'язання солідарність вимоги належного виконання договірної зобов'язання щодо відчужувача та третьої особи зберігається.

На думку С.В. Сарбаша, солідарність кредиторів не презюмується у зв'язку з передбачуваністю інтересом самих кредиторів. Якщо ступінь їх довіри один до одного доволі високий, вони можуть обумовити свою солідарність, не розмеж-

овуючи вимог. У протилежному випадку за замовчуванням (за винятком випадку з неподільним предметом зобов'язання) їхня участь буде частковою [8, с. 112].

Підсумовуючи вищенаведене, доходимо висновку, що в договорі довічного утримання (догляду) предмет зобов'язання має ґрунтуватися на природних або економічно-юридичних властивостях, які включають можливість надання єдиних послуг для особи – власника майна та третьої особи (у разі її наявності). Отже, у разі смерті власника майна в набувача за договором довічного утримання (догляду) обсяг виконуваних зобов'язань зменшиться, однак не припиниться, незважаючи на перехід до нього права власності на майно. Зобов'язання щодо утримання та догляду для третьої особи триватимуть протягом усього її життя, а тому вважаємо, що на маймо, передане набувачу за договором довічного утримання (догляду), не може бути звернене стягнення й протягом усього життя третьої особи.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Етнографія України : навчальний посібник / за ред. проф. С.А. Макаручука. 2-ге вид., перероб. і доп. Львів : Світ, 2004. 520 с.
2. Озернюк Г.В. Історичні джерела рентних правовідносин. *Актуальні проблеми держави і права*. 2010. Вип. 5. С. 282–291.
3. Цивільний кодекс Української РСР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1540-06#Text> (дата звернення: 24.05.2021).
4. Николайчук Л.М. Цивільно-правові договори як підстави виникнення права приватної власності громадян : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Івано-Франківськ. 2004. 210 с.
5. Майданик Р.А. Проблеми довірчих відносин в цивільному праві. Київ : НВЦ «Київський університет», 2002. 502 с.
6. Гражданский кодекс Квебека. Code civil du Québec / науч. ред. и авт. предисл. : О.М. Козырь, А.А. Маковская ; авт. введ. : Е.К. Джон Брайерли. Москва : Статут, 1999. 470 с. URL: <https://search.rsl.ru/ru/record/01000622609> (дата звернення: 24.05.2021).
7. Гражданское право России. Общая часть : курс лекций / отв. ред. О.Н. Садиков. URL: http://adhdportal.com/book_1130.html С. 602 (дата звернення: 24.05.2021).
8. Сарбаш С.В. Обязательства с множественностью лиц и особенности их исполнения. Москва : Статут, 2004. С. 112. URL: <https://www.twirpx.com/file/760714/> (дата звернення: 23.05.2021).

УДК 347.626

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.12>

ПРАВО ВЛАСНОСТІ ПОДРУЖЖЯ НА ЗЕМЕЛЬНУ ДІЛЯНКУ: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ

Простибоженко Олег Сергійович,

кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник відділу забезпечення інтеграції академічної та університетської правової науки та розвитку юридичної освіти
Київського регіонального центру Національної академії правових наук України

Стаття присвячена теоретичним і практичним проблемам виникнення в подружжя права власності на земельну ділянку, насамперед у випадках, коли така земельна ділянка є об'єктом права особистої приватної власності одного з подружжя, але на ній зведено об'єкт нерухомості, який належить обом із подружжя на праві спільної власності. Зазначається, що стосовно земельної ділянки та об'єкта нерухомості на ній склалося кілька підходів до правової регламентації їх цивільного обороту. Зокрема, досліджується концепція єдиного об'єкта цивільних прав (притаманна європейським державам) і концепція слідування земельної ділянки за об'єктом нерухомості, зведеним на ній (характерна для України).

Зазначається, що практика застосування положень цивільного та земельного кодексів передбачає безоплатний перехід частки в праві власності на земельну ділянку (чи частини земельної ділянки) до того з подружжя, за ким визнано частку в праві власності на об'єкт нерухомості, зведений на такій земельній ділянці. Автор доводить, що такий підхід суперечить положенням Конституції України та Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод щодо непорушності права власності, оскільки передбачає безоплатне вилучення майна в його власника всупереч його волі.

Пропонується сприйняти концепцію єдиного об'єкта цивільних прав. Стосовно вирішення спору між подружжям автор пропонує запровадити правило визначення належності земельної ділянки до особистого чи спільного майна подружжя, виходячи з принципу більшої вартості об'єкта (земельної ділянки чи зведеного на ній об'єкта нерухомості). Відповідно, якщо вартість земельної ділянки є вищою, тоді зведений на ній об'єкт нерухомості набуває той же правовий режим, як і земельна ділянка. І навпаки, якщо вартість земельної ділянки є нижчою, тоді вона набуває правовий режим об'єкта нерухомості, який на ній розташований. У будь-якому разі інший із подружжя повинен отримати компенсацію у зв'язку з припиненням його права власності на частку у відповідному майні.

Ключові слова: право спільної власності подружжя, право особистої приватної власності, непорушність права власності, право власності на земельну ділянку.

Prostybozhenko Oleh. Spouses' ownership of land: problematic issues

The paper is devoted to the theoretical and practical problems of the spouses' ownership of land plot, especially in cases where this land plot is the personal (separate) property of one spouse, but on this land plot is built the real estate object belonging to both spouses as joint ownership. It is stated that there are several approaches to the legal regulation of civil turnover in relation to the land plot and real estate object built on the land. In particular, the concept of a single object of civil rights (usual as to European countries) and the concept of following the land plot after the real estate object built on it (usual as to Ukraine) are studied.

The court practice of applying the Civil and Land Codes regarding transfer of ownership of land plot in cases on division between spouses the real estate object that is built on the land plot is analyzed. It is emphasized that in these cases the transfer is non-payable. The author argues that this approach contradicts the provisions of the Constitution of Ukraine and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms regarding the inviolability of property rights, as it provides for free of charge (i.e. volunteer) confiscation of property from its owner against his will.

The concept of a single object of civil rights is proposed to adopt in Ukraine. Regarding the distribution property between spouses, the author proposes to introduce a rule for determining the ownership of land plot as the personal (separate) property of one spouse or as joint property

of both spouses that is based on the principle of the higher value of the object (land plot or real estate built on it). Accordingly, if the value of the land plot is higher, then the real estate object acquires the same legal regime as the land. Conversely, if the value of the land plot is lower, then it acquires the legal regime of the real estate object located on it. In any case, the other spouse must receive compensation due to the termination of his ownership of the share in the property.

Key words: joint ownership of spouses, personal (separate) property of one spouse, inviolability of property right, ownership of land plot.

Перехід до ринкової економіки у сфері земельних відносин, незважаючи на майже тридцятирічну тривалість, залишається незавершеним. Правове регулювання цих відносин характеризується певною строкатістю й непослідовністю законодавця в підходах. Дуалізм правового регулювання земельних відносин Земельним і Цивільним кодексами України (далі – ЗК України, ЦК України) час від часу породжує протиріччя в правозастосовній практиці. Ще більше труднощів виникає у випадках, ускладнених елементами сімейних відносин подружжя.

Мета роботи полягає в здійсненні дослідження правових проблем, які виникають у зв'язку переходом (виникненням) права власності подружжя на земельну ділянку, належну на праві особистої приватної власності лише одному з них, у разі поділу зведеного на такій ділянці будинку чи іншого об'єкта нерухомості.

Окремі аспекти цієї проблематики досліджувалися науковцями в галузі земельного права, зокрема А. Мірошниченком, П. Кулиничем, М. Щербиною, В. Федорович. Разом із тим сімейно-правовий аспект права власності подружжя на земельну ділянку залишається значною мірою недослідженим.

Правовими підставами виникнення права власності в одного з подружжя на земельну ділянку, належну на праві особистої приватної власності другому з подружжя, є положення ст. 377 ЦК України та ст. 120 ЗК України. Відповідно до чинної редакції ч. 1 ст. 377 ЦК України, до особи, яка набула право власності на житловий будинок (крім багатоквартирного), будівлю або споруду, переходить право власності, право користування на земельну ділянку, на якій вони розміщені, без зміни її цільового призначення в обсязі та на умовах, установлених для попереднього землевласника (землекористувача). Первісна редакція ч. 1 ст. 377 ЦК України дещо відрізнялася й перед-

бачала, що до особи, яка придбала житловий будинок, будівлю або споруду, переходить право власності на земельну ділянку, на якій вони розміщені, без зміни її цільового призначення, у розмірах, установлених договором. Якщо договором про відчуження житлового будинку, будівлі або споруди розмір земельної ділянки не визначений, до набувача переходить право власності на ту частину земельної ділянки, яка зайнята житловим будинком, будівлею або спорудою, і на частину земельної ділянки, яка є необхідною для їх обслуговування.

Згідно з чинною редакцією ч. ч. 1, 4 ст. 120 ЗК України, до особи, яка набула право власності на жилий будинок, будівлю або споруду, розміщені на земельній ділянці, що перебуває у власності іншої особи, переходить право власності на земельну ділянку або її частину, на якій вони розміщені, без зміни її цільового призначення. У разі набуття права власності на жилий будинок, будівлю або споруду кількома особами право на земельну ділянку визначається пропорційно до часток осіб у праві власності жилого будинку, будівлі або споруди. Первісна редакція вказаних законодавчих положень передбачала, що при переході права власності на будівлю і споруду право власності на земельну ділянку або її частину може переходити на підставі цивільно-правових угод, а право користування – на підставі договору оренди. При переході права власності на будівлю та споруду до кількох осіб право на земельну ділянку визначається пропорційно часткам осіб у вартості будівлі та споруди, якщо інше не передбачено в договорі відчуження будівлі і споруди.

Залишаючи поза рамками дослідження питання термінологічної неузгодженості двох кодексів та оцінки можливості переходу земельної ділянки в умовах міської забудови, зауважимо, що первісна редакція ст. 377 ЦК України (на відміну від

ст. 120 ЗК України) передбачала можливість позадоговірного переходу до особи права власності на земельну ділянку, на якій розташований об'єкт нерухомості. Однак такий перехід був можливий лише щодо частини, яка зайнята об'єктом нерухомості, і частини, яка необхідна для його обслуговування, тоді як у первісній редакції ст. 120 ЗК України йшлося лише про можливість переходу права власності на земельну ділянку на підставі договору й лише щодо всієї ділянки.

Чинні редакції ст. 377 ЦК України та ст. 120 ЗК України передбачають «автоматичний» перехід права власності на земельну ділянку в разі переходу права власності на розташовану на ній будівлю. Незважаючи на таку кардинальну зміну підходу законодавця, не відбулося змін у ч. 4 ст. 120 ЗК України, яка передбачає пропорційність розміру земельної ділянки до розміру частки в праві власності на об'єкт нерухомості, який розташований на такій земельній ділянці. Тобто, відповідно до первісного підходу законодавця, виникнення права спільної часткової власності на земельну ділянку пов'язувалося з відсутністю в договорі вказівки про інший розмір часток кожного зі співвласника. І такий підхід є цілком виправданим у випадку договірного регулювання відносин. Натомість застосування цього підходу є сумнівним у разі «автоматичного» переходу права власності, що може мати місце не лише на підставі договору.

Для наочності змодельюємо таку ситуацію. Будинок розташований на подарованій жінці земельній ділянці, розміром 0,25 га, і займає площу 0,01 га. У разі поділу судом між подружжям указаного будинку в рівних частках, ця земельна ділянка також буде поділена пополам. І це при тому, що про виділення в натурі частки кожного з подружжя в будинку ще не йдеться, а має місце лише визначення часток у праві спільної власності подружжя. Після такого виділення в натурі, вочевидь, виявиться, що для обслуговування частини будинку чоловіка необхідно, наприклад, лише 0,05 га, але він уже є власником 0,125 га. І це при тому, що ця земельна ділянка належала дружині на праві особистої приватної власності. Ще більш абсурдно виглядає ситуація, коли право власності

в одного з подружжя може виникнути на половину земельної ділянки сільськогосподарського призначення (площа якої може становити навіть кілька гектарів), на якій розміщено господарську будівлю, що перебуває в спільній власності подружжя.

Таким чином, принцип пропорційного розміру частки в праві власності на земельну ділянку та частки в праві власності на об'єкт нерухомості, який розміщений на ній, не відповідає сучасним реаліям майнових правовідносин подружжя. Доцільно запровадити підхід, який передбачає перехід права власності на земельну ділянку лише в частині, яка зайнята таким об'єктом нерухомості, і частині, яка необхідна для його обслуговування. Примітно, що саме такий підхід закріплено в ч. 3 ст. 1225 ЦК України в разі спадкування об'єкта нерухомості. Зокрема, до спадкоємців житлового будинку, інших будівель і споруд переходить право власності або право користування земельною ділянкою, яка необхідна для їх обслуговування, якщо інший її розмір не визначений заповітом.

У науці земельного права досить детально досліджено принцип єдності юридичної долі земельної ділянки та розташованого на ній об'єкта нерухомості [1, с. 201–205; 2, с. 227–229]. Коротко його зміст полягає в тому, що два різні об'єкти цивільних прав (земельна ділянка й розташований на ній об'єкт нерухомості) беруть участь у цивільному обороті разом і водночас [3, с. 184]. Конструкція аналізованих норм Цивільного та Земельного кодексів свідчить, що фактично в Україні закріплено підхід, за яким земельна ділянка слідує за об'єктом нерухомості, який на ній розміщений. Тобто земельна ділянка виступає як приналежність до головної речі, якою є саме об'єкт нерухомості, розташований на ній [4, с. 262; 5, с. 30].

У контексті дослідження постає питання: чи виникає право спільної сумісної власності подружжя на земельну ділянку, яка належить одному з них на праві особистої приватної власності, у разі виникнення права спільної сумісної власності на об'єкт нерухомості, розташований на ній? І якщо таке право виникає, то в який саме момент?

Відповідно до положень ст. 331 ЦК України, право власності на новостворе-

ний об'єкт нерухомості виникає з моменту прийняття його до експлуатації, а якщо необхідно здійснити державну реєстрацію права власності на нього, то з моменту такої державної реєстрації. Відтак, можна стверджувати, що в разі виникнення в подружжя права спільної сумісної власності на об'єкт нерухомості, таке ж право «автоматично» виникає й на земельну ділянку. І відбувається це в момент виникнення права власності на об'єкт нерухомості. Це також підтверджується положеннями п. а) ч. 2 ст. 89 ЗК України, відповідно до якого в спільній сумісній власності перебувають земельні ділянки співвласників жилого будинку.

Вочевидь, актуальності це питання набуває при поділі спільного майна подружжя та практичному застосуванні аналізованих законодавчих положень. Ураховуючи наявність «титульного» власника будівлі та земельної ділянки (яким є один із подружжя), спір в подружжя виникає під час їх поділу й вирішується в судовому порядку шляхом розгляду позову про визнання частки в праві власності на майно. Тому практичне значення визнання такого майна об'єктом права спільної сумісної власності подружжя в такій категорії справ нівелюється, оскільки відбувається визначення частки в праві власності на об'єкт нерухомості й земельну ділянку, на якій він розташовується. З іншого боку, нівелювання практичного значення такого законодавчого підходу відбувається також у зв'язку з тим, що кредитор не зацікавлений (а подекуди практично не може це зробити) у зверненні стягнення на земельну ділянку, якщо на ній розташований об'єкт нерухомості.

У судовій практиці підхід змінювався залежно від змін національного законодавства. У пункті 18 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних справ» від 16.04.2004 № 7 викладено ретроспективний огляд змін правового режиму земельної ділянки, на якій розташований об'єкт нерухомості. Примітно, що в п. 18-2 вказаної Постанови перехід права власності на земельну ділянку до іншого з подружжя у зв'язку зі зведенням на ній будівлі пов'язується не з моментом виник-

нення права власності на таку будівлю, а з моментом «виділу конкретної частини будинку». При цьому чинне нині законодавство такої прив'язки не має, хоча вона використовувалася в законі раніше.

У сучасній судовій практиці суди зазвичай не схильні досліджувати момент виникнення права власності на земельну ділянку в другого з подружжя та розмір земельної ділянки, право на яку до нього/неї переходить. Так, у постанові Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду від 10.10.2019 у справі № 382/1823/15-ц касаційний суд обмежився цитуванням положень ст. 120 ЗК України та ст. 377 ЦК України й констатацією, що визнання за одним із подружжя права власності на 1/2 частину житлового будинку має наслідком визнання за таким із подружжя права власності на 1/2 частину земельної ділянки, на якій він розташований [6].

Також доцільно звернути увагу на внутрішні протиріччя ст. 120 ЗК України й непослідовність у правовому регулюванні «автоматичного» переходу права власності на земельну ділянку при переході права власності на об'єкт нерухомості на ній. ЦК України передбачає, що всі суб'єкти права власності є рівними перед законом (ч. 2 ст. 318) та що всім власникам забезпечуються рівні умови здійснення своїх прав (ч. 3 ст. 319). На нашу думку, ст. 120 ЗК України та ст. 377 ЦК України не узгоджуються з указаним принципом, оскільки передбачають в одних випадках перехід права власності, а в інших – лише прав користування. Зважаючи, що основна маса об'єктів нерухомості на чужій земельній ділянці стосується випадків їх знаходження саме на земельних ділянках державної або комунальної власності (які якраз і передаються не у власність, а в користування), то такі власники мають переваги порівняно з фізичними/юридичними особами – власниками земельних ділянок. В останньому випадку зазвичай існує право приватної власності на землю, яке «автоматично» переходить до власника об'єкта нерухомості, розташованого на земельній ділянці. За таких умов складається дисбаланс на користь суб'єктів права державної або комунальної власності, які мають можливість отримувати плату за

передачу в користування земельних ділянок власникам об'єктів нерухомості, які на них розташовані. Натомість суб'єкти права приватної власності не можуть юридично «роз'єднати» земельну ділянку та об'єкт нерухомості на ній, оскільки втрачають право власності на землю при відчуженні такого об'єкта нерухомості.

У законодавстві європейських держав, на відміну від України, закріплено принцип єдиного об'єкта. Коротко його зміст полягає в тому, що об'єкти нерухомості, розташовані на земельній ділянці, і сама земельна ділянка є одним об'єктом права власності. Тобто саме земельна ділянка є головною річчю, а об'єкти нерухомості на ній розглядаються як її складники, своєрідні поліпшення або ж приріст [7, с. 158]. Такий підхід пояснюється обмеженою кількістю земельних ділянок порівняно зі зведеними на них будівлями та спорудами.

Цей підхід започаткований ще в римському праві та сприйнятий цивільним законодавством європейських держав. Римське правило «*superficies solo cedit*» («побудоване майно приростає до земельної ділянки») нині відображене в законодавстві більшості досліджуваних держав (ст. 5:20 ЦК Нідерландів, ст. ст. 546, 552 ЦК Франції, ст. ст. 546, 552 ЦК Люксембургу, ст. 3.47 ЦК Бельгії, ст. ст. 334, 358 ЦК Іспанії, ст. 204 ЦК Португалії, ст. ст. 812, 934 ЦК Італії, ст. 308 ЦК Мальти, ст. 667 ЦК Швейцарії, ст. 94 ЦУ Німеччини, §§ 498, 506, ЦК Чехії, ст. ст. 46, 48 ЦК Польщі, ст. 5:18 ЦК Угорщини, ст. ст. 537, 559 ЦК Румунії, ст. 4.40 ЦК Литви, ст. 968 ЦК Латвії, § 54 Закону Естонії про загальну частину ЦК, ст. 8 Закону Словенії про речові права, ст. 9 Закону Хорватії про власність та інші речові права, ст. 92 Закону Болгарії про власність). Чи не єдиним винятком є ЦК Словаччини, у § 120 якого чітко передбачено, що будівлі не є складниками земельної ділянки.

Особливістю окремих постсоціалістичних держав (Болгарія, Хорватія, Угорщина) є застереження на зразок «якщо не передбачено інше щодо нероздільності землі та будівлі». Наприклад, відповідно до ст. 5:18 ЦК Угорщини, власник земельної ділянки є власником зведеної на ній будівлі, якщо інше не встановлено договором між власниками будівлі

та земельної ділянки. При цьому на підставі такого договору в реєстрі нерухомості будівля та земельна ділянка можуть бути зареєстровані як окремі (самостійні) об'єкти. Вочевидь, подібно до України, ці застереження обумовлені неможливістю швидкого досягнення поєднання цих двох об'єктів і, відповідно, розповсюдженістю ситуацій, коли будівлі існують на чужій землі. Варто зауважити, що така ситуація є також допустимою й серед західноєвропейських держав (наприклад, Нідерланди) [8], але це не відображається безпосередньо в статті, яка присвячена визначенню нерухомості.

Цивільне законодавство більшості європейських держав містить поняття «право приєднання» або «приріст» як самостійного способу (підстави) набуття права власності (анг. «*right of accession*», фр. «*droit d'accession*», ісп. «*derecho de accesión*», італ. «*dell'accessione*», порт. «*acessão*», рум. «*accesiunea*»), що передбачає виникнення права власності на все, що виробляє річ, а також на все, що до неї додатково приєднано природним або штучним способом (ст. 546 ЦК Франції, ст. 546 ЦК Люксембургу, ст. 353 ЦК Іспанії, ст. 1325 ЦК Португалії, ст. 934 ЦК Італії, ст. 566 ЦК Мальти, § 1066 і далі ЦК Чехії, § 135с ЦК Словаччини, ст. 567 ЦК Румунії). Інколи вказаний термін перекладають як «право прирощеної (приєднаної) власності» [9, с. 232]. Лише як виняток із загального правила законодавством деяких європейських держав передбачена можливість виникнення права власності на земельну ділянку у власника матеріалів, із яких зведено об'єкта нерухомості на такій землі. Зазвичай умовами цього є (1) вища вартість зведеного об'єкта нерухомості порівняно з вартістю земельної ділянки, (2) сплата компенсації власнику земельної ділянки, (3) добросовісність дій забудовника (наприклад, ст. 361 ЦК Іспанії, ст. 673 ЦК Швейцарії, ст. 938 ЦК Італії, § 1086 ЦК Чехії, ст. 581 ЦК Румунії). Однак це лише загальне правило, яке має певні уточнення стосовно подружжя, що буде детально досліджено в окремій роботі.

Варто нагадати, що європейський підхід не передбачає існування окремого Земельного кодексу, який регламентує земельні правовідносини. Його існування в постра-

дзянських державах радше спрямоване на роздержавлення землі, яка в соціалістичний період не була об'єктом цивільного обороту. Отже, саме в соціалістичний період закладено умови для розщеплення земельної ділянки та зведеного на ній об'єкта нерухомості, а в пострадянський час ці об'єкти права власності набули ознак двох самостійних об'єктів цивільного обороту. Як зазначається в науці земельного права [3, с. 185; 5, с. 25–31; 6, с. 162], запровадження принципу єдності юридичної долі земельної ділянки й об'єкта нерухомості на ній є першим кроком на шляху до запровадження концепції єдиного об'єкта права власності.

Отже, українському законодавцю варто запозичити підхід, згідно з яким об'єкт нерухомості, зведений на земельній ділянці, є її складником і слідує за такою земельною ділянкою. Разом із тим така перспектива видається доволі віддаленою, зважаючи на особливості пострадянського розвитку економіки й наявність великої кількості неприватизованих земель. Тому в контексті досліджуваних правовідносин найближчим часом доцільно принаймні змінити підхід і запровадити правило, що належність земельної ділянки до особистого чи спільного майна подружжя визначається виходячи з принципу більшої вартості. Тобто якщо вартість земельної ділянки є вищою, тоді зведений на ній об'єкт нерухомості набуває той же правовий режим, як і земельна ділянка. І навпаки, якщо вартість земельної ділянки є нижчою, тоді вона набуває правовий режим об'єкта нерухомості, який на ній розташований. Але в будь-якому разі інший із подружжя отримує компенсацію або за втрату особистого майна (наприклад, приватизованої земельної ділянки, яка слідує за будинком, що має вищу вартість), або за частку в спільній власності подружжя (наприклад, частку в будинку, який слідує за землею, оскільки вона має вищу вартість).

У межах дослідження доцільно розглянути питання щодо допустимості безоплатного припинення права особистої приватної власності одного з подружжя (як на об'єкт, вартість якого істотно збільшилася, так і на земельну ділянку, на якій зведено об'єкт нерухомості). Насам-

перед необхідно звернутися до положень національного законодавства. Так, відповідно до ст. 41 Конституції України, ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Право приватної власності є непорушним. Примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване лише як виняток із мотивів суспільної необхідності, на підставі й у порядку, установлених законом, і за умови попереднього й повного відшкодування їх вартості. Примусове відчуження таких об'єктів з наступним повним відшкодуванням їх вартості допускається лише в умовах воєнного чи надзвичайного стану. Конфіскація майна може бути застосована виключно за рішенням суду у випадках, обсязі та порядку, установлених законом. Указані конституційні положення конкретизовані в ЦК України, ЗК України та Законі України «Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності», а також у частині конфіскації – у Кримінальному кодексі України, Кодексі України про адміністративні правопорушення, Митному кодексі України тощо.

Аналіз зазначених актів національного законодавства дає підстави для висновку, що особа може бути безоплатно позбавлена права власності на майно лише в разі його конфіскації. Припинення права власності особи всупереч її волі є примусовим відчуженням майна й можливе лише за умови попереднього та повного відшкодування вартості такого майна (за винятком випадку ревізії) або ж у рахунок виконання зобов'язання особи. Власне, це і є гарантією непорушності права власності особи. Яскравий приклад реалізації цього уявлення – це положення ст. 365 ЦК України, яка передбачає внесення суми компенсації на депозитний рахунок суду в разі пред'явлення позову про припинення права власності на неподільне спільне майно (детальніше мова йтиме про це в наступному дослідженні).

Натомість практична реалізація ст. 377 ЦК України та ст. 120 ЗК України свідчить, що право власності особи (одного з подружжя) на земельну ділянку припи-

няється примусово й безоплатно, тобто без присудження компенсації власнику земельної ділянки за її вилучення на користь іншої особи (другого з подружжя) – набувача об'єкта нерухомості на такій земельній ділянці. Вирішення вказаної проблеми можливо двома шляхами: (1) унесенням змін до зазначених статей кодексів, якими чітко передбачити оплатність припинення права власності на земельну ділянку,

(2) зміною підходу національних судів до вирішення цього питання й застосування до досліджуваних правовідносин положень ст. ст. 364, 365 ЦК України. Крім того, можливим також є використання кондикційного позову в тих випадках, коли відбулося присудження одному з подружжя частини земельної ділянки, належної на праві особистої приватної власності другому з подружжя.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Мірошніченко А.М. Земельне право України : підручник. 2-ге вид., доп. і перероб. Київ : Алерта ; ЦУЛ, 2011.
2. Мірошніченко А.М., Марусенко Р.І. Науково-практичний коментар до Земельного кодексу України. 5-е вид. змінене і доповнене. Київ : Алерта, 2013.
3. Федорович В. Право на земельну ділянку у разі набуття права власності на житловий будинок, будівлю або споруду. *Вісник Львівського університету. Серія «Юридична»*. 2018. Вип. 66. С. 179–186.
4. Кулинич П.Ф. Нерухоме майно як об'єкт правових відносин: землецентрична і надроцентрична концепції. *Часопис Київського університету права*. 2015. № 3. С. 262–265.
5. Мірошніченко А.М. Розмежування складових та приналежностей земельної ділянки. *Земельне право України: теорія і практика*. 2007. № 1. С. 25–31.
6. Постанова Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду від 10.10.2019 у справі № 382/1823/15-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84898867> (дата звернення: 25.05.2021).
7. Щербина М.С. Принцип єдності юридичної долі земельної ділянки та об'єктів нерухомості, які на ній розташовані, в доктрині земельного права України. *Право.ua : науково-практичний журнал*. 2015. № 1. С. 157–164.
8. Right of ownership / Dutch Civil Law. URL: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook055.htm> (date of access: 10.05.2021).
9. Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / пер. с фр. В. Захватаев ; отв. ред. А. Довгерт. Киев : Истина, 2006. 1008 с.

ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗАХИСТУ ПРАВОМІРНИХ ОЧІКУВАНЬ ПІД ЧАС ЗДІЙСНЕННЯ ПРОЦЕДУР БАНКРУТСТВА

Синегубов Олег Васильович,

доктор юридичних наук, доцент,

голова

Полтавської обласної державної адміністрації

У статті досліджено загально-правові засади забезпечення захисту правомірних очікувань під час здійснення процедур банкрутства. Визначено, що зіткнення різносторонніх та різнохарактерних інтересів у справах неплатоспроможності покладає на суд виконання обов'язку держави досягти визначеності у правовідносинах. Наголошено, що національні суди мають обов'язок інтерпретаційної діяльності, ґрунтуючись на загальних принципах права, ступінь допустимості та необхідності якої залежить від характеру правовідносин, типу праворозуміння та виду правової системи.

Визначено, що правомірні очікування покликані полегшити особам захист їхніх сподівань, коли вони не можуть обґрунтувати свої матеріальні вимоги на підставі закону в позитивістському розумінні та мають захищатися через забезпечення права бути почутим судом у межах справедливої процедури. Обґрунтованість очікування учасника справи про банкрутство у певному контексті є питанням факту та фактором, що належить встановити під час інтерпретації судом норм і принципів права та визначення порядку вирішення справи з урахуванням пропорційності обмеження захисту правомірного очікування.

Дослідження дозволило дійти висновку, що об'єктом правовідносин банкрутства є право очікування кредиторів на отримання майнового блага у розумінні ст. 1 Першого протоколу до Конвенції. Проаналізовано процесуальний аспект правомірних очікувань учасників справи про банкрутство та відзначено про дотримання їх темпоральної складової частини, забезпечення процедур, які мають враховувати різносторонність інтересів, що представлені у процедурах. Правомірні очікування матеріально-правового характеру конкурсних та поточних кредиторів становлять сподівання на отримання певного «активу», участь особи у комітеті кредиторів – на отримання «активу» через можливість впливати на організаційні відносини, боржника – на звільнення його від додаткових зобов'язань, арбітражних керуючих – на пропорційну винагороду тощо.

Ключові слова: правова визначеність, правомірні очікування, банкрутство, кредитор, боржник.

Syniehubov Oleh. Theoretical and practical aspects of providing the protection of rightful expectations during bankruptcy procedure

The article deals with general legal principles of providing protection of rightful expectations during bankruptcy procedure. It is established that the conflict of diverse and many-sided interests in cases of insolvency makes the court responsible for fulfilling the state's obligation of getting clarity in legal relations. It is pointed out that national courts have a duty of interpretation activity based on general principles of law. The degree of admissibility of that interpretation activity depends on the character of legal relations, the type of legal understanding and the type of legal system.

It is found out that rightful expectations are aimed at making it easier for people to protect their hopes when they cannot lay foundation for their financial claims and have to defend themselves through securing the right of being heard by the court within fair procedure. The reasonableness of the expectation of a participant in a case of bankruptcy in certain context is a matter of fact and a factor to be established during the court's interpretation of the norms and principles of law and establishing the procedure of the case solution while taking into account the proportionality of abridgement of rightful expectation protection.

The research made it possible to conclude that the object of the legal relations of bankruptcy is the creditor's right of expectation to get property benefit as understood by article 1 of the First

Protocol of the Convention. The procedural aspect of the rightful expectations of the participants of a case of bankruptcy was analysed, keeping to their temporal part was pointed out as well as providing the procedures that are to take into account the diversity of the interests represented in the procedures. The pre-bankruptcy and post-bankruptcy creditors' rightful expectations of material legal character are hopes to get certain «asset», a debtor's rightful expectations are hopes to be released from additional obligations, insolvency officers' rightful expectations are hopes to get proportional repayment etc, and a person's participation in a creditor committee, which provides influence on organizational relations and public interests, determines justified hopes to get «asset».

Key words: *legal clarity, rightful expectations, bankruptcy, creditor, debtor.*

Постановка проблеми. Питання реформування законодавства, яким регулюються правовідносини неплатоспроможності, є важливим завданням у межах міжнародних зобов'язань України. Процедури банкрутства, закріплені у Кодексі України з процедур банкрутства (далі – КУзПБ) [1], спрямовані на їх удосконалення, покращення бізнес-простору та інвестиційного клімату в Україні, а їхня ефективність визнається одним із важливих показників європейської спрямованості України [2, с. 6, 14]. Метою застосування процедур банкрутства є знаходження балансу між публічними, зокрема й державними, інтересами, інтересами кредиторів, боржника, арбітражних керуючих та інших учасників справи про банкрутство шляхом застосування до боржника різноманітних передбачених законом процедур [3, с. 13]. Незважаючи на те, що чинне законодавство про банкрутство визначено як прокредиторське, спеціалісти відзначають, що вирішення проблем, пов'язаних із неплатоспроможністю боржника в Україні, в судовому порядку не є раціональним та вигідним ані для самих кредиторів, які не мають можливості повернути заборгованість, ані для боржника, який за наявності у чинному законодавстві певного механізму, що дозволяє зберегти бізнес та робочі місця у разі зміни власника, фактично не має такої можливості. Відповідно до Індикатору «Вирішення неплатоспроможності» рейтингу «Ведення бізнесу» за даними 2013–2020 р.р. Україна посідає одне з найнижчих місць серед країн світу, а відповідне положення з часу прийняття КУзПБ не мало позитивної динаміки [4]. Індикатор «Вирішення неплатоспроможності» дозволяє оцінювати нормативно-правове регулювання процедур банкрутства в Україні як неефективне за певними показниками [5; 6].

Проблеми ефективності захисту майнових прав та інтересів учасників справи про банкрутство та реалізації процесуальних прав у межах процедур банкрутства були предметом дослідження О.А. Беяневич, А.А. Бутирського, І. А. Бутирської, С. Жукова, Ю.В. Кабенюк, В.Я. Погребняка, Б.М. Полякова та інших. Представники сучасної доктрини та практики зазначають про значну кількість проблем, що виявлені у відповідному механізмі правозастосування. Водночас правова визначність як принцип права покладає на державу позитивні зобов'язання забезпечити ефективну та справедливую процедуру згідно зі ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) [7], враховуючи пропорційність інтересів сторін та інших учасників провадження у справі про банкрутство, а також захист їх правомірних очікувань у значенні ст. 1 Першого протоколу до Конвенції [8], що не стало предметом дослідження у національній доктрині.

Метою статті є визначення змісту та процесуально-правового значення правомірних очікувань учасників справи про банкрутство.

Виклад основного матеріалу.

Сутність захисту правомірних очікувань: загальнотеоретичний аспект

За позицією Конституційного суду України механізм правового регулювання має забезпечувати правову визначеність, очікування суб'єктів на стабільність та усталеність правого регулювання, що сприяє ефективній реалізації ними суб'єктивних прав, підтримувати довіру до органів державної влади, їх посадових і службових осіб [9]. Конституційний суд України у своєму обґрунтуванні посилається на положення, сформульовані у Доповіді «Верховенство права», схваленій Європейською Комісією «За демократію через право», відповідно

до яких правова визначеність як принцип права є важливою для плідності бізнесової діяльності з тим, щоб генерувати розвиток та економічний поступ і покладає на державу позитивні зобов'язання забезпечити дотримання вимог законодавства, їх застосовування у передбачуваний спосіб та з логічною послідовністю. Загалом правова визначеність обумовлює дотримання державою взятих на себе зобов'язань чи виголошених обіцяноу, що визнається правомірними очікуваннями [10]. Принцип правової визначеності як елемент принципу верховенства права вимагає законодавчого запобігання свавільного втручання органів публічної влади в межах вільного розсуду у права, свободи і законні інтереси особи. Із цією метою держава має впроваджувати та дотримуватися правових (справедливих) процедур, які забезпечують справедливе ставлення до особи [11].

Конституційний суд України визначив, що правомірні очікування безпосередньо впливають із положень ч. 2 ст. 19 Конституції України, згідно з якими органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України [12]. Водночас Конституційний суд виходить із позитивістського праворозуміння, посилаючись на ст. 19 Конституції України. Вочевидь, що підстави, межі та способи можуть не відповідати вимогам ст. 8 Конституції, що закріплюють дію верховенства права, елементом якого є правова визначеність як прояв матеріально-правової справедливості, що утворює підґрунтя перегляду пануючого праворозуміння та розвитку синергетичного підходу з урахуванням концепту правого реалізму [13, с. 12; 14, с. 31; 15, с. 338], який є закономірним у сучасних українських реаліях. Зіткнення різносторонніх та різнохарактерних інтересів у справах, у яких предметом розгляду є неплатоспроможність, покладає на суд забезпечення взятого державою позитивного обов'язку досягти визначеності у правовідносинах.

Європейський суд із прав людини (далі – ЄСПЛ) з приводу різних аспектів змісту правомірних очікувань визначив

його рису «якість закону», яка означає, що національне законодавство має закріплювати достатньо чіткі положення, за яких державні органи мають право вживати заходи, які вплинуть на права осіб (рішення у справах «Олександр Волков проти України», «С.Г. та інші проти Болгарії» та ін.). Водночас потреба у визначеності означає, що норми права не мають застосовуватись із такою негнучкістю, яка б робила неможливим врахування гуманності та справедливості [16], що є підставою погодитись із позицією, що законодавчі та прецедентні приписи є лише знаками, натяками, за якими можна судити про дійсне право, тобто про владно-нормативні регулятори, що діють у суспільстві [17, с. 10], а слідування попередньо встановленим нормативам створює лише «ілюзію визначеності» [18].

Захист правомірних очікувань у будь-якому типі праворозуміння тим не менш поєднує в собі їх законність, яка зумовлена реалізацією особою суб'єктивного права, та обґрунтованість, зумовлену законом раціональністю очікувань учасників суспільних відносин [19; 20].

Відповідно до положень, викладених в окремих рішеннях ЄСПЛ, вимогою, що впливає зі слів «встановлений законом», є вимога передбачуваності, коли норма права не може вважатися «законом», якщо вона не сформульована з достатньою чіткістю (рішення у справах «Реквенні проти Угорщини», «Санді Таймс» проти Сполученого Королівства», «Коккінакіс проти Греції»). Але чимало нормативно-правових актів неодмінно сформульовано з певною мірою нечіткості [21], що покладає на національні суди обов'язок інтерпретаційної діяльності положень законодавства, ґрунтуючись на загальних принципах права, ступінь допустимості та необхідності якої залежить від характеру правовідносин, пануючого у країні типу праворозуміння та виду правової системи. ЄСПЛ зазначає, що відповідальність за подолання недоліків законодавства, правових колізій, прогалин, інтерпретаційних сумнівів покладено, зокрема, й на судові органи, які застосовують та тлумачать закони (рішення у справах «Веренцов проти України», «Кантоні проти Франції»; [22]).

Отже, у найширшому сенсі засади принципу правової визначеності складають ідеї передбачуваності або очікуваності суб'єктом відносин правових наслідків своєї поведінки, що відповідає існуючим в суспільстві правовим приписам. А особа, яка зазнала порушення своїх прав, свобод, охоронюваних законом інтересів, діючи добросовісно на підставі закону, має розраховувати на те, що держава забезпечить їй її захист. Допустимість же розсуду при інтерпретації норм і принципів та визначенні порядку вирішення справи має оцінюватись за передбачуваними критеріями: суд має застосувати апробований інструментарій тесту на пропорційність, оскільки держава має забезпечити оцінку дотримання балансу між загальними суспільними потребами (публічними інтересами), потребами забезпечення фундаментальних прав особи, враховуючи, що особа не має нести непропорційний та непомірний тягар (рішення у справі «Сперінг проти Швеції», п. 69), та мотивувати рішення (орган влади має виправдати свої дії, навівши аргументи (рішення у справі «Суомінен проти Фінляндії»)).

Відповідні положення зумовлюють сутність доктрини правомірних очікувань, які у багатосторонніх різнохарактерних інтересах у процедурах, пов'язаних із неплатоспроможністю за зобов'язаннями приватноправового та публічно-правового характеру, зокрема, за зобов'язаннями сплати обов'язкових платежів (податків та зборів) співвідносяться із забезпеченням права, гарантованого статтею 1 Першого протоколу до Конвенції, що передбачає для держави обов'язок забезпечувати судову процедуру, яка дозволяє національним судам ефективно та справедливо вирішувати спори між приватними особами (рішення у справі «Совтрансавто-Холдинг» проти України»). У такому випадку правомірні очікування, що звернені до держави та походять з галузі публічного права, покликані полегшити особам захист їх сподівань, коли вони не можуть обґрунтувати свої вимоги на підставі закону в позитивістському розумінні цього поняття.

Важливу роль, яку відіграють суди у забезпеченні правомірних очікувань полягає у захисті сподівань особи й перед

зміною політики і законодавчої, і правозастосовної чи інтерпретаційної. Зміна політики та вплив її змін на суб'єктивні права, охоронювані законом інтереси, зокрема, «майно» у сенсі ст. 1 Першого протоколу до Конвенції, враховуючи матеріальні та процесуальні аспекти захисту правомірних очікувань, може стосуватись регулятивних та охоронних, зокрема й процесуальних правовідносин. Водночас очікування є іншим за змістом в охоронних правовідносинах та у межах предмету дослідження маємо визначити особливості змісту правомірних очікувань учасників справи про банкрутство, враховуючи їх матеріально-правові та процесуальні аспекти.

Концепція правомірних очікувань зародилася в системі загального права з так званого права бути почутим (лат. *audi alteram partem*) [23], а захист правомірних очікувань визнають одним із основних правових принципів європейського права [24]. В англійській системі права, у якій набула розвитку доктрина правомірних очікувань, останні розглядають у процедурному та сутнісному контексті [25; 26, с. 6]. У європейському конвенційному просторі процесуальний аспект очікувань стосується матеріально-правової вимоги та того, що процедура буде доведена до ухвалення будь-якого рішення, що свідчитиме про те, що особі забезпечено право бути вислуханою, а також (відповідно до подальшої практики, виробленої ЄСПЛ у зв'язку з інтерпретацією Конвенції) рішення (ухвала) буде належним чином мотивовано, що буде свідчити про те, особа почута, а підстави розумних сподівань враховані або відхилені судом. Обґрунтованість рішення призначена продемонструвати сторонам, що вони були почуті та дає стороні можливість оскаржити його та розраховувати на його перегляд вищою інстанцією, забезпечувати публічний контроль відправлення правосуддя (рішення у справі «Гірвісаарі проти Фінляндії», п. 30; рішення у справі «Серявін та інші проти України», п. 44), а мотивованість є процесуальною формою обґрунтованості рішення (рішення у справі «Проніна проти України», п. 23). Ступінь же мотивування залежить від характеру порушення або обмеження прав (рішення у справі «Гарсія Руїз проти Іспанії», п. 83).

ЄСПЛ констатував, що процесуальні норми створюються для забезпечення належного відправлення правосуддя та дотримання принципу правової визначеності, а також, що сторони провадження мають право очікувати застосування вищезазначених норм [27, с. 149].

Зважаючи на відповідні аспекти розуміння правомірних очікувань як елементу правовідносин, очікування особою «майна» в інтерпретаційному значенні ст. 1 Першого протоколу до Конвенції залежатиме від наявності передбачуваної процедури, яка дозволить представити особі свою позицію та бути щодо неї почутою. Процесуальні правила призначені для забезпечення належного відправлення правосуддя, а учасники мають розраховувати, що ці правила застосовуватимуться не тільки щодо них, а й до національних судів (рішення у справах «Дія97» проти України», п. 47, «Олександр Волков проти України», п.143).

Відповідні положення відображають матеріально-правовий та процесуальний аспекти правомірних очікувань, де перший у транснаціональній та національній правозастосовній та інтерпретаційній діяльності щодо застосування ст. 1 Першого протоколу до Конвенції визнається як «майно», право вимоги або право очікування «активу», майбутньої майнової вигоди або блага, що має економічну цінність [28, с. 73; 29, с. 829; 30; 31, с. 472] та є об'єктом цивільних прав [32], а другий визначає процесуальні засоби, які спрямовані на захист суб'єктивного права або права очікування.

Водночас маємо погодитись із позицією, що національне законодавство дозволяє вирішувати спори, які виникають у певних відносинах, зокрема договірних, і стосуються захисту прав кредитора саме за допомогою тих конструкцій, які містяться в національному законодавстві. Концепція правомірних очікувань не виправдано буде обтяжувати судову практику в більшості випадків з точки зору забезпечення правового порядку та стабільності [33; 34, с. 152]. У період нестабільності правопорядку переносити у правову систему держави досить специфічні та автономні поняття, яким є легітимні очікування є складним та таким, що внесе серйозні

непорозуміння, загрожує порушенням вимог правової визначеності (очікуваності, сталість і послідовність приписів права) [33].

Проте інтерпретаційна та правозастосовна діяльність господарських судів під час вирішення справ про банкрутство свідчить про широке застосування терміну правомірних очікувань щодо майнових вимог кредиторів, очікувань боржника на звільнення від додаткових зобов'язань, правомірних очікувань арбітражних керуючих на справедливість процедури тощо [35; 36; 37; 38] у значенні підґрунтя інтерпретаційної діяльності. Кожне правомірне очікування учасника справи про банкрутство є важливим фактором, який вимагає належного врахування під час правового регулювання та здійсненні процедури, що ґрунтується на загальних принципах права. Та чи є очікування обґрунтованим у певному контексті, є питанням факту в кожному конкретному випадку. Обмеження ж захисту правомірного очікування має бути пропорційним меті, яка забезпечує приватний чи публічний інтерес більшого значення саме у певних обставинах.

Зміст правомірних очікувань учасників у справі про банкрутство

Зважаючи на розуміння правомірних очікувань, процесуальні норми, якими врегульовано процедури банкрутства, не мають створювати особі перешкод у мирному володінні «майном», на яке вона може обґрунтовано розраховувати у зв'язку із неплатоспроможністю боржника, та захисті правомірних очікувань, зокрема: мають бути передбачені ефективні процесуальні засоби, що враховуватимуть інтереси сторін та інших учасників провадження у справі про банкрутство, публічні інтереси; для випадків майнового спору закон має передбачати ефективний спосіб судового захисту або суд у передбачуваному порядку має його визначити відповідно до ст. 5 ГПК України, якщо законом або договором він не передбачений, що впливає на додаткові гарантії захисту очікувань у ситуації неспроможності; правомірне очікування має бути захищено у розумний строк (рішення у справі «Желтяков проти України»). Зокрема, порушення темпоральних меж відправлення правосуддя має

місце у випадку неможливості підприємства управляти своїм майном впродовж строку, коли його було визнано банкрутом за рішенням суду, яке було скасовано як незаконне, відсутність можливості отримати належне відшкодування за цей період (рішення у справі «Стебницький і «Комфорт» проти України»).

Дотримання темпоральної характеристики правомірного очікування є однією з важливих його рис, яка має бути розумною та є обов'язком господарського суду. Будь-який учасник провадження у справі про банкрутство має очікування процесуального характеру на дію принципу верховенства права в аспекті досліджуваних правовідносин та справедливий розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру [39]. Здійснення процедур банкрутства у розумні строки забезпечує правову визначеність та захист очікування своєчасно з засобами, що гарантують дотримання пропорційності інтересів.

У межах процедур до відкриття провадження у справі про банкрутство кредитори та боржник розраховують на захист правомірного очікування, яке має бути здійснено через успішний план санації, від належної реалізації якого буде залежати розмір «активів» кожного з них. Відповідні положення набувають свого значення при аналізі встановленого законодавством порядку проведення санації боржника до відкриття справи про банкрутство (ст. 5 КУзПБ). Незважаючи на те, що відповідна процедура розрахована насамперед на самоврегулювання умов санації, деякі аспекти не дозволяють конкурсному кредиторові розраховувати на забезпечення його сподівань на передбачуваність процедури. Кредитор має розраховувати, що процедура не буде ще більше обтяжувати його становище. Зокрема, це стосується порядку доказування можливості виконання плану санації (ч. 10 ст. 5 КУзПБ). Невизначеним залишилось на законодавчому рівні питання щодо суб'єкта, який має ініціювати проведення та нести тягар оплати фінансового аналізу (ч. 2 ст. 5 КУзПБ), що у сукупності з іншими даними свідчатиме про невігідність санації до

відкриття провадження у справі порівняно з ліквідаційною процедурою. Для кредитора, який не погоджується з планом санації до відкриття провадження у справі, передбачена непрямая презумпція, згідно з якою інтереси інших кредиторів та боржника переважають, тому обов'язок доказування невігідності санації має покладатись на цього кредитора, за умови відсутності зловживань з боку інших кредиторів або боржника. Правомірні очікування кредиторів у цьому випадку стосуються передбачуваних способів доказування не через суб'єктивне уявлення особи про наслідки своїх дій (бездіяльності), а через об'єктивне уявлення про необхідні дії, з якими пов'язані правомірні очікування, та суспільні інтереси. Презумпції є важливими для передбачуваної процедури, але прийняття всіх необхідних заходів як умова процесуальних правомірних очікувань допомагає вирішити проблеми правового регулювання та правозастосування.

Із урахуванням визначеної вище сутності правомірних очікувань у відносинах неплатоспроможності ними є майнові вимоги конкурсних та поточних кредиторів. Їх маємо розглядати як правомірні очікування, оскільки особа не може розраховувати на «майно», враховуючи ситуацію неплатоспроможності боржника та передбачуваність розміру та строку отримання «активу» унаслідок однієї з процедур банкрутства. Захист правомірного очікування у цій ситуації здійснюється з урахуванням вимог пропорційності, коли обмеження очікування одного класу кредиторів на користь іншого має бути виправдане метою більшого значення. Змістом права очікування заставного кредитора під час процедури банкрутства є можливість розпорядження предметом застави [40, с. 37]. Правомірне очікування у цьому випадку є не лише очікуванням майнової вигоди, а й елементом тесту на пропорційність [41, с. 95], у якому визначається умовний пріоритет очікування, залежно від ваги інтересу (значення потреби), що має реалізуватись. Задоволення вимог кредиторів у процедурі банкрутства є захистом їх правомірних очікувань, що підтримується національною правозастосовною практикою [42].

КУзПБ, передбачивши можливість процедур банкрутства фізичної особи, не визначив важливі процесуальні положення, з цим пов'язані. Визначаючи потенційних учасників чи кредиторів у досліджуваній категорії справ, можна стверджувати про наявність правомірних очкувань спадкоємців при конкуренції спадкової та конкурсної маси у випадку смерті боржника фізичної особи-підприємця. Відповідне питання стає актуальним у зв'язку із неоднозначним тлумаченням положень ст. 90 КУзПБ. Порядок захисту правомірного очкування спадкоємців на «майно», що включено до конкурсної маси або є правом заставного кредитора, вимагає передбачуваної процедури та можливості бути почутим. Водночас складно погодитись, що для захисту очкування спадкоємців мають застосовуватись закриття провадження у справі про банкрутство або аналогія закону [43]. Спадкоємець для обґрунтування своїх «виправданих очкувань» майна або коштів, включаючи позови (рішення у справі «Pressos Compania Naviera S.A. and others v. Belgium», п. 31), має бути учасником справи про банкрутство оскільки майно, що може складати спадкову масу фізичної особи, складає конкурсну масу, яка має пріоритет. За положеннями ч. 2 ст. 7 КУзПБ спори щодо майна боржника мають вирішуватись у межах справи про банкрутство. Це положення законодавство є обґрунтованим, оскільки забезпечення інтересів публічного характеру (конкурсних кредиторів), переважає, зважаючи на більшу вагу їх інтересу, а тому врахування відповідних інтересів та вирішення всіх спорів, стороною яких є боржник або спори стосуються його майна, має здійснюватись у межах справи про банкрутство. Неможливо вести мову про право спадкоємців на включення майна боржника, щодо якого проводяться процедури банкрутства, до спадкової маси, оскільки вимоги кредиторів мають пріоритет, заснований на законі, забезпечують легітимні очкування кредиторів як такі, що засновані на черзі виникнення. Отже, кредитори-спадкоємці боржника фізичної особи-підприємця, яка визнана банкрутом, справедливо відносити до останнього класу кредиторів.

Зважаючи на ці та вищевикладені положення, правомірні очкування у межах процедур банкрутства є множинними, що утворює їх конкуренцію та зумовлює для забезпечення справедливої процедури віднайти механізм досягнення їх балансу та справедливої процедури. У правовідносинах на кшталт правовідносин зі здійснення процедур банкрутства з великою кількістю суб'єктів, що мають рівною мірою значущі публічні інтереси, визначити пріоритет одних інтересів над іншими є необхідністю для передбачуваної процедури. Законодавством встановлено черговість задоволення вимог кредиторів, які поділені на класи, де нормативно проблема пріоритетності вирішена, а очкування заставного кредитора має виключний пріоритет. Однак під час законодавчого регулювання певних процедур визначення відповідного пріоритету має враховувати конкретні обставини.

Окреме питання постає при сплаті поточних платежів, винагороді арбітражному керуючому та інших витратах, що мають бути сплачені до розподілу конкурсної маси між конкурсними кредиторами. Встановлення цього порядку слід розуміти як встановлення пріоритету окремих інтересів у справі про банкрутство, не беручи до уваги інтереси кредиторів і власника неспроможного боржника щодо збереження майна. Водночас порядок визначення розміру винагороди арбітражного керуючого як оплати послуг, одержуваних боржником і кредиторами, має враховувати, що ці витрати будуть оптимальними та співмірними для збереження якомога більшого «активу» для кредиторів. Судова практика свідчить, що сучасні арбітражні керуючі не завжди належно здійснюють фідучіарні функції, виконуючи свої завдання протилежним чином: їх витрати та витрати на поточні платежі займають значну частину конкурсної маси [44].

На господарські суди покладено обов'язок забезпечити очкування сторін провадження, що пов'язано зі справедливістю та законністю процедури, яка залежить, крім іншого, від добросовісності та правомірності діяльності арбітражного керуючого, що вимагає публічного контролю, зважаючи на фідучіарні функції керуючих. Для визначення ефек-

тивності діяльності арбітражного керуючого визначити пріоритетні інтереси досить складно, утім необхідно. Як свідчить алгоритм застосування принципу пропорційності, баланс інтересів залежить від відповідності приватних інтересів інтересам загального блага, що містяться в цілях конкретного закону. Стосовно до КУзПБ його цілі обумовлені необхідністю захисту інтересів (майнових вимог) кредиторів, які в зв'язку з неплатоспроможністю боржника трансформуються в право очікування. Якщо арбітражний керуючий ухиляється від виконання своїх обов'язків, діє недобросовісно, все, що недоотримали кредитори в результаті невиправданого збільшення обсягу зобов'язань за поточними платежами, підлягає компенсації, на що направлений інститут відповідальності арбітражних керуючих. В цьому випадку інтерес в отриманні коштів за поточними платежами не має пріоритету над інтересами кредиторів та має поступитися їхнім інтересам щодо ефективності дій арбітражного керуючого та отриманню очікуваних «активів» та гарантій захисту очікувань передбачуваності процедур. На реалізацію цієї мети має бути спрямований весь механізм процедури банкрутства. Публічно значимі цілі є підставою визначення пріоритетності інтересів для законодавця при обмеженні інших інтересів, і для судді. Якщо оцінювати інтереси конкурсних та поточних кредиторів з позиції правової визначеності, їх «майнова вигода» має забезпечуватись в умовах, де обсяг зобов'язань боржника, а по суті правомірне очікування кредиторів, залежить від добросовісності та розумності дій арбітражного керуючого, який має діяти в інтересах конкурсних кредиторів.

Для зазначених вище випадків визначення умовного пріоритету інтересів є можливим тільки через чітке розуміння публічно значущої, соціально-спрямованої мети на досягнення загального блага. Процесуальна форма, маючи особливу соціальну функцію у досягненні правового визначення у юридичному питанні, має бути реалізована у ситуації особливої багатосторонньої та різнохарактерної конкуренції охоронюваних законом інтересів. В таких умовах відповідне суспільним інтересам судочинство є визначаль-

ною правовою цінністю [45, с. 63]. Отже, питання правомірних очікувань учасників процедур банкрутства має визначатись не відповідно до сприйняття особи, а з урахуванням загальних суспільних інтересів, коли міркування більшого значення можуть переважати над тим, що могло б бути його правомірним очікуванням.

Ці положення означають не тільки необхідність досягнення блага для конкретної особи, а й забезпечення побічно блага для кожного, незалежно від його індивідуальних інтересів. Для визначення пріоритету інтересів у межах процедури банкрутства мають бути визначено характер інтересів і досягнення загального блага (загальної користі), де мають значення однакові, схожі, універсальні інтереси, властиві будь-якому з кредиторів, які в рівній мірі задовольняють будь-якого з них, незалежно від обсягу та характеру його права вимоги, від чого й залежить клас кредиторів, а також передбачення правових засобів, що направлені й на забезпечити санації боржника.

З позиції захисту правомірних очікувань та пропорційності обмеження прав кредиторів брати участь в організаційних відносинах маємо оцінити законодавче пом'якшення наслідків порушення конкурсним кредитором строку для подання письмової заяви з вимогами до боржника, що відповідає положенням Першого протоколу до Конвенції у частині пропорційності втручання у право [46]. Також встановлено законодавче обмеження відповідного очікування згідно з положеннями абз.2-4 ч. 4, абз. 3-4 ч. 6 ст. 45 КУзПБ.

Правомірним очікуванням є також звільнення боржника від додаткових зобов'язань, зокрема, податкових. Так господарські суди оцінюють звільнення боржника від сплати податків і зборів (обов'язкових платежів), термін сплати яких настав у період після прийняття постанови про визнання боржника банкрутом на підставі положень ст. 59 КУзПБ [47; 48; 49]. Зазначені положення зумовлені раціональним сподіванням боржника на те, що після встановлення його неплатоспроможності у нього не виникнуть додаткові зобов'язання, оскільки до визнання особи банкрутом існує її юридич-

ний обов'язок, що трансформується у правомірне сподівання на те, що держава, зважаючи на його неплатоспроможність, звільнить його від податкового обов'язку, враховуючи й мету майбутнього поновлення платоспроможності.

Оскільки правова визначеність як прояв матеріально-правової справедливості має забезпечувати пропорційний розподіл активів, законодавством передбачено контроль над законністю та добросовісністю дій арбітражного керуючого (ст. 20, 21 КУзПБ). Маємо звернути увагу, що у випадку подання комітетом кредиторів клопотання про його відсторонення, його задоволення є правом, а не обов'язком суду. Суд має з'ясувати мотиви цього клопотання через призму принципу незалежності арбітражного керуючого. Для здійснення відповідного правообмеження критерієм відсторонення має бути те, що шкода, завдана інтересам кредиторів при відстороненні та вступі у справу нового керуючого, є меншою, що завдасть шкоди інтересам керуючого при відмові у його відстороненні.

Порушення цього правила, який є проявом тесту на пропорційність, може призвести до процесуальних зловживань з боку комітету кредиторів. Господарські суди посилаються на захист легітимного очікування арбітражного керуючого у справі про банкрутство як суб'єкта, який призначений господарським судом, на дотримання своїх прав [50]. Водночас мова йде про передбачуваність процедури, одним із засобів чого є законність.

Маємо у цьому контексті ще раз звернути увагу й на конкуренцію інтересів, що виникає при оплаті послуг арбітражного керуючого. Зокрема, покладення оплати за рахунок конкурсної маси не відповідає принципу захисту правомірних очікувань кредиторів та боржника, коли відповідна оплата стягується в умовах, коли суд не забезпечив справедливий розгляд упродовж розумного строку та/або дії арбітражного керуючого не відповідали принципам його діяльності, не були оцінені співрозмірно з витраченим часом та ефективністю дій, направлених на збереження конкурсної маси. Враховуючи принцип захисту правомірних очікувань, отримання кредитором та арбітражним керуючим май-

нової винагороди не є простим бажанням або надією. Це очікування охороняється законом за умови того, що на ньому ґрунтується та наявне в тому випадку, якщо ґрунтується на санкції норми права, звичаї чи встановленій процедурі, якій слідує у звичайній та природній системі [51; 52]. Оскільки на арбітражного керуючого покладаються надії кредиторів та боржника, які ґрунтуються на законі, що процедура забезпечить їм захист їх очікування майнової вигоди, враховуючи фідучіарну спрямованість діяльності керуючого, справедливий розподіл конкурсної маси має контролюватись господарським судом особливо, що, зважаючи на захист очікування в межах позитивістського праворозуміння, недопустимість зловживань з боку комітету кредиторів, має чітко передбачати процесуальні засоби чи передбачуваний дискреційний порядок.

Висновки. Напрями підвищення ефективності правового регулювання процедур банкрутства в Україні та здійснення господарського судочинства мають враховувати різнохарактерні публічні та приватні інтереси, забезпечувати дію механізму встановлення їх умовного балансу через обґрунтованість пріоритету одного з них, забезпечувати справедливе, неупереджене та своєчасне судочинство з метою захисту правомірних очікувань учасників провадження у справах про банкрутство.

Зміст правомірного очікування у провадженні справ досліджуваної категорії має складну структуру. Зважаючи на сутність відносин неплатоспроможності, об'єктом правовідносин із банкрутства є право очікування кредиторів на отримання майнового блага (вигоди, «активу») у розумінні ст. 1 Першого протоколу до Конвенції. Це правомірне очікування є об'єктом охоронних правовідносин, виходячи з порушення майнових прав боржником, незалежно від галузевої приналежності правовідносин, які виникли між одним із кредиторів і боржником. Участь особи у комітеті кредиторів є засобом та забезпечує підстави для отримання «активу», майнової вигоди через можливість впливати на організаційні відносини, у межах яких мають вирішуватись основні питання порядку здійснення процедур відновлення платоспроможності або ліквідаційної процедури.

Захист правомірного очування боржника у процедурах відновлення платоспроможності або під час здійснення ліквідаційної процедури пов'язано із обґрунтованою надією на майбутню майнову вигоду через збереження «майна», звільнення від додаткових зобов'язань.

Правомірне очікування будь-якого учасника справи про банкрутство є елементом тесту на пропорційність, завдяки якому досяжний розумний нормативно-правовий та правозастосовний баланс між приватними та публічними інтересами, які представлені у відповідних справах. Він досягається при встановленні умовного обґрунтованого пріоритету одного з них, коли правомірне очікування засновано на інтересі, що має більшу вагу (публічний інтерес), або, якщо слідувати термінології, що використовується ЄСПЛ, легітимну мету більшого значення для обмеження права очікування або майнових прав інших учасників справи про банкрутство. Зокрема, на цьому побудовані нормативно-правові положення, пов'язані зі встановленням черги та пропорційності задоволення вимог кредиторів у межах

одного класу або їх черговості, звільнення боржника від додаткових зобов'язань, відсторонення, юридична відповідальність арбітражного керуючого та інші. Водночас значна кількість процесуальних засобів, передбачених КУзПБ, не враховують вимог того, що захист правомірних очікувань учасників провадження має підпорядковуватись меті господарського судочинства та загальним принципам права, вимогам розумного балансу представлених у справі інтересів, зокрема: інтереси окремих кредиторів у межах санації до відкриття провадження у справі про банкрутство; відсторонення арбітражного керуючого та визначення розміру винагороди та порядку її визначення залежно від ефективності його діяльності; зловживання учасниками справи своїми правами у межах справи з процедур банкрутства, зокрема, при відстороненні арбітражного керуючого комітетом кредиторів; процедури банкрутства фізичної особи, якщо її неплатоспроможність виявлена після її смерті або оголошення фізичної особи померлою до чи після відкриття або прийняття спадщини спадкоємцями.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Кодекс України з процедур банкрутства: Кодекс України; Закон, Кодекс від 18.10.2018 № 2597-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19#Text>
2. Підгородецька А. Реформування системи неплатоспроможності: антикорупційна спрямованість Кодексу України з процедур банкрутства. *Застосування норм Кодексу України з процедур банкрутства*. Збірка наукових статей / За загальною редакцією д.ю.н., судді Верховного Суду С.В. Жукова. Київ : Алерта, 2019. 216 с.
3. Асеева Н.В. Обеспечение частных и публичных интересов при банкротстве предприятия: монография. Донецк: ДонУЭП, 2013. 200 с.
4. Doing Business. Word bank group. 2020. URL: <https://russian.doingbusiness.org/ru/custom-query> (дата звернення 20.05.2021).
5. Минчинська І.В. Оцінка ефективності законодавства про банкрутство в Україні: економіко-правовий аспект. *Ефективна економіка*. 2020. № 10. URL: <http://www.economy.nauka.com.ua/?op=1&z=8267> (дата звернення: 08.05.2021).
6. Global bankruptcy report 2019 Dun & Bradstreet Worldwide Network. URL: <https://www.bisnode.se/globalassets/global-bankruptcy-report-2019.pdf> (дата звернення: 08.05.2021).
7. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: Рада Європи; Конвенція, Міжнародний документ від 04.11.1950. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 08.05.2021).
8. Протокол до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: Рада Європи; Протокол, Міжнародний документ від 20.03.1952. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_535#Text(дата звернення: 08.05.2021).
9. Рішення Великої палати Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 12 розділу I Закону України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України» від 28 грудня 2014 року № 76–VIII від

22 травня 2018 року № 5-р/2018. URL : https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/5_p_2018.pdf (дата звернення: 08.05.2021).

10. Верховенство права (доповідь, схвалена Венеційською Комісією на 86-му пленарному засіданні 25-26 березня 2011 року). *Право України*. 2011. С. 168–184.

11. Про звернення до Конституційного Суду України з конституційним поданням щодо перевірки відповідності Конституції України (конституційності) частини першої статті 37, частини першої статті 94, пункту 3 частини третьої статті 135 Закону України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII "Про судоустрій і статус суддів"...: Верховний Суд; Постанова, Конституційне подання від 15.11.2019 № 15. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0015780-19#Text> (дата звернення: 08.05.2021).

12. Рішення Першого сенату Конституційного Суду України у справі за конституційною скаргою товариства з обмеженою відповідальністю "МЕТРО КЕШ ЕНД КЕРІ УКРАЇНА" [...]: *Рішення Конституційного суду України* від 05.06.2019 № 3-р(І)/2019. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va03p710-19#Text> (дата звернення: 08.05.2021).

13. Козюбра М. Праворозуміння: поняття, типи та рівні. *Право України*. 2010. № 4. С. 10–21.

14. Волошенко О. Правовий реалізм як напрям соціологічної юриспруденції. *Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна*. Серія «Право». 2020. № 29. С. 29–35.

15. Holmes O. W. Jr. *The Common Law*. Boston: Little, Brown, and Company, 1881. 422 p.

16. Венеціанька Комісія за демократію через право. URL : https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Presentation&lang=RU (дата звернення: 08.05.2021)

17. Антонов М. В. Правовой реализм и становление экономического анализа права. *Современные подходы к пониманию права и их влияние на развитие отраслевой юридической науки, законодательства и правоприменительной практики* : сб. науч. тр. / под общ. ред. В.И. Павлова, А.Л. Савенка. Минск: Академия МВД, 2017. С. 7–16.

18. Holmes O. W. Privilege, Malice, and Intent. *Harvard Law Review*. 1894. Vol. 8, No. 1. P. 1–14.

19. Ухвала Господарського суду м. Києва від 15.03.2021, справа № 910/12809/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95840690> (дата звернення: 08.05.2021)

20. Рішення Конституційного суду України у справі ... «Про місцеве самоврядування в Україні» (справа про скасування актів органів місцевого самоврядування): Рішення Конституційного суду України від 16.04.2009 № 7-рп/2009. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-09#Text> (дата звернення: 08.05.2021).

21. Беяневич О. Стабільність, безпека цивільного обороту і розумні очікування. *Право власності: європейський досвід та українські реалії*: Збірник доповідей і матеріалів Міжнародної конференції (м. Київ, 22–23 жовтня 2015 року). К.: ВАІТЕ, 2015. 324 с.

22. Кравцова Т. Правова визначеність: основні принципи та практика європейського суду. *ЮрЛіга*. URL : https://www.asterslaw.com/ua/press_center/publications/legal_certainty_the_basic_principles_and_practice_of_the_european_court/ (дата звернення: 08.05.2021).

23. Schwarze J. *Europäisches Verwaltungsrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2005. S. 876.

24. Barak-Erez D. The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests. *European Public Law*. 2005. Vol. 11, no. 4. P. 584.

25. Theory of Legitimate Expectation. 20th Aug 2019. URL : <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/constitutional-law/theory-of-legitimate-expectation-constitutional-law-essay.php?vref=1> (дата звернення: 09.05.2021).

26. Cartwright John. Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law. *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 10.3 (December 2006). URL : <http://www.ejcl.org/103/art103-6.pdf> (дата звернення: 15.05.2021).

27. Беяневич О. Стабільність, безпека цивільного обороту і розумні очікування. *Право власності: європейський досвід та українські реалії*: Збірник доповідей і матеріалів Міжнародної конференції (м. Київ, 22–23 жовтня 2015 року). К.: ВАІТЕ, 2015. 324 с.

28. Сліпченко С.О. Поняття законних очікувань як різновиду майна. Форум Права. 2020. № 3 (62). С. 66–76. URL : http://forumprava.pp.ua/files/066-076-2020-3-FP-Slipchenko_8.pdf (дата звернення: 09.05.2021).

29. Майданик Р. А. Речове право : підручник. Київ : Алерта, 2019. 1102 с.
30. Майданик Р. А. Правомірні очікування як майнове право: практика ЄСПЛ, право України, інших європейських країн. *Правомірні очікування* : збірник ст. / за ред. І. В. Спесибо-Фатеевої. Харків : ЕКУС, 2020. С. 92–97.
31. Харьковская цивилистическая школа: объекты гражданских прав: монография / И.В. Спасибо-Фатеева, В.И. Крат, О.П. Печеный, и др. : под. общ.ред. И.В. Спасибо-Фатеева. Харьков, Право 2011. 720 с.
32. Сокурено В.В. Легітимні очікування як об'єкт цивільних прав і судового захисту за практикою ЄСПЛ. *Проблеми цивільного права та процесу* : тези доп. учасників наук.-практ. конф., присвяч. 96-й річниці від дня народження Олександра Анатолійовича Пушкіна (м. Харків, 21 трав. 2021 р.) / МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ ; Харків. обл. осередок Всеукр. громад. орг. «Асоціація цивілістів України». Харків : ХНУВС, 2021. С. 74–76.
33. Магнушевська К. Європейському навчаєтесь, та свого не цурайтесь. *Закон і бізнес*. № 44 (1238). 31.10-06.11.2015. URL : https://zib.com.ua/ua/print/119488-citatuoyu_z_rishennya_espl_ne_mozhna_zaminy_uvati_doslidzhenny.html (дата звернення: 19.05.2021).
34. Беяневич О. Стабільність, безпека цивільного обороту і розумні очікування. *Право власності: європейський досвід та українські реалії*: Зб. доповідей і матер. Міжнар. конф. (м. Київ, 22–23.10.2015). К. : ВАІТЕ, 2015. 324 с.
35. Постанова Північно-західного апеляційного господарського суду від 19 травня 2021 року, справа № 5004/1671/12. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97132417> (дата звернення: 08.05.2021).
36. Постанова Північно-західного апеляційного господарського суду від 26 січня 2021 року, справа № 924/1456/15. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94415424> (дата звернення: 08.05.2021).
37. Рішення Господарського суду запорізької області від 21 квітня 2021, справа № 908/1730/18. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96755292> (дата звернення: 08.05.2021).
38. Постанова Південно-західного апеляційного господарського суду 06 квітня 2021 року, справа № 915/1611/20. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96132413> (дата звернення: 08.05.2021).
39. Рішення Господарського суду Кіровоградської області від 23 жовтня 2020 року, справа № 912/1429/20. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92384183> (дата звернення: 08.05.2021).
40. Речове право: пріоритети та перспективи. *Матеріали Київських правових читань*. Київ, 22 березня 2019 року / Р. А. Майданик, Я. М. Романюк та ін.; відп. ред. Р. А. Майданик. К.: Алерта, 2019. 266 с., с. 29
41. Marta Nunes Vicente. Property Rights and Legitimate Expectations Under United States Constitutional Law and the European Convention on Human Rights: Some Comparative Remarks. *Comparative Law Review*. Vol. 26. 2020. URL : <https://apcz.umk.pl/czasopisma/index.php/CLR/article/view/CLR.2020.002/28018> (дата звернення: 08.05.2021).
42. Ухвала Господарського суду Харківської області від 30 березня 2021 р., справа № 922/4080/20. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96073477> (дата звернення: 08.05.2021).
43. Савченко А. С. Смерть фізичної особи-боржника як підстава для закриття провадження у справі про банкрутство. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 2. С. 109–113. URL : http://dspace.univd.edu.ua/xmlui/bitstream/handle/123456789/8455/Smert%20fizychnoi%20osoby_Savchenko_2020.pdf?sequence=3&isAllowed=y (дата звернення: 14.05.2021).
44. Гуртовий В. Проблемні питання оплати послуг та відшкодування витрат арбітражних керуючих. *Вища школа адвокатури НААУ*. 27.08.2020. URL : <https://www.hsa.org.ua/blog/problemni-pytannya-oplaty-poslug-ta-vidshkoduvannya-vytrat-arbitrazhnyh-keruyuchykh/> (дата звернення: 24.05.2021).
45. Масло Т.М. Пропорційність у цивільному судочинстві: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. ХНУВС. Харків, 2020. 154 с.

46. Постанова Верховного суду від 11 лютого 2021 року, справа № 910/16593/19. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94999454> (дата звернення: 08.05.2021).

47. Ухвала Господарського суду Київської області 02 грудня 2020 р., справа № 911/5186/14. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94095469> (дата звернення: 08.05.2021).

48. Ухвала Господарського суду Хмельницької області від 24 листопада 2020, справа № 924/1456/15. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93155507> (дата звернення: 08.05.2021).

49. Ухвала Господарського суду Миколаївської області від 03 березня 2020 року, справа № 915/919/18. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88050542> (дата звернення: 08.05.2021).

50. Ухвала Господарського суду Житомирської області, від 18 березня 2021 р., справа № 906/1157/17. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95673644> (дата звернення: 08.05.2021).

51. Doctrine Of Legitimate Expectation. Contributor India, April 2021. URL : <https://www.mondaq.com/india/constitutional-administrative-law/881956/doctrine-of-legitimate-expectation> (дата звернення: 12.04.2021).

52. Карнаух Б. П. Поняття майна в контексті статті 1 Протоколу № 1 до Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. *Проблеми законності*. 2016. Вип. 132. с. 205–214. URL : http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pz_2016_132_23 (дата звернення: 15.04.2021).

УДК 347.441.832

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.14>

НЕДІЙСНІ ПРАВОЧИНИ В РЕФОРМОВАНОМУ ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ ФРАНЦІЇ: ДОСВІД ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Таш'ян Роман Іванович,

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри цивільного права № 1

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,

заступник директора

Інституту прокуратури та кримінальної юстиції

Стаття присвячена огляду правового регулювання недійсності правочинів у законодавстві Франції за урахуванням реформи 2016 року. Аналізується класифікація недійсних правочинів на абсолютно й відносно недійсні, яка є широко відомою у країнах інституційної системи права. Автор робить висновок, що дана класифікація відрізняється від поділу недійсних правочинів на нікчемні й оспорювані. В основу розмежування недійсних правочинів на абсолютно й відносно недійсні покладено два критерії: абсолютна недійсність (*nullity*) є недійсністю публічного порядку, а відносна недійсність – недійсністю приватних інтересів. Крім того, відносно недійсний правочин може бути підтвердженим стороною або особами, які мають право вимагати визнання його недійсним, у той час як щодо абсолютно недійсного правочину це є неможливим. За новим французьким законодавством, договір, який не відповідає умовам, необхідним для його дійсності, є недійсним. Недійсність має бути оголошена суддею, якщо сторони не констатують це за взаємною згодою. В інших правопорядках може бути інший порядок визнання правочину недійсним. Окрема увага приділяється правовим наслідкам недійсності правочинів. Останніми змінами у законодавстві Франції передбачено, що виконане за правочином підлягає реституції, крім того, потерпіла сторона має право вимагати компенсацію за спричинену шкоду відповідно до загальних положень про позадоговірну відповідальність незалежно від визнання договору недійсним. Термін «реституція» (*La restitution*) використовується у значенні «повернення», що є типовим для права країн як інституційної, так і пандектної системи права. Зокрема, реституція (повернення) будь-якої речі, за винятком грошової суми, здійснюється натурою або, коли це неможливо, за вартістю, яка обраховується у день повернення. Особа, яка повертає річ, несе відповідальність за її пошкодження та псування; учасник відносин, який добросовісно отримав і продав річ, повинен повернути тільки ціну продажу, а якщо отримав недобросовісно – виплатити вартість на день відшкодування, якщо вона перевищує ціну.

Ключові слова: недійсні правочини, абсолютна й відносна недійсність, наслідки недійсності правочинів, підтвердження договору, реформа цивільного законодавства Франції.

Tashian Roman. Invalid transactions in the reformed civil legislation of France: the experience of legal regulation

The article deals with a review of the legal regulation of the invalidity of transactions in French law, coming into effect by the 2016 reform. The classification of invalid transactions into absolutely and relatively invalid ones, which is widely known in the countries of the institutional system of law, is analyzed. The author concludes that this classification differs from the classification of invalid transactions into void and voidable. The distinction between absolutely and relatively invalid transactions is based on two criteria: absolute nullity is a breach of public order, and relative invalidity is a breach of private interests. In addition, a relatively invalid transaction may be confirmed by a party or persons who have the right to demand its invalidation, while in the case of an absolutely invalid transaction it is impossible. Under the new French law, a contract that does not meet the conditions necessary for its validity is invalid. Invalidity must be declared by a judge if the parties do not state this by mutual consent. In other legal systems there may be another procedure for invalidating a transaction. Particular attention is paid to the legal consequences of the invalidity of transactions. Recent changes in French law provide that the transaction is subject to restitution, in addition, the injured party has the right to claim compensation for damage in accordance with the general provisions on non-contractual liability, regardless

of the invalidation of the contract. The term restitution (La restitution) is used to mean return, which is typical by the law of both institutional and pandect law systems. In particular, the restitution (return) of any thing, except for a sum of money, is carried out in nature or, when this is not possible, at a value calculated on the day of returning. The person who returns the thing is responsible for its damage and spoilage; the party to the relationship, who in good faith received and sold the thing, must return only the sale price, and if received in bad faith – to pay the value on the day of reimbursement, if it exceeds the price.

Key words: *Invalid transactions, absolute and relative invalidity, consequences of invalidity of transactions, confirmation of the contract, reform of the civil legislation of France.*

Під час дослідження проблематики недійсних правочинів важливе місце займає їх класифікація. Крім закріпленого у ст. 215 ЦК України поділу недійсних правочинів на нікчемні й оспорювані, у науці цивільного права використовуються й інші класифікації, серед яких найбільш відомою є класифікація правочинів на абсолютно й відносно недійсні. Дана класифікація є дуже поширеною у законодавстві країн інституційної системи права, перш за все, Франції. Важливість дослідження даного питання посилюється нещодавною реформою французького цивільного законодавства, що може бути корисним досвідом у контексті ре кодифікації цивільного законодавства України. Не менш цікавим є французький досвід правового регулювання інших питань недійсності правочинів – порядку визнання їх недійсними, наслідків недійсності, конвалідації тощо.

Поділ правочинів на абсолютно й відносно недійсні не можна вважати дуже відомим вітчизняній науці. Теоретичною базою даного дослідження є дослідження Д.М. Генкіна, О.В. Гутникова, Е. Годеме, Жюльє де ла Морандьєра, І.Б. Новицького, англомовні роботи Ronald J. Scalise Jr та Frederik Peeraer, а також німецькомовна дисертація Solórzano Julio Peláez.

Доволі розповсюдженою є класифікація правочинів на абсолютно й відносно недійсні. Однак поширеність цієї класифікації обумовлена перш за все тим, що вона часто ототожнюється з класифікацією правочинів на нікчемні й оспорювані. Так, у науковій літературі часто зазначається про «нікчемні (абсолютно недійсні) та оспорювані (відносно недійсні) правочини» [1].

Е. Годеме основною і практично єдиною відмінністю абсолютно недійсних і відносно недійсних правочинів вважав коло суб'єктів права оскарження, інший різниці він між цими правочинами не вбачав, вка-

зуючи: «Нема відмінності a priori між двома категоріями недійсності» [2, с. 193].

Водночас ряд науковців небезпідставно ставлять під сумнів тотожність цих класифікацій, що викликає потребу подальших наукових досліджень цього напрямку.

Як зазначив ще І.Б. Новицький, категорії нікчемності і оспорюваності, по-перше, неспівмірні; по-друге, протиставлення оспорюваних і нікчемних правочинів не узгоджується з тим, що оспорюваний правочин в результаті заперечування стає нікчемним. Тому більш правильно поділ недійсних правочинів на абсолютно недійсні і відносно недійсні [3, с. 70].

Широко відомою є теза Д.М. Генкіна, що поділ правочинів на абсолютно й відносно недійсні пропонувався в якості альтернативи класифікації правочинів на нікчемні й оспорювані, оскільки «протиставлення оспорюваних і нікчемних правочинів не узгоджується з тим, що оспорюваний правочин у результаті оспорювання стає недійсним» [4, с. 195].

Слід зазначити, що поділ недійсності правочинів на абсолютну й відносну характерний перш за все для країн інституційної системи права.

Абсолютна та відносна недійсність є підвидами недійсності у ЦК Франції, в італійському Codice Civile, в іспанському та гватемальському Цивільних кодексах. Абсолютна недійсність протилежна відносній недійсності. Відносна недійсність також може називатися ануляцією або кінцевою ануляцією [5, с. 6].

Поділ недійсності правочинів на абсолютну й відносну зустрічається і в науковій доктрині країн пандектної системи права, хоча він і не є настільки поширеним. Так, у німецькій літературі зазначається, що відносно недійсний правочин, який не відповідає особливим вимогам або порушує заборони, встановлені з метою захисту певних осіб, наприклад, право-

чини, що порушують заборону на розпорядження, встановлену законом або розпорядженням влади (*ein gesetzliches oder ein behördliches Verfügungsverbot*) згідно §§ 135, 136 BGB. На протизаконності відносна недійсність діє тільки для особи, що підлягає захисту, може бути зцілена за допомогою її згоди (*Zustimmung*), і тільки ця особа може посилатися на недійсність відносно недійсного правочину [6].

В основу розмежування цих видів недійсності покладено два основні критерії.

1. Сучасна французька теорія права передбачає, що абсолютна недійсність (*nullity*) є недійсністю публічного порядку, а відносна недійсність – недійсністю приватних інтересів. Пояснюється це тим, що абсолютна недійсність є порушенням публічного порядку [7, с. 671–672].

Це дозволило О.В. Гутникову дійти висновку, що критерієм поділу недійсних правочинів на відносно та абсолютно недійсні є та обставина, що перші можуть бути оспорені тільки особами, чії права порушуються такими правочинами, а другі може оспорити будь-хто, оскільки держава не може миритися з існуванням таких правочинів і тому надає право на їх оспорування невизначеному колу осіб [8, с. 5].

Сутність відносної недійсності може призвести до, на перший погляд, парадоксального висновку, що правочин є недійсним стосовно певного кола осіб, але залишається дійсним щодо інших.

2. Як додатковий критерій цієї класифікації часто зазначається можливість підтвердження відносно недійсного правочину його стороною або особами, які мають право вимагати визнання його недійсним [9, с. 96].

Актуальність класифікації недійсності на абсолютну й відносну посилилась з новими положеннями ЦК Франції (*Code civil*), які внесені Ордонансом № 2016-131 від 10.02.2016 р. та набрали чинності 01.10.2016 р. [10]. Ці зміни стосуються правового регулювання питань договірного права та загальних положень права зобов'язального. Так, ст. 1179 *Code civil* розмежує абсолютну недійсність (у випадку укладенням договорів, які порушують норми закону, що захищає загальний інтерес), на які може вимагати будь-яка заінтересована особа, а також

прокурор, та відносну недійсність, яка може вимагати лише особа, якій закон надає таке право. Сторона може письмово звернутися до особи, яка має право вимагати визнання договору недійсним, з вимогою підтвердити дійсність договору або подати позов про визнання договору недійсним протягом шести місяців. Якщо такий позов не буде подано протягом шести місяців, договір буде вважатися підтвердженим [11].

Бельгійській вчений Frederik Peeraer зазначає, що Ордонанс дотримується переважного погляду на недійсність у французькій науці. Єдина різниця стосується сфери недійсності. На відміну від різних авторів, хто застосовувати недійсність до кожного юридичного акту, Ордонанс регулює лише недійсність у контексті договорів, а не інших юридичних актів. Ордонанс, як і традиційна доктрина, визначає недійсність як засіб захисту щодо договорів / юридичних актів, які (на момент їх утворення) не відповідають приписам правовим норм. Внаслідок цієї недійсності договір / юридичний акт позбавляється свого ефекту. І Ордонанс, і юридична наука вважають судове втручання необхідним для втрати чинності договором або іншим юридичним актом: до тих пір, поки суддя не визнає недійсним юридичний акт, цей акт все ще має свої юридичні наслідки (якщо сторони не домовились про недійсність договору).

На підставі ст. 1180 та 1181, дві основні відмінності між цими видами недійсності стосуються (1) кола осіб, які уповноважені посилатися на недійсність та (2) можливість виправити цієї недійсності шляхом підтвердження договору. На абсолютну недійсність можуть посилаються всі, хто заінтересовані у цьому, включаючи державні органи (*ministère public*), і вона не може бути виправлена підтвердженням. Навпаки, відносна недійсність може бути використана лише стороною, яку закон має намір захистити, але може бути виправлена шляхом підтвердження [12, с. 6].

Таким чином, у нових положеннях ЦК Франції втілені два вищезазначені критерії поділу.

Окремо слід наголосити, що положення ст. 1178 передбачають, що договір, який не відповідає умовам, необхідним для

його дійсності, є недійсним. Недійсність має бути оголошена суддею, якщо сторони не констатують це за взаємною згодою.

Таким чином, Ордонансом № 2016-131 від 10.02.2016 р. вводиться два принципово нових моменти.

По-перше, як абсолютно, так і відносно недійсні правочини є оспорюваними, що ставить крапку у спорі про співвідношення цієї класифікації з поділом недійсних правочинів на нікчемні й оспорювані. Для визнання договору недійсним потрібно подати позов протягом п'яти років після укладення договору. Тим не менше, у певних випадках сторона може посылатися на недійсність договору як спосіб захисту. Цей так званий «виняток недійсності», і він може бути застосований, якщо договір не було виконано (ст. 1185).

В інших правопорядках може бути інший порядок визнання правочину недійсним. Наприклад, ЦК Нідерландів визнає автоматичну недійсність – *ipso iure* (наприклад, ст. 3: 39-40), і дозволяє визнавати договір недійсним шляхом направлення повідомлення іншій стороні (ст. 3:49) [12, с. 19-20].

По-друге, у ЦК Франції запроваджується досить інноваційна конструкція визнання правочину недійсним за згодою сторін (ця новела не відома законодавству більшості держав, у тому числі України).

У науковій літературі зазначається, що прийняття Ордонансу є наслідком напрацювань французької правової доктрини, яка протягом останніх двох століть намагалася розробити теорію недійсності для виправлення відсутності такої в Цивільному кодексі. До цього часу, як у Франції, так і в Бельгії, вчення про нікчемність розглядалося як одна з найбільш незрозумілих і невивчених теорій приватного права. Внесені Ордонансом зміни до Code civil передбачають введення низки положень щодо недійсності (ст. ст. 1178-1185). Ст. 1178 починається з опису недійсності, сфери її застосування та його наслідки. Хоча Ордонанс і не закріплює легального визначення недійсності, однак розкривається її розуміння розробниками. Наступні статті (ст. 1179-1181) кодифікують класичне розмежування абсолютної та відносної недійсності та її наслідків (які пов'язані з різницею щодо кола осіб, які можуть

посилатися на недійсність і можливість підтвердити недійсний договір). Ст. 1184 передбачає запровадження поняття так званої часткової недійсності або збереження чинності договору в певній частині. Ст. 1185 регулює винятки з недійсності договорів.

Окремо дуже важливий науковий становить питання правових наслідків недійсності правочинів, які введені Ордонансом № 2016-131 від 10.02.2016 р.

Так, останніми змінами у законодавстві Франції, передбачено, що виконане за правочином підлягає реституції на умовах ст. ст. 1352-1352-9 ЦК, крім того, потерпіла сторона має право вимагати компенсацію за спричинену шкоду відповідно до загальних положень про позадоговірну відповідальність незалежно від визнання договору недійсним [10].

Таким чином, у Франції повернення одержаного за недійсним правочином здійснюється за правилами про реституцію, а не про безпідставне збагачення. Слід зазначити, що термін «реституція» (*La restitution*) використовується у значенні «повернення», що є типовим для права країн як інституційної, так і пандектної системи права. Зокрема, реституція (повернення) будь-якої речі, за винятком грошової суми, здійснюється натурою або, коли це неможливо, за вартістю, яка обраховується у день повернення (ст. 1352). Особа, яка повертає річ, несе відповідальність за її пошкодження та псування (ст. 1352-1); учасник відносин, який добросовісно отримав і продав річ, повинен повернути тільки ціну продажу, а якщо отримав недобросовісно – виплатити вартість на день відшкодування, якщо вона перевищує ціну (ст. 1352-2); відшкодування охоплює плоди та доходи від речі (ст. 1352-3).

Frederik Peeraer зазначає, що хоча Цивільний кодекс Франції і містить конкретні правила щодо неправомірної виплати (статті 1375-81) та судова практика визнала загальний принцип заборони безпідставного збагачення, у питанні повернення одержаного за недійсним правочином застосовуються положення про реституцію. Отже, відповідно до переважної точки зору, реституційні вимоги є автономною правовою конструкцією та мають режим *sui generis*. Ордонанс

кодифікує цю точку зору, присвятивши конкретну главу реституційним вимогам (ст. 1352–1352-9), яка не була включена в положення про безпідставне збагачення (ст. 1303–1303-4) [12, с. 3–4].

Висновки. З урахуванням процесів рекодифікації ЦК України та гармонізації законодавства України із законодавством країн ЄС особливо необхідним є вивчення досвіду правового регулювання країн Західної Європи. Вчення про недійсність правочинів займає важливе місце у право-

вій доктрині будь-якої держави континентальної правової системи. Водночас це не виключає особливостей правового регулювання в кожній країні. Тобто не можна говорити про якийсь «еталон», якого має досягнути вітчизняне цивільне право. Тим не менше, це жодним чином не означає відсутність потреби вивчати цивільне право інших держав, щоб, спираючись на їхній досвід та на національні нароби, виробити оптимальний шлях правового регулювання цих відносин.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Кучер В.О. Цивільне право України : навчальний посібник / кол. авторів; за ред. Г.Б. Яновицької, В.О. Кучера. Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. 468 с. С. 88.
2. Заборовський В.В. Порядок визнання правочинів недійсними. *Від громадянського суспільства – до правової держави: тези VII Міжнародної наукової Internet-конференції студентів та молодих вчених, 27 квітня 2012 р.* Харків : ХНУ імені В.Н. Каразіна, 2012. С. 179–182.
3. Годэмэ Е. Общая теория обязательств. Москва : Юриздат, 1948. 511 с.
4. Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность. Москва, 1954. 248 с.
5. Генкин Д.М. Относительная недействительность сделок. *Вестник гражданского права.* 2014. Т. 14, № 4. С. 190–220.
6. Solórzano Julio Peláez. Die Entwicklung der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften in Deutschland und Frankreich. Mit Ausblicken auf Italien, Spanien und Guatemala. Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln. 2010. 226 s.
7. Erman/Müller, BGB, Einleitung, § 104 Rn. 32.
8. Ronald J. Scalise Jr Rethinking the Doctrine of Nullity. *LOUISIANA LAW REVIEW* Vol. 74. P. 663–718. URL : <https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6458&context=lalrev>.
9. Гутников О.В. Оспоримые сделки в гражданском праве : автореферат дис. канд. юрид. наук. Москва, 2003. 24 с.
10. Жюллио де ла Морандьер Л. Гражданское право Франции / пер. с франц. Е.А. Флейшиц. Москва, 1958. 334 с.
11. URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032004939?r=xFMaWklwT0>.
12. Nameau Philippe, Bus Jean-Pascal, Gdanski Martin. Reform of the French Civil Code on contract law and the general regime and proof of obligations. URL : <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/2a563f12/reform-of-the-french-civil-code-on-contract-law-and-the-general-regime-and-proof-of-obligations>.
13. Peeraer F., "Nullity in the Ordonnance", *The French Contract Law Reform: a Source of Inspiration?* Antwerpen, Intersentia, 2016 21 p.

УДК 347.946.2

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.15>

ВПЛИВ ПРЕЗЮМОВАНИХ ФАКТІВ НА ДОКАЗОВУ ПОЗИЦІЮ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Устінова-Бойченко Ганна Миколаївна,

кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри кримінально-правових дисциплін
Криворізького факультету
Національного університету «Одеська юридична академія»

Шелудяков Роман Сергійович,

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри конституційного, міжнародного та приватного права
Криворізького факультету
Національного університету «Одеська юридична академія»

Привиденцев Олександр Геннадійович,

аспірант кафедри цивільного процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

Стаття присвячена дослідженню такого важливого елемента доказової діяльності у здійсненні правосуддя по цивільним справам, як презюмовані факти. Кожна особа має конституційне право захищати свої інтереси у порядку цивільного судочинства, та подання доказів виступає важливим моментом під час захисту та відстоювання своєї позиції. За допомогою доказів суд та учасники цивільного процесу можуть підтверджувати наявність або відсутність певних обставин, які допомагають вивчити предмет доказування.

Цивільно-процесуальне законодавство містить перелік підстав звільнення від доказування, якими є: обставини, які визнаються учасниками справи; обставини, визнані судом загальновідомими; преюдиційні факти. Презюмовані факти в цьому переліку не містяться, але презумпції є найстарішою категорією доказового права. Презумпція розглядається як загальне правило, яке відображає стійкі, неодноразово спостережувані зв'язки між фактами, подіями, явищами, станами, властивостями. Законодавство не дає визначення терміна «презумпція», що призводить до неоднозначного розуміння цього правового явища. Разом із тим наука цивільного процесуального права визначає велику кількість доказових презумпцій, які містяться в різноманітних матеріальних галузях права.

У статті розглянуті види презумпцій, критерії класифікації та їх нормативне закріплення. Крім того, наголошено на тому, що доказові презумпції містяться не тільки в нормах матеріального права, але й в нормах процесуального права вони знайшли свій прояв. Реалізація презумпцій у цивільному процесі має певні особливості та вказує на розподіл обов'язків із доказування. Аналіз законодавства вказує на те, що презюмовані факти, незважаючи на те, що вони фактично є «припущенням», не повинні включатися до предмета доказування. Із метою спрощення процедури судового доказування під час розгляду цивільних справ було запропоновано додати до підстав звільнення від доказування обставини, які мають презюмоване значення.

Ключові слова: підстави звільнення від обов'язку доказування, доказові презумпції, процес доказування, презюмовані факти, презумпція, предмет доказування.

***Ustinova-Boichenko Hanna, Sheludiakov Roman, Pryvydentsev Oleksandr.
The influence of presumed facts on the evidentiary position in civil proceedings***

The article is devoted to the study of such an important element of evidentiary activity in the administration of justice in civil cases as presumed facts. Everyone has the constitutional right to defend their interests in civil proceedings and the presentation of evidence is an important point in defending and defending their position. With the help of evidence, the court and participants in civil proceedings can confirm the presence or absence of certain circumstances that help to study the subject of evidence.

Civil procedure legislation contains a list of grounds for exemption from evidence, which are: circumstances recognized by the parties to the case; circumstances recognized by the court as well-known; preliminary facts. Presumed facts are not included in this list, but presumptions are the oldest category of evidentiary law. The presumption is considered as a general rule that reflects the stable, repeatedly observed relationships between facts, events, phenomena, states, properties. The legislation does not define the term "presumption", which leads to an ambiguous understanding of this legal phenomenon. However, the science of civil procedural law defines a large number of evidentiary presumptions contained in various substantive branches of law.

The article considers the types, presumptions, classification criteria and their normative consolidation. In addition, it is emphasized that the evidentiary presumptions are contained not only in the rules of substantive law, but also in the rules of procedural law, they found their manifestation. The implementation of presumptions in civil proceedings has certain features and indicates the division of responsibilities for proof. Analysis of the law indicates that presumed facts, even though they are in fact assumptions, should not be included in the subject of proof. In order to simplify the procedure of judicial evidence in civil cases, it was proposed to add to the grounds for exemption from evidence circumstances that have a presumed meaning.

Key words: *grounds for exemption from the burden of proof, evidentiary presumptions, evidentiary process, presumed facts, presumption, subject of proof.*

Конституційним правом кожної особи є захист порушених прав, свобод та інтересів. Законодавство України встановлює різноманітні форми захисту порушених прав, однією з яких є судова форма. Така форма є найбільш дієвою, оскільки обов'язковим суб'єктом, відповідальним за дотримання такої форми захисту порушених прав, є суд. Судова форма захисту порушених прав здійснюється у вигляді послідовних процесуальних дій, які забезпечують реалізацію всіх принципів цивільного судочинства. Результатом такої діяльності є встановлення об'єктивної істини по справі та відновлення правового порядку взаємовідносин суб'єктів спірних правовідносин. Основну частину такої процесуальної діяльності становить процес доказування, метою якого є отримання об'єктивних даних, необхідних для виконання мети та завдань цивільного судочинства.

Доказування – це діяльність, спрямована на встановлення обставин справи за допомогою судових доказів. Доказування не слід розглядати тільки як розумову діяльність, у процесі якої встановлюються певні обставини за допомогою доказів, це також і спростування (встановлення хибності чи необґрунтованості) обставин, наявність якої доводиться опонентом. Тому доказування в судочинстві – це розумова і процесуальна діяльність з обґрунтування вимог чи їх спростування (заперечення) [1, с. 280].

Поняття судових доказів сформульовано у статті 76 Цивільного процесуаль-

ного Кодексу України, якими є будь-які фактичні дані, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення сторін, та інших обставин, які мають значення для вирішення справи [2].

За допомогою доказів у цивільному судочинстві встановлюють обставини, що складають предмет доказування. Надання доказів є обов'язком сторін та лише у виключних випадках сторони можуть бути звільнені від обов'язку доказування певних обставин.

Підстави звільнення від доказування знайшли своє відображення у статті 82 Цивільного процесуального Кодексу України, якими є: обставини, які визнаються учасниками справи; обставини, визнані судом загальновідомими; преюдиційні факти [2].

Фактично три групи обставин передбачені законодавством, котрі не потрібно підтверджувати доказами. Крім визначених законодавством обставин, необхідно звернути увагу на презюмовані факти та їх місце у процесі доказування при розгляді цивільної справи.

Презумпції є найстарішою категорією доказового права, які беруть свій початок ще у Стародавньому Римі [3, с. 18].

Змістом презумпції є загальне правило, яке відображає стійкі, неодноразово спостережувані зв'язки між фактами, подіями, явищами, станами, властивостями. Термін «презумпція» походить від латинського слова «*praesumptio*», яке в перекладі означає «припущення». Римляни

використовували «*praesumere*» в таких значеннях: передчасно вживати, насолоджуватися, наперед бажати, передбачати, здогадуватися, зважитися на що-небудь. Мовою укладачів Юстиніанового кодексу «*praesumere*» часто означає мати зухвалість, наважитися, зважитися [4, с. 20].

На законодавчому рівні відсутнє нормативне закріплення «презумпція», зміст зазначеного терміну напрацьовано юридичною наукою та судовою практикою. Крім того, в літературі відсутній єдиний підхід щодо поняття, змісту та ознак презумпцій. Більшість науковців сходиться на думці, що презумпція – це закріплене (або опосередковано закріплене) спеціальною процесуальною нормою припущення про наявність або відсутність юридично значимої обставини, яке перерозподіляє доказові обов'язки учасників процесу [5, с. 384].

Вчені вказують, що в юридичній науці беззаперечною є теза про те, що правові презумпції будуються на підставі загального припущення, виступаючи як один із його видів. Відзначають, що вперше на розмежування категорій презумпція та припущення вказав німецький вчений та математик Г. В. Лейбніц, який писав, що презумпція є юридичним терміном і при його використанні у юриспруденції необхідно відрізнити презумпцію від припущення [6, с. 12].

Наука цивільного процесуального права визначає велику кількість доказових презумпцій, правовим підґрунтям існування яких є різні галузі матеріального права.

Найбільш поширеними видами правових презумпцій, що мають відношення до доказових презумпцій, виділяють такі: 1) прямі та непрямі доказові презумпції; 2) фактичні доказові презумпції та доказові презумпції, які закріплені у нормах права.

Пряма презумпція буде мати місце у тому разі, коли норма права містить у собі безпосередньо презумпційне положення [9, с. 17]. Часто в таких нормах можна зустріти вирази на зразок «поки не доведено інше», «вважається», «якщо не доведе», «припускається» і т. д. [6, с. 83].

Норми цивільного законодавства України містять велику кількість прямих презумпцій, у ст. 1166 ЦК України зазна-

чається, що особа, яка завдала шкоди, звільняється від її відшкодування, якщо вона доведе, що шкоди завдано не з її вини [7]. Таким чином, у зазначеній нормі міститься презумпція вини, оскільки умовою звільнення від відшкодування є доведення невинуватості.

Також існує презумпція батьківства, яка міститься у статті 122 Сімейного Кодексу України та сформульована таким чином, що визначає батьком дитини чоловіка жінки, котра народила дитину та захищає інтереси дитини. «Дитина, яка зачата і (або) народжена у шлюбі або народжена до спливу десяти місяців після припинення шлюбу або визнання його недійсним, походить від подружжя» [8].

Відповідно до сімейного законодавства вважається, що річ, куплена або продана одним із подружжя, є купленою або проданою за їхньою взаємною згодою. Спростувати таке припущення можливо в загальному порядку іншими учасниками конкретної справи. Думка про те, що презумпція може розглядатися як підстава для звільнення від доказування, була сформована завдяки тому, що якщо стороною доведений факт підстава дії презумпції, то презюмований факт не включається в предмет доказування і не підлягає доказуванню жодним з учасників процесу. Суд обмежується тим, що за результатами розгляду справи визначає, чи був спростований презюмований факт шляхом доведеності іншого факту або ні. У разі його неспростування суд ґрунтує судове рішення на презюмованому факті [4, с. 133].

Характерною рисою непрямих презумпцій В.К. Бабаєв вважає те, що безпосередньо у нормі права презюмоване положення не викладається, але його можна вивести шляхом умовиводу [9, с. 17]. Наприклад, у нормах цивільного законодавства містяться такі непрямі презумпції: «презумпція добросовісності набувача речі», «презумпція порядності особи, у відношення якої розповсюджено інформацію, яка посягає на честь гідність та ділову репутацію», «презумпція завдання моральної шкоди у випадку завдання матеріальної шкоди» та ін.

Більшість учених, які досліджують місце презумпції у цивілістичних науках вважа-

ють, що презумпції, які можна виявити шляхом умовиводу набагато більше, ніж прямих презумпцій [6, с. 83].

Досліджуючи місце доказових презумпцій, потрібно звернути увагу на взаємодію доказових презумпцій з принципами цивільного судочинства та їх вплив на реалізацію принципу змагальності в цивільному судочинстві, оскільки стимулює діяльність учасників цивільного процесу, які є безпосередніми суб'єктами доказового процесу.

Крім матеріальних презумпцій, потрібно наголосити на існування процесуальних презумпцій, які існують відповідно до норм цивільного процесуального права. Наприклад, статтею 185 ЦПК України встановлено, що суддя повертає позовну заяву у разі, якщо вона подана особою, яка не має процесуальної дієздатності [2]. Водночас позивач при зверненні до суду не повинен доказувати, що він має повну процесуальну дієздатність, тобто наявність повної цивільної дієздатності є презумпцією.

Презумпція – це універсальна правова категорія, яка може відобразитися не тільки в нормах матеріального права, але й в нормах процесуального права та допомагає економити час у ході судового розгляду.

Реалізація презумпцій у цивільному процесі має певні особливості та вказує на розподіл обов'язків із доказування. Зазначене вказує на те, що презюмовані факти не звільняють від необхідності доказування, а лише розподіляють обов'язок їх доказування між учасниками справи. Якщо спиратися на зазначену позицію, то презюмовані факти повинні входити до предмета доказування [10, с. 145].

Аналіз законодавства вказує на те, що презюмовані факти, незважаючи на те, що вони фактично є «припущенням», не повинні включатися до предмету доказування. У більшості випадках презюмовані факти, які містяться у нормах права, вважаються визначеними та не потребують додаткового встановлення при розгляді справи. Те, що стаття 82 ЦПК України не відносить презюмовані факти до підстав звільнення від доказування, викликає дискусії із приводу того, чи відносяться презюмовані факти до предмета доказування. Такі про-

тиріччя можливо усунути тільки шляхом визначення на законодавчому рівні місця презюмованих фактів.

Проводячи дисертаційне дослідження, К.Б. Дрогозюк зазначила, що у випадку, якщо виключити доказові презумпції з цивільного судочинства, то воно перестане бути судочинством і перетвориться на ще один адміністративний орган без умовностей, диспозитивної свободи в доказуванні як особливої форми доказової діяльності. Цивільне судочинство не може здійснюватися та обійтися без доказових презумпцій, оскільки останні впливають на процес «змагальності» судової процедури та створюють передумови для прогнозування розвитку подій та настання наслідків [10, с. 145]. Така позиція є дуже вдалою, оскільки обґрунтовує значення презюмованих фактів, вказує на важливість такого правого явища та підтверджує необхідність правого закріплення доказових презумпцій як підставу для звільнення від доказування.

Більшість презюмованих фактів сформульовані в нормах матеріального та процесуального права, і навіть коли це не пряма вказівка, а є результатом умовиводу, вони є результатом нормотворчої діяльності.

Законні презумпції, як зазначила науковець С.І. Чорнооченко, можуть бути спростовані в судовому засіданні, що відрізняє їх від загальновідомих і преюдиційних фактів. [11, с. 168].

Важливість презюмованих фактів у доказовому процесі є очевидною. Цивільно-процесуальні зміни 2004 року не включили презюмовані факти у перелік підстав, які звільняють учасника цивільного процесу від обов'язку доказування. На нашу думку, таке упущення обтяжує доказову діяльність, оскільки без конкретизації місця презюмованих фактів у предметі доказування вказує на необхідність доказування тих обставин, які відносяться до категорії «презумпція». Із метою спрощення процедури судового доказування при розгляді цивільних справ буде доцільним внести зміни до статті 82 Цивільного процесуального кодексу України та доповнити її підставою звільнення від доказування – обставини, які мають презюмоване значення.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Коссаk В.М. Цивільне процесуальне право України : підручник. Харків : Право, 2020. 752 с.
2. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18 березня 2004 року № 1618-IV (в редакції Закону № 2147-VIII від 03.10.2017). *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 48. Ст. 436.
3. Кузнецова О.А. Презумпции в российском гражданском праве : дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001. 217 с.
4. Черемнов Д.В. Юридичні презумпції та фікції в цивільному процесі України : дис. ... канд. юрид. наук: Одеса, 2015. 193 с.
5. Цивільне судочинство України: основні засади та інститути : монографія. Харків : Право, 2016. 848 с.
6. Феннич В.П. Доказові презумпції в цивільному судочинстві : дис. ...канд. юрид. наук. Київ, 2009. 222 с.
7. Цивільний кодекс України: від 16 січн. 2003 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40-44. Ст. 356.
8. Сімейний кодекс України : Закон України від 10. 01.2002 р. № 2947-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 21-22. Ст. 135.
9. Бабаев В.К. Презумпции в советском праве. Горький : Горьковская высшая школа МВД СССР, 1974. 124 с.
10. Дрогозюк К.Б. Предмет та суб'єкти доказування у цивільному процесі України та Франції : дис. ...канд. юрид. наук : Одеса, 2018. 202 с.
11. Чернооченко С.І. Цивільний процес України : навчальний посібник для вузів. Київ : Центр учбової літератури, 2014. 417 с.

УДК 347.626.2

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.16>

УДОСКОНАЛЕННЯ ПРОЦЕДУРИ УКЛАДЕННЯ ШЛЮБНИХ ДОГОВОРІВ: ОКРЕМІ ПИТАННЯ ОНОВЛЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ТА СІМЕЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Хобор Романа Богданівна,

кандидат юридичних наук,

суддя

Львівського апеляційного адміністративного суду

У статті виявлено дискусійні питання укладання шлюбного договору та запропоновано шляхи їх вирішення. Обґрунтовано, що виключно нотаріуси, консульські установи або дипломатичні представництва України можуть посвідчувати шлюбні договори, виходячи із закріпленого у ст. 37 Закону України «Про нотаріат» вичерпного переліку повноважень уповноважених посадових осіб органів місцевого самоврядування. Тому нотаріальне посвідчення шлюбного договору не може вчинятися посадовими особам органів місцевого самоврядування.

Доведена можливість санації шлюбного договору в разі недотримання вимоги закону про нотаріальне посвідчення договору. Санація шлюбного договору з дефектом форми можлива за умови, що учасники домовилися щодо усіх істотних умов договору, що підтверджується письмовими доказами, і відбулося часткове виконання його умов, але один із подружжя ухиляється від його нотаріального посвідчення. У такому випадку суд може визнати такий договір дійсним.

Встановлено неможливість визнання договорів щодо зміни правового режиму майна осіб, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі, шлюбними договорами. Зроблено висновок, що такі договори про зміну правового режиму майна можуть бути трансформовані у шлюбний договір у разі реєстрації такими особами шлюбу і нотаріального посвідчення такого договору про зміну правового режиму майна фактичного подружжя. Запропоновано доповнити ст. 74 СК України положенням про те, що у разі укладення особами, які перебувають у фактичних шлюбних відносинах, шлюбу, договір про зміну правового режиму майна фактичного подружжя вважатиметься шлюбним договором, за умови його нотаріального посвідчення, якщо у ньому не зазначено інше.

Обґрунтовано доцільність детального регламентування у п. 2 гл. 5 Положення про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України процедури нотаріального провадження щодо посвідчення шлюбного договору як багатоетапного явища – від посвідчення до припинення його дії. Це дозволить подружжю забезпечити себе в майбутньому гарантіями щодо реалізації його майнових прав та виконання обов'язків на весь період подружнього життя, що, безперечно, дасть змогу уникнути судових спорів із цієї категорії справ.

Ключові слова: шлюбний договір, укладення договору, подружжя, наречені, нотаріус, нотаріальне посвідчення, форма договору, санація.

Khobor Romana. Improvement of the procedure for the conclusion of marriage agreements: specific issues of updating the legislation of Ukraine

The article reveals the debatable issues of concluding a marriage contract and suggests ways to resolve them. It is substantiated that only notaries, consular offices or diplomatic missions of Ukraine may certify marriage contracts, according to the fixed in the provisions of Art. 37 of the Law of Ukraine «On Notaries» exhaustive list of powers of authorized officials of local governments. Therefore, notarization of a marriage contract may not be performed by local government officials.

The possibility of rehabilitation of the marriage contract in case of non-compliance with the requirements of the law on notarization of the contract is proved. Rehabilitation of a marriage contract with a defect in form is possible if the parties have agreed on all the essential terms of the contract, confirmed by written evidence, and there is a partial fulfillment of its terms, but one of the spouses evades it's notarization. In this case, the court may declare such an agreement valid.

It is established that marriage contracts do not recognize agreements on changes of the legal regime of property of persons living in the same family, but not married to each other or in any other marriage. It is concluded that such agreements on changing the legal regime of property can be transformed into a marriage contract in case of registration of marriage by such persons and notarization of such an agreement on changing the legal regime of property of the actual spouse. It is proposed to supplement Art. 74 of the Family Code of Ukraine by stipulates that in case of marriage of persons who are in a de facto marital relationship, the contract on change of the legal regime of property of the de facto spouse will be considered a marriage contract, subject to its notarization, unless otherwise specified.

The expediency of detailed regulation in item 2 of ch. 5 Regulations on the procedure for performing notarial acts by notaries of Ukraine of the procedure of notarial proceedings for the certification of a marriage contract as a multi-stage phenomenon – from the certification to its termination. This will allow the couple to provide themselves in the future with guarantees for the realization of their property rights and performance of duties for the entire period of married life, which, of course, will avoid litigation in this category of cases.

Key words: marriage contract, conclusion of contract, spouses, notary, notarial certification, form of contract, rehabilitation.

Розпочинаючи аналіз питань, присвячених особливостям укладення шлюбного договору, насамперед доцільно підкреслити, що за допомогою шлюбного договору подружжя можуть врегулювати виключно майнові відносини між собою. Укладення шлюбного договору є передбаченою законом можливістю – правом наречених чи подружжя врегулювати свої майнові відносини. Якщо шлюбний договір не укладено, то майнові відносини подружжя регулюються за встановленими сімейним законодавством правилами.

Шлюбний договір може бути укладено на визначений строк, безстроково, або виникнення певних правовідносин може залежати від певних обставин (наприклад, народження дитини, здобуття дитиною освіти тощо). Варто наголосити на складній правовій природі шлюбного договору, однією з форм якої є підтвердження (засвідчення) існування особливого правового регулювання майнових відносин подружжя.

Загальний порядок укладення цивільно-правових договорів визначений у ст. 638–647 ЦК України і включає форму договору, момент його укладення, пропозицію укласти договір (оферту), прийняття такої пропозиції (акцепт) і місце укладення договору. Крім того, важливе значення мають суб'єкти, які укладають договір, тобто особи, які мають право на укладення договору, адже від їх правового статусу залежить, чи може бути укладено договір взагалі.

Згідно з ч. 1 ст. 639 ЦК України договір може бути укладений у будь-якій формі,

якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом. Щодо шлюбного договору така вимога закріплена у ст. 94 СК України, в якій зазначено, що шлюбний договір укладається у письмовій формі і нотаріально посвідчується. Інакше кажучи, закон позбавляє подружжя права обирати форму шлюбного договору, зобов'язуючи осіб, які бажають укласти шлюбний договір, не тільки викласти свої умови письмово, а й нотаріально посвідчити все, що зазначено на паперовому документі. Більше того, не має значення, чи складений документ письмово, як рукопис, чи створений за допомогою інформаційно-телекомунікаційних систем (наприклад, надрукований за допомогою комп'ютера тощо), важливо, щоб те, про що сторони домовились, було посвідчено нотаріально.

І тут потрібно звернути увагу на те, що нотаріальне посвідчення правочину здійснюється нотаріусом або іншою посадовою особою, яка відповідно до закону має право на вчинення такої нотаріальної дії, шляхом вчинення на документі, в якому викладено текст правочину, посвідчувального напису. Крім того, не тільки нотаріуси можуть вчиняти нотаріальні дії, а й інші особи, які наділені відповідно до Закону України «Про нотаріат», таким правом. Зокрема, згідно з ч. 2 і 6 ст. 1 Закону України «Про нотаріат» вчинення нотаріальних дій в Україні покладається на державних і приватних нотаріусів, а вчинення нотаріальних дій за кордоном покладається на консульські установи

України, а у випадках, передбачених чинним законодавством, – на дипломатичні представництва України. Водночас відповідно до ч. 5 ст. 1 зазначеного закону у населених пунктах, де немає нотаріусів, нотаріальні дії, передбачені ст. 37 Закону України «Про нотаріат», вчиняються уповноваженими на це посадовими особами органів місцевого самоврядування. Проте аналіз ст. 37 Закону України «Про нотаріат» свідчить, що посадові особи органів місцевого самоврядування не можуть посвідчувати шлюбні договори, оскільки закріплений у вищенаведеній статті перелік повноважень уповноважених посадових осіб органів місцевого самоврядування є вичерпним. Тому нотаріальне посвідчення шлюбного договору здійснюють державні або приватні нотаріуси чи консульські установи або дипломатичні представництва України.

Водночас недотримання сторонами шлюбного договору вимог щодо його форми призведе до визнання договору неукладеним, оскільки він формально буде недійсним, тобто не породжуватиме для його сторін жодних правових наслідків, крім тих, що пов'язані з його недійсністю (ст. 216 ЦК). У такому разі сторони не зможуть змінити правовий режим подружнього майна. Щоправда, законодавець допускає санацію шлюбного договору у разі недотримання вимоги закону про нотаріальне посвідчення договору. Зокрема, у ч. 2 ст. 220 ЦК України зазначається, що якщо сторони домовилися щодо усіх істотних умов договору, що підтверджується письмовими доказами, і відбулося повне або часткове виконання договору, але одна зі сторін ухилилася від його нотаріального посвідчення, суд може визнати такий договір дійсним. У цьому разі наступне нотаріальне посвідчення договору не вимагається.

Такі жорсткі вимоги до форми шлюбного договору зумовлені тим, що, укладаючи договір, сторони вправі змінити правовий режим майна подружжя, встановлений законом, що може призвести до зміни умов чи порядку виконання зобов'язань одного з подружжя, які виникли до шлюбу. Зокрема, один із подружжя може спробувати уникнути відповідальності, наприклад, стягнення на своє майно, за

невиконання своїх зобов'язань перед кредиторами. Тому усі зміни, що стосуються майна осіб, які укладають шлюбний договір, мають бути зафіксовані, а їхня воля посвідчена нотаріально. Так, нотаріус повинен встановити, чи мають право сторони шлюбного договору на майно, що є предметом шлюбного договору, чи вчиняється правочин добровільно, без примусу, обману тощо.

Крім того, нотаріальне посвідчення шлюбного договору має доказове значення у разі виникнення спору між його сторонами, оскільки нотаріус завжди має один примірник посвідченого ним договору, а всі нотаріальні дії згідно зі ст. 52 Закону України «Про нотаріат» реєструються у реєстрі нотаріальних дій. Щоправда, зважаючи на нотаріальну таємницю, доступ до посвідчуваних нотаріусом договорів дуже обмежений. Тому кредитори подружжя чи одного з подружжя не можуть повноцінно захистити свої інтереси від недобросовісного боржника – сторони шлюбного договору. Через це актуальною є проблема запровадження єдиного реєстру шлюбних договорів, який існує у західноєвропейських державах. Так, у вітчизняній цивільній до сьогодні тривають дискусії щодо виду такого реєстру. Одні дослідники вважають, що це має бути реєстр майнових правовідносин подружжя, який може здійснюватися нотаріусами [1, с. 49], на думку інших, це має бути реєстр шлюбних договорів (контрактів) [2, с. 64]. На думку третіх, взагалі потрібно за прикладом ФРН (спеціальний реєстр) та Франції (оприлюднення в офіційних засобах масової комунікації повідомлення про укладення шлюбного договору) наділити сторін шлюбного договору правом вносити відомості щодо укладення ними шлюбного договору до Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців [3, с. 122]. Як наголошує з цього приводу В.І. Труба, такий спеціальний реєстр повинен бути автоматизованою системою збирання, накопичення, захисту, обліку та надання інформації про режим володіння, користування та розпорядження майном подружжя [2, с. 64].

Отже, доцільно підтримати позицію щодо необхідності повідомлення інших учасників цивільних відносин про укладення

шлюбного договору. На нашу думку, найбільш доцільним є запровадження відкритого єдиного реєстру шлюбних договорів, в яких містилася б загальна інформація про шлюбні договори. Зокрема, в такий реєстр можна було б вносити відомості про осіб, які уклали шлюбний договір (прізвище, ім'я, по-батькові); місце і час укладення шлюбного договору; інформацію про зміну законного режиму майна подружжя шляхом вказівки – «змінено» чи «не змінено»; реєстраційний номер шлюбного договору. Водночас умови шлюбного договору вносити не слід, адже кредитори подружжя чи одного з подружжя зможуть ознайомитись з його змістом за згодою свого боржника або надіславши запит до нотаріуса, який посвідчував такий договір, з одночасним повідомленням подружжя-боржника про запит. Разом із тим, запроваджуючи такий реєстр, потрібно визначити чіткий перелік осіб, які можуть ознайомитись зі змістом шлюбного договору, зазначивши у ньому, крім інших, кредиторів учасників шлюбного договору. Для ознайомлення з умовами шлюбного договору кредитор повинен буде надати доказ того, що він перебуває з подружжям чи з одним із них у зобов'язальних відносинах (між чоловіком чи дружиною і кредитором існують зобов'язальні правовідносини).

Єдиний реєстр шлюбних договорів (контрактів), на нашу думку, мають вести державні органи РАЦСу, оскільки саме вони ведуть реєстри осіб, які уклали шлюб. Тому їм буде найлегше простежити за тим, чи перебувають чоловік і жінка у шлюбі. Відомості до такого реєстру, на нашу думку, можуть вносити як працівники державних органів РАЦСу за повідомленням сторін шлюбного договору, так і нотаріуси після посвідчення шлюбного договору.

Наступним не менш дискусійним питанням у сфері укладення шлюбних договорів є питання, пов'язане із суб'єктами, які наділені правом укладати шлюбний договір. Відповідно до ст. 92 СК України шлюбний договір може бути укладено особами, які подали заяву про реєстрацію шлюбу, а також подружжям. Разом із тим для укладення шлюбного договору до реєстрації шлюбу, якщо його учасником є неповнолітня особа, потрібна письмова згода її

батьків або піклувальника, посвідчена нотаріусом. На перший погляд, у цій нормі права немає нічого особливого, тому і проблем із її застосуванням не повинно виникати. Зокрема, особи, які подали заяву про реєстрацію шлюбу (наречені), – це чоловік і жінка, які погодились укласти шлюб, а свою згоду підтвердили, звернувшись до органу державної реєстрації актів цивільного стану, дотримуючись при цьому встановленої Законом України «Про державну реєстрацію актів цивільного стану» процедури. Натомість подружжя – це чоловік і жінка, які зареєстрували в органі державної реєстрації актів цивільного стану (РАЦС) шлюб. Проте дискусію породжує правова природа шлюбного договору, який є різновидом цивільно-правових договорів. Зокрема, науковці обговорюють можливість укладення шлюбного договору через представника, зважаючи, що шлюбний договір є документом, підписаним сторонами. Так, на думку О.О. Ульяненко, якщо закон дозволяє подання заяви про реєстрацію шлюбу через представника, то подібне є можливим і при укладенні шлюбного договору (ч. 3 ст. 28 СК) [4, с. 86]. На думку І.В. Жилінкової, шлюбний договір не може бути укладений ні за участі законного представника, ні за довіреністю, оскільки шлюбний договір нерозривно пов'язаний з особами його учасників, які перебувають у шлюбних відносинах [5, с. 55]. Недарма в європейській правовій доктрині цей договір інколи іменують «інтимним договором».

Схожого висновку дотримується А.Б. Гриняк, на думку якого шлюбний договір не є повсякденним правочином, який здебільшого укладається раз у житті (з подальшим внесенням змін). На думку вченого, він має особистий характер, тому й недоцільним видається можливість його укладення через представника [6, с. 296].

На нашу думку, щоб вирішити проблему представництва сторін на стадії укладення шлюбного договору, потрібно розглянути питання про можливість укладення шлюбного договору особами, які мають дефекти цивільної дієздатності.

Як відомо, представник не може мати більше повноважень, ніж особа, яку він представляє. Тому ще раз нагадаємо, що шлюбний договір може бути укладено

особами, які подали заяву про реєстрацію шлюбу, а також подружжям. Зазначені особи наділені правом на шлюб, тому згідно з ч. 1 ст. 23 СК України вони мають досягнути шлюбного віку, який згідно зі ст. 22 СК України на день реєстрації шлюбу має становити вісімнадцять років. За заявою особи, яка досягла шістнадцяти років, за рішенням суду їй може бути надано право на шлюб, якщо буде встановлено, що це відповідає її інтересам.

Зважаючи на це, ч. 2 ст. 92 СК України передбачено, що для укладення шлюбного договору до реєстрації шлюбу, якщо його учасником є неповнолітня особа, потрібна письмова згода її батьків або піклувальника, засвідчена нотаріусом. Причому присутність батьків або піклувальника неповнолітньої особи при укладанні шлюбного договору не обов'язкова, за наявності їх письмової згоди, яка посвідчена нотаріусом [7, с. 323]. Водночас, якщо шлюбний договір укладається неповнолітньою особою (особами) в період шлюбу, то згода батьків не вимагається, адже такі особи з моменту державної реєстрації шлюбу набувають повної цивільної дієздатності (ч. 2 ст. 34 ЦК). Тобто законні представники залучаються до участі в укладенні шлюбного договору не як представники сторін шлюбного договору, а тільки для надання згоди на укладення шлюбного договору.

Разом із тим шлюбний договір може бути укладено неповнолітніми особами через законних або договірних представників, оскільки сторони шлюбного договору мають погодити умови шлюбного договору і нотаріально посвідчити його. Інакше кажучи, представники неповнолітніх можуть розробити умови шлюбного договору і подати його нотаріусу за умови належно посвідчених повноважень представника. Крім того, документ має бути підписаний сторонами шлюбного договору. Перешкод для цього не вбачається, оскільки шлюбний договір регулює майнові відносини подружжя, а його умови постійно обговорюються представниками сторін шлюбного договору. Більше того, заяву про реєстрацію шлюбу також допускається подавати через представника.

Натомість варто погодитись із висловленою в юридичній літературі тезою про

неможливість укладення шлюбного договору обмежено дієздатними чи недієздатними особами [3, с. 90–91]. Із цього приводу висловлюються думки про неможливість укладення шлюбного договору обмежено дієздатними особами, оскільки укладення шлюбного договору не належить до дозволеного для укладення кола дрібних побутових правочинів [8, с. 55].

На нашу думку, особа, цивільна дієздатність якої обмежена, не тільки має отримати згоду піклувальника на укладення шлюбного договору, а й згідно з ч. 5 ст. 37 ЦК України самотійно несе відповідальність за порушення нею договору, укладеного за згодою піклувальника, та за шкоду, завдану нею іншій особі. Крім того, оскільки таку особу не позбавлено права вступати у шлюбні відносини, вона має бути наділена і необхідним обсягом майнових прав і обов'язків подружжя, щоб повноцінно жити сімейним життям. Водночас, оскільки обмежено дієздатна особа, на відміну від неповнолітньої особи, не може повноцінно усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними, то укладати шлюбний договір через представника вона не може. До такого висновку приходимо, зважаючи, що така особа не може належно контролювати дії та поведінку свого представника, незалежно від того, чи він законний, чи договірний. Тому представник за таких умов має більшу свободу дій, ніж у разі представництва ним повністю дієздатних осіб або ж неповнолітніх осіб, які можуть більш реалістично у порівнянні з обмежено дієздатними особами усвідомлювати значення своїх дій та керувати ними. Що ж до осіб, які визнані судом недієздатними, слід зазначити, що вони не вправі вчиняти будь-якого правочину, тому ні така особа, ні її представник (законний чи договірний) не можуть укладати шлюбний договір.

Зважаючи на вищенаведене, приходимо до висновку, що особисто укладати шлюбний договір можуть наречені або подружжя, через представника шлюбний договір можуть укласти особи, які не є повністю дієздатними, і неповнолітні особи. Причому останні можуть залучати як законного, так і договірного представника. Особи, цивільну дієздатність

яких обмежено, можуть укласти шлюбний договір тільки особисто за наявності згоди піклувальника. Натомість особи, які визнані судом недієздатними, ні особисто, ні через представника не можуть укласти шлюбний договір.

Тісно пов'язаним з питанням укладення шлюбного договору через представника є питання щодо можливості нотаріального посвідчення шлюбного договору в присутності свідків. Одразу ж зазначимо, що в юридичній літературі зазначається про більшу урочистість цієї процедури, а укладення шлюбного договору більш вагомим, оскільки, крім нотаріуса, будуть й інші особи, які у разі виникнення спору зможуть підтвердити факт його укладення [3, с. 93]. На нашу думку, такі аргументи щодо можливості підтвердження факту укладення шлюбного договору показами свідків суперечать положенням ч. 1 ст. 218 ЦК України, за якою заперечення факту вчинення правочину або оспорювання окремих його частин може доводитися письмовими доказами, засобами аудіо-, відеозапису та іншими доказами. Рішення суду не може ґрунтуватися на свідченнях свідків.

Крім того, варто звернути увагу на те, що часто чоловік і жінка, не бажаючи реєструвати свій подружній статус, намагаючись уникнути багатьох формальностей, фактично проживають однією сім'єю, не реєструючи свої відносини. Із цього приводу у юридичній літературі висловлюються різні погляди на можливість укладення такими особами шлюбних договорів. Зокрема, О.І. Войнаровська на підставі аналізу ст. 92 СК України доходить висновку, що фактичне подружжя не наділене правом укладення шлюбного

договору. Більше того, згідно зі ст. 95 СК України вступ в силу шлюбного договору прив'язано до реєстрації шлюбу («якщо шлюбний договір укладено до реєстрації шлюбу, він набуває чинності у день реєстрації шлюбу»), чого у випадку фактичних шлюбних відносин не передбачається [9, с. 140].

Загалом в юридичній літературі такого ґатунку відносини, що виникають між особами, які проживають разом без реєстрації шлюбу, пропонується визначати як квазішлюбні відносини і квазішлюбні договори. На такі квазішлюбні договори пропонується поширити правовий режим шлюбних договорів, якщо із законодавства чи зі змісту договору не випливає іншого [10, с. 8]. Вищенаведені позиції частково імплементовані у вітчизняне законодавство. Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 74 СК України, якщо жінка та чоловік проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі, майно, набуте ними за час спільного проживання, належить їм на праві спільної сумісної власності, якщо інше не встановлено письмовим договором між ними. Водночас поширювати на квазішлюбні договори правовий режим шлюбного договору недоцільно, оскільки вони мають свої особливості. Натомість варто доповнити ст. 74 СК України положенням про те, що на такі договори поширюються загальні положення ЦК України про договори. Крім того, потрібно зазначити, що у разі укладення особами, які перебувають у фактичних шлюбних відносинах, шлюбу, договір про зміну правового режиму майна фактичного подружжя вважатиметься шлюбним договором, якщо в ньому не зазначено інше.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Настільна книга нотаріуса: Сімейні відносини в нотаріальному процесі / С.Я. Фурса, Л.Ю. Драгневич, Є.І. Фурса. Київ : Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. С. 49.
2. Труба В.І. До питання про необхідність законодавчого регулювання шлюбних договорів. *Університетські наукові записки*. 2008. № 3. С. 64.
3. Гаро Г.О. Шлюбний договір як інститут сімейного права України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2012. С. 122, 90–91, 93.
4. Ульяненко О.О. Шлюбний договір в сімейному праві України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2003. С. 86.
5. Жилинкова І.В. Брачний договір. Харків : «Ксилон», 2005. С. 55.
6. Andriy Hrynyak Debatable issues of the contractual regulation of property relations under the marriage agreement. *European political and law discourse*. Volume 3. Issue 2. 2016. P. 296.

7. Сімейне право: Нотаріат *Адвокатура Суд* : наук.-практ. посіб. з інформ. додатком на лазерному носії : У 2-х кн. / Л.Ю. Драгнєвич, О.С. Пульнева, Є.І. Фурса, С.Я. Фурса та ін. / За заг. ред. С.Я. Фурси. Київ : Видавець Фурса С.Я., 2005. Кн. 1. 2005. С. 323.

8. Гражданское право / Н.Д. Егоров, И.В. Елисеєв, А.И. Иванов и др. ; под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. Санкт-Петербург : ТЕИС, 1996. Ч. 1. С. 55.

9. Войнаровська О.І. Окремі правові наслідки проживання чоловіка та жінки однією сім'єю без реєстрації шлюбу. *Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвєєвські цивілістичні читання). Матеріали міжнародної науково-практичної конференції*. Київ, 10 листопада 2011 року. Київ : Алерта, 2012. С. 140.

10. Чефранова Е.А. Механізм сімейно-правового регулювання имущественных отношений супругов : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Москва, 2007. С. 8.

ПРИРОДА ВЗАЄМОЗВ'ЯЗКУ НОРМ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ТА МАТЕРІАЛЬНОГО ПРАВА В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Шабалін Андрій Валерійович,

кандидат юридичних наук,

керівник сектору узагальнення експертної та судової практики

Центру експертних досліджень

Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності

Національної академії правових наук України,

адвокат

У даній науковій статті досліджується питання взаємозв'язку норм матеріального та процесуального права у цивільному судочинстві. На підставі аналізу наявних доктринальних позицій вказується, що кожна процесуальна галузь права тісно пов'язана, насамперед, з тією галуззю (галуззями) матеріального права, яку вона «як би обслуговує». Цей зв'язок є визначальним з погляду з'ясування правової природи процесуальних процедур, визначених для обслуговування основних матеріальних правовідносин. Зв'язок між матеріальним та процесуальним правом є визначальним, оскільки саме матеріально-правовий склад визначає категорію справ у рамках кожного із видів судочинства, у тому числі й цивільного, адже різна правова природа справ має значення для визначення порядку судового розгляду таких справ. Вказується, що визначальний вплив матеріально-правової складової частини справ здійснюється, насамперед, на діяльність суду першої інстанції. Наголошується, що до основних елементів, які знаходяться під матеріально-правовим впливом (формуються) відносять, зокрема, такі: предмет та підстави позову (позовної заяви), суб'єктний склад, підсудність, предмет доказування (докази та доказування), способи захисту порушених, невизнаних чи оспорюваних суб'єктивних прав та інтересів тощо. Взаємозв'язок норм матеріального та процесуального права прослідковується й в змісті судового рішення. Вказується, що суд у мотивувальній частині рішення зазначає норми права, які застосував суд, та мотиви їх застосування та норми права, на які посилалися сторони, які суд не застосував, та мотиви їх незастосування. Матеріально-правова природа справ тією чи іншою мірою впливає на процесуальну форму їх розгляду і вирішення в порядку цивільного судочинства. Існує певна диференціація на родові та категоріальні властивості, за якими розрізняються судові справи. Родові властивості судових справ є критеріями виокремлення родів судових справ. Це галузева приналежність певної групи матеріальних правовідносин; юридична природа матеріальних юридичних фактів, що є передумовою для виникнення цивільного процесу. Вказується, що чинна конструкція Цивільного процесуального кодексу України свідчить, що й норми цивільного процесуального права мають певний зворотній зв'язок із матеріальним правом. Робиться висновок про взаємозв'язок норма матеріального та процесуального права, який проявляється під час вирішення конкретної цивільної справи, зокрема, у визначенні правил підсудності, виокремлення предмету доказування, визначення суб'єктивного складу сторін процесу.

Ключові слова: цивільно-процесуальний захист, суд, норми процесуального права, способи цивільно-правового захисту.

Shabalin Andrii. Legal relationship of procedural and legal norms with other legislation in the judicial protection of civil rights

This scientific article examines the relationship between substantive and procedural law in civil proceedings. Based on the analysis of the existing doctrinal positions, it is indicated that each procedural branch of law is closely connected, first of all, with that branch (branches) of substantive law, which it as if serves. This connection is crucial in terms of clarifying the legal nature of the procedural procedures designed to service the basic substantive legal relationship. The relationship between substantive and procedural law is crucial, because it is the substantive law determines the category of cases in each of the types of proceedings, including civil, because the different legal nature of cases is important to determine the order of judicial review of such

cases. It is indicated that the determining influence of the substantive component of cases is carried out, first of all, on the activity of the court of first instance. It is emphasized that the main elements that are under the material – legal influence (formed) include, in particular, the following: the subject and grounds of the claim (statement of claim), the subject composition, jurisdiction, subject of proof (evidence and proof), ways to protect the violated, unrecognized or disputed subjective rights and interests, etc. The relationship between the rules of substantive and procedural law can be traced in the content of the court decision. It is indicated that the court in the motivating part of the decision indicates the rules of law applied by the court, and the reasons for their application and the rules of law referred to by the parties, which the court did not apply, and the reasons for their non-application. that the substantive nature of cases to some extent affects the procedural form of their consideration and resolution in civil proceedings. there is a certain differentiation into generic and categorical characteristics, which distinguish court cases. Generic properties of court cases – are the criteria for distinguishing types of court cases. This is a branch affiliation of a certain group of material legal relations; the legal nature of substantive legal facts, which is a prerequisite for the emergence of civil proceedings. It is indicated that the current construction of the Civil Procedure Code of Ukraine shows that the rules of civil procedural law have some feedback with substantive law. The conclusion is made about the relationship between the norm of substantive and procedural law, which is manifested in the resolution of a particular civil case, in particular, in determining the rules of jurisdiction, highlighting the subject of evidence, determining the subjective composition of the parties.

Key words: *civil procedural protection, court, norms of procedural law, methods of civil law protection.*

Вступ. Серед усіх правових процедур захисту судовий захист є одним із універсальних та демократичним. У зв'язку із зазначеним існує необхідність у більш глибокому, як із теоретичної, так і з практичної точок зору, дослідженні природи судового захисту, ролі виокремлення особливостей юридичного взаємозв'язку між нормами матеріального та процесуального права.

Виходячи з того, що вищеозначена тема є доволі широкою щодо всього судочинства (господарське, адміністративне, цивільне, кримінальне судочинство), ми зосередимо свою увагу на питаннях природи юридичного взаємозв'язку в межах цивільного процесу. На сьогодні значна кількість приватно-правових спорів вирішується за правилами, визначеними цивільним судочинством: земельні спори, трудові, сімейні (ст. 19 Цивільного процесуального кодексу України – ЦПК України). Наразі, до початку роботи вищого спеціального судового органу у сфері захисту права інтелектуальної власності, деякі категорії відповідних справ також вирішуються за правилами цивільного процесу.

Питанню ролі норм матеріального права та їх взаємозв'язку з процесуальними нормами у вирішенні цивільних справ приділяли уваги такі науковці, як: А.В. Венедіктов, С.С. Бичкова, В.І. Бобрік, Л.Ю. Василевський, К.В. Гуса-

ров, В.В. Комаров, О.О. Кот, Н.С. Кузніцова, Р.О. Стефанчук, В.І. Тертишніков, Г.В. Чурпита, А.В. Шабалін, М.Й. Штефан, О.О. Штефан, С.Я. Фурса та ін.

Натомість існує необхідність у модернізації наявних доктринальних підходів, виробленні нових моделей природи взаємозв'язку норм матеріального та процесуального права, зокрема під час вирішення окремих категорій цивільних спорів.

Є очевидною обґрунтованість теоретичних положень і рекомендацій щодо подальшого наукового розроблення теми, а також достовірність результатів забезпечено використанням сукупності філософських, загально- і спеціально-наукових методів, що використовуються у відповідних правових дослідженнях.

Виклад основного матеріалу. Конституційними положеннями визначено право на відповідний правовий захист порушеного або невизначеного права. Так, ст. 55, 124 Основного Закону гарантується захист порушеного або невизначеного права [1].

У науковій літературі вказується на пріоритет судової форми захисту над іншими інструментами юридичного захисту.

Г.В. Чурпита, вказує, що правосуддя в суспільстві є однією з ознак правової держави, як і законодавче закріплення і реальне забезпечення основних прав, свобод чи інтересів людини, тобто наяв-

ність налагодженого правового механізму їх правової охорони і захисту. Серед способів захисту прав, свобод та інтересів людини і громадянина особливе місце посідає судовий захист, в результаті якого забезпечується відновлення порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави [2, с. 22].

Відповідно до ст. 19 ЦПК України суди розглядають у порядку цивільного судочинства справи, що виникають із цивільних, земельних, трудових, сімейних, житлових та інших правовідносин, крім справ, розгляд яких здійснюється в порядку іншого судочинства [3].

Цивільне судочинство як кожна галузь права знаходиться у постійному розвитку. Такий процес пояснюється тим, що право є складовою частиною системи суспільних відносин, яка, як відомо, не стоїть на одному місці, а постійно змінюється відповідно до загальної динаміки зміни суспільства в цілому. Право не може знаходитися позаду, а повинно йти в унісон із суспільними змінами (політичними, економічними та ін.). У протилежному випадку необхідність юридичного регулювання суспільних відносин втрачає свою необхідність – право практично нівелюється.

Кожна процесуальна галузь права тісно пов'язана, насамперед, із тією галуззю (галуззями) матеріального права, яку (які) вона «як би обслуговує». Цей зв'язок є визначальним з погляду з'ясування правової природи процесуальних процедур, визначених для обслуговування основних матеріальних правовідносин [4, с. 31–32].

У цьому плані цікаві позиції щодо співвідношення норм матеріального та процесуального права висловлюють науковці-теоретики права.

Так, зокрема, П.М. Рабінович, під час класифікації норм права на матеріальні та процесуальні, бере за основу функції в правовому регулюванні: матеріальні норми лише називають, позначають права, обов'язки або заборони, а процесуальні встановлюють порядок, процедуру, регламент здійснення прав або(чи) виконання обов'язків, закріплених у матеріальних нормах [5, с. 155].

Зв'язок між матеріальним та процесуальним правом є визначальним, оскільки

саме матеріально-правовий склад визначає категорію справ у рамках кожного із видів судочинства, у тому числі й цивільного, адже різна правова природа справ має значення для визначення порядку судового розгляду таких справ. Визначальний вплив матеріально-правової складової частини справ здійснюється, насамперед, на діяльність суду першої інстанції [6, с. 41].

В.В. Комаров вказує, що стало традиційним визначати співвідношення матеріального цивільного права і цивільного процесуального права як змісту й форми [7, с. 40–42].

Більш розгорнуту позицію щодо співвідношення матеріального та процесуального права висловив свого часу Р.Є. Гукасян, який вказував, що матеріальне право здійснює вплив на такі елементи процесуальної форми, як-от: 1) на визначення предмета і підстав позову; 2) на склад осіб, які беруть участь у справі і мають матеріально-правовий інтерес у ній; 3) на визначення предмета доказування, а також допустимість доказів; 4) на способи захисту порушених чи оспорюваних суб'єктивних прав громадян та організацій [8, с. 31–32].

Про правовий зв'язок матеріального та процесуального, зокрема цивільно-процесуального, права наголошує й В.І. Тертишников. Відомий процесуаліст зазначав, що матеріальне право і процес перебувають у діалектичному співвідношенні змісту і форми. Цивільний процес є зовнішньою формою матеріального права, формою його прояву, здійснення (звісно, не єдиною), оскільки у процесі реалізуються і санкції правових норм, а це означає, що матеріальне право дістає у процесі найбільш повне вираження, «живе» у властивій йому формі [9, с. 4–5].

Цікавим є розуміння співвідношення цивільного процесуального та процесуального права О.В. Іванова. Так, зазначений науковець говорить про наявність зворотного зв'язку між процесуальним та матеріальним правом – вплив норм цивільного процесу на цивільне право. Такий зворотній зв'язок полягає у тому, що законодавець, вирішуючи питання про форми захисту тих чи інших суб'єктивних цивільних прав, враховує властивості цивільної процесуальної форми, закріплені у процесуаль-

ному праві, а також закладені у них можливості судового захисту [10, с. 53–55].

Отже, вищевикладені теоретичні позиції свідчать про наявність зв'язку основних елементів процесуальної форми матеріально-правовою природою справ, які підлягають розгляду і вирішенню в порядку цивільного судочинства. До основних елементів, які знаходяться під матеріально-правовим впливом (формуються)? відносять, зокрема, такс: предмет та підстави позову (позовної заяви), суб'єктний склад, підсудність, предмет доказування (докази та доказування), способи захисту порушених, невизнаних чи оспорюваних суб'єктивних прав та інтересів тощо.

Із вищевисловленими науковими позиціями ми погоджуємося, оскільки вони в цілому співпадають із законодавчою доктриною. Так, зокрема, у п. 4 ч. 3 ст. 175 ЦПК України вказується, що в позовній заяві позивач (представник позивача) повинні зазначити: зміст позовних вимог, спосіб (способи) захисту прав або інтересів, передбачений законом чи договором, або інший спосіб (способи) захисту прав та інтересів, який не суперечить закону і який позивач просить суд визначити у рішенні; якщо позов подано до кількох відповідачів – зміст позовних вимог щодо кожного з них [3].

Визначення предметної та суб'єктивної та інстанційної юрисдикції (гл. 2 ЦПК України), зокрема щодо спорів із приводу нерухомого майна (ч. ст. 30 ЦПК України).

Взаємозв'язок норм матеріального та процесуального права прослідковується й у змісті судового рішення ст. 265 ЦПК України. Відповідно до зазначеної процесуальної норми суд у мотивувальній частині рішення зазначає норми права, які застосував суд, та мотиви їх застосування та норми права, на які посилалися сторони, які суд не застосував, та мотиви їх незастосування [3].

Отже, можна говорити про те, що матеріально-правова природа справ тією чи іншою мірою впливає на процесуальну форму їх розгляду і вирішення в порядку цивільного судочинства. Із приводу викладеного у юридичній літературі існує певна диференціація на родові та категоріальні властивості, за якими розрізняються судові справи.

Так, родові властивості судових справ є критеріями виокремлення родів судових справ. Це галузева приналежність певної групи матеріальних правовідносин; юридична природа матеріальних юридичних фактів, що є передумовою для виникнення цивільного процесу. Можна сказати, що цей диференційний критерій є «вершиною» розмежування цивільних справ.

За цією ознакою визначається специфіка процедури розгляду і вирішення цивільних справ. Варто зазначити, що ознака чітко проявляється в суді першої інстанції справ.

У справах про захист речових прав на землю в порядку цивільного судочинства, наприклад, вплив означеного родового критерію, проявляється у тому, що вирішення таких справ можливе тільки в порядку загальної позовної процедури, до таких справ не може бути застосована безспірна форма судового захисту. Також такі справи вирішуються з урахування норм як цивільного, так і земельного права.

Зазначене стосується, наприклад, і справ, пов'язаних із захистом права інтелектуальної власності (виходячи із суб'єктивного складу сторін).

Іншим критерієм є категоріальна властивість судових справ. За цим критерієм цивільні справи розрізняються за категоріальними критеріями, зокрема: суб'єктивний склад, об'єкт і зміст матеріальних правовідносин, предмет і підстави позовної заяви, предмет доказування.

Іншим критерієм є категоріальна властивість судових справ. За цим критерієм цивільні справи розрізняються за категоріальними критеріями, зокрема: суб'єктивний склад, об'єкт і зміст матеріальних правовідносин, предмет і підстави позовної заяви, предмет доказування.

Так, у справах про захист речових прав у порядку цивільного судочинства прояв описуваного критерію на загальному процесуальному рівні проявляється, наприклад, у складі осіб у справах про визнання та захист права власності на земельну ділянку (п. а) ч. 1 ст. 152 ЗК України, п. 1) ч. 2 ст. 16, гл. 29 ЦК України, ч. 1 ст. 19 ч. 1 ст. 23 ЦПК України), що характеризується наявністю правового статусу власника земельної ділянки у заявника

(позивача), правових підстав для набуття права власності на земельну ділянку. Також у зазначеній категорії цивільних справ буде й власний предмет доказування (доведення факту порушення права власності на земельну ділянку або однієї зі складових частин такого права: користування, розпорядження тощо).

Таким чином, вищевикладене дозволяє нам підтримати наукову позицію Г.В. Чурпиту, а саме: 1) зовнішнім проявом матеріально-правової природи цивільних справ є родові та категоріальні властивості таких справ; 2) вплив матеріально-правової природи цивільних справ як на загальному, так і на процесуальному рівні (загальна та спеціальна процесуальна форма) є об'єктивним [2, с. 11–13].

У вищезапропонованій концепції авторка вказує на вплив матеріального права на «спеціальну процесуальну форму», оскільки дослідження присвячено особливостям захисту сімейних прав та інтересів у порядку непозовного цивільного судочинства, де дійсно існує спеціальна цивільна процесуальна процедура захисту відповідних окремих сімейних правовідносин. Цивільні справи, які стали предметом нашого дослідження, розглядаються виключно в порядку загального позовного провадження, отже, ми будемо говорити про вплив на загальну процесуальну форму, яка є універсальною для більшості справ позовного провадження.

Процесуальні норми знаходять свого закріплення й у матеріальному праві. У цьому плані у спеціальній правовій літературі вказується, що якщо раніше процесуальні норми лише вкраплювалися в нормативні акти, в яких містилися переважно матеріальні норми, то на сучасному етапі розвитку права кількість суто процесуальних норм істотно зростає [11, с. 78].

Із приваду викладеного цікавою є позиція В.К. Пучинського, який зазначає, що в чинних нормативно-правових актах, які за своїм найменуванням та загальною спрямованістю є актами матеріально-правового змісту, нерідко розміщуються деякі правила судочинства [12, с. 19–20].

У науковій літературі вказується, що в матеріальних законах можуть закріплюватися спеціальні правила щодо допустимості (недопустимості) окремих

доказів у відповідних судових справах або щодо оцінки доказів у справі, зміст матеріальних правовідносин може зумовити й спеціальні вимоги до змісту судового рішення у певних категоріях судових справ [6, с. 36, 40–41].

Так, у матеріальних кодифікованих актах знаходять своє закріплення окремі норми, пов'язані із захистом порушеного права, це, зокрема: підсудність, суб'єктний склад учасників процесу, предмет доказування (обумовлений матеріально-правовими відносинами) тощо. Але цивільна процесуальна форма захисту повинна бути універсальною для всіх цивільних спорів, що розглядаються, зокрема, в порядку позовного провадження.

Натомість чинна конструкція ЦПК України свідчить, що й норми цивільного процесуального права мають певний зворотній зв'язок із матеріальним правом. Хочемо підкреслити – «саме зворотній зв'язок» (раніше ми вже наводили нормативні приклади такого зв'язку). Зазначене, зокрема, підтверджується й положеннями ч. 2 ст. 5 ЦПК України, у якій визначено, що у випадку, якщо закон або договір не визначають ефективного способу захисту порушеного, невизнаного або оспореного права, свободи чи інтересу особи, яка звернулася до суду, останній відповідно до викладеної в позові вимоги такої особи може визначити у своєму рішенні такий спосіб захисту, який не суперечить закону. Підтвердження нашої позиції ми знаходимо й у ст. 10 ЦПК України щодо можливості застосування судом конвенціональних положень, практики ЄСПЛ виході в межах принципу верховенства права [3]. Виходячи з такої конструкції цивільного процесу, суд при розгляді в порядку цивільного судочинства може застосувати конвенціональні норми, визначити ефективний спосіб захисту в межах позову, тобто звернутися до норм матеріального права в рамках визначених відповідними цивільними процесуальними нормами (ст.ст. 5, 10 ЦПК України). Такий законодавчий підхід спрямований на забезпечення реалізації принципу верховенства права (ст.ст. 2, 10 ЦПК України), а також спрямований на оптимізацію цивільного судочинства, у тому числі й у справах про захист речових прав на землю.

Таким чином, можна говорити про наявність комплексного зворотного правового зв'язку між нормами цивільного процесу та матеріальними нормами, зокрема щодо можливості застосування судом ефективного способу захисту в межах позовних норм та застосування конвенціональних норм або(чи) практики ЄСПЛ з метою забезпечення реалізації принципу верховенства права (ст.ст. 2, 10 ЦПК України), а також спрямованого на оптимізацію цивільного судочинства.

Як відомо, у принципах відображені основні політико-правові ідеї, погляди народу на право як соціальну цінність. У них у концентрованому вигляді виявлена заінтересована воля народу наділити право такими якостями, які найбільш повно мали б можливість задовольняти його ідеї і погляди у визначенні основ організаційної побудови правосуддя в цивільних справах, процесуальної діяльності суду і правового становища учасників процесу. Із розвитком суспільства принципи цивільного процесуального права розвиваються і вдосконалюються з урахуванням потреб політичних і соціально-економічних перетворень, подальшого забезпечення гарантій захисту суб'єктивних прав громадян, їх об'єднань і державних інтересів, а також підвищення ефективності судової діяльності в забезпеченні законності і справедливості. На сучасному етапі розвитку України суворе додержання і законодавче вдосконалення повноти вираження і дії демократичних принципів цивільного процесуального права виступає важливою гарантією зміцнення законності як невід'ємної частини функціонування правової держави і демократичного правопорядку. [13, с. 35–36].

Принципи розглядаються як основні (або правові) засади організації і діяльності суду [14, с. 32].

Отже, вищевикладені теоретичні позиції дозволяють нам стверджувати, що ефективність реалізації принципу верховенства вправа в цивільному процесі забезпечується наявністю комплексного взаємозв'язку між нормами процесуального та матеріального права. Саме така конструкція дозволяє суду звертатися до відповідних положень матеріального права, виходячи із процесуальних критеріїв, визначених у ст.ст. 5, 10 ЦПК України [3].

Зазначене стосується практично всіх категорій цивільних спорів, які вирішуються за правилами цивільного процесу, наприклад, справ про захисту речових прав [15], сімейних, трудових спорів, спорів пов'язаних із захистом права інтелектуальної власності (наприклад, авторських спорів).

Висновки. Говорячи про співвідношення матеріального та процесуального права, можна зробити такі узагальнення: 1) зовнішнім проявом матеріально-правової природи цивільних справ є родові та категоріальні властивості таких справ; 2) вплив матеріально-правової природи цивільних справ здійснюється на загальну процесуальну форму; 3) між нормами цивільного процесу та матеріальними нормами існує комплексний зворотній зв'язок, зокрема щодо можливості застосування судом у межах позовних вимог найбільш ефективного способу захисту, в разі якщо закон або договір не визначають такого способу захисту, а також дискреційної можливості застосування конвенціональних норм або(чи) практики ЄСПЛ з метою забезпечення реалізації принципу верховенства права (ст.ст. 2, 10 ЦПК України), а також спрямований на оптимізацію цивільного судочинства та стабільність процесуальних норм.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Конституція України. Офіційний Інтернет сайт Верховної Ради України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80/print> (дата звернення: 05.06.2021).
2. Чурпита Г.В. Концептуальні засади захисту сімейних прав та інтересів у порядку неповного цивільного судочинства : дис... док. юр. наук : 12.003 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право». Національна академія внутрішніх справ. Київ. 2016. 34 с.
3. Цивільний процесуальний кодекс України. Офіційний Інтернет сайт Верховної Ради України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15/print> (дата звернення: 05.06.2021).

4. Теоретико-методологічні засади диференціації та уніфікації в цивільному, господарському й адміністративному судочинстві в Україні : моногр. / Беяневич О.А., Берестова І.Е., Бичкова С.С. та ін. ; за заг. ред. В.І. Бобрика. Київ : Ред. журн. «Право України», 2013. 172 с.

5. Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави : навч. посібник, 10-е вид., доп. Львів : Край, 2008. 224 с.

6. Уніфікація і диференціація процедур цивільного, господарського та адміністративного судочинства : моногр. / Бичкова С.С., Бобрик В.І., Проценко В.В. та ін. ; за заг. ред. В.І. Бобрика. Київ : НДІ приват. права і підприємництва ім. акад. Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2014. 202 с.

7. Комаров В.В. Цивільний процес у глобальному контексті *Право України*. 2011. № 10. С. 22–44.

8. Гукасян Р.Е. Личные интересы в механизме правового регулирования. *Защита личных и общественных интересов в гражданском судопроизводстве : сб. науч. тр.* / Отв. ред. Р.Е. Гукасян. Калинин : Калинин. гос. ун-т, 1985. С. 3–19.

9. Тертышников В.И. Процессуальные средства укрепления советской семьи в производстве о расторжении брака : автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук : спец. 12.712 «Гражданское право и гражданский процесс. Харьков, 1972.

10. Иванов О.В. Право на судебную защиту. *Советское государство и право*. 1970. № 7. С. 40–48.

11. Підлубна О.В. Норма цивільного процесуального права: поняття, межі дії та реалізація в цивільному судочинстві : дис. ...канд. юрид. наук : 12.00.03. Чернівці. 2007. 204 с.

12. Пучинский В. Кодексы о браке и семье и вопросы гражданского судопроизводства *Советская юстиция*. 1969. № 3. С. 20–21.

13. Штефан М.Й. Цивільне процесуальне право України: Академічний курс : підруч. для студ. спец. вищ. навч. зал. Київ : Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. 624 с.

14. Гражданский процесс / Под ред. М.С. Шакарян. Москва, 1993. 320 с.

15. Шабалін А.В. Предмет доказування у справах про захист речових прав на землю у порядку цивільного судочинства. *Юридичний науковий журнал*. 2021. № 1. С. 104–108. URL : <http://www.lsej.org.ua/index.php/arkhiv-nomeriv?id=132>.

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПУБЛІЧНОГО ПРАВА

УДК 342.56:347.91/.95

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.18>

ТРАНСПАРЕНТНІСТЬ СУДОВОЇ ВЛАДИ В УМОВАХ ДІДЖИТАЛІЗАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

Андронов Ігор Володимирович,

доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри цивільного процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

У статті розкрито зміст транспарентності судової влади як одного з найважливіших світових та європейських стандартів правосуддя в умовах діджиталізації цивільного судочинства в Україні. Транспарентність розглянуто як ефективний стримуючий чинник у боротьбі з корупцією та зловживанням владою у судовій системі, який забезпечує можливість здійснення громадського контролю за відправленням правосуддя, та встановлено її вплив на реформування судової вітчизняної системи.

Охарактеризовано зв'язок транспарентності судової влади із гласністю, доступністю правосуддя та деякими іншими принципами цивільного судочинства. Окреслено деякі проблеми висвітлення процесу судового розгляду та результатів вирішення справи у засобах масової інформації, особливо у резонансних справах. Наголошується на важливості розширення електронних сервісів, що покращують зв'язок судів із громадянами, полегшують комунікацію між ними та сприяють доступності звернення за судовим захистом.

Проаналізовано низку рекомендацій Комітету Міністрів Ради Європи щодо підвищення рівня діджиталізації правосуддя та застосування інформаційних технологій у судочинстві. Наголошується на існуванні значного впливу транспарентності на відкритість та доступність судової діяльності, її зрозумілості для широкого кола осіб, що підвищує авторитет судової влади.

Впровадження єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи у діяльності судів розглядається як важливий етап на шляху діджиталізації правосуддя, що в перспективі приведе до формування так званого комбінованого судового процесу, коли частина процесуальних дій вчиняються процесуальними суб'єктами онлайн, а інша їх частина – офлайн. При цьому важливо, щоби процесуальне законодавство надавало учасникам судового процесу можливість вибору способу вчинення щодо більшості процесуальних дій. Доведено, що на сучасному етапі розвитку судової системи оптимальною слід вважати саме таку процедуру, яка дозволяє максимально використати інформаційні технології в судовому процесі, водночас забезпечуючи можливість отримання судового захисту громадянами, які з різних причин не мають доступу до необхідних технологій.

Ключові слова: правосуддя, цивільний процес, гласність, відкритість, прозорість, цифровізація судового процесу.

Andronov Ihor. Transparency of the judiciary in the conditions of digitalization of civil judicial proceedings

This scientific article reveals the content of the transparency of the judiciary as one of the most important world and European standards of justice in the context of digitalization of civil justice in Ukraine. Transparency is seen as an effective deterrent in the fight against corruption and abuse of power in the judiciary, which provides an opportunity for public control over the administration of justice and established its impact on the reform of the domestic judicial system.

The connection between the transparency of the judiciary and publicity, access to justice and some other principles of civil procedure is described. Some problems of coverage of the trial and the results of the case in the media, especially in high-profile cases, are outlined. The importance of expanding electronic services, which improve the communication

between courts and citizens, facilitate communication between them and facilitate access to justice, is emphasized.

A number of recommendations of the Committee of Ministers of the Council of Europe to increase the level of digitalization of justice and the use of information technology in the judiciary are analyzed. Emphasis is placed on the existence of a significant impact of transparency on the openness and accessibility of judicial activity, its comprehensibility for a wide range of people, which increases the authority of the judiciary.

The introduction of a single judicial information and telecommunication system in the courts is considered an important step towards the digitalization of justice, which in the long run will lead to the formation of the so-called combined trial, when part of the proceedings are performed online and the other offline. It is important that procedural law gives litigants the opportunity to choose the course of action for most procedural actions. It is proved that at the current stage of development of the judicial system the optimal procedure should be considered one that allows maximum use of information technology in litigation, while providing the opportunity to obtain judicial protection by citizens who for various reasons do not have access to necessary technologies.

Key words: justice, civil process, publicity, openness, transparency, digitalization of litigation.

Неможливо переоцінити значення ефективного судового захисту для сталого розвитку суспільних відносин. Справедливе вирішення правових спорів, внесення юридичної визначеності у правовідносини сторін є обов'язковою ознакою сучасної держави та умовою її входження до європейського співтовариства як повноправного партнера.

У науковій літературі цілком справедливо наголошують на тому, що транспарентність є базовою властивістю політичної влади загалом, яка забезпечує розвиток демократії, громадянського суспільства шляхом відкритості дій різних гілок влади, процедури прийняття політичних рішень та активізації суспільного контролю за діяльністю органів державної влади та управління [1, с. 177].

Транспарентність – синонім публічності, відкритості у досить широкому його розумінні. Транспарентність судової влади означає не лише створення державою умов для вільного доступу до публічної інформації з метою підвищення обізнаності суспільства про різні сторони діяльності судових органів, а й формування механізмів зворотного зв'язку, коли громадянське суспільство має змогу впливати (у законний спосіб) на діяльність судів, підвищуючи її ефективність. Тобто зв'язок, комунікація між судовою владою та суспільством мають бути двосторонніми.

О.З. Хотинська-Нор слушно відзначила два важливих чинники, які зумовлюють важливість транспарентності органів судової влади у сучасному світі, такі як:

1) зростаюче значення судової влади, що вимагає, відповідно, більшого соціального контролю; 2) загальносвітова тенденція боротьби із корупцією [1, с. 178].

Транспарентність судової влади – один із важливих засобів подолання корупції та зловживання владою, адже суспільний контроль дисциплінує суддів, а потенційна можливість широкого висвітлення у засобах масової інформації корупційних схем, протиправної діяльності тих чи інших посадових осіб, розміщення всіх судових рішень у відкритому реєстрі в мережі Інтернет є доволі ефективним стримуючим, превентивним засобом. Образно кажучи, будь-які «темні» справи розчиняються під світлом прожекторів ЗМІ. Таким чином, транспарентність судової влади є передумовою ефективності будь-яких реформ судової системи, адже корупція вважається головною перешкодою успіху таких реформ.

Судова влада у демократичній державі має бути потужним засобом стримування свавілля з боку законодавчої та виконавчої влади. Водночас, набираючи силу, судова влада також потребує стримування. А як відомо у фізиці, силу може стримати лише інша сила. Тому, крім механізмів стримувань та противаг, що існують усередині самої державної влади, важливим чинником забезпечення верховенства права у державі є розвинене та активне громадянське суспільство, інститути якого здатні забезпечити ефективний громадський контроль за діяльністю органів державної влади.

Громадський контроль – неодмінна умова нормального функціонування держави та гарант демократизації всіх державних структур [2, с. 114]. Існування належного громадського контролю не лише перешкоджає різним зловживанням у діяльності судових органів, а й легітимізує результат такої діяльності в очах суспільства. Саме закритість судової влади, на думку науковців, перешкоджає створенню в Україні сучасної моделі взаємодії органів судової влади та інститутів громадянського суспільства [3, с. 131].

На необхідності налагодження зв'язку судів із громадськістю у демократичному суспільстві наголошується у Висновку № 7 (2005) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи з питання «Правосуддя та суспільство», схваленому на шостому засіданні КРЕС (Страсбург, 23–25 листопада 2005 року), документ № CCJE (2005) ор. № 7 [4, с. 226–240]. Рекомендації щодо напрямів побудови комунікації судів із громадськістю, зокрема на рівні співпраці із закладами освіти, у спілкуванні з учасниками судових процесів та ЗМІ тощо, які містяться у названому висновку, можуть бути дійсно корисними під час їх практичної реалізації.

У юридичній літературі неодноразово наголошувалося на тому, що принцип транспарентності є об'єднальним принципом, який включає різні елементи: гласність, публічність, відкритість, прозорість. Названі елементи близькі за значенням, але не ідентичні, кожен із них пов'язаний із певною стороною в організації або діяльності судової влади [5, с. 26; 2, с. 114–115; 6, с. 10]. Дійсно, гласність, або, за прийнятою у Європейському суді з прав людини термінологією, публічність судового розгляду впливає виключно на процесуальну сторону діяльності судів, тоді як транспарентність охоплює значно ширше коло питань: від формування суддівського корпусу (обрання конкретних осіб на посаду судді та пов'язаних з цим проблем доброчесності окремих претендентів на ці посади) до притягнення суддів до юридичної відповідальності.

Гласність сучасного судового процесу нерозривно пов'язана з проблемою висвітлення процесу судового розгляду

та результатів вирішення справи у ЗМІ, особливо у резонансних справах. Варто погодитись із П.І. Каблаком у тому, що розвиток інформаційного суспільства, підвищення ролі та значення засобів масової інформації у формуванні світогляду громадян поставили органи державної влади, в тому числі судову владу, перед необхідністю формування інформаційної політики, створення умов щодо відкритості та прозорості своєї діяльності [7, с. 114]. Водночас усе ще залишається проблема тиску на суд, яка інколи призводить до вкрай негативних явищ, коли ходом судового процесу фактично керують ЗМІ, а не суддя. Такі випадки повністю нівелюють увесь позитивний ефект від гласності судового процесу, оскільки порушують основні засади діяльності суду: незалежність та неупередженість, що в кінцевому результаті призводить до порушення принципу справедливості відправлення правосуддя.

У цьому контексті нерідко можна почути думку про цілковиту заборону відеозйомки та фотографування під час судових процесів у США. Це твердження ґрунтується на положенні ст. 53 Federal Rule of Criminal Procedure, що закріплює загальне правило про заборону фотографування та відеотрансляції судового розгляду із зали суду. Ця теза вже була спростована, зокрема, у публікації О. Писарева, який відзначив, що «це менш ніж напівправда. Якщо точніше, істини тут лише на 2%. Зйомка заборонена у федеральних судах, а в більшості судів штатів, які розглядають 98% справ, – дозволена» [8]. Насправді особливістю правової системи США є те, що в них існують різні правила щодо використання технічних пристроїв фіксування ходу судових процесів у різних штатах та різних судових інстанціях. Ці правила можуть стосуватися окремо портативних пристроїв для осіб, присутніх в залі судового засідання, й окремо для ЗМІ. Обмеження можуть стосуватися кількості технічних пристроїв, що одночасно знаходяться в залі судового засідання, їх розміщення, штучного освітлення під час зйомки, окремих категорій справ, у яких фіксування не дозволяється, тощо. Інколи фіксування можливе лише з дозволу суду та за згодою сторін справи. Тобто аргументація протидії висвітленню

ходу судових процесів за допомогою технічних засобів фото-, звуко- чи відеофіксування наявністю відповідної практики у країнах розвиненої демократії, зокрема США, не витримує критики. Усунення можливого негативного впливу ЗМІ на судочинство варто досягти впорядкуванням та докладною регламентацією порядку висвітлення ходу судових процесів, а не повною забороною їх фіксування.

Звичайно, зв'язок транспарентності судової влади із принципами цивільного судочинства не обмежується лише гласністю. Наприклад, В.М. Пилаєва слушно відзначила, що принцип законності виступає гарантією реалізації принципу транспарентності на практиці [9, с. 65]. Н.І. Крючко стверджує про існування безпосереднього зв'язку між транспарентністю (за термінологією автора – відкритістю) судової влади та принципом юридичної визначеності [10, с. 103]. Л.М. Ніколенко наполягає на неабиякій важливості забезпечення транспарентності судової влади для гарантування самостійності суду [5, с. 28]. Асамостійність у прийнятті владних рішень – необхідна умова забезпечення принципу незалежності судової влади.

Проте найбільш тісний зв'язок, на наш погляд, транспарентність судової влади має із принципом доступності правосуддя, адже відкритість та доступність – взаємозалежні характеристики. Такий зв'язок проявляється на різних рівнях: від доступності інформації про графік роботи суду, прийомні години роботи працівників апарату суду, що полегшує звернення громадян до суду, економить їх час; до створення різних інформаційних ресурсів, які не лише дають можливість в онлайн-режимі контролювати просування розгляду власної справи в суді, знайомитися з матеріалами власної справи, не виходячи з дому чи власного кабінету, отримувати електронною поштою копії судових рішень чи знайомитися з ними в єдиному реєстрі у мережі Інтернет, а й навіть забезпечити можливість звернення до суду та здійснення частини процесуальних дій в онлайн-режимі, коли участь судді необхідна лише на окремих етапах розгляду справи або взагалі не потрібна.

Сучасні органи влади взагалі та органи судової влади зокрема повинні поєдну-

вати, здавалося б, непоєднувані речі: управління і сервіс. Судди повинні бути максимально наближені до суспільства та створювати комфортні умови взаємодії з ними на всіх рівнях судової системи та на всіх етапах розгляду і вирішення судових справ. Наявний рівень розвитку інформаційних технологій дає змогу поступово перевести судочинство в інформаційний простір, що виводить транспарентність судової влади на новий, раніше недосяжний рівень. Розвиток технологій надає безмежну кількість інформаційного інструментарію, який може значно прискорити й полегшити роботу судді та адвоката і підвищити її ефективність. Не використовувати нові можливості, які надає технічний прогрес, – нерозумно і безвідповідально.

На необхідності підвищення рівня діджиталізації правосуддя наголошувалося у цілій низці рекомендацій Комітету Міністрів Ради Європи: Рекомендація № R (95) 11 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо відбору, обробки, представлення та архівації судових рішень у правових інформаційно-пошукових системах (прийнята Комітетом Міністрів 11 вересня 1995 р. на 543-му засіданні заступників міністрів); Рекомендація Rec (2001) 2 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо побудови та перебудови судових систем та правової інформації в економічний спосіб (ухвалена Комітетом Міністрів 28 лютого 2001 року на 743-му засіданні заступників міністрів); Рекомендація Rec (2001) 3 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо надання громадянам судових та інших юридичних послуг із використанням новітніх технологій (ухвалена Комітетом Міністрів 28 лютого 2001 року на 743-му засіданні заступників міністрів); Рекомендація Rec (2003) 14 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо функціональної сумісності інформаційних систем у сфері юстиції (ухвалена Комітетом Міністрів 9 вересня 2003 року на 851-му засіданні заступників міністрів); Рекомендація Rec (2003) 15 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо архівації електронних документів у правовому секторі (ухвалена Комітетом Міністрів 9 вересня 2003 року на 851-му засіданні заступників Міністрів)

та додатки до них [4, с. 242–286]. Також вартим уваги є Висновок № 14 (2011) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо правосуддя та інформаційних технологій (прийнятий КРЕС на 12-му пленарному засіданні (Страсбург, 7–9 листопада 2011 року) [4, с. 287–292].

Транспарентність робить судову діяльність відкритою та зрозумілою для широкого кола осіб, а це приводить до підвищення доступності судового захисту. Переходячи в онлайн-простір, суд починає розмовляти з громадянами зрозумілою для них мовою за допомогою адаптованих програмних засобів. Судді поступово перестають здаватися закритою кастою, з якою звичайна пересічна людина може спілкуватися лише через вартісного адвоката.

На фоні зростаючої популярності ODR-платформ постає питання про запровадження аналогічних засобів вирішення спорів у межах судової системи. Судова система повинна бути здатна відповідати на сучасні виклики та постійно самовдосконалюватися, щоб на рівних конкурувати з альтернативними інститутами врегулювання спорів, що постійно розвиваються. Так, наприклад, британський суддя Лорд Годж (Lord Hodge) описав ідею створення Суду Онлайн Рішень (Online Solutions Court (OSC)), який дає можливість за допомогою інформаційних технологій вирішувати цивільні справи з незначною ціною позову без допомоги адвокатів. Основним здобутком такої системи є розроблення технології онлайн-сортування (online triage), що дає змогу досліджувати справу шляхом автоматичного ставлення послідовних питань, кожне наступне з яких визначається відповіддю позивача на попереднє. Таким чином без допомоги адвоката формується позовна заява, яка відповідає всім формальним вимогам. Подібне онлайн-сортування має бути першим етапом розгляду справи у будь-якому суді онлайн-рішень [11].

Важливим етапом на шляху посилення транспарентності судової влади та підвищення доступності правосуддя через його діджиталізацію є закріплення на законодавчому рівні та поступове впровадження у діяльність українських судів Єдиної

судової інформаційно-телекомунікаційної системи (ЄСІТС).

Результатом повноцінного впровадження ЄСІТС у діяльність судів повинен стати комбінований судовий процес, або, як його інколи називають у юридичній літературі, гібридна форма врегулювання спору, коли процесуальні дії вчиняються частково онлайн, частково – офлайн [12, с. 114]. При цьому процесуальне законодавство в цьому питанні надає учасникам судового процесу можливість вибору. Таку форму на сучасному етапі розвитку судової системи можна назвати оптимальною, оскільки вона дає змогу максимально використати інформаційні технології в судовому процесі, водночас забезпечуючи можливість отримання судового захисту громадянами, які з різних причин не мають доступу до необхідних технологій.

Перспективним завданням є поступова автоматизація процесів, які можуть бути здійснені без втручання судді, що дасть йому можливість сконцентруватися на вирішенні складних питань. Наприклад, доцільним вбачається переведення наказного провадження майже в автоматичний режим. Можна змодельовати, як могло би виглядати максимально автоматизоване наказне провадження. Так, шляхом послідовних відповідей на прості запитання по суті справи може бути сформована заява про видачу судового наказу. Програма повинна бути здатна визначити підсудність справи та, будучи інтегрована до ЄСІТС, могла би бути здатна визначити в автоматичному режимі не лише суд, а й конкретного суддю, до якого й передати відповідну заяву. Програма не повинна пропускати користувача далі у разі неправильної відповіді на чергове питання. При цьому в стандартних випадках хід заповнення електронного формуляра може супроводжуватися поясненнями або підказками. Наприклад, у разі вибору заявником конкретної категорії справ наказного провадження програма повинна підказати, які докази мають бути в електронній копії додані до заяви, як оформити копію, де можна отримати відповідний доказ тощо. Якщо сума стягнення перевищуватиме допустимий розмір для наказного про-

вадження, програма повинна роз'яснити право заявника зменшити розмір стягнення до допустимого в наказному провадженні або звернутися до суду вже в порядку позовного провадження.

Участь судді в такому разі буде необхідна лише на етапі оцінки доданих до заяви судових доказів та ухвалення на цій основі процесуального рішення про видачу судового наказу чи про відмову в його видачі. При цьому формування відповідного судового рішення також може здійснюватися шляхом заповнення електронного формуляра.

За таких умов процес скасування судового наказу може бути ще більш автоматизованим та в деяких випадках взагалі не потребуватиме участі судді. Боржнику необхідно буде лише вказати номер справи та вибрати причину скасування судового наказу з наданих програмою варіантів. Програма сама повинна бути цілком здатна визначити дотримання строків звернення до суду та прийняти процесуальне рішення, копія якого направлятиметься в автоматичному режимі на офіційну електронну адресу учасників судового процесу. У разі існування законодавчих перешкод щодо подачі заяви про скасування судового наказу (наприклад, стосовно судових наказів про стягнення аліментів) електронний формуляр повинен містити таку інформацію та не передбачати фактичної можливості формування такої заяви. Втручання судді за таких умов може знадобитися лише у разі подання заяви про поновлення пропущеного строку звернення із заявою про скасування судового наказу.

Онлайн врегулювання спорів (Online Dispute Resolution – ODR) необхідно відрізнити від автоматичного врегулювання спору (Automated Dispute Resolution – ADR). Перший означає використання у процесі вирішення спору онлайн-засобів врегулювання спору, тоді як другий визначає джерело прийняття рішення у спорі. ADR є різновидом ODR, що передбачає генерування рішення у спорі за допомогою програмних засобів, штучного інтелекту (Automated Dispute Resolution

System – ADRS), тобто без участі «живого судді».

Як справедливо відзначається у п. 6 Висновку № 14 (2011) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо правосуддя та інформаційних технологій (прийнятий КРЕС на 12-му пленарному засіданні (Страсбург, 7–9 листопада 2011 року), якщо судочинство буде сприйматися користувачами як суто технічний процес без його реальної та фундаментальної функції, здійснення правосуддя може стати повністю автоматизованим без участі людського фактору. Судочинство насамперед має містити людський фактор, оскільки тут йдеться про реальних людей та про вирішення їхніх спорів. Найвагоміше значення людський фактор має в оцінці поведінки сторін та їх свідків у судовому засіданні, що і становить складову частину роботи судді [4, с. 287–288].

Отже, можна зробити висновок, що використання інформаційних технологій у діяльності судів поступово приводить до посилення транспарентності судової влади та спрощує комунікацію між судами та суспільством.

Діджиталізація правосуддя спрощує та пришвидшує судові процедури, полегшує доступ до правосуддя, створює більш зручні та комфортні умови для роботи всіх учасників судового процесу, а тому наявна тенденція до більш широкого впровадження інформаційних технологій у судочинство є, безумовно, позитивною.

Водночас як кінцеву мету діджиталізації правосуддя не варто розглядати цілковитий перехід до розгляду судових справ без участі людини. Інформаційні технології повинні полегшувати роботу людини, а не замінити її. Доручати штучному інтелекту виконувати роботу замість людини можна лише в тих сферах, де є потреба у вчиненні точних, рутинних, механічних дій, або в роботі, що є небезпечною чи шкідливою для людини. Передати механізму право ухвалювати доленосні рішення стосовно людей означає визнати нездатність людини самостійно керувати власним життям.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Хотинська-Нор О.З. Прозапанрентність судової системи та адвокатури як чинник формування громадянської свідомості суспільства. *Вісник кримінального судочинства*. 2016. № 2. С. 176–182.
2. Гонтарев О.І. Генезис та сутність прозпанрентності в діяльності судової влади. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2018. № 4. С. 112–121.
3. Олійник В.М. Теоретико-правова характеристика взаємодії органів судової влади та інститутів громадянського суспільства: Дис. ... канд. юрид. наук. Дніпро, 2017. 246 с.
4. Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства / ред. група: Д. Вон, І. Зарецька, С. Сученко, В. Валанчюс, Ю. Землицька (відп. ред.), К. Мадоян. Київ, 2015. 708 с.
5. Ніколенко Л.М. Прозпанрентність судової влади в умовах реформування. *Правовий часопис Донбасу*. 2019. № 2 (67). С. 24–29.
6. Стребкова Е.Г. Принцип прозпанрентності судової влади: конституційно-правові питання: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2012. 28 с.
7. Кабляк П.І. Взаємовідносини судової влади та громадськості (правові і організаційні аспекти): Дис. ... канд. юрид. наук. Львів, 2015. 211 с.
8. Писарев О. Камері тут місце. Про відмінність правил відеозйомки судового процесу у США та Україні на прикладі з практики. *Закон і Бізнес* [Електронне видання]. 2016. № 41. URL: https://zib.com.ua/ua/125831-pro_vidminnist_pravil_videozymki_sudovogo_procesu_v_ssha_ta.html.
9. Пилаєва В.М. Адміністративно-правові засади забезпечення прозпанрентності органів виконавчої влади в Україні: Дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2017. 245 с.
10. Крючко Н.І. Ознаки судової влади: Дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2019. 193 с.
11. Hodge P. Technology and the Law: The Dover House Lecture. 2020, London. URL: <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-200310.pdf>.
12. Васирина Н.В. Перспективи впровадження онлайн-урегулювання спорів в Україні. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2019. Вип. 55. Том 1. С. 114–117.

ЗМІСТ ТА ЗНАЧЕННЯ ПРИНЦИПІВ НАЛЕЖНОГО ВРЯДУВАННЯ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Бедний Олег Ігорович,

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри адміністративного і фінансового права

Національного університету «Одеська юридична академія»

У статті розглянуто місце принципів належного врядування у системі принципів адміністративного права України. Оновлення суспільного призначення адміністративного права вимагає осучаснення поглядів на його ключові категорії. На європейському політико-правовому просторі багатовікова політична і правова культура, суспільні цінності, спроможність до порозуміння заради спільного блага створили умови для формування певних загальних принципів адміністративного права. В умовах розвитку публічно-сервісної складової частини публічного адміністрування, посилення судового контролю за публічною адміністрацією, інтеграції України до європейського політико-правового та культурного простору концепція належного врядування набуває особливої актуальності.

Належне врядування охоплює відносно широку сферу діяльності публічної влади, від прогнозування та ухвалення політичних рішень на основі інтересів суспільства до їх втілення із використанням необхідних матеріальних, фінансових, інформаційних, людських та інших ресурсів. Врядування може вважатися належним, коли під час його здійснення забезпечуються умови для сталого розвитку. Сталий розвиток задовольняє потреби нинішнього покоління без шкоди для можливості майбутніх поколінь задовольняти свої власні потреби.

Принципи належного врядування включають забезпечення участі в ухваленні рішень та належне реагування, відкритість та прозорість, добросовісність та етичну поведінку, ефективність, компетентність і спроможність. Також до них відносяться інноваційність та відкритість до змін, сталість та довгострокова орієнтованість, грамотне фінансове управління. Важливими елементами належного врядування є повага до прав людини та культурної різноманітності, забезпечення соціальної згуртованості, підзвітність.

Реалізація принципів належного врядування в адміністративному праві спрямована на забезпечення розвитку суспільства з повагою до прав людини за допомогою функціонування прозорості, компетентної та відповідальної публічної адміністрації як важливого елементу системи публічної влади.

Ключові слова: принципи адміністративного права, принципи належного врядування, належне врядування, сталий розвиток, публічне адміністрування.

Bednyi Oleh. Principles of good governance in the system of principles of administrative law of Ukraine

The article considers the place of the principles of good governance in the system of principles of administrative law of Ukraine. Renewal of the public purpose of administrative law requires modernization of views on its key categories. In the European political and legal space, centuries-old political and legal culture, social values, and the ability to understand each other for the common good have created the conditions for the formation of certain general principles of administrative law. With the development of the public service component of public administration, strengthening judicial control over public administration, Ukraine's integration into the European political, legal and cultural space, the concept of good governance becomes especially relevant.

Good governance covers a relatively wide range of public activities, from forecasting and making policy decisions based on the interests of society to their implementation using the necessary material, financial, informational, human and other resources. Governance can be considered appropriate when it provides the conditions for sustainable development. Sustainable development meets the needs of the present generation without compromising the ability of future generations to meet their own needs.

The principles of good governance include participation in decision-making and appropriate response, openness and transparency, integrity and ethical conduct, efficiency, competence

and capacity. They also include innovation and openness to change, sustainability and long-term focus, sound financial management. Important elements of good governance are respect for human rights and cultural diversity, social cohesion, and accountability.

The implementation of the principles of good governance in administrative law is aimed at ensuring the development of a society with respect for human rights through the functioning of a transparent, competent and accountable public administration as an important element of the public authority system.

Key words: *principles of administrative law, principles of good governance, good governance, sustainable development, public administration.*

З теорії права нам відомо, що під принципами права розуміють основоположні загальноприйняті норми, які виражають властивості права та мають найвищу імперативну юридичну силу, тобто виступають як неспростовні вимоги, які адресовані учасникам суспільних відносин із метою встановлення соціального компромісу [1, с. 281]. Таким чином, принципи права є фундаментальними постулатами, які визначають сутнісні характеристики права. Природно, що принципи права як загалом, так і окремих його галузей не лише виступають елементами системи права, а й визначають цілі та напрями його розвитку. Тобто вони не тільки є відображенням певного статичного стану, а й впливають на динаміку правотворчої та правозастосовної діяльності.

Тривалий час категорії принципів адміністративного права не приділялося у вітчизняній доктрині належної уваги. Адміністративне право вивчалось та досліджувалося як право державного управління, і, відповідно, увага була зосереджена саме на принципах державного управління, які характеризували відповідний складник державної діяльності. Проте перегляд поглядів на суспільне призначення адміністративного права, у тому числі посилення його публічно-сервісної складової частини, оновлення його предмета та окремих інститутів зумовили необхідність звернення до принципів адміністративного права як засадничої категорії, що впливає на зміст та значення цієї галузі права для суспільних відносин.

Принципи адміністративного права вказують на суттєві ознаки, фундаментальні характеристики, його зміст і суспільне призначення. Вони впливають з окремих правових норм або формуються на основі групи норм цієї галузі і пов'язані з іншими принципами, що регулюють суспільну

поведінку людей. Отже, є сукупність різних принципів, які стають своєрідною перехідною площиною від права до норм етики і моралі в діяльності органів публічної влади, площиною, яка з'єднує різні прояви суспільної свідомості із приписами права [2, с. 80].

Принципи адміністративного права однаковою мірою характеризують сутність і зміст як самої галузі права (сукупності правових норм), так і суспільних відносин, що є предметом її регулювання. За допомогою дослідження принципів адміністративного права можна дізнатися, що є головним у системі норм, які регламентують адміністративно-правові відносини, під впливом яких внутрішніх та зовнішніх чинників розвивається адміністративне право, що є основоположним для існування різних інститутів адміністративного права та їх зв'язків між собою.

На європейському політико-правовому просторі багатовікова політична і правова культура, суспільні цінності, спроможність до порозуміння заради спільного блага створили умови для формування певних загальних принципів адміністративного права. У багатьох правових системах як англо-американської, так і континентальної правової сім'ї велику роль у цьому процесі відіграли судові органи. Важливо відзначити, що ці принципи позначають нормативні межі, в яких розвивається і реалізується доктрина адміністративного права, вони беруться до уваги в процесі законотворчої та іншої правотворчої діяльності, створюють основу для здійснення судового контролю за адміністративними діями.

Принципи адміністративного права мають важливе значення для судового контролю за діяльністю публічної адміністрації. Відповідно до Кодексу адміністративного судочинства України [3], суд під час вирішення справи керується

принципом верховенства права, відповідно до якого, зокрема, людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Суд застосовує принцип верховенства права з урахуванням судової практики Європейського суду із прав людини. Законодавець забороняє адміністративним судам відмовляти у розгляді та вирішенні адміністративних справ із мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини. Таким чином, створюються умови для застосування принципів адміністративного права під час здійснення адміністративного судочинства.

Система принципів адміністративного права включає, зокрема, принципи належного врядування, що характеризують суспільне призначення та пріоритети публічного адміністрування і, відповідно, впливають на характер та зміст адміністративно-правового регулювання.

Організація публічної адміністрації та її функціонування по всьому світі мають певні недоліки, у зв'язку з чим постійно здійснюються спроби вдосконалити її структуру, функції та процеси роботи для більш ефективного та дієвого задоволення інтересів громадян. Політичні лідери, науковці та публічні діячі дискутують із приводу знаходження шляхів ефективного управління суспільством. Вони обстоюють різні форми політичних та адміністративних систем і методів управління. Дискусії втілюють багато інноваційних ідей для зміни старих зразків адміністративної культури та заміни їх сучасною культурою та ідеалами адміністрування, спрямованого на розвиток [4, с. 76].

Концепція належного врядування з'явилася наприкінці 1980-х років, у часи безпрецедентних політичних змін. Розпад Радянського Союзу під впливом внутрішніх та зовнішніх чинників призвів до занепаду політичних, військових та економічних об'єднань так званого «соціалістичного табору». Ці політичні зміни підштовхнули світову спільноту до дискусії щодо того, як повинна бути організована публічна влада для забезпечення суспільного, у т.ч. економічного, розвитку, тобто дискусії про належне врядування.

У дослідженні Світового банку 1989 р. «Африка на південь від Сахари – від кризи до сталого зростання» термін «врядування» (governance) вперше був використаний для опису необхідності інституційної реформи та кращого й ефективнішого публічного сектору. Дослідження визначило врядування як «здійснення політичної влади для управління державними справами» [5, с. 60]. Концепція врядування була доопрацьована в публікації Світового банку 1992 року «Врядування та розвиток». У цій публікації врядування було визначено як «спосіб здійснення влади в управлінні економічними та соціальними ресурсами країни з метою розвитку» [6, с. 1].

Світовий банк визначив, що урядування втілюється передбачуваною, відкритою політикою (тобто прозорими процесами); бюрократією, пронизаною професійним етосом; виконавчою гілкою влади, відповідальною за свої дії, і сильним громадянським суспільством, яке бере участь у публічних справах, а також поведженням усіх відповідно до верховенства права.

Дослідження 1989 р. запровадило поняття «врядування», але не містило опису такої характеристики, як «належне». Лише у передмові до нього колишній президент Світового банку Барбер Конєбл вжив термін «належне врядування» (good governance), позначаючи його як «ефективну публічну службу, надійну судову систему та адміністрацію, яка підзвітна своїй громадськості» [5, с. 12]. У наступних публікаціях Світовий банк спочатку уникав частого використання слова «належне» у зв'язку із врядуванням. Причиною такого небажання могло бути те, що використання прикметника «належний» ґрунтується на суб'єктивному погляді на діяльність публічної влади і що тлумачення «належного врядування» може змінюватися. Тим не менше згодом термін «належне врядування» став використовуватися все частіше.

Концепція належного урядування характеризується використанням політичної, економічної, адміністративної влади для управління публічними ресурсами і справами з дотриманням прав людини. Виходячи з того, що дотримання прав людини передбачає, зокрема, необхід-

ність забезпечення належного рівня життя громадян, належного рівня надання їм послуг та належного вирішення публічних справ, йдеться про «належне» урядування. При цьому урядування є більш широким поняттям, ніж публічне адміністрування, оскільки охоплює не тільки адміністративну діяльність, а й діяльність щодо прийняття політичних рішень. Однак немає сумніву, що на публічну адміністрацію покладається виконання таких політичних рішень, тому належне урядування безпосередньо стосується її організації та функціонування, що регулюються адміністративним правом.

Принципи належного врядування включають:

- 1) забезпечення участі в ухваленні рішень та належне реагування;
- 2) відкритість і прозорість;
- 3) доброчесність і етичну поведінку;
- 4) ефективність, компетентність і спроможність;
- 5) інноваційність та відкритість до змін;
- 6) сталість та довгострокову орієнтованість;
- 7) грамотне фінансове управління;
- 8) повагу до прав людини та культурної різноманітності;
- 9) забезпечення соціальної згуртованості;
- 10) підзвітність.

Забезпечення участі в ухваленні рішень та належне реагування вважається ключовим елементом концепції належного урядування. Громадськість та зацікавлені особи і групи повинні мати можливість висловлювати свою думку та пропозиції до ухвалення рішень, які їх безпосередньо стосуються. Відповідна участь може бути прямою та непрямою – через утворені громадські об'єднання, інші інститути громадянського суспільства або представників. Для забезпечення участі в ухваленні рішень зацікавленим особам має надаватися необхідна інформація, а також здійснюватися попередній аналіз впливу таких рішень на суспільні відносини. В Україні, наприклад, такі можливості забезпечує Закон «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» [7].

Принцип *відкритості і прозорості* тісно пов'язаний з участю в ухваленні рішень та передбачає, що рішення приймаються

та втілюються відповідно до встановлених вимог та процедур, що забезпечують оприлюднення та надання інформації тим, на кого можуть вплинути рішення та їх запровадження. Прозорість забезпечується також на етапі виконання прийнятих рішень шляхом їх завчасного доведення до відома осіб, на яких цими рішеннями покладаються певні права або обов'язки. Одним з елементів забезпечення відкритості і прозорості публічної адміністрації в Україні є доступ до публічної інформації [8].

Доброчесність та етична поведінка розглядаються як спрямованість дій на захист публічних інтересів та відмова від превалювання приватного інтересу під час здійснення наданих повноважень. Також доброчесність передбачає і політичну нейтральність. Тобто публічні службовці мають неупереджено виконувати законні накази (розпорядження), доручення керівників незалежно від їх партійної належності та своїх політичних переконань. Вони не мають права демонструвати свої політичні погляди та вчиняти інші дії або бездіяльність, що у будь-який спосіб можуть свідчити про особливе ставлення до політичних партій і негативно вплинути на імідж органу публічної влади та довіру до влади або становити загрозу для конституційного ладу, територіальної цілісності і національної безпеки, для здоров'я та прав і свобод інших людей. Доброчесність також забезпечується наявністю дієвих механізмів запобігання і протидії корупції. Публічні службовці мають, зокрема, вживати заходів щодо виявлення, запобігання та врегулювання конфлікту інтересів [9].

Ефективність, компетентність і спроможність передбачають залучення до публічного адміністрування осіб із необхідними знаннями, навичками та мотивацією. Публічна служба має бути конкурентною на ринку праці, спроможною залучати до своїх лав фахівців у профільних галузях суспільних знань. Крім того, ці фахівці мають постійно підтримувати та підвищувати рівень своєї кваліфікації з тим, щоб відповідати на запити та потреби суспільного розвитку. Система оплати праці на публічній службі має заохочувати службовців до побудови службо-

вої кар'єри. Також керівникам публічної служби доцільно застосовувати засоби нематеріального стимулювання службової діяльності. Компетентні та ефективні публічні службовці – це ключовий актив сучасної публічної адміністрації.

Інноваційність та відкритість до змін означає, що публічна адміністрація має бути готовою ініціювати, сприймати та підтримувати новітні підходи до вирішення завдань, включаючи використання новітніх технологій. Публічні службовці мають постійно здійснювати пошук способів підвищення ефективності адміністрування, перебувати у діалозі з експертним та науковим співтовариством. Важливу роль також відіграє обмін досвідом із вітчизняними та зарубіжними колегами з метою засвоєння кращих практик. Задля апробації нових інструментів адміністрування можливе використання пілотних проектів та програм.

Сталість та довгострокова орієнтованість безпосередньо пов'язані із забезпеченням умов для сталого розвитку. Сталий розвиток – це розвиток, який задовольняє потреби нинішнього покоління без шкоди для можливості майбутніх поколінь задовольняти свої власні потреби [10, с. 43]. Ідеї сталого розвитку зосереджені навколо пошуку таких шляхів розв'язання існуючих економічних, соціальних та інших проблем, які не створюють загрози навколишньому природному середовищу та, відповідно, залишають його наступним поколінням у стані, максимально наближеному до того, який дістався від попередників. Під час прийняття та реалізації рішень необхідно орієнтуватися не тільки на можливий короткостроковий позитивний ефект, а на більш тривалі або відкладені наслідки. Більше того, задля досягнення бажаного результату у віддаленому майбутньому інколи доводиться звертатися до рішень, які у короткій перспективі є політично або соціально непривабливими.

Грамотне фінансове управління передбачає ефективну фіскальну політику та раціональне бюджетне планування. Органи публічної влади через бюджетну систему акумулюють та розподіляють значний обсяг коштів. За допомогою цих коштів забезпечується здійснення ключо-

вих публічних функцій, а також підтримка та розвиток інфраструктури у фундаментальних галузях. Часто держава або місцева влада виступають партнерами приватного сектору в економічному та соціальному розвитку. Правильне управління фінансами має передбачати ощадливе ставлення до фінансування поточних видатків, зокрема, шляхом залучення запозичень. Водночас вчасні та фахово прораховані інвестиційні витрати можуть згодом спричинити значний позитивний ефект.

Повага до прав людини та культурної різноманітності впливають із вимог рівності перед законом та недопущення дискримінації. Більше того, культурна різноманітність є частиною національного культурного надбання. Спроможність держави забезпечити умови для вільного творчого розвитку, підтримка культури і мистецтва, збереження культурної спадщини для майбутніх поколінь мають перебувати у фокусі уваги як політичного керівництва, так і публічної адміністрації. У межах своєї компетенції має надаватися всіляке сприяння реалізації соціальних, економічних та інших прав людини.

Забезпечення соціальної згуртованості передбачає повагу та створення умов для розвитку різних соціальних груп. Публічна адміністрація має дбати про потреби та інтереси всіх представників суспільства. Кожна соціальна група має відчувати свій внесок у суспільний розвиток та відчувати належну увагу з боку публічної влади. Незахищені верстви населення мають отримувати необхідну соціальну підтримку та захист. Не викликає сумнівів, що публічна адміністрація має відігравати активну роль у соціальному діалозі та пошуку порозуміння між різними соціальними групами. Потреба соціальної згуртованості в Україні є особливо актуальною в умовах наявних зовнішніх викликів.

Підзвітність є одним із ключових принципів належного урядування. Публічна адміністрація та публічні службовці є підзвітними щодо своєї діяльності:

- перед громадянським суспільством;
- перед споживачами адміністративних послуг;
- перед представницькими органами публічної влади;
- перед засобами масової інформації;

– перед правоохоронними та контрольними органами.

Підзвітність означає необхідність своєчасного та належного інформування про зміст та результати своєї діяльності відповідно до вимог законодавства. Це стосується як оприлюднення прийнятих рішень, так і забезпечення доступу до відкритих даних, придатних для подальшої обробки. Також публічна адміністрація має пояснювати причини та наслідки своїх дій

та рішень, нести за них юридичну відповідальність.

Таким чином, принципи належного врядування в адміністративному праві створюють фундамент для регулювання суспільних відносин, пов'язаних із публічним адмініструванням, за якого прозора, компетентна та відповідальна публічна адміністрація на основі ухвалених політичних рішень забезпечує сталий розвиток суспільства з повагою до прав людини.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Скакун О.Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс): Учебник. – Харьков, Эспада, 2005. – 840 с.
2. Адміністративне право України. Академічний курс: Підруч.: У двох томах: Том 1. Загальна частина / Ред. колегія: В.Б. Авер'янов (голова). – К.: Видавництво «Юридична думка», 2004. – 584 с.
3. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text>
4. Кухарева Г. П. Належне урядування як шлях до становлення дієвої системи публічного управління в Україні. *Теорія та практика державного управління*. 2015. Вип. 3. – С. 76–83.
5. Sub-Saharan Africa. From Crisis to Sustainable Growth. The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank. Washington, D.C., 1989. URL: <http://documents1.worldbank.org/curated/en/498241468742846138/pdf/multi0page.pdf>
6. Governance and Development. The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank. Washington, D.C., 1992. URL: <http://documents1.worldbank.org/curated/en/604951468739447676/pdf/multi-page.pdf>
7. Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності: Закон України від 11.09.2003 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1160-15#Text>
8. Про доступ до публічної інформації: Закон України від 13.01.2011 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2939-17#Text>
9. Про запобігання корупції: Закон України від 14.10.2014 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#Text>
10. Butlin, John. Our common future. By World commission on environment and development. London, Oxford University Press, 1987. – Pp. 383.

УДОСКОНАЛЕННЯ МЕХАНІЗМУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА НА СОЦІАЛЬНИЙ ЗАХИСТ З МЕТОЮ ЗБЕРЕЖЕННЯ ПРОПОРЦІЙНОСТІ З ФІНАНСОВИМИ МОЖЛИВОСТЯМИ ДЕРЖАВИ

Бориченко Катерина Валеріївна,

доктор юридичних наук, доцент,
доцент кафедри трудового права та права соціального забезпечення
Національного університету «Одеська юридична академія»

У статті досліджується право на соціальний захист з точки зору його абсолютного характеру та можливості зменшення змісту й обсягу при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів за збереження суті відповідного права.

Установлено, що в сучасних умовах стан правового регулювання суспільних відносин, у яких здійснюється, охороняється та захищається право на соціальний захист, характеризується низькою якістю й неефективністю окремих правових норм, наявністю юридичних колізій, прогалин, систематичною зміною механізму реалізації права на соціальний захист положеннями законів України про Державний бюджет України на відповідний рік, Бюджетного кодексу України шляхом надання повноважень щодо визначення розміру (обсягу) соціальних гарантій окремих категорій громадян Кабінету Міністрів України, який, як правило, обирає шлях до їх зменшення (звуження).

У статті йдеться про те, що соціальна політика держави може зазнавати змін, зокрема, з метою досягнення її збалансованості з фінансовими можливостями держави. Можуть змінюватися й розміри (обсяг) конкретних видів соціального захисту, передбачені законодавством для окремих категорій осіб, оскільки соціальні права людини не є абсолютними, а механізм їх забезпечення може бути змінений. Доведено, що з метою забезпечення конституційності відповідних змін мають бути в сукупності дотримані певні правила, що пов'язані з: 1) неможливістю звуження змісту й обсягу чинних прав і свобод; 2) обов'язком збереження самої суті відповідних прав; 3) неможливістю делегування Верховною Радою України повноважень будь-яким іншим суб'єктам щодо встановлення розміру державних соціальних гарантій, визначених законами України, зокрема й Кабінету Міністрів України; 4) дотриманням процедури внесення відповідних змін до спеціального законодавства, яка має відбуватися саме шляхом унесення змін до профільного закону, а не включенням відповідних положень до текстів Бюджетного кодексу України, законів України про Державний бюджет України на відповідний рік, про зупинення дії чи скасування окремих положень, а також установа іншого (додаткового) законодавчого регулювання відносин, відмінного від того, що є предметом спеціального регулювання іншими законами України.

Ключові слова: соціальний захист, право на соціальний захист, незменшуваність змісту й обсягу прав людини, пропорційність, фінансові можливості держави.

Borychenko Kateryna. Improving the mechanism for ensuring the right to social protection in order to maintain proportionality with the financial capabilities of the state

The article examines the right to social protection in terms of its absolute nature and the possibility of reducing the content and scope of the adoption of new laws or amendments to existing laws while maintaining the essence of the right.

It is established that in modern conditions the state of legal regulation of social relations, in which the right to social protection is exercised and protected, is characterized by low quality and inefficiency of certain legal norms, legal conflicts, gaps, systematic change of the mechanism of realization of the right to social protection on the State Budget of Ukraine for the relevant year, the Budget Code of Ukraine by granting the authority to determine the amount (scope) of social guarantees for certain categories of citizens of the Cabinet of Ministers of Ukraine, which usually chooses to reduce.

The article states that the social policy of the state may be changed in particular in order to achieve its balance with the financial capabilities of the state. The size (scope) of specific

types of social protection provided by the legislation for certain categories of persons may also change, as social human rights are not absolute, and the mechanism of their provision may be changed. It is proved that in order to ensure the constitutionality of the relevant changes, certain rules must be observed in the aggregate, which are related to: 1) the impossibility of narrowing the content and scope of existing rights and freedoms; 2) the obligation to preserve the very essence of the relevant rights; 3) the impossibility of delegating by the Verkhovna Rada of Ukraine the powers of any other entities to establish the amount of state social guarantees specified by the laws of Ukraine, including the Cabinet of Ministers of Ukraine; 4) compliance with the procedure for making appropriate amendments to special legislation, which should take place precisely by amending the relevant law, and not by including relevant provisions in the texts of the Budget Code of Ukraine, laws of Ukraine on the State Budget of Ukraine for the relevant year, as well as the establishment of other (additional) legislative regulation of relations, other than that which is the subject of special regulation by other laws of Ukraine.

Key words: social protection, the right to social protection, immutability of the content and scope of human rights, proportionality, financial capabilities of the state.

Постановка проблеми. Одним із актуальних напрямів досліджень сучасної науки права соціального забезпечення є розробка ефективного галузевого механізму забезпечення права на соціальний захист, що передбачає його утвердження, реалізацію, охорону та захист у разі порушення, невизнання чи оспорення.

Саме механізм утвердження найбільшим чином впливає на забезпечення права людини на соціальний захист, оскільки відповідні норми права передусім приймаються з метою регулювання соціально-забезпечувальних, процедурних і процесуальних відносин у сфері соціального захисту. Із цієї точки зору вони повинні здійснювати виключно позитивний вплив на забезпечення права людини на соціальний захист і бути нічим іншим, як вимогою правомірної реалізації правових приписів.

Водночас у реальному житті в сучасних умовах стан правового регулювання суспільних відносин, у яких здійснюється, охороняється та захищається право на соціальний захист, характеризується низькою якістю й неефективністю окремих правових норм, наявністю юридичних колізій, прогалин, систематичною зміною механізму реалізації права на соціальний захист положеннями законів України про Державний бюджет України на відповідний рік, Бюджетного кодексу України шляхом надання повноважень щодо визначення розміру (обсягу) соціальних гарантій окремих категорій громадян Кабінету Міністрів України, який, як правило, обирає шлях до їх зменшення (звуження). Така ситуація у сфері утвердження права

на соціальний захист не може не викликати стурбованості.

Ступінь наукової розробки теми. До дослідження механізму утвердження права на соціальний захист, зокрема забезпечення незменшуваності його змісту й обсягу при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних нормативно-правових актів за збереження пропорційності між рівнем соціальної захищеності громадян і фінансовими можливостями держави, неодноразово в наукових працях зверталися такі науковці, як В.М. Андріїв, Н.Б. Болотіна, О.В. Москаленко, С.М. Прилипко, С.М. Синчук, І.М. Сирота, Б.І. Сташків, О.В. Тищенко, М.М. Шумило та ін. Тим не менше, з огляду на стан економіки держави, відсутність визначеної та нормативно закріпленої стратегії побудови (удосконалення) соціальної політики України, виклики, що постали у зв'язку з поширенням у світі коронавірусної хвороби, не можна стверджувати про існування будь-яких правил збереження пропорційності між гарантованим державою змістом та обсягом права на соціальний захист і її фінансовими можливостями.

У зв'язку з цим **метою** статті є дослідження права на соціальний захист з точки зору його абсолютного характеру та можливості зменшення змісту й обсягу при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів за збереження суті відповідного права.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ст. 3 Конституції України, права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною

за свою діяльність. Утвердження й забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави.

Таким чином, при здійсненні своєї діяльності, зокрема й нормотворчої, держава повинна передусім дбати про забезпечення прав людини, у тому числі й щодо відшкодування заходами соціального захисту наслідків настання соціальних ризиків. Зокрема, однією з конституційних гарантій прав і свобод людини та громадянина, відповідно до ст. 22 Конституції України, є недопущення їх скасування чи звуження їх змісту й обсягу при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів.

У Рішенні Конституційного Суду України від 9 липня 2007 року № 6-рп/2007 зазначено, що, утверджуючи й забезпечуючи права та свободи громадян, держава окремими законами України встановила певні соціальні пільги, компенсації й гарантії, що є складником конституційного права на соціальний захист і юридичними засобами здійснення цього права. Невиконання державою своїх соціальних зобов'язань щодо окремих осіб ставить громадян у нерівні умови, підриває принцип довіри особи до держави, що закономірно призводить до порушення принципів соціальної, правової держави [1].

Цей висновок Конституційного Суду України оснований серед іншого на положеннях ст. 92 Конституції України, відповідно до ч. 6 якої виключно законами України визначаються основи соціального захисту, форми й види пенсійного забезпечення. На розвиток відповідних конституційних положень 5 жовтня 2000 року прийнято Закон України «Про державні соціальні стандарти та державні соціальні гарантії», ст. 17 якого визначені основні державні соціальні гарантії, до яких віднесено мінімальний розмір заробітної плати; мінімальний розмір пенсії за віком; неоподатковуваний мінімум доходів громадян; розміри державної соціальної допомоги й інших соціальних виплат. Статтею 18 названого нормативно-правового акта також передбачено, що законами України з метою надання соціальної підтримки населенню України загалом та окремим категоріям громадян встановлюються державні гарантії щодо

рівня життя населення, що постраждало внаслідок аварії на Чорнобильській АЕС; надання гарантованих обсягів соціально-культурного, житлово-комунального, транспортного, побутового обслуговування й обслуговування у сфері освіти, охорони здоров'я, фізичної культури та спорту, торгівлі та громадського харчування; забезпечення пільгових умов задоволення потреб у товарах і послугах окремим категоріям громадян, які потребують соціальної підтримки [2].

Доцільно наголосити, що, виходячи з цитованих положень законодавства, саме законами України, повноваженнями щодо прийняття яких наділена виключно Верховна Рада України, мають визначатися ключові умови соціального захисту – форми, види соціального захисту, їх розмір (обсяг) тощо. Варто також зауважити, що, відповідно до положень Конституції України, органи державної влади й органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень і в спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (частина 2 статті 19).

Цікаво, що в Рішенні від 26 грудня 2011 року № 20-рп/2011 Конституційний Суд України вказав, що одним із визначальних елементів у регулюванні суспільних відносин у соціальній сфері є додержання принципу пропорційності між соціальним захистом громадян і фінансовими можливостями держави, а також гарантування права кожного на достатній життєвий рівень [3].

З урахуванням такого елемента принципу верховенства права, як пропорційність (розмірність), Конституційний Суд України зазначив, що передбачені законами соціально-економічні права не є абсолютними, а оскільки держава зобов'язана регулювати економічні процеси, встановлювати й застосовувати справедливі та ефективні форми перерозподілу суспільного доходу з метою забезпечення добробуту всіх громадян, то механізм реалізації цих прав може бути змінений державою, зокрема, через неможливість фінансового забезпечення шляхом пропорційного перерозподілу коштів з метою збереження справедливого балансу між інтересами окремих осіб

та інтересами всього суспільства. При цьому зміна механізму нарахування певних видів соціальних виплат і допомоги є конституційно допустимою до тих меж, за якими ставиться під сумнів сама сутність змісту права та соціальний захист.

При цьому в продовження цитованої правової позиції в Рішенні Конституційного Суду України від 25 січня 2012 року № 3-рп/2012 зазначено, що механізм реалізації соціальних прав може бути змінено, зокрема, шляхом надання Верховною Радою України права Кабінету Міністрів України встановлювати у випадках, передбачених законом, порядок і розміри соціальних виплат і допомоги, які фінансуються за рахунок коштів Державного бюджету України, що пов'язується з його функціями, визначеними в пунктах 2, 3 статті 116 Конституції України. Отже, Кабінет Міністрів України може регулювати порядок і розміри соціальних виплат і допомоги, які фінансуються за рахунок коштів Державного бюджету України, відповідно до Конституції та законів України [4].

Водночас у Рішенні Конституційного Суду України від 27 лютого 2020 року № 3-р/2020 ідеться про те, що вносити зміни до інших законів України, зупиняти їх дію чи скасовувати їх, а також установлювати інше (додаткове) законодавче регулювання відносин, відмінне від того, що є предметом спеціального регулювання іншими законами України, Бюджетним кодексом України, не можна з огляду на предмет його регулювання, який є спеціальним, обумовленим положеннями пункту 1 частини 2 статті 92 Основного Закону України [5].

Конституційний Суд України в аналізованому Рішенні зауважив, що встановлення пунктом 26 розділу VI «Прикінцеві та перехідні положення» Кодексу іншого законодавчого регулювання відносин, ніж те, що передбачено спеціальним законодавством, спричиняє юридичну невизначеність при застосуванні зазначених норм Кодексу та відповідних законів, що супер-

ечить принципу верховенства права, установленому статтею 8 Конституції України.

У Рішенні Конституційного Суду України від 26 березня 2020 року № 6-р/2020 також зазначено, що юридична визначеність є ключовою в розумінні верховенства права; держава зобов'язана дотримуватися та застосовувати в прогнозований і послідовний спосіб ті закони, які вона ввела в дію; юридична визначеність передбачає, що норми мають бути зрозумілими й точними, а також спрямованими на забезпечення постійної прогнозованості ситуацій і правовідносин [6].

Висновки. Дійсно, не можна заперечувати законності й обґрунтованості аналізованої позиції Конституційного Суду України щодо можливості модифікації соціальної політики держави в аспекті зміни розміру (обсягу) конкретних видів соціального захисту для окремих категорій осіб оскільки, соціальні права людини не є абсолютними, а механізм їх забезпечення може бути змінений, водночас з метою забезпечення конституційності відповідних змін мають бути в сукупності дотримані певні правила, що пов'язані з неможливістю звуження змісту й обсягу чинних прав і свобод, обов'язком збереження самої суті відповідних прав, неможливістю делегування Верховною Радою України повноважень будь-яким іншим суб'єктам щодо встановлення розміру державних соціальних гарантій, визначених законами України, зокрема й Кабінету Міністрів України, дотриманням процедури внесення відповідних змін до спеціального законодавства, яка має відбуватися саме шляхом унесення змін до профільного закону, а не включенням відповідних положень до текстів Бюджетного кодексу України, законів України про Державний бюджет України на відповідний рік про зупинення дії чи скасування окремих положень, а також встановлення іншого (додаткового) законодавчого регулювання відносин, відмінного від того, що є предметом спеціального регулювання іншими законами України.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статей 29, 36, частини другої статті 56, частини другої статті 62, частини першої статті 66,

пунктів 7, 9, 12, 13, 14, 23, 29, 30, 39, 41, 43, 44, 45, 46 статті 71, статей 98, 101, 103, 111 Закону України «Про Державний бюджет України на 2007 рік» (справа про соціальні гарантії громадян) від 9 липня 2007 року № 6-рп/2007. *Офіційний вісник України*. 2007. № 52. Ст. 2132.

2. Про державні соціальні стандарти та державні соціальні гарантії : Закон України від 5 жовтня 2000 року № 2017-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2000. № 48. Ст. 409.

3. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 49 народних депутатів України, 53 народних депутатів України і 56 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 4 розділу VII «Прикінцеві положення» Закону України «Про Державний бюджет України на 2011 рік» від 26 грудня 2011 року № 20-рп/2011. *Офіційний вісник України*. 2012. № 3. Ст. 100.

4. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням правління Пенсійного фонду України щодо офіційного тлумачення положень статті 1, частин першої, другої, третьої статті 95, частини другої статті 96, пунктів 2, 3, 6 статті 116, частини другої статті 124, частини першої статті 129 Конституції України, пункту 5 частини першої статті 4 Бюджетного кодексу України, пункту 2 частини першої статті 9 Кодексу адміністративного судочинства України в системному зв'язку з окремими положеннями Конституції України від 25 січня 2012 року № 3-рп/2012. *Офіційний вісник України*. 2012. № 11. Ст. 422.

5. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремого положення пункту 26 розділу VI «Прикінцеві та перехідні положення» Бюджетного кодексу України від 27 лютого 2020 року № 3-р/2020. *Офіційний вісник України*. 2020. № 26. Ст. 980.

6. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремого положення пункту 26 розділу VI «Прикінцеві та перехідні положення» Бюджетного кодексу України від 26 березня 2020 року № 6-р/2020. *Офіційний вісник України*. 2020. № 32. Ст. 1097.

УДК 340.14

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.21>

ПРИНЦИПИ ПРАВА: НЕОБХІДНІСТЬ ПЕРЕОСМИСЛЕННЯ

Мінченко Ольга Василівна,

доктор юридичних наук, доцент,
доцент кафедри теорії держави та права
Національної академії внутрішніх справ

Актуальність статті зумовлюється необхідністю переосмислення фундаментальної категорії права – принципів права, які ще і нині сприймаються як декларації, як основоположні засади, що не здійснюють безпосереднє регулювання суспільних відносин та яким не властива нормативність. Імплементация західних правничих концептів, положень природного розуміння права посилюють актуальність дослідження та є факторами необхідності зміни парадигми розуміння принципів права.

Метою дослідження є акцентування уваги вітчизняних учених у галузі права на необхідність переосмислення такого явища, як принципи права, та визначення тих ознак, що відображають сутнісний зміст цього явища.

Відзначається, що в межах природничої школи права принципам права не може відводитися факультативна роль у регулюванні суспільних відносин; принципи права є однією із форм права. Обґрунтовується, що алогічно визначати принципи права як основоположні засади, що визначають зміст і спрямованість системи права, і при цьому ставити їх у залежність від приписів нормативно-правових актів та не наділяти регулятивними функціями, не наділяти їх нормативністю.

Наголошується на тому, що Європейський суд із прав людини неодноразово наголошував у своїх рішеннях (у тому числі і рішеннях за скаргами проти України), що коли закон не відповідає «якості закону», не відповідає верховенству права, то Європейський суд із прав людини не розглядає обмеження людських прав як таке, що було здійснено відповідно до закону. Тому фактично закон не набуває нормативності, залишається лише приписом, що не регулює суспільні відносини, що вказує на безпосередню дію принципу верховенства права.

Аргументується, що саме принципом права мають керуватися суб'єкти правозастосування, особливо у разі контрадикції між принципами права та юридичними нормами.

Відзначається, що зв'язок принципів права із правопорядком у суспільстві можна простежити через зв'язок права із суспільними відносинами, що чітко відображено у соціологічній та історичній підходах до розуміння права.

Резюмується, що є необхідність переосмислення розуміння спеціалізованих норм права у контексті виокремлення як окремого їх різновиду норм-принципів, особливо в умовах, коли правнича наука розмежує принципи права та норми права.

Ключові слова: мораль, нормативність, право, принцип права, регулювання суспільних відносин.

Minchenko Olha. Principles of law: rethinking necessity

The relevance of the article is stipulated by the necessity to rethink the basic law category – the principles of law, which are still perceived as declarations, as fundamental basis that do not directly regulate public relations and to which normativity is not inherent. The implementation of Western legal concepts, the provisions of the natural understanding of law increase the relevance of the study and are factors in the necessity to change the paradigm of law principles understanding.

The purpose of the study is to focus the attention of domestic scholars in the field of law on the necessity to rethink such a phenomenon as law principles and to identify those features that reflect the essence of this phenomenon.

It is noted that within the natural school of law, law principles cannot be assigned an optional role in the social relations regulation; principles of law are a form of law. It is substantiated that it is illogical to define law principles as the fundamental principles determining the content and direction of law system and at the same time make them dependent on the provisions of regulations and not to endow them with regulatory functions, not to endow them with normativity.

It is emphasized that the European Court of Human Rights has repeatedly emphasized in its decisions (including decisions on complaints against Ukraine) that when the law does not meet the "quality of the law", does not comply with the rule of law, the European Court of Human Rights does not consider restriction of human rights as such, which was carried out in accordance with the law. Thus, in fact, the law does not become normative, it remains only a prescription that does not regulate public relations. And this indicates the direct effect of the rule of law principle.

It is argued that law enforcement agencies should be guided by the principles of law, especially in case of contradiction between the principles of law and legal norms.

It is noted that the link of the principles of law with the rule of law in society can be traced through the connection of law with public relations, which is clearly reflected in sociological and historical approaches to law understanding.

It is summarized that there is a necessity to rethink the understanding of specialized rules of law in the context of distinguishing of norms and principles as their separate type, especially in a situation where legal science distinguishes between the principles of law and norms of law.

Key words: morality, normativeness, law, principle of law, social relations regulation.

Актуальність. Однією з важливих проблем у правничій науці є проблема розуміння принципів права, що зумовлено, на нашу думку, низкою факторів. Тривале перебування України у складі радянської держави, якій властивий був недемократичний державний режим, не могло не позначитися на її правовій системі. Підґрунтям радянської юриспруденції був принцип законності, що, до того ж, сприймався буквально: як необхідність відповідності поведінки фізичних та юридичних осіб, а також органів державної влади нормативним приписам, закріпленим у тексті закону (або хоча би підзаконного нормативно-правового акту). Особливо це положення реалізувалося у межах державно-владних відносин, що стало одним із факторів розвинутої бюрократії. При цьому зрозуміло, що коли відсутні конкретні приписи щодо механізму реалізації відповідного принципу права, то він залишався суто декларативним.

Наведене дає змогу зробити висновок про пріоритетність саме юридичних норм над принципами права, хоча останні і визначалися як такі основоположні засади, які визначають зміст та спрямованість «правової матерії».

Водночас слід вказати на те, що згідно зі ст. 8 Конституції України «в Україні визнається і діє принцип верховенства права» [1], а відповідно до ч. 1 ст. 129 «суддя, здійснюючи правосуддя, є незалежним та керується верховенством права» [2].

Зважаючи на вказане, виникає певний дисонанс з усталеним сприйняттям принципів права як тих засад, що мають бути

втілені у юридичних приписах, та сутністю явища, що позначається терміно-поняттям «принципи права», що і зумовлює актуальність вибраної тематики дослідження.

Додамо, що в межах західної правової культури саме принципам права відводиться визначальна роль у правовому регулюванні суспільних відносин, про що може свідчити і визнання принципу верховенства права аксіологічною складовою частиною демократичного суспільного устрою, цінністю Європейського союзу тощо.

Тому проблематика розуміння принципів права має стати складовою частиною вітчизняної правничої науки.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У межах пізнання принципів права вітчизняними науковцями не можна не згадати дисертаційне дослідження на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук «Конституція і розвиток принципів права України (методологічні питання)» [2], виконане А.М. Колодієм, що стало одним із перших в Україні комплексним пізнанням принципів права. Можливо, саме тому, що ця наукова розвідка на такому рівні була фактично першою, вона багато у чому ґрунтувалася на сприйнятті принципів права саме через призму юридичного нормативізму, і, відповідно, існування принципів права ставилось у залежність від юридичних приписів. Так, автор стверджує, що «виникнення принципів права як загальносоціальних є необхідною умовою наступного їх закріплення у вигляді юридичних принципів і норм, тому що свідчить про актуальність їх для

суспільства і необхідність їх юридичного оформлення» [2, с. 17].

Не можна не відзначити і дисертаційного дослідження Т.І. Фулей на тему «Сучасні загальнолюдські принципи права та проблеми їх впровадження в Україні» [3], у якому висвітлено авторське бачення загальнолюдських принципів права, які інтерпретуються як «універсальні нормативні засади позитивного права, напрацьовані людством як глобальною макроцивілізаційною системою, що визначають сутність і спрямованість правового регулювання і придатні до застосування у будь-якій системі права» [3, с. 15]. Однак і у цьому дослідженні існування принципів права ставиться в залежність від юридичних приписів: «загальнолюдські (загальноцивілізаційні) принципи права – це зафіксовані у позитивному праві його універсальні нормативні засади, які напрацьовані людством як глобальною макроцивілізаційною системою» [3, с. 12]. Доречно наголосити, що за такого розуміння принципів навряд чи доцільно виокремлювати загальнолюдські (загальноцивілізаційні) принципи права, які будуть мати суто компліятивний і суб'єктивний характер: вони стають результатом поєднання юридичних приписів, закріплених у нормативно-правових актах різних держав.

Водночас слід відзначити намагання окремих вітчизняних учених інтерпретувати принципи права через призму природного розуміння права, ураховуючи праці зарубіжних авторів. У цьому контексті варто відзначити роботи А. Кучука [4]. Так, у монографії, присвяченій проблематиці правового ацентризму, вчений відзначає, що «у першому значенні розглядуване поняття ототожнюється із правом, можна навіть стверджувати, що із внутрішньодержавним і міжнародним, виступає формою права. Такий підхід властивий природній школі права, і йдеться про універсальні цінності, основоположні засади, яким має відповідати внутрішньодержавне законодавство» [5, с. 214]. А. Кучук додає, що ««небажання» наділяти принципи права можливістю бути безпосередніми регуляторами поведінки людини пов'язується передусім не з абстрактним характером, а з вибраним підходом до розуміння права» [5, с. 215].

Вчений також відзначає, що «на жаль, в Україні законодавство випереджає юридичну науку. Так, незважаючи на закріплення навіть безпосередньо у законах принципу верховенства, ще значна кількість науковців досліджує «верховенство правового закону», ототожнює право із прескриптивним текстом, а гарантією прав людини вважають закон (права людини визначаються як гарантована законом міра свободи). Принципи права розглядають як дієві засоби врегулювання суспільних відносин лише тоді, коли вони: 1) закріплені у законі або 2) виводяться зі змісту закону, ставлячи наявність права у залежність від закону» [6, с. 43].

Загалом варто відзначити, що розуміння принципів права у контексті їх сприйняття західною правовою культурою властиве таким вітчизняним ученим, як С. Головатий, М. Козюбра, А. Кучук, В. Лемак, М. Савчин, С. Шевчук та інші.

Однак це питання, зважаючи на його важливість для правничої практичної діяльності, заслуговує на особливу увагу.

Мета статті. Зважаючи на вказане, метою цієї роботи є акцентування уваги вітчизняних учених у галузі права на необхідність переосмислення такого явища, як принципи права, та визначення тих ознак, що відображають сутнісний зміст цього явища.

Виклад основного матеріалу. Як ми вище відзначали, принципи права переважно сприймаються як абстрактні ідеї, які, з одного боку, мають бути орієнтирами для побудови правової системи, а з іншого – мають бути конкретизовані у приписах нормативно-правових актів. Зазвичай під час підготовки юристів вивчення принципів права обмежується курсом теорії держави та права, що і утверджує їх сприйняття саме як абстракцій, які не мають конкретного змісту.

Більше того, фактично у всіх підручниках та навчальних посібниках із вказаної навчальної дисципліни під час висвітлення теми норм права, а саме їх різновидів, вказується, що норми права поділяються на класичні та нетипові (спеціалізовані). При цьому останні інтерпретуються як такі, що не мають властивостей класичних норм та не є безпосередніми регуляторами суспільних відносин. І серед них називаються

норми-принципи. Звідси складається ставлення до принципів права як таких ідей, що мають бути відображені у тексті нормативно-правового акту та які потребують конкретизації у юридичних приписах. Самі принципи не мають стосунку до регулювання суспільних відносин. Вони є лише «декларацією», «пропагандою» тощо.

Доречно відзначити, що таке викладення означеної тематики майже не привертає уваги до його колізії у традиційному розумінні співвідношення принципів права та норм права. «Найбільш обґрунтованою є позиція тих учених, які розмежовують принципи і норми права як самостійні правові явища [7, с. 46], – відзначає І. Бахновська. – Переважає думка, згідно з якою принципи права отримують зовнішнє вираження через їх закріплення в нормах права. Принципи, що діють у правовій сфері, обов'язково повинні бути закріплені в нормах права» [7, с. 44].

Однак якщо розмежовувати принципи права та норми права, то виникає запитання: а що таке норми-принципи? Прибічники юридичного нормативізму саме через юридичні норми сприймають принципи, намагаються саме через перші пояснити другі. Тому і виникає таке поняття, як «норма-принцип», яка не регулює безпосередньо суспільні відносини.

Водночас при цьому варто задатися питанням: а як бути з принципом верховенства права? Чи здійснює він регулювання суспільних відносин? Для представника природно-правової школи відповідь очевидна. Згадаємо слова Фрідріха Августа фон Хайека: «Складові частини законодавства взаємно узгоджуються не стільки завдяки всеосяжному плану, скільки в силу послідовного застосування загальних принципів до вирішення окремих проблем – принципів, які часто навіть не сформульовані явно, але всього лише мають на увазі у вжитих конкретних заходах» [8, с. 83]. До цього варто додати, що Європейський суд із прав людини неодноразово наголошував у своїх рішеннях (у тому числі і рішеннях за скаргами проти України), що коли закон не відповідає «якості закону», не відповідає верховенству права, то він (Суд) не розглядає обмеження людських прав як таке, що було здійснено відповідно до закону.

Тому фактично закон не набуває нормативності, залишається лише приписом, що не регулює суспільні відносини, на відміну від принципу (у наведеному випадку – принципу верховенства права).

Прикро визнавати, що народні депутати, здійснюючи законотворчу діяльність, певним чином випереджають правничу науку: уже у багатьох законах міститься припис про верховенство права та необхідність його сприйняття через призму практики Європейського суду із прав людини. Усі так звані статусні закони (як і кримінальний процесуальний кодекс) містять у тексті положення, якими закріплено принципи, що визначають основи відповідної діяльності. Якби принципи права не виконували регулятивну функцію, то не було б потреби визначати їх у текстах нормативно-правових актів. Тому законодавець усвідомлює важливість принципів права для забезпечення правопорядку.

Відзначимо, що ми теж вказуємо на відображення принципів права у тексті нормативно-правового акту, але при цьому: по-перше, для нас таке закріплення не має принципового значення – принципи можуть бути і не закріплені (так, для прикладу згадаємо, що в Конституції Федеративної Республіки Німеччини не закріплено право на освіту, однак німецька влада забезпечує реалізацію відповідного права, а не вказує на його незакріпленість). Доволі чітко відмінності у сприйнятті гарантій людських прав відзначають А. Кучук та А. Гога, наголошуючи, що «закріплення правил поведінки (прав людини) у відповідних нормах – визначення процедури реалізації – створення відповідних інституцій – нагляд і контроль. Якщо відсутній один з елементів ланцюжка – зрозуміло, що він не може функціонувати. Права залишаються, навіть якщо вони формально визначені, нереалізованими. Для Заходу така ситуація є неможливою» [9, с. 8–9]). По-друге, в умовах транзитивного стану українського суспільства та його системи права таке закріплення є своєрідною гарантією необхідності їх реалізації (до того ж, без конкретизації у інших законах чи підзаконних нормативно-правових актах). Так, у країнах розвинутої демократії достатньо відзначення у Конституції (яка сприй-

мається як акт установчої влади народу) визнання принципу верховенства права для того, щоб у всій системі права цей принцип діяв, навіть без конкретизації в низці законодавчих актів.

Слід наголосити, що Конституційний Суд України ще у 2004 році у справі про призначення судом більш м'якого покарання, інтерпретуючи верховенство права, відзначив: «Одним із проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Таке розуміння права не дає підстав для його отожднення із законом, який іноді може бути й несправедливим, у тому числі обмежувати свободу та рівність особи» [10].

Слід наголосити на такій ознаці принципів права, як нормативність. Принципи права є безпосереднім регулятором суспільних відносин. Саме ними мають керуватися суб'єкти правозастосування, особливо у разі контрадикції між принципами права та юридичними нормами.

Регулятивна функція права тісно пов'язана з тим, що право має моральний зміст; варто наголосити, що на цей зв'язок вказав і Конституційний Суд України. При цьому, як відомо, мораль є універсальним регулятором поведінки людини в соціумі. Однак навряд чи хтось ознайомлювався з чітким зводом моральних норм. Але це не заважає їм регулювати суспільні відносини, бути дієвим регулятором поведінки людини у суспільстві.

Зв'язок принципів права із правопорядком у суспільстві можна простежити і через зв'язок права із суспільними відносинами. Маємо на увазі соціологічний та історичний підходи до розуміння

права. Мораль, традиції (черговий раз проводимо паралелі з рішенням Конституційного Суду України) є одночасно і елементом правопорядку суспільства, і фактором цього правопорядку, виступають частиною життя народу. Саме через це не виникає особливої потреби у їх формалізації (об'єктивації вимог моралі та норм-звичаїв у письмовому тексті). Подібним чином діють і принципи права. Тим більше що звичаї та норми моралі переважно і мають форму принципів (їх вимоги є швидше певними засадничими ідеями, абстрактними положеннями).

Ураховуючи наведене вище, слід погодитись з А. Кучуком щодо необхідності сприйняття принципів права як «основоположних ідей, що вирізняються нормативністю, імперативністю, об'єктивністю і стабільністю, комплексністю та рівнозначністю» [11, с. 148].

Висновки. Таким чином, в умовах імплементації західних правових концептів у національну систему права необхідним є переосмислення сутності та змісту такого явища, як принципи права. У межах природничої школи права принципам права не може відводитися факультативна роль у регулюванні суспільних відносин; принципи права і є формою права (однією з форм).

Алогічно визначати принципи права як основоположні засади, що визначають зміст і спрямованість системи права, і при цьому ставити їх у залежність від приписів нормативно-правових актів та не наділяти регулятивними функціями, не наділяти їх нормативністю.

Існує необхідність переосмислення розуміння спеціалізованих норм права у контексті виокремлення як окремого їх різновиду норм-принципів, особливо в умовах, коли правнича наука розмежовує принципи права та норми права.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Конституція України від 28 червня 1996 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30.
2. Конституція і розвиток принципів права України (методологічні питання): автореф. дис... д-ра юрид. наук: 12.00.01;12.00.02. Київ, 1999. 36 с.
3. Фулей Т.І. Сучасні загальнолюдські принципи права та проблеми їх впровадження в Україні: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ. 2003. 16 с.
4. Кучук А.М., Перепьолкін С.М. Принципи права як категорія внутрішньо державного й міжнародного права. *Право і суспільство*. 2015. № 3. С. 22–26.

5. Кучук А.М. Теоретичні основи правового поліцентризму: монограф. Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ; Ліра ЛТД, 2017. 312 с.

6. Кучук А.М. Принципи права: необхідність зміни вітчизняної наукової юридичної парадигми. Сучасні тенденції розбудови правової держави в Україні та світі: зб. наук. ст. за матеріалами VI Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Ітомир, 19 квітня 2018 р.). Житомир: Видавець О. О. Євенок, 2018. С. 42-44.

7. Бахновська І.П. Питання співвідношення принципів і норм права та їх місця у механізмі правового регулювання. *Університетські наукові записки*. 2013. № 1 (45). С. 43-47.

8. Хайек Ф.А. фон. Право, законодавство и свобода: современное понимание либеральных принципов справедливости и политики / пер. с англ. Б. Пинскера и А. Кустарева; под. ред. А. Куряева. М.: ИРИСЭН, 2006. 644 с.

9. Кучук А.М., Гога А.М. Правові гарантії прав людини: Україна та Європа: теоретико-правовий дискурс. *Право і суспільство*. 2012. № 2. С. 6-10.

10. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) № 15-рп/2004 від 2 листопада 2004 р. URL: [tp://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v015p710-04](http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v015p710-04).

11. Теорія держави і права : підруч. / кол. авт. ; кер. авт. кол. канд. юрид. наук, проф. Ю.А. Ведерніков. Дніпро: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2016; Ліра ЛТД. 480 с.

УДК 342.951

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.22>

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ПРАВА НА БЕЗОПЛАТНУ ПРАВОВУ ДОПОМОГУ В КОНТЕКСТІ ПРЕЦЕДЕНТНОЇ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Міщук Інна Володимирівна,

кандидат юридичних наук, професор,
заступник директора

Навчально-наукового інституту права

Національного університету водного господарства та природокористування

Сахнюк Віта Володимирівна,

здобувач вищої освіти третього рівня

Національного університету водного господарства та природокористування

У статті авторами досліджується право особи на безоплатну правову допомогу, яке гарантоване низкою міжнародних документів і національним законодавством. Проаналізовано рішення Європейського суду з прав людини, які надають вичерпне тлумачення права на безоплатну правову допомогу та констатують порушення, що допускаються державами, і розподілено їх на три групи: ті, що регулюють загальноправові аспекти, організаційно-адміністративні та якісні. Доведено, що застосування прецедентної практики Європейського суду з прав людини дає змогу запобігти численним помилкам в організації надання безоплатної правової допомоги.

Визначено, що загальноправові аспекти права на безоплатну правову допомогу стосуються кола осіб, які мають право на її отримання у зв'язку з матеріальним становищем або якщо того вимагають інтереси правосуддя, а також видів судочинства й судових інстанцій, на які це право поширюється.

Основними організаційними й адміністративними вимогами, сформованими в практиці Європейського суду з прав людини щодо надання безоплатної правової допомоги, названо, по-перше, доступність правової допомоги та можливість отримати її саме безоплатно; по-друге, обов'язок інформування громадян про право на правову допомогу; по-третє, забезпечення можливості оскаржити відмову в наданні безоплатної правової допомоги.

Визначено, що аспект якості надання безоплатної правової допомоги в практиці Європейського суду з прав людини розкривається через поняття «практичність», «дієвість» та «ефективність». Втручання держави в стосунки «клієнт-адвокат» можливе у випадках явного ігнорування адвокатом інтересів особи, яку він представляє, несвоєчасності такої допомоги й порушення інших формальних вимог.

Ключові слова: безоплатна правова допомога, судова практика, Європейський суд з прав людини.

Mishchuk Inna, Sakhnyuk Vita. General legal, organizational-administrative and qualitative aspects of the right to free legal aid in the context of the case law of the European Court of Human Rights

In this article authors examine the right of a person to free legal aid, which is guaranteed by a number of international documents and national legislation. The decisions of the European Court of Human Rights, which provide a comprehensive interpretation of the right to free legal aid, are analyzed and state violations, committed by the states and divide them into three groups: those that regulate common law aspects, organizational-administrative and qualitative. It is proved that the application of the case law of the European Court of Human Rights prevents numerous mistakes in the organization of free legal aid.

It is determined that the general legal aspects of the right to free legal aid concern the circle of persons who have the right to receive it due to financial situation or if required by the interests of justice, as well as the types of proceedings and courts to which this right applies.

The main organizational and administrative requirements formed in the case law of the European Court of Human Rights on the provision of free legal aid are: firstly, the availability of legal aid and the opportunity to receive it free of charge; secondly, the obligation to inform citizens about the right to legal aid; thirdly, providing an opportunity to challenge the refusal to provide free legal aid.

It is determined that the aspect of the quality of free legal aid in the case law of the European Court of Human Rights is revealed through the concepts of "practicality", "effectiveness" and "efficiency". State intervention in the "client-lawyer" relationship is possible in cases where the advocate clearly ignores the interests of the person he represents, the untimeliness of such assistance and the violation of other formal requirements.

Key words: free legal aid, judicial practice, European Court of Human Rights.

З поняттям безоплатної правової допомоги тісно пов'язане відповідне право. Конституційне право людини на професійну правничу допомогу (яке є первинним стосовно права на безоплатну правову допомогу) має дуалістичну правову природу: по-перше, є основним (фундаментальним), невід'ємним правом кожного, що становить сукупність правових можливостей фізичної особи як учасника правовідносин, з метою досягнення поставлених юридичних цілей, по-друге, воно виступає як ключова конституційна гарантія для забезпечення інших прав людини (у тому числі й права на справедливий суд) [4, с. 224].

Стосовно права на безоплатну правову допомогу С.В. Вилков визначає його як самостійне суб'єктивне конституційне право, яке являє собою ціннісно значимі й формально визначені, гарантовані суспільством і державою правові можливості фізичної особи у визначений законодавством спосіб і в законодавчо встановлених межах і формах забезпечувати й реалізовувати свої права, свободи та законні інтереси, їх захищати, а також поновлювати в разі порушення без стягування за це плати за допомогою уповноважених на це законом професійно підготовлених суб'єктів приватного й публічного права [3, с. 51]. Наведені вище позиції підтверджують важливість права на безоплатну правову допомогу в системі прав людини та підкреслюють роль держави в забезпеченні цього права.

Безумовно, право на безоплатну правову допомогу повинно бути забезпечене як на міжнародному, так і на національному рівнях. Уперше це право передбачено в статті 11 Загальної декларації прав людини, де вказано, що кожна людина, обвинувачена в учиненні злочину, має

право вважатися невинуватою доти, поки її винуватість не буде встановлена в законному порядку шляхом прилюдного судового розгляду, за якого їй забезпечують усі можливості для захисту [5]. Та отримало подальшого розвитку в таких міжнародних актах, як Міжнародний пакт про громадянські і політичні права, прийнятий 6 грудня 1966 р. Генеральною Асамблеєю ООН, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, прийнята 11 квітня 1950 р. Радою Європи, Міжнародний пакт про громадянські та політичні права, Резолюція Комітету Міністрів Ради Європи «Про юридичну допомогу в цивільних, господарських та адміністративних справах» від 18 лютого 1976 року № (76) 5, Резолюція Комітету Міністрів Ради Європи «Про юридичну допомогу та консультації» від 2 березня 1978 року й інші міжнародно-правові акти.

Особливе значення в установленні стандартів права на безоплатну правову допомогу має практика Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ, Європейський суд, Суд). Останній у рішеннях надає вичерпне тлумачення права на безоплатну правову допомогу й аналізує порушення, що допускаються державами.

На наш погляд, аналіз рішень ЄСПЛ у частині порушення права на безоплатну правову допомогу є важливим напрямом наукових досліджень з огляду на реформування української правової системи та її адаптацію до європейських стандартів. Застосування судової практики ЄСПЛ дасть змогу запобігти численним помилкам в організації надання безоплатної правової допомоги.

У проаналізованих нами рішеннях ЄСПЛ висвітлюються переважно загальноправові, організаційно-адміністративні та якісні аспекти права на безоплатну

правову допомогу. Саме їх пропонуємо проаналізувати в нашій статті.

У Європейській конвенції про захист прав людини і основоположних свобод право на безоплатну правову допомогу безпосередньо не називається, проте воно виводиться з права на справедливий суд, закріпленого в статті 6 Конвенції [6]. Однак більш ніж вичерпно правова природа та зміст права на безоплатну правову допомогу розкриті в рішеннях ЄСПЛ. Загальноправові аспекти, що стосуються можливості доступу осіб до права на безоплатну правову допомогу, ми розглянемо, визначивши коло осіб, які мають право на отримання безкоштовної правової допомоги, і вид судочинства, у якому така допомога надається.

Так, проаналізувавши практику ЄСПЛ, С.В. Оверчук влучно виділяє дві умови забезпечення права людини на безоплатну правову допомогу:

1) «умова стану», відома також як «тест на бідність, нужденність», в основі якого лежить фінансовий критерій, що дає змогу визначити брак у особи достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника;

2) «умова суті» («тест на наявність інтересів правосуддя»), яка пов'язує надання безоплатної правової допомоги з вимогами інтересів правосуддя [9].

Щодо «умови стану» можна виділити такі принципи, якими керується ЄСПЛ:

1. Право визначати мінімальний дохід, при якому особі може надаватися право на безоплатну правову допомогу залишається за національним законодавством. Саме тому в європейських країнах такий показник може суттєво відрізнятися й залежати від національних особливостей.

2. Тягар доказування фінансової мало-забезпеченості покладається на особу, що потребує безкоштовної правової допомоги (рішення від 25 вересня 1992 року у справі «Круассан проти Німеччини» (*Croissant v. Germany*), заява № 13611/88, рішення 21 червня 2011 року у справі «Орлов проти Росії», заява № 29652/04)

3. Суд повинен у кожному конкретному випадку оцінювати ситуації, оскільки право на безоплатну правову допомогу не є універсальним (рішення у справі «Кромбах проти Франції» (*Krombach v. France*),

заява № 29731/96, рішення від 21 червня 2011 року у справі «Орлов проти Росії», заява № 29652/04).

Друга умова реалізації права особи на юридичну допомогу безоплатно, яка пов'язується Європейським судом з «інтересами правосуддя», дає можливість диференціювати підхід у наданні особі такої допомоги адвокатами з урахуванням забезпечення належного здійснення правосуддя відповідно до статті 6 Конвенції. Страсбурзький Суд виділив при цьому три релевантні фактори (параметри), які необхідно враховувати: тяжкість злочину й суворість потенційного покарання; юридична або фактична складність справи; соціальний стан та особисті обставини обвинуваченого. Усі ці фактори аналізуються в сукупності, але кожен із них може бути підставою для надання безоплатної правової допомоги. Європейський суд у рішеннях звертає також увагу на здатність обвинуваченого розуміти хід процесу й надавати суду відповідні аргументи на свій захист без допомоги адвоката [9].

Що стосується виду судочинства, то прецедентна практика ЄСПЛ засвідчує, що стандарти й принципи надання безоплатної правової допомоги, які Європейський суд використовує стосовно допомоги захисника в кримінальних справах, поширюється ним і на осіб, що притягаються до дисциплінарної чи адміністративної відповідальності (рішення від 8 липня 1976 року у справі «Енгель та інші проти Нідерландів», заява № 5370/72) [9]. Поширюються вони також і на цивільне судочинство. Так, перед розглядом справи «Ейрі проти Ірландії» заявник намагався отримати допомогу адвоката у справі про роздільне проживання подружжя, однак не змогла знайти нікого, хто б погодився представляти її інтереси, оскільки безоплатна правова допомога по цій категорії справ не надається. У рішенні по справі Європейський суд відмітив, що пп. «с» пункту 3 статті 6 відноситься тільки до кримінального процесу. Тим не менше він також відзначив, що стаття 6 може в деяких випадках спонукати державу надавати допомогу адвоката, коли вона є необхідною для реального доступу до правосуддя у випадках, коли по деяких категоріях справ юридичне представництво є обов'язковим за

внутрішнім законодавством або в силу складності процесу [10]. У рішенні по справі «Кемпбелла і Фелла проти Сполученого Королівства» Європейський суд констатував порушення пп. «с» пункту 3 статті 6 Європейської конвенції, оскільки заявники не мали права на юридичне представництво під час розгляду справи в Раді піклувальників [7]. Українське законодавство також не обмежується кримінальним судочинством, надання правових послуг на безоплатній основі можливе й у цивільній, і в адміністративній юрисдикції за наявності «умови стану».

Прецедентна практика ЄСПЛ містить також норми, що стосуються організаційно-адміністративних аспектів надання безоплатної правової допомоги. Як відзначає С.В. Оверчук, забезпечення справедливості й ефективності процедур вирішення питання про надання субсидованої юридичної допомоги розглядається ЄСПЛ як позитивний обов'язок держави [9]. Забезпечення реалізації права на безоплатну правову допомогу відповідно до конкретизованих умов її надання вимагає впровадження державою ефективного правового механізму, заснованого на європейських стандартах. Страсбурзький суд вимагає, щоб умови надання допомоги за рахунок держави були досить чітко визначені, а процедура розгляду запиту на допомогу була прозорою і зрозумілою громадянам [9].

Основними організаційними й адміністративними вимогами, сформованими в практиці ЄСПЛ щодо надання безоплатної правової допомоги, є:

по-перше, доступність правової допомоги та можливість отримати її безоплатно (рішення від 28 листопада 1978 року у справі «Люєдіке, Белькасем і Коч проти Німеччини» (Luedicke, Belkaset and Koc v. Germany));

по-друге, обов'язок інформування громадян про право на правову допомогу (рішення від 27 березня 2007 року у справі «Талат Тунч проти Туреччини», заява № 32432/96,);

по-третє, забезпечення можливості оскаржити відмову в наданні безоплатної правової допомоги (рішення від 27 червня 2006 року по справі «Табор проти Польщі» (Tabor v. Poland), заява № 12825/02).

Крім того, особливе значення в рішеннях ЄСПЛ надається якісним аспектам послуг. У справі «Артіко проти Італії» від 13 травня 1980 року [1] Суд пояснив, що «пункт 3 (с) статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод гарантує право на адекватний захист у ході судового розгляду який як особисто, так і за допомогою адвоката. Це право підсилюється обов'язком з боку держави надати в певних випадках безоплатну юридичну допомогу». При цьому зауважив, що «Конвенція покликана гарантувати «допомогу», а не «призначення захисника», оскільки призначений адвокат може або померти, або захворіти, або може бути позбавлений можливості виконувати свої обов'язки, або навіть ухилитися від їх виконання. Влада, якщо вона повідомлена про ситуацію, що виникла, повинна або замінити його, або примусити виконувати свої обов'язки» (абз. 1, 3 п. 33) [11].

У низці рішень Європейським судом сформульовано вимогу про ефективність наданої правової допомоги. Так, наприклад, у рішенні від 13 лютого 2003 року по справі «Бертруззі проти Франції» (Bertuzzi v. France), заява № 36378/92, Суд зазначив, що в порушення частини 1 статті 6 Конвенції заявник не мав ефективного доступу до суду, у зв'язку з тим що, виступаючи в справі проти професійного юриста, був позбавлений професійного представника (кілька призначених у справі юристів відмовилися представляти його інтереси, посилаючись на особисті зв'язки з відповідачем) [2].

Водночас у справі «Ніколаєнко проти України» Суд наголосив, що держава не може нести відповідальності за кожен недолік у роботі захисника, призначеного з метою надання юридичної допомоги або обраного обвинуваченим. Незалежність представників юридичної професії від держави передбачає, що здійснення захисту є, по суті, взаєминами між підсудним і його захисником незалежно від того, призначається захисник для надання юридичної допомоги чи його послуги оплачуються з приватного джерела (див. рішення від 24 вересня 2002 року у справі «Кускані проти Сполученого Королівства» (Cuscani v. the United Kingdom), заява № 32771/96, п. 39). Згідно з підпунктом «с» пункту 3

статті 6 Конвенції, втручання компетентних національних органів вимагається лише в тому випадку, коли нездатність захисника ефективно представляти інтереси підзахисного є очевидною або достатньою мірою доведена до їхнього відома якимось іншим способом [8]. Коли мова йде про якісні аспекти надання безоплатної правової допомоги, необхідно в кожному конкретному випадку оцінювати діяльність адвоката.

Отже, загальноправові аспекти права на безоплатну правову допомогу стосуються кола осіб, які мають право на її отримання у зв'язку з матеріальним становищем або якщо того вимагають інтереси правосуддя, а також видів судочинства та судових інстанцій, на які це право поширюється.

Основними організаційними й адміністративними вимогами, сформованими в практиці ЄСПЛ щодо надання безоплатної пра-

вової допомоги, є, по-перше, доступність правової допомоги та можливість отримати її саме безоплатно; по-друге, обов'язок інформування громадян про право на правову допомогу; по-третє, забезпечення можливості оскаржити відмову в наданні безоплатної правової допомоги.

Щодо аспекту якості надання безоплатної правової допомоги, то в практиці ЄСПЛ ідеться про її «практичність», «дієвість» та «ефективність». Водночас втручання держави в стосунки «клієнт-адвокат» можливе у випадках явного ігнорування адвокатом інтересів особи, яку він представляє, несвоєчасності такої допомоги та порушення інших формальних вимог.

Загалом у практиці ЄСПЛ розкриті всі три види аспектів права на безоплатну правову допомогу, які повинні бути співвіднесені з національним законодавством, що є предметом для здійснення подальших наукових досліджень.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Артіко проти Італії (Artico v. Italy) : Рішення Європейського суду з прав людини від 04.03.2013, заява № 6694/74. Сайт *Precedent.ua*. URL: <https://precedent.in.ua/2016/02/25/artiko-protyv-italyy/>.
2. Бертруззі проти Франції : Рішення Європейського суду з прав людини від 13 лютого 2003 року, заява № 36378/92. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_211#Text.
3. Вилков С.В. Щодо визначення правової природи та сутності права на безоплатну правову допомогу в Україні. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2017. Випуск 1 (16). Том 2. С. 48–52.
4. Джуська А.В. Конституційне право людини на професійну правничу допомогу : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. Київ, 271 с. С. 224.
5. Загальна декларація прав людини. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text.
6. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text.
7. Кэмпбелл и Фелл против Соединенного Королевства : судебное решение от 28 июня 1984 года / Европейский суд по правам человека. Сайт *Precedent.ua*. URL: <https://precedent.in.ua/2016/04/09/kempbell-y-fell-protyv-soedynennogo-k/>.
8. Ніколаєнко проти України : Рішення Європейського суду з прав людини від 15 листопада 2012 року, заява № 39994/06. Офіційний сайт Верховної Ради України URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_891#Text.
9. Оверчук С.В. Умови надання безоплатної правової допомоги в контексті прецедентної практики Європейського суду з прав людини. *Часопис Національного університету «Острозька академія»*. Серія «Право». 2016. № 1 (3). URL: <https://lj.oa.edu.ua/articles/2016/n1/16osvzpl.pdf>.
10. Справа Ейрі : Рішення Європейського суду з прав людини від 9 жовтня 1979 року. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/980_332.
11. Ягунов Д.В. Практика Європейського суду з прав людини (прецеденти та коментарі з питань кримінального судочинства) / за ред. та зі вступ. словом Й.Л. Бронза. Одеса : Фенікс, 2010. 256 с.

МІЖУРЯДОВІ УГОДИ УКРАЇНИ В ГАЛУЗІ РИБАЛЬСТВА: УКЛАДЕННЯ ТА РЕАЛІЗАЦІЯ

Півторак Галина Федорівна,

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри морського права

Навчально-наукового інституту морського права та менеджменту

Національного університету «Одеська морська академія»

Іванова Алла Володимирівна,

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри морського права

Навчально-наукового інституту морського права та менеджменту

Національного університету «Одеська морська академія»

Стаття присвячена дослідженню стану спроможності рибпромислового комплексу України. Рибне господарство як компонент стратегічного значення розглядається в контексті укладення міжнародних угод, які мали заповнити прогалини в правовому регулюванні раціональної експлуатації живих морських ресурсів. Доведено необхідність розширення дво- і багатостороннього співробітництва держав у галузі рибальства. Здійснено аналіз міжурядових угод України, зокрема Угоди між Урядами СРСР, Народної Республіки Болгарії та Румунської Народної Республіки, Угоди між Урядом України та Урядом Російської Федерації про співробітництво в галузі рибного господарства, Угоди між Урядом України та Урядом Грузії, Угоди між Урядом України та Урядом Арабської Республіки Єгипет про співробітництво в галузі рибних ресурсів, Угоди між Урядом Союзу Радянських Соціалістичних Республік та Урядом Китайської Народної Республіки про співробітництво в галузі рибного господарства, Угоди про співробітництво в галузі рибальства та морського господарства між Урядом України та Урядом Ісламської Республіки Мавританія, Спільної заяви Державного агентства рибного господарства України, Міністерства рибного та сільського господарства Ісландії та Міністерства рибного господарства та прибережних справ Норвегії про співробітництво. Проаналізована мета й механізм взаємодії держав згідно із зобов'язаннями, що випливають з угод, а саме: установлення умов здійснення лову, контролю за рибпромисловою діяльністю; розвитку наукових досліджень та оцінці стану морських водних живих ресурсів та екосистем; збору й обміну даними; обміну науковими й технологічними знаннями для потреб розвитку національної рибогосподарської індустрії; співробітництва між відповідними закладами щодо морської професійної підготовки. Акцентується увага на діяльності змішаних комісій, створення яких передбачається майже всіма проаналізованими угодами, метою яких є розробка програм співробітництва, визначення конкретних умов реалізації положень цієї угоди, забезпечення контролю за її виконанням, вирішення спорів, що виникатимуть при тлумаченні угод.

Ключові слова: рибальство, рибне господарство, рибпромисловий комплекс, рибне господарство, співробітництво держав, двосторонні угоди, многосторонні угоди, міжурядові угоди, живі ресурси.

Pivtorak Halyna, Ivanova Alla. Intergovernmental agreements of Ukraine in the field of fisheries: conclusion and implementation

This article focuses on the research of the potential status of the fisheries complex of Ukraine, fisheries is considered to be a significant strategic integrative part of intergovernmental agreements which has to fulfill the gaps in the legal regulation of the sustainable use of marine living resources. The necessity of bilateral and multilateral enhanced state cooperation in the field of fisheries is proved. The article systematizes intergovernmental agreements of Ukraine, in particular the Agreement between the Governments of the USSR, the People's Republic of Bulgaria and the Romanian People's Republic, the Agreement between the Government of Ukraine and the Government of the Russian Federation, the Agreement between the Govern-

ment of Ukraine and the Government of Georgia on fisheries cooperation, Agreement between the Government of Ukraine and the Government of the Arab Republic of Egypt on cooperation in the field of fishery resources, Agreement between the Government of Ukraine and the Government of the Republic of Turkey on cooperation in the field of fisheries, Agreement between the Government of the Union of Soviet Socialist Republics and the Government of the People's Republic of China on cooperation in fisheries, Agreement on cooperation in fisheries and maritime management Of the Republic of Mauritania, Joint Statement by the State Agency for Fisheries of Ukraine, the Ministry of Fisheries and Agriculture of Iceland and the Ministry of Fisheries and Coastal Affairs of Norway on Cooperation. The aim and the mechanism for interaction between states as the result of state agreements are analyzed namely the introduction of conditionalities for fishing, the supervision of fishing industry, the cooperation between the related maritime institutions and organisations to prepare the professional staff. The emphasis is placed on the activity of joint commissions provided by the agreements analyzed which aim on cooperation programmes establishment, the implementation of the terms of the agreement under the certain circumstances, to ensure the monitoring if its implementation and possible dispute settlements which may occur while interpreting the conditions given in the agreement.

Key words: *fishing, fisheries, fisheries complex, cooperation of states, bilateral agreements, multilateral agreements, intergovernmental agreements, living resources.*

Рибальство впродовж останніх десятиліть набуло значного розвитку, але управління рибними ресурсами в багатьох районах моря залишається недосконалим. Задоволення потреб народу України у використанні морських живих ресурсів є пріоритетом національних інтересів на морі.

Актуальність теми дослідження зумовлена тим, що рибне господарство є невід'ємною частиною економічного потенціалу держави. М.А. Дячкова, досліджуючи шляхи підвищення конкурентної спроможності рибпромислового комплексу, визначає рибне господарство як багатогалузевий комплекс, що включає широкий спектр видів діяльності: видобуток водних біоресурсів, їх переробку і транспортування, забезпечення безпеки мореплавства, науково-дослідні та проектно-конструкторські роботи, збереження й відтворення біоресурсів, виробництво знарядь лову, машинобудування, судноремонт і суднобудування, виготовлення тари, матеріально-технічне постачання, торгівлю і збут, підготовку кадрів та інші види діяльності [2, с. 107]. Подібні погляди на природу рибпромислового комплексу можна зустріти й у роботах Ю.А. Бобильова [1, с. 86], С.В. Ізотова [4, с. 49]. Ключовим, на нашу думку, є видобуток біоресурсів, а саме риболовна діяльність. М.Ю. Єрьоміна пропонує розглядати рибне господарство як компонент стратегічного значення, що забезпечує продовольчу безпеку держав; як вид діяльності, особливо важливий для прибережних регіонів, і як

фактор стабілізації економіки в умовах економічних криз [3, с. 18].

Недостатність правового регулювання спричинила необхідність розширення двох і багатостороннього співробітництва держав у галузі рибальства. Міжурядові угоди є невід'ємною частиною співробітництва задля раціональної експлуатації живих морських ресурсів. Отже, до основних умов ефективного функціонування рибпромислового комплексу належить управління промисловим потенціалом, адже ефективне управління в Чорноморському регіоні неможливо без укладання та реалізації міжурядових угод [5].

Необхідність розширення двох і багатостороннього співробітництва держав у галузі рибальства зумовлена закриттям багатьох районів традиційного промислу низки країн. У Конвенції 1982 р. встановлено обов'язок держав співпрацювати між собою з питань збереження й управління живими ресурсами в районах відкритого моря. При цьому держави, особи яких здійснюють промисел живих ресурсів в одному районі відкритого моря, мають вести переговори з метою вжиття заходів для їх збереження.

За часів СРСР укладено значну кількість угод з питань співробітництва в галузі рибного господарства та рибних ресурсів. Угода між Урядами СРСР, Народної Республіки Болгарії та Румунської Народної Республіки про рибальство на Чорному морі від 7 липня 1959 р. передбачає встановлення мінімальних розмірів допустимих до

вилову риб; можливість зробити за необхідності аварійний ремонт і поповнити запаси продуктів харчування, питної води, пального, мастильних та інших матеріалів суднового постачання, що забезпечують продовження плавання або повернення судна у свій найближчий порт; можливість здавати в портах-притулках виловлену рибу у свіжому вигляді, якщо її збереження не може бути забезпечена на борту судна; право заходження до порту-притулку [6].

Договірні Сторони погоджуються співпрацювати й надавати взаємну допомогу відповідно до положень цієї Угоди в здійсненні раціонального рибальства на Чорному морі, в удосконаленні техніки рибальства, а також у проведенні досліджень у галузі іхтіології та гідробіології, спрямованих на підтримку і збільшення рибних запасів Чорного моря з метою підвищення рибної продукції. Угода між Урядом України та Урядом Російської Федерації про співробітництво в галузі рибного господарства від 24 вересня 1992 р. передбачає співробітництво з питань розробки й координації країнами своєї рибогосподарської політики і практичної діяльності з метою досліджень, оптимального використання та зберігання живих ресурсів Світового океану, у тому числі Чорного й Азовського морів [7].

Сторони погоджуються розробляти й координувати свою рибогосподарську політику і практичну діяльність у таких основних напрямках: розвиток риболовства в районах відкритого моря за межами їх риболовної юрисдикції; оптимальне використання і збереження морських живих ресурсів та управління ними в межах їхньої риболовної юрисдикції; проведення рибогосподарських досліджень; участь у міжнародних риболовецьких організаціях; надання в районах промислу взаємних послуг у забезпеченні риболовецьких суден і транспортування рибної продукції; тощо.

У статті 7 зазначено: «Сторони проводитимуть не менше ніж один раз на рік двосторонні консультації з метою виконання положень цієї Угоди» [7]. Однак у період з 2015 по 2020 роки двосторонні консультації в рамках угоди між Урядом України та Урядом Російської Федерації про співробітництво в галузі рибного господарства

не проводилися. Нині Угода залишається чинною. Оскільки Угода є міжурядовою, Держрибагентство проводить консультації із зацікавленими центральними органами виконавчої влади щодо призупинення її дії чи денонсації. Поки остаточне рішення не прийняте.

14 серпня 1993 р. підписана Угода між Державним комітетом України з рибного господарства та рибної промисловості й Комітетом Російської Федерації з рибальства з питань рибальства в Азовському морі. Ця угода передбачає спільне використання живих ресурсів басейну Азовського моря. Для цього, з одного боку, встановлюється та забезпечується взаємний і рівноправний промисел живих ресурсів у всьому басейні Азовського моря юридичними та фізичними особами України та РФ без обмежень територією тієї чи іншої держави. Таким чином, ця Угода надає суднам під прапором України та РФ законне право на промисел навіть у прибережній зоні сусідньої держави [17].

З іншого боку, Угода 1993 р. встановлює механізми збереження та спільного використання живих ресурсів та управління ними в Азовському морі. До таких механізмів варто віднести такі, як погодження спільної програми з підтримання запасів анадромних видів риб на безпечному біологічному рівні, заснування Українсько-російської комісії з питань рибальства в Азовському морі тощо. Також Угода передбачає проведення рибогосподарських досліджень; взаємодію в організації ремонту й будівництві риболовецьких суден; надання взаємних послуг на рівноправній основі для транспортування, увезення й вивезення рибної продукції з використанням рибних портів; запобігання забрудненню морського середовища, яке впливає на стан морських живих ресурсів тощо [16].

24 грудня 2019 р. ГО «Колегія юристів з морського права України» висловила свою позицію на адресу представника Президента України в АРК А.О. Кориневичу щодо можливих наслідків денонсації Договору між Україною та РФ про співробітництво у використанні Азовського моря і Керченської протоки 2003 р., Угоди між Державним комітетом України з рибного господарства та рибної промисловості і Комітетом Російської Федерації з рибаль-

ства з питань рибальства в Азовському морі 1993 р. У листі ГО «КЮМП» зазначено: «Як свідчать події в регіоні Азовського моря протягом останніх років, ФСБ РФ здійснює не тільки постійний контроль суден під прапором України, але і їх арешт через порушення державного кордону РФ, в т.ч. під час промислу риби. Такі обставини вказують на недотримання з боку РФ своїх зобов'язань за цією угодою в частині забезпечення рівноправного промислу живих ресурсів особливо після окупації Кримського півострову в 2014 році. З огляду на це та з урахуванням окупації Кримського півострова, обмеження судноплавства в Керченській протоці, затримання суден під прапором України з боку ФСБ РФ, недотримання РФ своїх міжнародних зобов'язань перед Україною, вважаємо, що подальше залишення Угоди 1993 року в силі є доцільним для України тільки в частині, що стосується збереження та спільного використання живих ресурсів та управління ними в Азовському морі» [16].

В Угоді між Урядом України й Урядом Республіки Болгарія про співробітництво в галузі рибного господарства від 13 вересня 1993 р. вказано, що завданням є сприяння координації діяльності держав співпрацювати з питань взаємного постачання суден паливно-мастильними матеріалами, тарою, водою, продуктами харчування й іншими матеріально-технічними ресурсами; кооперації в галузі ремонту риболовних суден, будівництва та виготовлення судових запасних частин, промислової й рибообробної техніки, знарядь лову та їх оснастки; надання технічного сприяння в розвитку рибного господарства й у підготовці кадрів на взаємній основі шляхом створення спільних риболовних експедицій; обміну фахівцями для надання допомоги в підготовці кадрів рибної промисловості, навчанні й стажуванні в морехідних училищах, на судах, підприємствах і в науково-дослідних і проектно-конструкторських організаціях [8].

Угода між Урядом України та Урядом Арабської Республіки Єгипет про співробітництво в галузі рибних ресурсів від 29 червня 1994 р. передбачає співпрацю з питань підготовки кадрів у риболовній промисловості, ідеться про прийняття

єгипетських спеціалістів до українських навчальних закладів. Також Сторони визначатимуть порядок та умови поставок рибної продукції, товарів, обладнання, спорядження й знарядь лову [10].

Угода між Урядом Союзу Радянських Соціалістичних Республік та Урядом Китайської Народної Республіки про співробітництво в галузі рибного господарства від 4 жовтня 1988 р. передбачає економічне й науково-технічне співробітництво в галузі рибного господарства за такими основними напрямками: проведення рибогосподарських досліджень з проблем, що становлять взаємний інтерес; збереження, раціональне управління й оптимальне використання живих ресурсів північній частині Тихого океану й суміжних прикордонних річок та озер; розвиток аквакультури, включаючи марікультуру та промислове рибництво; співробітництво в будівництві й ремонті суден [11]. В Угоді також зазначено необхідність удосконалення чинних і розробку нових знарядь і методів лову, а також розробки технологій, удосконалення механізації й автоматизації процесів виробництва продукції з морських живих ресурсів.

Метою Угоди між Урядом України та Урядом Грузії про співробітництво в галузі рибного господарства від 31 серпня 1996 р. є співпраця з питань підготовки фахівців у галузі рибного господарства; забезпечення безпеки мореплавання й охорони людського життя на морі; розвиток аквакультури, включаючи марікультуру; проведення наукових досліджень з оцінки стану живих ресурсів Чорного моря та їх місця існування; обмін досвідом у галузі рибогосподарської й науково-технічна діяльність [9].

Угода про співробітництво в галузі рибальства та морського господарства між Урядом України та Урядом Ісламської Республіки Мавританія від 4 грудня 2003 р. передбачає співробітництво між двома державами у сфері рибальства, а саме: установлення умов здійснення лову, контролю за рибопромисловою діяльністю; розвитку наукових досліджень та оцінку стану морських водних живих ресурсів та екосистем; співробітництво між відповідними закладами щодо морської професійної підготовки. Мавританська Сторона задля

забезпечення умов здійснення промислу дає суднам можливість якірної стоянки, постачання їм необхідних матеріалів і продуктів, вивантаження продукції та ремонту в портах Ісламської Республіки Мавританія й на рейдах цих портів [12].

Спільна заява Державного агентства рибного господарства України, Міністерства рибного та сільського господарства Ісландії та Міністерства рибного господарства та прибережних справ Норвегії про співробітництво у сфері рибного господарства від 16 вересня 2011 р. передбачає обмін технічними знаннями та досвідом, у тому числі шляхом відрядження експертів для підтримки зусиль України в упровадженні сталого управління ресурсами та розвитку інституційних спроможностей, а також навчання українських інспекторів у сфері попередження, припинення та ліквідації ННН-рибальства (незаконного, непідзвітного та нерегульованого) [13]. Також Угодою передбачено навчання рибалок/студентів на науково-дослідних суднах, виробничих підприємствах рибного господарства або дистриб'юторських компаніях; обмін науковими й технологічними знаннями для потреб розвитку національної рибогосподарської індустрії та післядипломне навчання українських фахівців в Університеті Об'єднаних Націй, Рибогосподарську програму підготовки в Ісландії.

Угодою між Кабінетом Міністрів України й Урядом Турецької Республіки про співробітництво в галузі рибного господарства від 22 грудня 2011 р. встановлено, що Держави співпрацюватимуть у реалізації спільних рибогосподарських проектів у сфері ефективного збереження, сталого розвитку й раціонального використання водних живих ресурсів, технологій з їх переробки [14]. Угодою передбачається співпраця держав у розвитку аквакультури; здійснення заходів із забезпечення безпеки рибальських суден і рибалок; проведення спільних наукових досліджень з оцінки стану живих ресурсів і природного життя в Чорному морі; стажування експертів у галузі рибного господарства в організаціях і на підприємствах України й Турецької Республіки.

Угода про співробітництво з метою розвитку партнерства в галузі рибальства

між Кабінетом Міністрів України та урядом Королівства Марокко від 27 квітня 2012 р. передбачає співпрацю в галузях професійної підготовки; переробку та комерційну реалізацію продуктів рибальства; співробітництво з питань боротьби проти незаконного, непідзвітного та нерегульованого рибальства; підготовку фахівців у сфері морегосподарської діяльності шляхом створення спільних програм професійної підготовки та вдосконалення у сфері рибальства й аквакультури [15]. Угодою встановлено співпрацю з питань боротьби проти незаконного, непідзвітного та нерегульованого рибальства шляхом обміну інформацією стосовно вивантажень улову у зонах, де одна з держав-Сторін є прибережною державою, а також інформацією стосовно морських суден, що підозрюються в незаконному, непідзвітному та нерегульованому рибальстві. Вони зобов'язуються проводити відповідні контрольні заходи з протидії щодо цих суден.

Відповідно до Угоди між Урядом України та Урядом Арабської Республіки Єгипет про співробітництво в галузі рибних ресурсів, Договірні Сторони формують Спільну комісію з метою забезпечення реалізації Угоди та контролю за її виконанням, розробки рекомендацій для Договірних Сторін, у тому числі з питань подальшого розвитку співробітництва та всіх інших питань, які становитимуть інтерес для Договірних Сторін [10].

Угода між Урядами СРСР, Народної Республіки Болгарії та Румунської Народної Республіки про рибальство на Чорному морі, Угода про співробітництво з метою розвитку партнерства в галузі рибальства між Кабінетом Міністрів України та урядом Королівства Марокко та Угода про співробітництво в галузі рибальства та морського господарства між Урядом України та Урядом Ісламської Республіки Мавританія передбачають створення Змішаної комісії. Кожна Сторона призначає до Змішаної комісії свого представника та його заступника й інформує про це іншу сторону дипломатичними каналами протягом двох місяців з дати набрання чинності цією Угодою. Комісія матиме завданням розробку програм співробітництва, визначення конкретних умов реалізації положень цієї Угоди, забезпечення контролю за її вико-

нанням, вирішення спорів, що виникатимуть при тлумаченні Угоди. Якщо Змішана комісія не досягне домовленостей щодо вирішення спору, цей спір буде вирішено шляхом консультацій і переговорів дипломатичними каналами. З метою реалізації покладених на неї завдань Змішана комісія може утворити спеціалізовані комітети й визначити їх компетенцію. Змішана комісія буде скликатися не рідше одного разу на рік по черзі на території кожної з Договірних Сторін. Результати роботи Змішаної комісії оформлюються протоколом.

Угодою між Урядом України й Урядом Республіки Болгарія про співробітництво в галузі рибного господарства та Угодою між Урядом України та Урядом Грузії про співробітництво в галузі рибного господарства створюється Постійна координаційна група.

До складу Групи входять призначені кожною зі Сторін представники. На засіданнях Групи їх можуть супроводжувати радники й експерти. Група збирається на свої засідання не рідше одного разу на рік по черзі на території кожної з Договірних Сторін. Загальні витрати, пов'язані з проведенням засідань Групи, несе Сторона, що приймає.

На прикладі Угоди між Урядом України та Урядом Грузії, Координаційна група:

- розробляє пропозиції з визначення тієї частини допустимого вилучення живих водних ресурсів у водах України та Грузії, яка може бути передана для ведення промислу другій Стороні, а також з характеру й розмірів відповідної компенсації;

- погоджує: кількість рибальських суден кожної зі Сторін, яким дозволяється промисел у водах, що знаходяться під їхньою юрисдикцією; умови ведення промислу на черговий промисловий період.

Результати роботи Групи оформлюються Протоколом, який стає невід'ємною частиною Угоди й визначає умови застосування її положень на кожний наступний рік [9].

Дво- і багатосторонні угоди між державами в галузі рибальства є невід'ємною частиною співробітництва держав у галузі раціональної експлуатації живих морських ресурсів. Розглянуті автором двосторонні та трьохсторонні акти серед іншого регулюють питання:

- співробітництва у сфері професійної підготовки фахівців у галузі рибного господарства, співробітництва між відповідними закладами щодо морської професійної підготовки, обміну фахівцями й організації стажування експертів у галузі рибного господарства;

- збору та обміну даними та статистичною інформацією в галузі рибальства;

- обміну науковими й технологічними знаннями для потреб розвитку національної рибогосподарської індустрії, проведення рибогосподарських досліджень з проблем, що становлять взаємний інтерес;

- співробітництва в галузі переробки та комерційної реалізації продуктів рибальства;

- співпраці з питань боротьби проти незаконного, непідзвітного та нерегульованого рибальства шляхом обміну інформацією стосовно вивантажень улову, а також інформацією стосовно морських суден, що підозрюються в незаконному, непідзвітному й нерегульованому рибальстві;

- співробітництва з питань взаємного постачання суден паливно-мастильними матеріалами, тарою, водою, продуктами харчування й іншими матеріально-технічними ресурсами та технікою, що забезпечують продовження плавання або повернення судна у свій найближчий порт;

- взаємодії в організації ремонту й будівництві риболовецьких суден, судових запасних частин, промислової та рибообробної техніки, розробки і створення суднового технологічного й промислового обладнання, нових знарядь і методів ловлі;

- співробітництва з питання розвитку аквакультури, розвитку риболовства в морських водоймах шляхом удосконалення техніки й методів промислу, розведення, вирощування, використання, обробки, збереження і транспортування живих організмів;

- співпраці з питань забезпечення безпеки мореплавання суден та охорони людського життя на морі.

Після отримання відповідей Держрибагентства на подані автором запити на отримання публічної інформації, на жаль, з'ясувалося, що реалізація вищезгада-

них Угод взагалі не відбувалася в період з 2015 по 2020 роки у зв'язку з відсутністю зацікавленості з боку суб'єктів рибного господарства. Відповідно, контроль за виконанням Угод не виконувався в повному обсязі. Винятком є лише Угода між Кабінетом Міністрів України й Урядом Турецької Республіки про співробітництво в галузі рибного господарства, адже 22 березня 2018 р. відбулося спільне Українсько-турецьке засідання Комітету з питань рибного господарства в м. Одесі, Україна. На ньому Сторони обговорювали питання співпраці у сфері рибного господарства й аквакультури, у сфері рибохорони та протидії незаконному, непід-

звітному й неконтрольованому рибальству (ННН), про науково-дослідне співробітництво та можливості співпраці для тренінгів спеціалістів у рибному господарстві.

Задля розвитку рибного господарства Україна має досить потужний потенціал і значну кількість дво- і багатосторонніх Угод. На думку автора, здається вкрай необхідним забезпечувати проведення засідань комісій у рамках Угод про співробітництво з метою розвитку галузі рибальства. Таке партнерство сприятиме не лише нарощуванню обсягів раціональної експлуатації живих морських ресурсів, а й підвищенню економічної стабільності нашої держави.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Бобылов Ю.А. Рыбопромышленный комплекс: оценка ситуации, пути улучшения организации. *Менеджмент и бизнес-администрирование*. 2007. № 1. С. 85–94.
2. Дьячкова М.А. Пути повышения конкурентоспособности рыбопромышленного комплекса. *Вестник Мурманского государственного технического университета*. 2011. Т. 14. № 1. С. 106–109.
3. Еремина М.Ю. Роль внешнеэкономической деятельности рыбопромышленного предприятия в развитии экономики прибрежных регионов. *Вестник Камчатского государственного технического университета*. 2009. № 8. С. 16–20.
4. Изотов С.В. Мировой опыт регулирования промышленного рыболовства: путь выхода из кризиса рыбного хозяйства Украины. *Вісник СевНТУ. Серія «Економіка і фінанси»* : збірник наукових праць. 2010. Вип. 109. С. 49–53.
5. Про ратифікацію Угоди про виконання положень Конвенції Організації Об'єднаних Націй з морського права від 10.12.1982 року, які стосуються збереження транскордонних рибних запасів та запасів далеко мігруючих риб і управління ними : Закон України від 28 листопада 2002 р. № 319-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 5. Ст. 38.
6. Угода між Урядами СРСР, Народної Республіки Болгарії та Румунської Народної Республіки про рибальство на Чорному морі від 07.07.1959. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/998_100/sp:max100 (дата звернення: 02.05.2021).
7. Угода між Урядом України та Урядом Російської Федерації про співробітництво в галузі рибного господарства від 24.09.1992. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/643_024 (дата звернення: 09.05.2021).
8. Угода між Урядом України і Урядом Республіки Болгарія про співробітництво в галузі рибного господарства від 13.10.1993. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/100_506 (дата звернення: 27.04.2021).
9. Угода між Урядом України і Урядом Грузії про співробітництво в галузі рибного господарства від 31.08.1996. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/100_526 (дата звернення: 27.04.2021).
10. Угода між Урядом України та Урядом Арабської Республіки Єгипет про співробітництво в галузі рибних ресурсів від 29.06.1994. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/818_023 (дата звернення: 09.05.2021).
11. Угода між Урядом Союзу Радянських Соціалістичних Республік та Урядом Китайської Народної Республіки про співробітництво в галузі рибного господарства від 04.10.1988. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/156_034 (дата звернення: 02.05.2021).
12. Угода про співробітництво в галузі рибальства та морського господарства між Урядом України та Урядом Ісламської Республіки Мавританія від 04.12.2003. URL: https://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/478_004 (дата звернення: 05.05.2021).

13. Спільна заява Державного агентства рибного господарства України, Міністерства рибного та сільського господарства Ісландії та Міністерства рибного господарства та прибережних справ Норвегії про співробітництво у сфері рибного господарства від 16.09.2011. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/998_458 (дата звернення: 05.05.2021).

14. Угода між Кабінетом Міністрів України і Урядом Турецької Республіки про співробітництво в галузі рибного господарства від 22.12.2011. URL: https://darg.gov.ua/_ugoda_mizh_kabinetom_0_0_0_1099_1.html (дата звернення: 05.05.2021).

15. Угода про співробітництво з метою розвитку партнерства в галузі рибальства між Кабінетом Міністрів України та урядом Королівства Марокко від 27.04.2012. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/504_011 (дата звернення: 26.04.2021).

16. Наслідки денонсації деяких договорів між Україною та РФ щодо Азовського моря та Керченської протоки. URL: <http://www.umba.org.ua/newsroom/news/news20.htm> (дата звернення: 09.05.2021).

17. Угода між Державним комітетом України з рибного господарства та рибної промисловості і Комітетом Російської Федерації з рибальства з питань рибальства в Азовському морі від 14.09.2003. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/643_174 (дата звернення: 09.05.2021).

УДК 342.537

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.24>

СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ УКРАЇНСЬКОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ ТА НАПРЯМ ЇХ УНИКНЕННЯ

Стець Олег Миколайович,

кандидат юридичних наук,
завідувач кафедри конституційного, міжнародного та приватного права
Криворізького факультету
Національного університету «Одеська юридична академія»

Павліченко Євгенія Володимирівна,

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінально-правових дисциплін
Криворізького факультету
Національного університету «Одеська юридична академія»

Стаття присвячена проблемам розвитку українського конституціоналізму, виявленню проблемних питань та розробці шляхів їх уникнення.

Дослідженнями, які проведені у статті, встановлено, що конституціоналізм – це складне і багатогранне політико-правове, історико-соціальне та культурне явище.

У статті вказано, що конституціоналізм – це теорія і практика конституційного будівництва. Він становить собою особливу систему конституційно-правових відносин, які опосередковують у загальному вигляді повновладдя народу, його суверенітет.

Констатовано, що в Україні присутня суттєва відірваність основоположних конституційних цінностей і принципів від соціальної дійсності. Стан сучасного українського суспільства і політичного процесу в Україні об'єктивно потребує необхідності вдосконалення конституційного регулювання суспільних відносин. Ці зміни мають сприяти досягненню визначеної у чинній Конституції України мети, пов'язаної, зокрема, з прагненням розвивати і зміцнювати демократичну, соціальну, правову державу, а також з необхідністю забезпечення наступництва у конституційному творенні. Подальший розвиток України як демократичної, правової, соціальної держави зумовлює необхідність належного наукового забезпечення процесу творення національного конституційного законодавства з урахуванням європейського і світового досвіду сучасного конституціоналізму.

Суспільство і держава постають перед необхідністю усвідомлення вказаних недоліків і внесення відповідних змін до Конституції України.

Наукове забезпечення конституційно-правової модернізації має ґрунтуватися на засадах глибокого опанування теорії сучасного конституціоналізму, всебічного аналізу практики взаємодії України з міжнародними інституціями в питаннях конституційної реформи, творчого осягнення здобутків європейського правового і політичного простору, інтегруватися до якого прагне Україна. Це дозволить визначити оптимальні шляхи конституційного будівництва, які б органічно поєднували кращі зарубіжні напрацювання в цій галузі й усталені вітчизняні правові традиції.

Ключові слова: держава, законність, конституція, конституціоналізм, право, принцип, суспільство, цінність.

Stets Oleg, Pavlichenko Yevheniya. Modern problems of Ukrainian constitutionalism and direction of their avoidance

The article is devoted to the problems of the development of Ukrainian constitutionalism, identification of problematic issues and development of ways to avoid them.

The research conducted in the article has established that constitutionalism is a complex and multifaceted political, legal, historical, social and cultural phenomenon. The article states that constitutionalism in modern scientific doctrine is considered in the historical-philosophical, political and legal aspects. Legal understanding of constitutionalism involves the normative consolidation and practical implementation of the features of constitutionalism, constitutional values and principles with the formation of appropriate regulatory methodology and mechanisms.

It is also shown that constitutionalism is a complex systemic formation, which elements: factual and legal constitution, constitutional theory, constitutional relations, constitutional legal consciousness, constitutional legality and legal order. The basic values of constitutionalism include civil and political freedom, the service of the state to society and law, and civil consent.

Society and the state are faced with the need to realize these shortcomings and make appropriate changes to the Constitution of Ukraine. Elaboration of the concept of amendments to the Basic Law and the draft law on amendments to the Constitution of Ukraine on its basis is becoming an increasingly important factor in stimulating further development of domestic constitutional and legal thought, raising legal awareness and legal culture. The state of modern Ukrainian society and the political process in Ukraine objectively requires the improvement of the constitutional regulation of public relations. The need and importance of changes to the Constitution is explained primarily by the need to improve the political and institutional design of statehood, the rejection of the vestiges of the Soviet legal heritage, the implementation of the latest political and legal vision of the state.

Scientific support of constitutional and legal modernization should be based on the principles of deep mastery of the theory of modern constitutionalism, comprehensive analysis of Ukraine's interaction with international institutions on constitutional reform, creative understanding of the European legal and political space to which Ukraine seeks to integrate. This will allow to determine the optimal ways of constitutional construction, which would organically combine the best foreign developments in this field and established domestic legal traditions.

Key words: state, legality, constitution, constitutionalism, law, principle, society, value.

Постановка проблеми. Дослідження проблем конституціоналізму в Україні являє собою важливий напрям юридичної науки, пов'язаний з вирішенням комплексу важливих за своїм масштабом задач закріплення конституційного устрою.

Український конституціоналізм наразі сприймається суспільством як провідний фактор побудови правової демократичної держави, подальшого розвитку системи прав та свобод людини, закріплення інституційних структур громадянського суспільства України.

Теорія конституціоналізму відноситься до групи універсальних державно-правових теорій, які розвиваються та збагачуються на засадах побудови правової демократичної соціальної держави.

Процес осмислення специфіки конституційного будівництва в Україні стикається з рядом теоретико-методичних проблем. У цьому зв'язку уточнення понятійного апарату конституціоналізму є актуальною задачею методологічного порядку.

Юридична наука має недостатність наукових праць, присвячених аналізу українського конституціоналізму як з точки зору його історично-правової еволюції, так і формування інституційних характеристик.

Актуальність вивчення розвитку конституціоналізму зростає не лише з теоретико-пізнавальних позицій, але й у прикладному плані.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Різні сторони розробленості українського конституціоналізму були об'єктом вивчення декількох поколінь юристів.

Серед наукових досліджень можна виділити праці провідних вчених А.А. Алексеєва, С.А. Корфа, В.М. Гессена, Я.А. Тихомірова та інших за напрямками узагальнення та формами відображення дійсності.

Історія розвитку конституціоналізму знаходить відображення у працях В.І. Сергієвича, А.Д. Градовського, Ф.И. Леонтовича, які розглядали дану проблему через аналіз державно-правових інститутів.

У зарубіжних країнах проблема конституціоналізму досліджувалася вченими Р. Гнейстом, Г. Еллинеком, Ш. Боржо, В. Орландо, С. Джоу, Л. Дюги та іншими.

У сучасних наукових дослідженнях розглядаються різні аспекти теорії та практики конституціоналізму, а саме: філософський, історичний, політологічний, юридичний.

Загальновідомо, що конституціоналізм був започаткований у зв'язку з появою древньогрецьких конституцій, де перші згадки про нього були висвітлені у наукових напрацюваннях древньогрецького науковця-енциклопедиста, Аристотеля [1, с. 288].

Провідні вчені в області правознавства дотримуються думки, що термін «конституціоналізм» був започаткований у науковій думці американським юристом

Г. Дж. Берманом у кінці XVIII – початку XIX ст. [2, с. 42].

Прихильники сучасної зарубіжної юридичної літератури розглядають конституціоналізм у нерозривному зв'язку з обмеженням влади держави та представляють його як сукупність принципів, порядок діяльності та інституційних механізмів, котрі традиційно використовуються з метою обмеження державної влади [3, с. 82].

На думку представників сучасної науки конституційного права, конституціоналізм трактується як складне явище, що містить: конституційні ідеї та категорії, що відображають базові цінності суспільства; масову конституційну свідомість громадян та населення в цілому; конституційні норми, акти та інститути як нормативно-структуроване вираження двох попередніх компонентів; конституційний порядок як процес та стан реалізації конституційних норм [4].

На даний час конституціоналізм розглядаються з широкої та вузької точок зору. У широкому розумінні конституціоналізм це теорія конституції, історія та практика конституційного будівництва. У вузькому розумінні це цілісна система знань про базові політико-правові цінності, котрі знаходять відображення в демократичних конституціях та демократичній конституційній теорії.

За науковими поглядами провідних вчених Ю.М. Тодики та В.С. Журавського, конституціоналізм репрезентується в політичному аспекті як особливий характер відносин поміж державою та суспільством на засадах консенсусу [5, с. 132].

На думку В.Л. Федоренко, юридичний конституціоналізм є системою, у котрій в якості провідних елементів визначаються конституційні норми, конституція, як система політико-правових цінностей, які відображають концепцію, філософію, сутність конституції, а також практику її запровадження [6].

На основі попередніх наукових досліджень можна висувати, що конституціоналізм на даний час представляється як політико-правове явище, що ґрунтується на конституційних засадах.

Метою статті є наукове узагальнення становлення та розвитку конституціоналізму, виявлення сучасних проблем укра-

їнського конституціоналізму та обґрунтування напрямів їх уникнення.

Виклад основного матеріалу. Виходячи із теорії політико-правових систем, можна відзначити, що конституціоналізм є системою, яка характеризується такими ознаками: інтегрованістю, тобто він є інтегральним явищем; упорядкованістю, що характеризує взаємозв'язок між елементами; складністю, оскільки кожен елемент системи є складним утворенням; відкритістю системи.

До основних інститутів конституціоналізму відносяться: інститут публічної влади, інститут конституційного контролю, інститут конституційної відповідальності.

Метою функціонування системи конституціоналізму є конституційна законність.

Теорія сучасного конституціоналізму це система наукових знань, що надають цілісне уявлення про закономірності розвитку та існуючих зв'язках явищ дійсності при встановленні конституційного устрою, формування політичної системи, що спирається на конституцію як основного інструменту публічної влади, конституційні методи управління.

Отже, конституціоналізм потрібно представляти як теорію, ідеологію та практику конституційного розвитку держави та суспільства.

Сучасний розвиток світового виміру характеризується географічно-політичними змінами, що мають конституційне значення та характеризуються поглибленням системної кризи конституціоналізму у різних його проявах, як інституційних, так і функціональних.

Даний процес супроводжується заостренням протиріччя, посиленням конкуренції між признаними принципами та конституційними цінностями демократії, правами людини, верховенства права та сучасним розумінням національних інтересів, новими вимогами щодо безпеки особи, суспільства, держави в умовах глобальних загроз, що є характерними для XXI сторіччя.

Означена ситуація об'єктивно передбачає потребу формування нової філософії конституціоналізму та розробки нових підходів щодо висування інтегрованих світоглядних, морально-етичних, соціально-економічних, політичних основ сучасного конституціоналізму.

Одночасно вказане потребує визначення нових вимог до сучасного конституціоналізму з урахуванням загальних закономірностей та національно-історичних особливостей конституційного розвитку держави.

У цьому зв'язку до відомих методів вивчення нормативно-правової, публічно-владної складової конституціоналізму потрібно додати соціологічні, історичні, філософські методи пізнання складних, комплексних за своєю природою явищ конституційно-правової дійсності. За таких підходів буде забезпечено процес виявлення та оцінки внутрішніх зв'язків, загальних закономірностей та соціально-культурних особливостей сучасного конституціоналізму.

Наразі конституціоналізм потрібно означати як нормативно-концептуальну модель, що повинна бути заснована на цінностях верховенства права, прав людини, соціальної справедливості та рівності перед законом, У рамках такої моделі мають бути реалізовані різні функції світоглядного, ціннісного, нормативно-регулятивного та виховного й освітнього характеру.

Конституціоналізм на сучасному етапі треба представляти як об'єктивно складений порядок реальних суспільних відносин, котрий заснований на визнаних самим суспільством морально-правових вимог справедливості та міри досягнення свободи.

Доцільно акцентувати увагу на тому, що конституціоналізм не треба розглядати як процес, який сформований державою та такий, що знаходиться під контролем держави. Держава не може декларувати на основі своїх законів бажаний для неї конституціоналізм, однак, держава повинна створювати умови для доцільного розвитку конституціоналізму.

Відносини, що складають конституціоналізм, передбачають здатність втілювати у собі певні вимоги, нормативні моделі поведінки громадян, посадових осіб, державних органів та держав в цілому у відповідності з ідеалами справедливості та свободи.

Треба звернути увагу, що на сучасному етапі світового розвитку виникає нове транснаціональне правове явище, що пов'язане із формуванням європейського

конституціоналізму. Це нова філософсько-світоглядна, культурологічна категорія, яка призначена висвітлювати наднаціональну правову універсальність та національно-конституційну інтеграцію державно-правових систем Європи в режимі діалогу культур на засадах збереження суверенітету правових систем.

Загалом європейський конституціоналізм використовується як спосіб протидії свавілля влади, як засіб обмеження і конкретизації прав та обов'язків представників державної і місцевої влади, а також для побудови чіткої вертикалі влади.

Звертаючись до реалій розвитку українського конституціоналізму, відзначимо, що проведення конституційної реформи в Україні стосується усіх основних сфер суспільного політичного життя. Її основним завданням є створення правової моделі оновленого суспільства та суверенної держави. Означене завдання пов'язане з проблемою реалізації Конституції, що становить основу конституціоналізму як теорії і практики конституційного будівництва. Конституція – це фундаментальна база чинного законодавства, безпосереднє джерело національного права, яке спрямовує розвиток правової системи, встановлює процедури і акти правотворчості, суттєво позначається на механізмі реалізації норм права.

Нині в Конституції України є доцільним проведення деяких змін для подальшого демократичного розвитку України та удосконалення тексту Основного Закону. Модернізація Конституції України і конституційного законодавства, передусім, повинна бути спрямована на усунення існуючих дефектів і прогалин у конституційно-правовому регулюванні. Ця проблема є важливою і актуальною не тільки для України, але й для будь-якої іншої держави, тому що в конституції будь-якої держави можливі дефекти, подолання яких є необхідною умовою формування та розвитку сучасного конституціоналізму.

Іншою проблемою конституційного законодавства є наявність у ньому прогалин. Прогалини в конституційному праві характеризуються тим, що конкретний вид суспільних відносин не містить урегульованості конституційно-правовими нормами, тобто ці норми відсутні в кон-

ституційному законодавстві, не визначено методи конституційно-правового регулювання суспільних відносин, не закріплено в конституційному матеріалі принципи, на яких повинно здійснюватися їх регулювання. Основним і найбільш прийнятним способом вдосконалення і розвитку конституції є вдосконалення і розвиток конституційного законодавства. Конституція тільки тоді буде несуперечливою і сучасною, коли буде створено струнку, науково обґрунтовану, ієрархічну систему нормативних актів, що дають можливість функціонувати конституції, тобто виникає потреба сформувати систему конституційного законодавства.

Проведений аналіз існуючих у конституційному праві України прогалин і дефектів дає змогу зробити висновок про нагання потребу реформування конституційного законодавства і вдосконалення конституційного права в сучасних умовах нової конституційно-правової спрямованості в Україні з метою конституційного забезпечення політичної реформи в рамках концепції сучасного українського конституціоналізму. Передусім, необхідна його систематизація. Це вимагає повороту законотворення до систематизації існуючого законодавства, побудови раціональної, внутрішньо узгодженої національної системи законодавства.

Сучасний стан конституційного законодавства України характеризується відсутністю його системності, по суті конституційне законодавство представлене невпорядкованою сукупністю величезної кількості нормативно-правових актів, що негативно відбивається на практиці сучасного конституціоналізму. Тому необхідність упорядкування цієї сукупності актів не викликає сумнівів.

Отже, систематизація конституційного законодавства України є актуальною з таких причин. По-перше, галузь конституційного права була пов'язана з істотними змінами, викликаних конституційною реформою в Україні, здійснення якої почалося задовго до прийняття Конституції України, у ході якої було прийнято і приймаються нині нові джерела конституційного права.

По-друге, конституційне правоневпинно розвивається, що викликає потребу при-

йняття нових нормативно-правових актів, які повинні органічно втілюватись в систематизоване конституційне законодавство на основі науково вивірених критеріїв систематизації законодавства. Системний підхід до формування конституційного законодавства слід розуміти як його доповнення не окремими розрізненими законами та іншими нормативно-правовими актами, а їх відповідними блоками, сформованими за певними сферами конституційного правового регулювання.

По-третє, у чинному конституційному законодавстві України значна кількість актів підлягає частим змінам і доповненням, внаслідок чого виникла необхідність у їх новому офіційному опублікуванні. Це доцільно здійснювати в систематизованому вигляді.

По-четверте, конституційне право є первинною, однією з фундаментальних галузей права, що відіграє системну роль у правовій системі України, тому від системності конституційного законодавства безпосередньо залежить якість усіх інших галузей законодавства.

Метою сучасного періоду розвитку конституційного законодавства є формування цілісної системи конституційного законодавства, адаптованого до чинної Конституції України, зорієнтованого на досвід світового й вітчизняного конституціоналізму, найважливіші демократичні загальнолюдські цінності, втілені в принципах сучасного українського конституціоналізму.

У розвитку конституційного законодавства України на сучасному етапі простежується ряд тенденцій. Ці тенденції аналогічні загальним напрямкам розвитку законодавства сучасної України, зокрема: радикальна якісна інновація права, тобто прискорення формування нових галузей та інститутів права й законодавства; інтенсифікація законотворчої діяльності; надання характеру різноманітності форм права; зменшення рівня використання лише форми а й надання значення змістові, ступеня визначеності його норм. Одним із найбільш теоретично і практично важливих питань, зокрема, для структуризації системи конституційного законодавства, як нормативної основи сучасного конституціоналізму, є нормативне визначення і закріплення видів, форм

та ієрархії нормативно-правових актів. Цей напрям ґрунтується на тому, що за природою Конституція є актом установчої влади народу.

Висновки та перспективи подальших досліджень. За сучасних підходів під конституціоналізмом розуміють чинні конституційно-правові інститути забезпечені верховенством права, реалізацію прав людини і громадянина, а також систему поглядів і переконань про конституцію, її соціальну сутність і призначення. Конституціоналізму властиві три істотні компоненти – це: певна філософія, система ідей, поглядів, принципів, про правові основи державної влади, про державний устрій суспільства, про права і свободи людини та громадянина; конституційне законо-

давство; практика реалізації принципів і норм, що отримали закріплення в чинній конституції, конституційному законодавстві. Розробка, прийняття змін до Конституції довготривалий процес, що вимагає концептуального та політично виваженого підходу, яке б вибудували професійно-наукове бачення сучасної конституційно-правової політики в Україні. Проводячи конституційні зміни необхідно зберегти краще, що є у чинній Конституції України. Напрями подальших досліджень будуть спрямовані на установлення та розкриття принципів сучасного українського конституціоналізму; обґрунтування та визначення конституційно-правової свободи людини як мету сучасного українського конституціоналізму.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Конституціоналізм. Юридична енциклопедія: у 6 т. Ред. кол. Ю. С. Шемшученкота ін. Київ : Українська енциклопедія ім. М.П. Бажана, 2001. Т. 3. 792 с.
2. Ситар І.М. Ціннісне обґрунтування західної традиції права в контексті динамічного підходу. *Часопис Київського університету права*. 2014. № 1. С. 41–44.
3. История политических и правовых учений: учебник: в 2 томах. Том 2. Нерсисянц В.С. Москва :Юр. Норма, НИЦ ИНФРА-М, 2018. 352 с.
4. Якимович Я.В. Система витоків антропоцентризму у формуванні сучасного конституціоналізму державної влади. Електронний ресурс. *Науковий вісник публічного і приватного права*. 2019. № 3. Т. 2. С. 59–69. URL : http://www.nvppp.in.ua/vip/2019/3/tom_2/11.pdf.
5. Конституційне право України : підручник для студентів вищих навчальних закладів / За ред. академіка АПрН України Ю. М. Тодики, доктора юридичних і політичних наук, професора В.С. Журавського. Київ : Видавничий Дім «Ін Юре», 2002. 544 с.
6. Федоренко В.Л. Конституція та конституціоналізм: сутність і взаємообумовленість. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка*. 2019. Том 2. № 86. С. 78–88.

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РОЗВИТКУ ТРАНСПАРЕНТНОСТІ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ В УМОВАХ СУЧАСНОГО СУСПІЛЬСТВА

Томкіна Олена Олексіївна,

кандидат юридичних наук,

в. о. провідного наукового співробітника відділу дослідження проблем взаємодії держави та громадянського суспільства

Київського регіонального центру Національної академії правових наук України

Стаття присвячена нагальній в умовах сучасного інформаційного суспільства проблемі забезпечення та розвитку транспарентності Конституційного Суду України як принципу його формування, організації і діяльності. Забезпечення транспарентності Конституційного Суду України розглядається як важливий інструмент підвищення рівня суспільної довіри до Суду, спосіб зміцнення його інституційної спроможності, умова розвитку демократії та інформаційного суспільства. Зазначається, що транспарентність Конституційного Суду відображає світові тенденції впровадження концепцій відкритості держави для суспільства, відкритого суду, є втіленням демократичних основ конституційного ладу та є складовою державної інформаційної політики.

Транспарентність Конституційного Суду має однаково важливе значення як під час формування кадрового складу Суду, так і в процесі його організації і діяльності. Змістовно принцип транспарентності має вияв у відкритих процедурах конкурсного відбору суддів Суду і працівників Секретаріату, прозорості інформації про різні аспекти діяльності Суду (доступі до публічної інформації), гласності конституційного провадження, оприлюдненні ухвалених Судом рішень і наданих висновків (окрім матеріалів закритої частини засідань та матеріалів, які містять інформацію з обмеженим доступом), взаємодії із ЗМІ, прозорості публічних закупівель, оприлюдненні декларацій Суддів тощо.

Забезпечення розвитку транспарентності Конституційного Суду необхідне для підтримки його інституційної незалежності, зміцнення суспільної довіри до нього, правильного розуміння змісту функцій органу конституційної юрисдикції, передумов, причин і мотивів прийняття рішень і надання висновків Суду, стану їх виконання. Наголошується, що подальший розвиток транспарентності Конституційного Суду є одним із важливих напрямів зміцнення його інституційної спроможності і потребує належного доктринального і законодавчого забезпечення.

Ключові слова: інформаційне суспільство, транспарентність, Конституційний Суд України, принцип.

Tomkina Olena. Ensuring the development of transparency of the Constitutional Court of Ukraine in modern society

The article is devoted to the relevant issue of ensuring and developing transparency of the Constitutional Court of Ukraine as a principle of its formation, organization and activity in the conditions of modern information society. The ensuring the transparency of the Constitutional Court is considered as an important tool for increasing the public confidence in the Court, a way to strengthen its institutional capacity and a condition for democracy and information society development. It is noted that the transparency of the Constitutional Court reflects global trends in the implementation of the concepts of state transparency to society, open trial, is the embodiment of the democratic basis of the constitutional order and is a part of state information policy.

The transparency of the Constitutional Court is equally important both in the formation of the Court staff and in the process of its organization and activity. Significantly, the principle of transparency is manifested in open procedures for competitive selection of judges of the Court and employees of the Secretariat, transparency of information on various aspects of the Court (access to public information), publicity of constitutional proceedings, promulgation of decisions and conclusions (except the materials of closed court session and materials with limited access),

interaction with the media, transparency of public procurement, publication of judges' declarations, etc.

The ensuring of development of the transparency of the Constitutional Court is necessary to support its institutional independence, strengthen public confidence in it, proper understanding of the content of the functions of the constitutional jurisdiction, preconditions, reasons and motives for decision-making, conclusions of the Court, and their implementation status. It is emphasized that the further development of the transparency of the Constitutional Court is one of the important direction of strengthening its institutional capacity and requires the proper doctrinal and legislative support.

Key words: *information society, transparency, the Constitutional Court of Ukraine, principle.*

Постановка проблеми. Конституційний Суд України (далі – Конституційний Суд, Суд) завжди перебував під пильною увагою громадськості, особливо нині – у світлі низки рішень Суду, які викликали суспільний резонанс і посяли в свідомості людей зерна сумніву в політичній незалежності Суду і доброчесності його окремих суддів. Закономірно, що недавні соціологічні дослідження зафіксували низький рівень суспільної довіри до Суду (69–70%), що стало приводом до ініціювання чергових змін у сфері конституційної юрисдикції. На цей час за дорученням Президента України розроблено проект Стратегії розвитку органів правосуддя та конституційного судочинства на 2021–2023 роки¹, а в українському парламенті зареєстровано низку відповідних законопроектів.

Серед пріоритетів удосконалення діяльності Конституційного Суду окреме місце у проекті Стратегії відведено розширенню комунікаційної політики Конституційного Суду, яка визнана недостатньою. Зважаючи на це, в контексті анонсованих змін щодо удосконалення діяльності Конституційного Суду актуалізується проблема розвитку транспарентності Суду та підвищується науково-практичне значення дослідження цього феномену у сфері конституційної юрисдикції.

Метою статті є теоретико-правовий аналіз транспарентності як одного з основоположних принципів формування, організації і діяльності Конституційного Суду України.

Стаття виконана у межах фундаментальної теми «Взаємодія правової держави, громадянського суспільства та особи: правові аспекти, практичні реалії, прогно-

тичні зміни» (номер державної реєстрації 0121U100031), яка виконується Відділом дослідження проблем взаємодії держави та громадянського суспільства Київського регіонального центру Національної академії правових наук України.

Виклад основного матеріалу. Рівень довіри громадян до державних інституцій, як зазначила професор Г. Буюджи, буде високим у тому суспільстві, де невід’ємні та основоположні права громадян забезпечені належним чином, де існує свобода думки, слова, а також ефективна можливість захистити порушені права у правовий спосіб. Це означає, що органи державної влади формують *справедливі* правила поведінки, а правоохоронні та судові органи забезпечують їх дотримання у правовий спосіб такою мірою, що громадяни можуть їм довіряти та відчувати себе захищеними [1, с. 169]. Розвиваючи цю думку, зауважимо, що недостатній рівень транспарентності (інформаційної прозорості) державних інституцій «не вписується» в засади розвитку інформаційного суспільства та негативно позначається на реалізації принципу гарантованості прав людини. Адже інформаційне суспільство, доводить І. Мукомела, є «транспарентним, громадянським і правовим», «покликане забезпечити кожному право на інформацію, подолання «цифрової» та соціальної нерівності, створення спільного інформаційно-правового простору» [2, с. 69, 70].

Транспарентність постала засадничим поняттям багатьох суспільних наук (політології, соціології, юриспруденції, науки управління та ін.), предмет яких дотичний до проблем взаємодії держави, суспільства та особи. У соціально-політичному контексті транспарентність означає наочність, доступність розумінню, підконтрольність, відкритість, прозорість діяльності соціальних суб’єктів [3, с. 13],

¹ Наразі доступний неофіційний текст проекту Стратегії (зокрема, за посиланням: <https://dejure.foundation/library/analiz-stratehii-sudovoi-reformy-vid-ofisu-prezydenta>).

що є фактором демократичного розвитку, інструментом забезпечення підконтрольності влади, засобом підвищення активності громадян, їхньої свідомості і політичної культури, результатом розвитку комунікацій між учасниками демократичного процесу, формою реалізації права громадян на повну та об'єктивну інформацію [4, с. 720]. Показники прозорості влади свідчать про реальний стан демократії та реалізації прав і свобод людини і громадянина.

Вчені розглядають транспарентність як системно-функціональний (соціальний, правовий, економічний та політичний) феномен демократичної правової держави. Цей феномен постає як: необхідна властивість, умова відповідальності та ефективності державної влади; форма взаємодії держави та громадян, яка забезпечує участь громадян у суспільно-політичному житті, суспільний контроль над органами влади; інструмент політичної соціалізації та політичної культури; фактор національної та інформаційної безпеки [5, с. 7, 9].

Науковці аналізують транспарентність й як конституційний принцип – один із невід'ємних складників існування правової державності, утвердження конституціоналізму та функціонування верховенства права на європейському просторі. Ознаками транспарентності вважають: її пріоритет над закритістю; невід'ємний взаємозв'язок з верховенством права; повнота інформації; своєчасність її отримання; реальна можливість громадян вплинути на те чи інше рішення; цілісність інформації [6, с. 160].

Загалом дослідження транспарентності як принципу публічної влади актуальне для всіх рівнів і видів останньої. Важливе концептуальне значення для цілей статті відіграє розуміння транспарентності судової влади, оскільки до конституційних змін 2016 року (Закон України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) від 02 червня 2016 № 1401-XIII) Конституційний Суд формувався і функціонував як незалежний орган саме у системі судової гілки влади (Закон України «Про Конституційний Суд України» 1992, Конституція України 1996, Закон України «Про судоустрій і статус

суддів» 2010), та й натеper має спорідненні з нею ознаки.

В історичному контексті вимога транспарентності сформована як одне із уявлень природного справедливого правосуддя у XVII ст. у Великій Британії і пов'язана з висловом: «Недостатньо знати, що правосуддя існує, необхідно бачити, як воно здійснюється» [7, с. 228]. Розвиток концепції транспарентності судової системи стало однією з найбільш послідовних світових тенденцій щодо реформування судової влади [8, с. 178].

Підтвердженням такої тенденції виступають акти міжнародного та європейського права, які закріплюють вимогу транспарентності суду в контексті основоположних прав людини (Загальна декларація прав людини 1948, Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950, Мадридські принципи взаємодії засобів масової інформації та суддівської незалежності 1994, Висновок № 7 (2005) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи з питань «Правосуддя та суспільство» та ін.; рішення ЄСПЛ (*Delcourt v. Belgium*, № 2689/65, 1970; *Riepan v. Austria*, № 35115/97, 2001; *Luchaninova v. Ukraine*, № 16347/02, 2011; *Shagin v. Ukraine*, № 20437/05, 2009, ін.).

Стосовно судової влади О. Овсяннікова визначає транспарентність як сукупність засобів та способів, що дозволяють інформувати населення про існування судових інстанцій, про прийняті судові рішення, а також про порядок діяльності судових органів та органів суддівського самоврядування. Основними ознаками транспарентності авторка називає:

- 1) відкритість судових процесів і одночасне проведення закритих (частково закритих) процесів у випадках, прямо передбачених законом;
- 2) публічне проголошення судового рішення, за винятком випадків необхідності збереження встановленої законом таємниці;
- 3) забезпечення вільного доступу до проголошення судового рішення;
- 4) право опублікування третьою особою будь-якого проголошеного публічно

рішення, за винятком випадків його недобросовісного коментування і за умови, що така публікація не містить дійсних прізвищ сторін по справі, якщо інше не передбачено законом;

5) відкритість для громадськості всіх аспектів діяльності органів суддівського співтовариства та вільний доступ до прийнятих ними рішень [7, с. 236].

Своєю чергою В. Городовенко, аналізуючи транспарентність як принцип судової влади, визначає його як засадничу ідею, що ґрунтується на положеннях Конституції, основний зміст якої полягає в можливості отримання, опрацювання й поширення нових і достовірних відомостей про різноманітні аспекти роботи судової влади. Учений (нині також суддя Конституційного Суду) виділяє два основних складники транспарентності:

(а) відкритість інформації про суд як орган державної влади, яка включає організаційні сторони його діяльності, процесуальний порядок звернення до суду, оскарження судових рішень і набуття рішенням суду чинності, дані про результати роботи органів судової влади, в тому числі органів суддівського співтовариства за певний період;

(б) доступ до судових рішень, що охоплює забезпечення ознайомлення із судовими рішеннями сторін по справі або осіб, які мають в останній юридичний інтерес, розміщення цих рішень в інформаційних мережах, що перебувають у загальному доступі населення, оприлюднення результатів узагальнення судової практики й судової статистики [9, с. 19].

Визнання і утвердження сучасними державами концепції відкритого суду («open court») не могло обійти органи конституційного контролю. Адже оскільки транспарентність – виразна ознака демократії, а «наявність та ефективна діяльність незалежного суду з питань перевірки відповідності державних правових актів Конституції як юридичному документу найвищої сили у писаній формі є однією з головних ознак конституційно-демократичного режиму» [10, с. 229], закрита система конституційної юрисдикції спотворювала би основи демократії.

Попри національні особливості в організації і діяльності органів конституцій-

ної юрисдикції зарубіжних країн, чимало схожого виявляється в основних формах і методах забезпечення їх транспарентності.

Передусім спільним є законодавчий рівень утвердження відкритого розгляду справ конституційними судами (квазі-судами), оприлюднення і опублікування їх рішень. При цьому органічним законам про конституційні суди пострадянських країн притаманне спеціальне проголошення принципу гласності конституційного судочинства (Азербайджан, Білорусь, Вірменія, Латвія, Литва, Молдова). Загальною є й вимога щодо інституційного забезпечення реалізації інформаційної функції органів конституційного контролю, тобто створення і функціонування відокремлених структурних підрозділів та/або інших відповідальних за це суб'єктів. Звичним є також упровадження різноманітних інформаційно-комунікаційних технологій електронної демократії: функціонування офіційних веб-сайтів цих органів, онлайн-інструменти електронної судової канцелярії, онлайн-трансляції відкритих частин засідань, комунікації через соціальні мережі та інше.

Водночас регламентуються і спеціальні процедури. Скажімо, Закон про Конституційний суд Австрії регламентує порядок громадських слухань у справах оскарження виборів, референдумів («öffentliche mündliche Verhandlung»), процедуру ухвалення рішень шляхом засобів телекомунікації («mit Mitteln der Telekommunikation») [11]. Закон про Конституційний суд Королівства Бельгія містить главу «Electronic Procedure», яка після набрання чинності регламентувати доступ до електронної платформи суду («access to the electronic platform») [12].

Забезпечення транспарентності Конституційного Суду є невід'ємною складовою державної інформаційної політики України. Закон України «Про інформацію» її основними напрямками визначив: забезпечення доступу кожного до інформації; забезпечення рівних можливостей щодо створення, збирання, одержання, зберігання, використання, поширення, охорони, захисту інформації; створення умов для формування в Україні інформаційного суспільства; забезпечення від-

критості та прозорості діяльності суб'єктів владних повноважень; створення інформаційних систем і мереж інформації, розвиток електронного урядування; постійне оновлення, збагачення та зберігання національних інформаційних ресурсів; забезпечення інформаційної безпеки України; сприяння міжнародній співпраці в інформаційній сфері та входженню України до світового інформаційного простору (ст. 3) [13].

Конституційно-правові основи транспарентності Конституційного Суду становлять засадничі положення Преамбули та статей 1, 3, 5, 10, 17, 34, 38, 40, ін. Основного Закону України. Системно з ними пов'язана чинна стаття 147 Конституції України, в якій уперше (внаслідок змін 2016 року) на конституційному рівні утверджено засаду гласності діяльності Суду.

Нормативну базу формування, організації і діяльності Суду на засадах транспарентності складають також положення законів України «Про доступ до публічної інформації», «Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації», «Про державну таємницю», «Про захист персональних даних», «Про публічні закупівлі», «Про запобігання корупції», «Про Конституційний Суд України», «Про Регламент Верховної Ради України», Регламенту Суду, Регламенту призначення суддів Конституційного Суду на посади за квотою з'їзду суддів України, Порядку взаємодії Суду із засобами масової інформації/журналістами, Комунікаційної стратегії Суду на 2019–2021 роки, Положення про День відкритих дверей у Конституційному Суді, Положення про оглядові екскурсії у Суді, тощо.

Стаття 2 Закону України «Про Конституційний Суд України» (далі – Закон) закріпила засадами діяльності Суду, і гласність, і відкритість [14]. Комунікаційна стратегія Конституційного Суду доповнила їх прозорістю та оперативністю (остання – як принцип комунікаційної політики). При цьому у Комунікаційній стратегії засада гласності визначається як висвітлення діяльності Суду, роз'яснення цілей, змісту та специфіки його роботи [15].

Водночас Закон розкриває зміст засади відкритості Суду. Так, стаття 6 Закону з однойменною назвою «Відкритість діяльності Суду» передбачає, що розгляд справ на пленарних засіданнях Конституційного Суду здійснюється відкрито, за винятком закритої частини цих засідань, коли ухвалюється рішення, надається висновок, постановляється ухвала Суду. Закрите пленарне засідання допускається, якщо розгляд справи на відкритому пленарному засіданні може призвести до розголошення державної таємниці та (або) іншої інформації, що охороняється законом. Осіб, які виявили бажання бути присутніми на відкритій частині пленарного засідання Великої палати, Сенату, допускають до приміщення Суду та до Зали засідань Суду в порядку, встановленому Регламентом. Представники засобів масової інформації, акредитовані в Суді, можуть здійснювати відео- та фотофіксацію, вести аудіозапис відкритої частини пленарного засідання Великої палати, Сенату в порядку, встановленому Регламентом [14].

Наведений зміст статті 6 Закону аналогічний традиційному змісту принципу гласності судового процесу (ст. 10 КАС України, ст. 7 ЦПК України, ст. 8 ГПК України). Подібна інтерпретація надавалася й принципу гласності діяльності Конституційного Суду [16, с. 102]. Зазначалося, що «гласність у конституційному судочинстві набуває особливого значення, оскільки лише під час відкритих судових засідань реалізується соціальний контроль за діяльністю КСУ. І це єдина форма такого контролю, оскільки рішення КСУ є остаточним, обов'язковим і не підлягає оскарженню (ст. 63 Закону). Принцип гласності є суттєвою гарантією неупередженості судового процесу, прозорості конституційного правосуддя» [17, с. 70].

Натомість відкритість діяльності Суду (згідно зі ст. 31-1 Закону України «Про Конституційний Суд України» 1996 р. в ред. Закону № 1170-VII від 27.03.2014 [18]) означала оприлюднення та надання Судом інформації за запитами відповідно до Закону України «Про доступ до публічної інформації». Зазначене законодавче положення було пов'язано з вимогами відкритості влади, закріпленими в інформаційному законодавстві.

Зокрема, у Законі України «Про інформацію» від першої його редакції (1992) проголошується, що відкритість, доступність інформації та свобода обміну інформацією є принципом інформаційних відносин. Згодом у законі передбачено, що забезпечення відкритості діяльності суб'єктів владних повноважень є самостійним напрямом державної інформаційної політики. Законом інформацію за критерієм порядку доступу до неї класифіковано на відкриту та інформацію з обмеженим доступом (наразі – це ст. 20) і закріплено принцип відкритості акредитації журналістів (чинна ст. 26) [13].

Отже, і законодавчо, і доктринально засади гласності і відкритості у діяльності Конституційного Суду традиційно мали самостійний юридичний зміст і значення. Хоча, до слова, за лексичним їх тлумаченням вони вважаються синонімічними (відкритий – усім прилюдний, гласний; гласний – (суд), відкритий, привселюдний, публічний [19, с. 49, 68]).

Виходячи з вітчизняної законодавчої термінологічної традиції та враховуючи аналогічний зарубіжний досвід, за умови одночасного застосування термінів «гласність» і «відкритість» стосовно діяльності Конституційного Суду доцільно зберегти їх змістовну специфіку.

Більш точним видається позначенням терміном «гласність» принцип відкритого розгляду справ Судом (як нині регламентує стаття 6 Закону), а терміном «відкритість» – непроцедурні аспекти діяльності Суду, що пов'язані із забезпеченням права на доступ до публічної інформації. Наразі відкритість діяльності Конституційного Суду по суті закріплена у статті 42 «Доступ до публічної інформації» Закону [14]. Важливо і те, щоб і локальні акти Конституційного Суду в частині закріплення нормативного змісту засад гласності і відкритості, відповідали Конституції України і Закону.

В контексті інституційної довіри і ролі Конституційного Суду, забезпечення його транспарентності відіграє однаково важливе значення як під час його формування, так і в процесі організації і діяльності. Відповідно до цього, аналіз чинного законодавства дозволив виокремити наступні форми і способи забезпечення транспарентності Суду:

Під час формування кадрового складу Конституційного Суду:

- оголошення на офіційному веб-сайті відповідно Президента України, Верховної Ради України, Ради суддів України інформації про початок конкурсу про відбір кандидатів на посаду судді Конституційного Суду України;

- оприлюднення на офіційному веб-сайті відповідно Президента України, Верховної Ради України, Ради суддів України автобіографій і мотиваційних листів кандидатів на посаду судді Конституційного Суду, які відповідають встановленим Конституцією України та Законом вимогам;

- відкрите пленарне засідання Верховної Ради України з питань голосування за кандидатів на посаду судді Конституційного Суду; право виступу кандидатів на такому засіданні; відкрите рейтингове голосування по кожному кандидату на посаду;

- під час відбору суддів за квотою З'їзду суддів України – публічне обговорення кандидатів на посаду судді; фахове обговорення кандидатів на зборах суддів місцевих, апеляційних, вищих спеціалізованих судів, Верховного Суду та Конституційного Суду; право виступу кандидатів перед суддями та громадськістю; відкритий розгляд питання щодо призначення судді; відкрите голосування з питання включення кандидатури на посаду судді до бюлетеня для таємного голосування;

- опублікування рішень Президента України, Верховної Ради України, З'їзду суддів України про призначення осіб на посади суддів Суду;

- відкрита урочиста церемонія складення Суддею присяги;

- оприлюднення оголошення про проведення конкурсу на вакантну посаду державної служби у Секретаріаті Суду та оприлюднення результатів конкурсу.

Під час здійснення конституційного провадження:

- оприлюднення на офіційному веб-сайті Суду інформації про конституційні подання, конституційні звернення, конституційні скарги, що надійшли до Суду, перебіг справи, дату і час засідання Сенату, Великої палати, якщо інше не встановлено Законом;

- оприлюднення на веб-сайті Суду повідомлень про порядок денний пле-

нарних засідань Великої палати та сенатів, прес-релізів, іншої інформації; матеріалів судових справ, ухвалених рішень або наданих висновків, окрім матеріалів закритої частини засідань Сенату чи Великої палати та матеріалів, які містять інформацію з обмеженим доступом;

– оприлюднення на веб-сайті Суду записів відеотрансляцій відкритої частини пленарних засідань Суду;

– відкритий розгляд справ Судом;

– офіційне спілкування Секретаріату Суду із суб'єктами звернень до Суду, учасниками конституційного провадження та особами, залученими до участі у конституційному провадженні;

– офіційне оприлюднення та опублікування актів Суду.

У процесі організації діяльності Суду і Суддів та реалізації інших функцій Суду:

– оприлюднення щорічної інформаційної доповіді за підсумками діяльності Суду та фінансового забезпечення у попередньому році;

– участь Суду у міжнародних заходах, підтримання співробітництва з органами конституційної юрисдикції інших держав, міжнародними судами та міжнародними організаціями;

– участь суддів Конституційного Суду у науково-практичних конференціях, симпозіумах, фахових національних, міжнародних, інших заходах, що є здійсненням ними своїх професійних обов'язків;

– співпраця Конституційного Суду з вищими навчальними закладами і науковими установами;

– взаємодія із ЗМІ (інтерв'ю, повідомлення, заяви, коментарі); передання державними інформаційними агентствами текстів екстрених виступів та заяв з важливих питань Голови Суду на його вимогу; надання Голові Суду прямого ефіру у зв'язку з такими заявами; висвітлення особливо актуальних рішень Суду, звернень, послань, заяв, виступів Голови Суду в інформаційних програмах;

– інформування громадськості через сторінку Конституційного Суду в мережі Facebook, блог Суду в онлайн-сервісі Twitter;

– оглядові екскурсії; проведення Днів відкритих дверей в Суді;

– видання «Вісника Конституційного Суду України»;

– прозорі публічні закупівлі;

– оприлюднення декларацій Суддів та інше.

Вищенаведені форми і способи є позитивним результатом державної інформаційної політики та реалізації інформаційно-комунікаційної функції Суду. За оцінками вчених, цей напрям складає «актив» Суду [20, с. 9], що загалом засвідчує вірний курс розвитку його інформаційної сфери.

Водночас уже давно відзначається потреба посилювати її в сегменті забезпечення достовірності і повноти інформації про Суд і Суддів, щоби, за словами Голови Конституційного Суду А.С. Головіна (2010–2013 р.р.), «громадяни отримували реальну інформацію про діяльність КСУ, а не користувалися спотвореними коментарями певних політичних сил» [21, с. 813]. Зазначена потреба актуальна і сьогодні.

Нині завдання щодо висвітлення діяльності Суду в інформаційних ресурсах покладено на Управління комунікації Суду та міжнародного співробітництва. Завданням Управління є, у т.ч., здійснення моніторингу процесу висвітлення діяльності Суду у правових виданнях, інформаційному просторі, підготовка відповідних оглядово-аналітичних матеріалів; сприяння доступності, прозорості та відкритості Суду та інше. Водночас було би доцільно розглянути можливість запровадження посади прес-секретаря Конституційного Суду (на кшталт Media Spokesperson в Австрії), який би у зрозумілому форматі, доступно, ясно і коректно інформував би громадськість про передумови, причини і мотиви прийняття актів Суду, сприяв би реальній комунікації Суду і суспільства.

Вбачається потреба і в унормуванні діяльності конкурсної комісії, яку створює Президент України для відбору кандидатур на посаду суддів Суду, порядок розміщення інформації на веб-сайті Суду (прийняття Положення про Веб-сайт передбачено Регламентом Суду), назріває питання удосконалення Комунікаційної стратегії Суду відповідно до Конституції і законів України, враховуючі сучасні запити інформаційного суспільства.

Перспективним напрямом забезпечення транспарентності у сфері конституційної юрисдикції видається і розвиток концепції електронного Конституційного Суду та впровадження інноваційних інформаційних технологій у процеси його формування, організації і діяльності.

Висновки. Транспарентність Конституційного Суду України може розглядатися як один із основоположних принципів його формування, організації і діяльності. Це, зокрема, означає прозорість процедури відбору кандидатів на посаду Судді, працівників Секретаріату Суду, відкритий розгляд Судом справ (гласність провадження), відкритість інформації про Суд (доступ до публічної інформації) тощо.

Транспарентність Конституційного Суду є втіленням демократичних основ конституційного ладу України та невід'ємною складовою частиною державної інформаційної політики України, відображає світові тенденції утвердження і розвитку концепції інформаційного суспільства, що інте-

грує в собі ідеї демократичної, соціальної, правової держави, її відкритості.

Правові засади транспарентності Конституційного Суду закріплені в Конституції та законодавстві України з питань формування кадрового складу Суду, його організації і діяльності, інформаційних відносин, охорони державної таємниці, захисту персональних даних, публічних закупівель, запобігання корупції тощо.

Транспарентність Суду необхідна для зміцнення суспільної довіри до нього, правильного розуміння змісту функцій органу конституційної юрисдикції, передумов, причин і мотивів прийняття ним рішень і надання висновків, стану їх виконання, а загалом – для утвердження і забезпечення прав людини в Україні, розвитку її як демократичної, соціальної, правової держави. Забезпечення транспарентності є одним із пріоритетних напрямів зміцнення інституційної спроможності Конституційного Суду і потребує належного доктринального і законодавчого забезпечення.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Буюджи Г.В. Правова спрямованість довіри у концептуальному значенні відносин держави та суспільства. *Право у сучасному політичному житті України*. Наукове видання / Керівник авторського колективу А. О. Селіванов. – К. : Логос, 2020. 407 с.
2. Мукомела І.В. Правові засади інформаційного суспільства: загальнотеоретичний аналіз : дисертація на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук, спеціальність 12.00.01, Харків, 2015. 231 с. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/download/diss/Mukomela/d_Mukomela.pdf.
3. Крет О.В. Інституалізація транспарентності державної влади : автореферат дис. канд. політ. наук. : 23.00.02, Чернівці, 2010. 20 с.
4. Політична енциклопедія / НАН України, Ін-т політ. і етнонац. дослідж. імені І. Ф. Кураса; редкол.: Юрій Левенець (голова) [та ін.] ; [упоряд. Ю. Шаповал]. – Київ: Парлам. вид-во, 2011. 807 с. URL: <http://irbis-nbuv.gov.ua/ulib/item/UKR0009375>.
5. Транспарентність влади в контексті європейської інтеграції України : конспект лекції до короткотермінового семінару в системі підвищення кваліфікації кадрів / уклад: Е.А. Афонін, О.В. Суший. – К. : НАДУ, 2010. 48 с. URL: http://academy.gov.ua/NMKD/library_nadu/Navch_Posybniky/b7ab32f5-2982-471d-81cf-6dbc1181a0b8.pdf.
6. Наливайко О., Романов М. Поняття, ознаки та значення транспарентності в контексті євроінтеграції. *Visegrad Journal on Human Rights*. 4/1. 2016. URL: <https://er.dduvs.in.ua/bitstream/123456789/2026/1/10.pdf>
7. Овсяннікова О. Транспарентність судової влади: поняття та зміст *Вісник Академії правових наук України*. Х. : Право, 2008. № 4 (55). С. 228–237.
8. Хотинська-Нор О.З. Транспарентність судової системи та адвокатури як чинник формування громадянської свідомості суспільства. *Вісник кримінального судочинства*. 2016. № 2. URL: http://vkslaw.knu.ua/images/verstka/2_2016_Hotunska-Nor.pdf.
9. Городовенко С.В. Принципи судової влади : автореф. доктора юридичних наук. Харків, 2012. 40 с.
10. Шевчук С. Основи конституційної юриспруденції [Текст] / С. Шевчук ; наук. ред. О.В. Петришин. – К. : Український центр правничих студій, 2001. 302 с.

11. Verfassungsgerichtshofgesetz 1953 (Constitutional Court Act). URL: https://www.vfgh.gv.at/verfassungsgerichtshof/rechtsgrundlagen/legal_basis.en.html.
12. Special act of 6 January 1989 on the Constitutional Court. URL: https://www.const-court.be/public/base/en/Organic_legislation_SACC.pdf.
13. Про інформацію: Закон України від 02.10.1992 р. № 2657-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2657-12#Text>.
14. Про Конституційний Суд України: Закон України від 13.07.2017 р. № 2136-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19#Text>.
15. Комунікаційна стратегія Конституційного Суду України на 2019-2021 роки, затверджена розпорядженням Голови Конституційного Суду України від 03.07.2019 року № 75/1/2019-ОД. URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/komunik_strat_0.pdf.
16. Колодій А. Принципи статусу та діяльності Конституційного Суду України. *Вісник Конституційного Суду України*. № 4–5. 2011. С. 98–103.
17. Конституційна юрисдикція : підручник / Ю. Г. Барабаш, І. І. Дахова, О. П. Євсєєв та ін. / за ред. Ю. Г. Барабаша, А. О. Селіванова. Х. Право. 2012. 168 с.
18. Про Конституційний Суд України: Закон України від 16.10.1996 р. № 422/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/422/96-вр#n492>.
19. Караванський С. Практичний словник синонімів української мови : близько 20 000 синонім. рядів / Святослав Караванський. – 4-те вид., опрац. і значно допов. – Львів: БаК, 2012. 523 с. URL: <http://irbis-nbuv.gov.ua/ulib/item/UKR0001753>.
20. Костицький М.В., Камінська Н.В., Кушакова-Костицька Н.В. Перспективи вдосконалення діяльності Конституційного Суду України в умовах сучасних суспільних трансформацій. *Journal «ScienceRise: Juridical Science»*. № 3(9). 2019. URL: http://journals.uran.ua/sr_law/article/download/180113/180588/400273.
21. Мироненко О.М. Конституційний Суд України: історія і сучасність, доктрина і практика / О.М. Мироненко; НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. К.: Київська правда, 2011. 910 с.

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ РОЗВИТКУ ЮРИДИЧНОЇ ОСВІТИ

УДК 340

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.26>

ПРАВОВА ПРИРОДА АКАДЕМІЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Костюченко Олена Євгенівна,

доктор юридичних наук, професор,

в. о. провідного наукового співробітника відділу забезпечення інтеграції

академічної та університетської правової науки та розвитку юридичної освіти

Київського регіонального центру Національної академії правових наук України

Стаття присвячена дослідженню правової природи академічної відповідальності. порушено питання, ця відповідальність є самостійним видом юридичної відповідальності чи міжгалузевим правовим інститутом. Зроблено висновок, що фактичною підставою академічної відповідальності є академічне правопорушення: винна, протиправна дія чи бездіяльність, що має шкідливі наслідки; учинена фізичною чи юридичною особою; яка посягає на процес навчання, викладання та провадження освітньої, наукової (творчої) діяльності шляхом невиконання (недотримання) нормативно визначеного порядку підготовки, написання, захисту, оприлюднення, перевірки й оцінювання академічних текстів та інших об'єктів права інтелектуальної власності. Для реалізації академічної відповідальності недостатньо законодавчого визначення видів академічних правопорушень. Аналіз фактичної підстави академічного правопорушення показав, що така юридична конструкція, як склад правопорушення, не дає змоги охопити наявний галузевий інструментарій охорони й захисту академічних текстів та інших об'єктів права інтелектуальної власності. За академічні правопорушення доцільно застосовувати різні види юридичної відповідальності – цивільно-правову, дисциплінарну, адміністративну, кримінальну, тому її необхідно розглядати як форму правового примусу; обов'язок; негативні наслідки; правові відносини; міжгалузевий правовий інститут. Академічна відповідальність за своєю правовою природою є міжгалузевим правовим інститутом, тому вона потребує подальшого дослідження на предмет визначення особливостей цивільно-правової, дисциплінарної, адміністративної та кримінальної відповідальності за академічні правопорушення. Відмова від міжгалузевого підходу до академічної відповідальності істотно позначиться на її правових можливостях, що необґрунтовано звузить правові засоби (інструменти), які можуть застосовуватися в процесі її реалізації.

Ключові слова: академічна відповідальність, юридична відповідальність, академічне правопорушення, склад правопорушення, міжгалузевий правовий інститут.

Kostyuchenko Olena. Legal nature of academic responsibility

The article is devoted to the research of the legal nature of academic responsibility. The issue was raised as to whether this responsibility is an independent type of legal liability or whether it is an interdisciplinary legal institution. It is concluded that the actual ground of academic responsibility is an academic offense: guilty, illegal act or inactivity that has harmful consequences; committed by a natural or legal person; which encroaches on the training process, teaching and conducting educational, scientific (creative) activities by non-compliance with the normatively defined procedure for training, writing, defense, publication, verification and evaluation of academic texts and other objects of intellectual property rights. It is not enough the legislative definition of types of academic offenses to implement the academic responsibility. The analysis of the factual ground of an academic offense has showed that such legal construction as the composition of the offense does not allow to cover the existing branch tools of protection and defense of academic texts and other objects of intellectual property rights. For academic offenses it is advisable to use different types of legal liability – civil, disciplinary, administrative, criminal, and therefore, it should be considered as: a form of legal coercion; obligation; negative consequences; legal relations; interdisciplinary legal institute. The academic responsibility by

its legal nature is an interdisciplinary legal institution, so it needs further research to determine the features of civil, disciplinary, administrative and criminal liability for academic offenses. The refusal of the interdisciplinary approach to academic responsibility will significantly affect its legal opportunities, which unreasonably narrows the legal means (tools) that can be used in the process of its implementation.

Key words: *academic responsibility, legal liability, academic offense, composition of the offense, interdisciplinary legal institute.*

Академічна відповідальність для української правової науки є новим явищем та актуальною проблемою правової науки, вирішення якої вимагає відповіді на питання про її правову природу й обґрунтування на цій основі шляхів удосконалення законодавства про академічну доброчесність, адже академічна відповідальність як реакція на порушення академічної доброчесності є дієвим правовим інструментом правового забезпечення академічних цінностей, як-то: довіра, справедливість, повага, чесність, відповідальність тощо. Сучасні дослідження у сфері академічної відповідальності свідчать, що це питання все частіше привертає увагу наукової спільноти. Проте правова природа академічної відповідальності в законодавстві України не відображена повною мірою.

Тому метою статті є визначення правової природи академічної відповідальності для відповіді на питання: ця відповідальність є міжгалузевим правовим інститутом чи самостійним видом юридичної відповідальності.

Методологічну основу дослідження становлять праці таких науковців, як С.С. Алексєєв, В.Г. Жоронокуй, М.В. Затхей, Б.П. Карнаух, Ю.В. Малогулко, С.М. Олейников, С.П. Погребняк, У.М. Проценко, І.М. Стифанишин, С.Д. Цалін, Н.А. Юрко.

У науковій літературі висловлюються думки, що необхідно «ввести в чинне освітнє законодавство України чітко визначені та суворі норми відповідальності для студентів, викладачів, науковців за плагіат; зобов'язати вищі навчальні заклади реалізувати власну політику забезпечення академічної доброчесності шляхом розробки кодексів честі студентів і етичних кодексів викладачів та представників адміністрації» [1]. Такий підхід до проблеми вказує на її правовий аспект і на те, що відповідальність за порушення академічної доброчесності є необхідним складником цілісного механізму забезпечення доброчесності в академічній та універси-

тетській спільноті. Науковці наголошують, що «види академічної відповідальності за конкретні порушення академічної доброчесності визначаються спеціальними законами та/або внутрішніми положеннями закладу освіти, що мають бути затверджені основним колегіальним органом управління закладу освіти та погоджені з відповідними органами самоврядування здобувачів освіти в частині їхньої відповідальності. Особі, яку звинувачують у порушенні академічної доброчесності, має бути забезпечена можливість надання пояснень та доведення своєї невинуватості» [2, с. 135–136]. Тобто, дискутуючи про види академічної відповідальності, варто також приділяти увагу процесуальним аспектам притягнення до такої відповідальності.

У статті 42 Закону України «Про освіту» йдеться про академічну відповідальності суб'єктів. Але що таке «академічна відповідальність»? За які порушення вона застосовується? Чи є вона самостійним видом юридичної відповідальності? Хто і як має притягнути до цієї відповідальності? Для відповіді на ці питання варто розглянути академічну відповідальність в аспекті її практичної реалізації. Зокрема, у ч. ч. 5, 6 ст. 42 Закону України «Про освіту» визначено, що за порушення академічної доброчесності педагогічні, науково-педагогічні, наукові працівники закладів освіти та здобувачі освіти можуть бути притягнені до академічної відповідальності. Частина 9 ст. 42 названого Закону закріплює, що форми та види академічної відповідальності закладів освіти визначаються спеціальними законами [3]. Сьогодні такого спеціального законодавчого акта немає. Для притягнення суб'єкта до будь-якої юридичної відповідальності необхідно мати нормативну підставу. У нашому випадку такі підстави визначені в ст. 42. згаданого Закону, а саме: академічний плагіат, самоплагіат, фабрикація; фальсифікація; списування;

обман; хабарництво; необ'єктивне оцінювання тощо. Із цього приводу зазначимо лише те, що таке академічне правопорушення, як «самоплагіат», потребує окремого дослідження й обґрунтування. Тут принциповим є те, що законодавство закріплює перелік академічних правопорушень, а отже, за логікою закону вона є відповідальністю юридичною.

С.П. Погребняк наголошує, що «суб'єкти притягуються до юридичної відповідальності за вчинення правопорушення. Ця ознака дозволяє відокремити юридичну відповідальність від запобіжних заходів... від обмежень та втрат, які є наслідком правомірної поведінки... або неправомірної поведінки, що не визнається правопорушенням...» [4, с. 22]. Тобто для того, щоб будь-яку особу притягнути до академічної відповідальності, потрібно довести, що вона скоїла правопорушення, яке є фактичною підставою юридичної відповідальності. Щодо фактичної підстави академічного правопорушення, то її правова характеристика в Законі України «Про освіту» не визначена належним чином. Для притягнення суб'єкта до академічної відповідальності необхідно однозначно розуміти, яка це відповідальність, і вже на основі цього можуть бути вирішені питання про: (а) негативні наслідки за вчинення правопорушень; (б) коло суб'єктів, уповноважених на притягнення до академічної відповідальності; (в) процесуальні норми, що регламентують провадження у справах про порушення академічної доброчесності тощо. Для відповіді на низку цих питань ми застосували таку правову конструкцію, як склад правопорушення. Що це показало?

До складу правопорушення входять його необхідні елементи: об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єкт і суб'єктивна сторона. Об'єкт правопорушення – це охоронювані правом суспільні відносини, які склалися в різних їх сферах у зв'язку з конкретним елементом – матеріальним або нематеріальним благом, цінністю, предметом, інтересами суб'єктів права, яким заподіюється або може бути заподіяно шкоду протиправним діянням [5, с. 722]. Об'єктивна сторона правопорушення – це зовнішній вияв протиправного вчинку. До обов'язкових елементів об'єктивної сто-

рони належить діяння (дія чи бездіяльність суб'єкта); його шкідливі наслідки (або загроза їх настання); необхідний причинно-наслідковий зв'язок між діянням і наслідками [5, с. 723]. Суб'єкт правопорушення – це фізична або юридична особа, яка вчинила правопорушення. Необхідна ознака суб'єкта – його деліктоздатність, тобто визнана законом презумпція спроможності особи персонально відповідати за протиправні діяння. Деліктоздатність юридичних осіб (на відміну від фізичних) виникає з моменту їх публічної легалізації [5, с. 724–725]. Суб'єктивна сторона правопорушення (вина) – це сукупність ознак, які відображають психічне ставлення особи до власного діяння та його шкідливих наслідків. Правопорушенням визнається лише діяння особи, яка є осудною. Осудність – психічний стан особи, який полягає в її здатності за рівнем соціально-психологічного розвитку й соціалізації, віком і станом психічного здоров'я усвідомлювати фактичну сторону й суспільну шкоду свого діяння, керувати ним під час здійснення та нести за нього юридичну відповідальність [5, с. 725]. Отже, для притягнення суб'єкта до академічної відповідальності необхідно встановити, чи є в його діях склад правопорушення. А сам склад правопорушення (правова модель) є основою для юридичної кваліфікації поведінки чи діяльності суб'єкта, якого підозрюють (обвинувачують) у порушенні академічної доброчесності.

Розберемося докладніше зі складом правопорушення у сфері академічної доброчесності (академічне правопорушення). Об'єкт правопорушення – соціальне благо, яке захищає закон, а саме: процес навчання, викладання та провадження освітньої, наукової (творчої) діяльності. Суть цього соціального блага полягає у правовій охороні процесу підготовки, написання, захисту, оприлюднення, перевірки й оцінювання академічних текстів та інших об'єктів права інтелектуальної власності.

Тобто правопорушник посягає на суспільні відносини, що реалізуються в результаті навчання, викладання та провадження освітньої, наукової (творчої) діяльності. Об'єкт правопорушення в цьому випадку пов'язаний із метою

(бажанням) порушника – не виконувати (не дотримуватися) нормативно визначеного порядку підготовки, написання, захисту, оприлюднення, перевірки й оцінювання академічних текстів та інших об'єктів права інтелектуальної власності. Порушник має на меті в неправомірний спосіб, шляхом порушення визначеного порядку, отримати матеріальні та/або нематеріальні блага. Бажаючи отримати оцінку, диплом, атестат тощо, особа не долучається до процесу засвоєння (створення, поглиблення) знань, а намагається представити результати діяльності іншої особи як свої, у результаті чого отримати бажаний результат. Об'єкт правопорушення в частині перевірки й оцінювання академічних текстів та інших об'єктів права інтелектуальної власності також пов'язаний із отриманням матеріального та/або нематеріального блага, наприклад, неправомірна винагорода, і такі дії вже можуть бути кваліфіковані як корупційне правопорушення.

Фактично об'єкт правопорушення – це посягання на процес навчання, викладання та провадження освітньої, наукової (творчої) діяльності, у результаті чого цей процес спотворюється, а безпосереднім доказом порушення цього процесу є предмет правопорушення, який несе на собі прикладне навантаження. Тобто предметом академічного правопорушення є матеріальний об'єкт, що фіксується в академічному тексті або іншому об'єкті права інтелектуальної власності.

Об'єктивна сторона академічного правопорушення як зовнішній вияв протиправної поведінки полягає в діях чи бездіяльності (поведінці) фізичної особи та/або діях чи бездіяльності (діяльності) юридичної особи. Такі дії чи бездіяльність як елемент складу правопорушення повинні підлягати ідентифікації ззовні, вони повинні бути придатними до правового оцінювання. Важливо, що така поведінка чи діяльність у причинно-наслідковому зв'язку призводять до шкідливих наслідків або утворюють загрозу їх настання. Характеризуючи об'єктивну сторону академічного правопорушення, варто наголосити, що шкідливі наслідки тут необхідно розглядати в площині приватних і публічних інтересів, соціального й економічного

ефекту. Порушник своїми діями чи бездіяльністю порушує цілісність соціального зв'язку між учасниками відносин, що виникають у результаті навчання, викладання та провадження освітньої, наукової (творчої) діяльності. Як результат шкідливості такої поведінки (діяльності) у приватній площині – неотримані знання, у публічній – неякісна підготовка спеціаліста, його некомпетентність, недостовірні результати наукових досліджень тощо.

Стосовно економічного та соціального ефекту шкідливого наслідку порушення академічної доброчесності як складника правопорушення зазначимо, що фактично некомпетентність дипломованого спеціаліста чи недостовірні результати навчальної (наукової) діяльності істотно позначаються на подальшій роботі таких фахівців, що призводить (може призвести) до майнових втрат і репутаційних утрат тієї особи, яка співпрацює з некомпетентним спеціалістом або яка використовує в діяльності недостовірні результати наукових досліджень. У контексті залежності шкідливих наслідків і соціального ефекту зазначимо, що саме цей соціальний складник став ключовим каталізатором правового регулювання академічної доброчесності. Зокрема, український парламент удався до законодавчого регулювання відповідальності за порушення академічної доброчесності «з метою забезпечення довіри до результатів навчання та/або наукових (творчих) досягнень» [3].

Причинно-наслідковий зв'язок неправомірних дій чи бездіяльності суб'єкта та наслідки таких діянь позначаються не лише на якості отриманих знань, а й на формуванні професійної поведінки спеціаліста, що характеризується неповагою до законодавства і права загалом. Такий зв'язок між шкідливими наслідками академічної недоброчесності та діями полягає не лише в неотриманні конкретним здобувачем освіти необхідних знань, а й у «вимиванні» знань із професійних груп у різних сферах життєдіяльності. Масштабність недоброчесності в освітній і науковій сферах та її прояви не лише загрожують необґрунтованими витратами на оплату праці працівників, які за рівнем знань і навичок не відповідають кваліфікації, зазначеній у їхніх докумен-

тах, а й загалом загрожують процесу передачі знань і наступництву знань між поколіннями.

Щодо суб'єкта академічного правопорушення необхідно зазначити, що загальне формулювання – фізичні та юридичні особи – указує на те, що нормативні умови дотримання академічної доброчесності звернені до кола осіб, що є учасниками відносин, у яких опосередковується процес навчання, викладання та провадження освітньої, наукової (творчої) діяльності. Характеризуючи суб'єкта академічного правопорушення, варто говорити про наявність у нього деліктоздатності, і якщо юридична особа є деліктоздатною з моменту її державної реєстрації, то фізичні особи набувають цих якостей з віком. За логікою ст. 42 Закону України «Про освіту», до суб'єктів академічної відповідальності належать здобувачі освіти, педагогічні, науково-педагогічні та наукові працівники закладів освіти, заклади освіти [3]. Такий підхід повною мірою відповідає меті закону про освіту, водночас у самому Законі також закладено правові засади доброчесної поведінки для науковців і наукових установ. Проте для повноти законодавчого визначення суб'єктів академічної відповідальності недостатньо тих приписів, які вміщено в названій статті Закону, як впливає з її змісту, законодавець має намір деталізувати академічну відповідальність шляхом прийняття спеціального закону. Цей намір утілено, зокрема, у Проекті Закону України «Про академічну доброчесність», який розміщено на сайті Національного агентства із забезпечення якості освіти [6]. З аналізу цього Проекту випливає, що суб'єктами академічної відповідальності є значно ширше коло осіб, аніж ті, які пов'язані між собою правовими зв'язками в процесі навчання, викладання та провадження освітньої, наукової (творчої) діяльності.

Ми вважаємо, що коло осіб, на яких поширюються (мають поширюватися) положення про академічну доброчесність, значно ширше, ніж визначено в законодавстві про освіту, і природно, що в такому разі суб'єктом необхідно визнати вченого, який здійснює наукові дослідження незалежно від місця його роботи та/або який є членом спеціалізованої вченої ради,

членом редакційної колегії наукового або навчального видання, рецензентом тощо, адже вчений не завжди обіймає посаду науково-педагогічного чи наукового працівника. Тому вважаємо, що це має бути відображено в законодавстві. Суб'єкти провадження наукової (творчої) діяльності – це вчені, а отже, у спеціальному законі, на відміну від чинного законодавства про освіту, перелік суб'єктів повинен бути доповнений словом «учений».

Щодо фізичних осіб, то проблема притягнення їх до академічної відповідальності полягає не в тому, щоб поіменувати їх у законодавстві, а в тому, з якого віку фізична особа, зокрема, ідеться про здобувачів освіти, спроможна усвідомлювати свої дії та відповідати за вчинення протиправного діяння. Питання стосується деліктоздатності здобувачів освіти. І саме в цьому аспекті відбувається перетин проблеми визначення складу академічного правопорушення та проблеми правової природи академічної відповідальності. Якщо академічна відповідальність упродовжується як самостійний вид юридичної відповідальності, то питання суб'єкта академічного правопорушення є ключовим. Якщо академічну відповідальність розуміти як збірне поняття, то відповідь на питання про деліктоздатність чи осудність суб'єкта вирішується за загальними правилами того виду відповідальності, яка застосовується: дисциплінарна, цивільно-правова, адміністративна, кримінальна, а питання про коло суб'єктів правопорушення вирішується вже чинним законодавством.

Стосовно юридичних осіб як суб'єктів академічної відповідальності зазначимо, що такими суб'єктами є не лише заклади освіти чи наукові установи, а й будь-які підприємства, установи, організації, які проваджують освітню, наукову (творчу) діяльність і в результаті цієї діяльності створюють академічні тексти та інші об'єкти права інтелектуальної власності. Акцент у визначенні кола суб'єктів, на наше переконання, необхідно робити через результат – створення академічних текстів та інших об'єктів права інтелектуальної власності в процесі провадження освітньої, наукової (творчої) діяльності. Щодо питання деліктоздатності юридич-

ної особи, то у вітчизняному законодавстві таку особу визначено деліктоздатною з моменту її публічної легалізації.

Суб'єктивна сторона академічного правопорушення. Ознаки, що відображають психічне ставлення особи до власного діяння та його шкідливих наслідків, у питанні дотримання академічної доброчесності прямо залежать від віку особи й особливостей її розвитку та соціалізації. При цьому саме вік особи є ключовим чинником формування її ставлення до своїх дій. Наприклад, недоброчесна поведінка учня 5 класу, що виявилася в списуванні контрольної роботи, істотно відрізняється від поведінки студента при списуванні. У двох випадках усвідомлення особами шкідливих наслідків є різним, адже школяр не розуміє в силу свого віку шкідливості такої поведінки для подальшого оволодіння ним новими знаннями; студент же розуміє (має розуміти) неправомірність такого вчинку з його наслідками для набуття ним загальних і професійних компетентностей, визначених стандартом освіти. Можна навіть говорити про те, що в разі однакового ступеня психічного ставлення до списування здатність цих осіб усвідомлювати шкідливість наслідків своєї поведінки є різною. Різна здатність суб'єктів академічного правопорушення усвідомлювати шкідливі наслідки своїх дій переконує нас у тому, що й правові наслідки недоброчесної поведінки суб'єктів повинні різнитися. Диференціація заходів відповідальності за порушення академічної доброчесності вже сьогодні має своє законодавче закріплення, про що свідчать положення ч. 6 ст. 42 Закону України «Про освіту», зокрема відрахування із закладу освіти не застосовується до осіб, які здобувають загальну середню освіту [3].

У питанні про суб'єктивну сторону академічного правопорушення юридичних осіб «дискусія між прихильниками психологічного та поведінкового підходів є досить далекою від завершення. Камінем спотикання у напрацюванні єдиного розуміння вини організації є те, що у різних законодавчих актах використано різні концепції, що перешкоджають єдності вирішення питань правозастосовної практики, а також ускладнюють процес сприй-

няття вини як загальної умови юридичної відповідальності для юридичних осіб» [7, с. 163]. Погоджуючись із наведеним твердженням, зазначимо, що для академічної відповідальності як збірного поняття питання вини може бути вирішено через призму галузевих видів відповідальності. Зокрема, у цивільному праві вина розглядається не з позиції психологічної теорії, а в контексті поведінкової теорії, що підтверджує нашу думку про необхідність розглядати академічну відповідальність як поняття, яке охоплює всю правову матерію стосовно вчинення академічного правопорушення та правових наслідків таких дій чи бездіяльності. Фактично в приватному праві для суб'єкта правопорушення суб'єктивна сторона складу академічного правопорушення включає тільки провину, яка є «юридичним поняттям, яким констатується, що протиправне діяння було скоєно в ситуації вільного вибору, за якої правомірний варіант поведінки був розумно очікуваним» [4, с. 94].

Отже, удосконалюючи чинне законодавство в частині академічної відповідальності, уважаємо за доцільне переформулювати зміст ч. ч. 5, 6 ст. 42 Закону України «Про освіту» й закріпити, що «за порушення академічної доброчесності винні особи несуть дисциплінарну, цивільно-правову, адміністративну та кримінальну відповідальність». Таке формулювання не виключає можливості закріпити в законодавстві санкції за порушення академічної доброчесності. Такий підхід до академічної відповідальності дає змогу визначити академічне правопорушення як суспільно небезпечне шкідливе діяння, що заборонене законодавством, а сама заборона підкріплюється загрозою застосування до винної особи заходів юридичної відповідальності, які «поділяються на три групи: моральні, майнові та особисті. Крім цього, для кожного виду юридичної відповідальності характерні власні моральні, майнові чи особисті заходи впливу» [8, с. 33].

Викладений вище аналіз академічного правопорушення через призму складу правопорушення демонструє необхідність розгляду цього негативного явища як діяння, за вчинення якого мають застосовуватися різні види юридичної відповідальності, а це доводить, що академічна

відповідальність не є самостійним видом юридичної відповідальності.

Упровадження у вітчизняному освітньому, науковому і творчому середовищі реальних механізмів реалізації юридичної відповідальності за порушення академічної доброчесності прямо пов'язано з визначенням правової природи академічної відповідальності. Як зазначає С.С. Алексєєв, правова природа – це юридична характеристика цього явища, що відображає його специфіку, місце й функції серед інших правових явищ відповідно до його соціальної природи [9, с. 418]. А тому, на наше переконання, правова природа академічної відповідальності розкривається через її функції, що сукупно відображають соціальний складник цього явища. Соціальний складник академічної відповідальності розкривається в її меті, а її місце в юридичній відповідальності визначається через ті об'єкти, які вона охороняє.

Відповідаючи на питання про місце академічної відповідальності в системі юридичної відповідальності, звернемося до закону логіки «зворотного відношення між змістом та об'ємом поняття», який обґрунтовує, що поняття як форма мислення відображає істотні властивості об'єктів і відношення між ними. Структура будь-якого поняття включає в себе зміст та об'єм, де зміст є сукупністю ознак, притаманних об'єкту. Об'єм поняття – це множинність об'єктів, які володіють ознаками, що входять у зміст поняття. Об'єм збірного поняття, своєю чергою, складається з об'єктів, які утворюють єдину сукупність. Ознаки, що становлять зміст поняття, відносяться до сукупності об'єктів. Між

змістом та об'ємом існує залежність, яка зафіксована в законі зворотного відношення між змістом та об'ємом. Чим більший об'єм поняття, тим менший його зміст, чим більший зміст поняття, тим менший об'єм [10, с. 253–254]. Застосуємо закон логіки «зворотного відношення між змістом та об'ємом поняття» в поєднанні з методом логіко-графічного структурування до поняття «академічна відповідальність» (рис. 1, рис. 2).

Тобто якщо академічна відповідальність – це юридична відповідальність, то її об'єм охоплює цивільно-правову, дисциплінарну, адміністративну та кримінальну відповідальність з відповідним об'єктами охорони. Якщо академічна відповідальність – це самостійний вид юридичної відповідальності, то вона потребує визначення її властивостей, відмінних від чинних видів юридичної відповідальності, визначення власних об'єктів охорони, інструментарію тощо. Ураховуючи об'єкти правової охорони, мету правового регулювання академічної доброчесності, наявність чинних механізмів притягнення до дисциплінарної, цивільно-правової, адміністративної та кримінальної відповідальності, можемо зробити висновок, що академічна відповідальність є міжгалузевим правовим інститутом, що дає змогу охопити об'єкти правової охорони в цивільному, трудовому, адміністративному та кримінальному праві.

Отже, законодавство України з питань академічної доброчесності загалом та академічної відповідальності зокрема потребує суттєвого вдосконалення. Працюючи в цьому напрямі, варто враховувати таке:

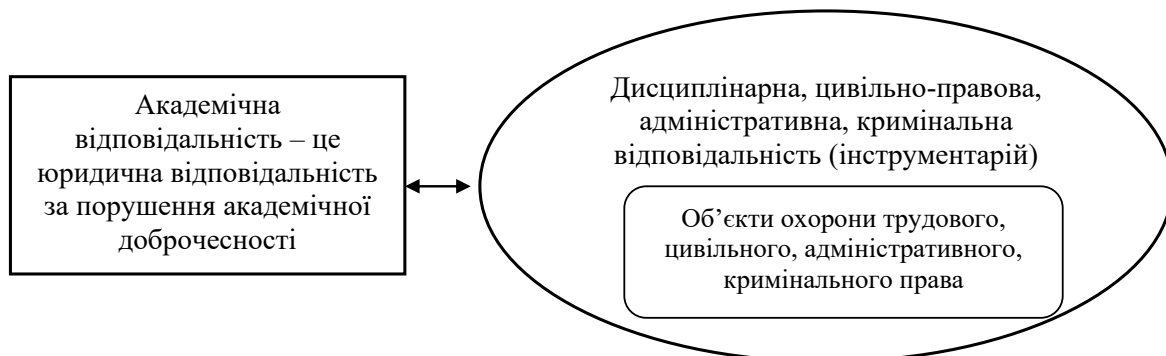


Рис. 1. Взаємозалежність змісту й об'єму поняття «академічна відповідальність» як збірного поняття й міжгалузевого інституту

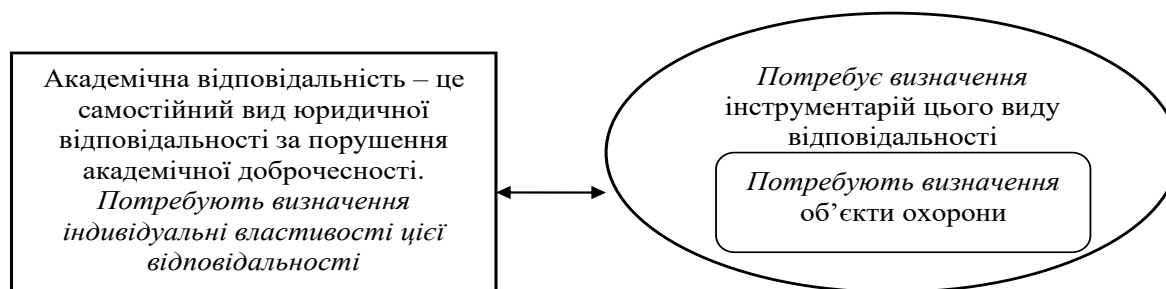


Рис. 2. Взаємозалежність змісту й об'єму поняття «академічна відповідальність» як нового, самостійного виду відповідальності

– по-перше, академічну відповідальність необхідно розглядати як: (а) форму правового примусу; (б) обов'язок; (в) негативні наслідки; (г) правові відносини; (д) міжгалузевий правовий інститут;

– по-друге, для реалізації академічної відповідальності недостатньо визначення видів академічних правопорушень. Аналіз академічного правопорушення показав, що така юридична конструкція, як склад правопорушення, не дає змоги охопити наявний галузевий інструментарій охорони й захисту академічних текстів та інших об'єктів права інтелектуальної власності. Зокрема, це стосується притягнення до цивільно-правової відповідальності юридичних осіб. За академічні правопорушення доцільно застосовувати різні види юридичної відповідальності – цивільно-правову, дисциплінарну, адміністративну, кримінальну;

– по-третє, фактичною підставою академічної відповідальності є академічне правопорушення: (а) винна, протиправна дія чи бездіяльність, що має шкідливі наслідки; (б) учинена фізичною чи юридичною особою; (в) яка посягає на процес навчання, викладання та провадження освітньої, наукової (творчої) діяльності шляхом невиконання (недотримання) нормативно визначеного порядку підготовки, написання, захисту, оприлюднення, пере-

вірки й оцінювання академічних текстів та інших об'єктів права інтелектуальної власності;

– по-четверте, правова природа академічної відповідальності розкривається колом об'єктів правової охорони в цивільному, трудовому, адміністративному та кримінальному праві в поєднанні з її соціальним призначенням, що охоплює функції юридичної відповідальності та її мету. Академічна відповідальність за своєю правовою природою є міжгалузевим правовим інститутом, її домінантною функцією є виховна (превентивна). Приватний і публічний характер академічної відповідальності вказують на розмежування санкцій за порушення академічної доброчесності залежно від ступеня суспільної шкоди, завданої діянням;

– по-п'яте, академічна відповідальність як міжгалузевий правовий інститут потребує подальшого дослідження на предмет визначення особливостей дисциплінарної, цивільно-правової, адміністративної та кримінальної відповідальності за академічні правопорушення. Відмова від міжгалузевого підходу до академічної відповідальності істотно позначиться на її правових можливостях, що необґрунтовано звужить коло правових засобів (інструментів), які можуть застосовуватися в процесі її реалізації.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Малогулко Ю.В., Затхей М.В. Проблеми академічної доброчесності в вищих навчальних закладах. URL: <http://ir.lib.vntu.edu.ua/bitstream/handle/123456789/20459/3857.pdf?sequence=3&isAllowed=y>.
2. Юрко Н.А., Стифанишин І.М., Проценко У.М. Академічна доброчесність: основні принципи та види порушень. *Young Scientist*. 2020. № 3.2 (79.2). Р. 133–136.
3. Про освіту : Закон України від 05.09.2017 № 2145-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 38–39. Ст. 380.

4. Проблеми правової відповідальності : монографія / Ю.П. Битяк, Ю.Г. Барабаш, Л.М. Баранова та ін. ; за ред. В.Я. Тація, А.П. Гетьмана, В.І. Борисової. Харків : Право, 2014. 348 с.

5. Велика українська юридична енциклопедія : у 20 т. Харків : Право, 2016. Т. 3 : Загальна теорія права / редкол. : О.В. Петришин (голова) та ін. ; Нац. акад. прав. наук України ; Ін-т держави і права імені В.М. Корецького НАН України ; Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого. 952 с. : іл.

6. Про академічну доброчесність : Проект Закону України. URL: https://naqa.gov.ua/wp-content/uploads/2021/01/%D0%BF%D1%80%D0%BE%D1%94%D0%BA%D1%82-%D0%B7%D0%B0%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D1%83-%D0%BF%D1%80%D0%BE-%D0%90%D0%BA%D0%B0%D0%B4%D0%94%D0%BE%D0%B1%D1%80%D0%BE%D1%87%D0%B5%D1%81%D0%BD%D1%96%D1%81%D1%82%D1%8C_4.pdf.

7. Жорнокуй В. Вина юридичної особи: сучасний стан учення. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 1. С. 160–164.

8. Чуб В.О. Заходи юридичної відповідальності – важливий елемент регулювання суспільних відносин у сучасній правовій державі. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2017. № 1. Т. 2. С. 32–35.

9. Алексеев С.С. Собрание сочинений : в 10 т. [+ справоч. том]. Москва : Статут, 2010. Том 2 : Специальные вопросы правоведения. 471 с.

10. Цалін С.Д. Логічний словник-довідник. 4-те вид., випр. і доп. Харків : Факт, 2006. 400 с.

ПЛАГІАТ І САМОПЛАГІАТ ЯК ПРАВОВІ ЯВИЩА

Красицька Лариса Василівна,

доктор юридичних наук, доцент,
в. о. провідного наукового співробітника відділу забезпечення інтеграції
академічної та університетської правової науки та розвитку юридичної освіти
Київського регіонального центру Національної академії правових наук України

У статті проаналізовано чинне законодавство України та юридичну літературу щодо визначення понять «плагіат», «самоплагіат». Доведено, що плагіат як правове явище є різновидом порушень прав інтелектуальної власності на об'єкти, які охороняються саме як об'єкти права інтелектуальної власності. Аргументовано, що плагіат недоцільно розглядати як зловживання правом на творчість особою, що вчиняє плагіат. Плагіат є родовим поняттям щодо академічного плагіату як виду порушення академічної доброчесності. Установлено, що, за чинним законодавством України, академічний плагіат і самоплагіат є формами обману як виду порушення академічної доброчесності.

Аргументовано, що при встановленні плагіату як порушення прав інтелектуальної власності до правопорушника застосовуються санкції, які передбачені законодавством про охорону прав інтелектуальної власності, наприклад, відшкодування збитків (матеріальної шкоди), включаючи упущену вигоду, або стягнення доходу, отриманого порушником унаслідок порушення ним авторського права й (або) суміжних прав. При встановленні факту академічного плагіату застосовуються санкції, які передбачені законодавством про освіту та науку, наприклад, скасування рішення разової спеціалізованої вченої ради про присудження особі ступеня доктора філософії та видачу відповідного диплома.

Доведено, що самоплагіат за своєю сутністю є юридичною фікцією, тобто таким неіснуючим становищем, яке оголошується існуючим і набуває загальнообов'язкового характеру внаслідок його закріплення в правовому приписі. Обґрунтовано, що вдосконалення потребує законодавство щодо процедури розгляду питання про встановлення академічного плагіату. Також доцільно визначити на законодавчому рівні різновиди академічного плагіату. Запропоновано самоплагіат розглядати не як правову категорію, а як морально-етичну категорію в контексті етичних підходів до самоцититування, академічної доброчесності тощо.

Ключові слова: плагіат, академічна доброчесність, академічний плагіат, самоплагіат, обман, правопорушення, юридична фікція.

Krasytska Larysa. Literary piracy and text recycling as legal phenomena

The author of the article has analyzed the current legislation of Ukraine and legal literature on determining the concepts of "literary piracy", "text recycling". It has been proved that literary piracy as a legal phenomenon is a type of intellectual property infringement to objects that are protected as objects of intellectual property rights. It has been argued that literary piracy should not be considered as an abuse of the right to creativity by a person who commits literary piracy. Literary piracy is a generic term for academic literary piracy as a type of violation of academic honesty. It has been established that academic literary piracy and text recycling according to the current legislation of Ukraine are forms of fraudulent pretence as a type of academic honesty violation.

The author has argued that if one establishes the fact of literary piracy as intellectual property infringement, the offender is subject to sanctions provided by the legislation on protection of intellectual property rights, such as compensation of damage (material damage), including lost profits, or recovery of proceeds received by an offender as a result of copyright infringement and (or) related rights. When the fact of academic literary piracy is established we apply sanctions, which are provided by the legislation on education and science, for example, cancellation of the decision of a one-time specialized scientific council on awarding a person with the PhD degree and issuing an appropriate diploma.

It has been proved that text recycling is legal fiction in its essence, i.e. such a non-existent position, which is declared existing and becomes mandatory due to its enshrinement in the legal

prescription. It has been substantiated that the legislation on the procedure of considering the issue of establishing academic literary piracy needs to be improved. It is also advisable to define different types of academic literary piracy at the legislative level. The author has offered to consider text recycling not as a legal category, but as a moral and ethical category in the context of ethical approaches to self-citing, academic honesty, etc.

Key words: *literary piracy, academic honesty, academic literary piracy, text recycling, fraudulent pretence, offense, legal fiction.*

Постановка проблеми. У юридичній літературі плагіат традиційно розглядається як один із різновидів правопорушень у сфері авторського права. Відповідно до п. в) ч. 1 ст. 50 Закону України «Про авторське право і суміжні права» від 23 грудня 1993 р. № 3792-XII, плагіат – оприлюднення (опублікування), повністю або частково, чужого твору під іменем особи, яка не є автором цього твору [1].

Водночас чинне законодавство України про освіту містить нормативні положення щодо забезпечення академічної доброчесності у сфері науки та освіти, передбачаючи в ч. 1 ст. 42 Закону України «Про освіту» від 5 вересня 2017 р. № 2145-VIII, що академічна доброчесність – це сукупність етичних принципів і визначених законом правил, якими мають керуватися учасники освітнього процесу під час навчання, викладання та провадження наукової (творчої) діяльності з метою забезпечення довіри до результатів навчання й/або наукових (творчих) досягнень. Згідно з ч. 4 ст. 42 Закону України «Про освіту», порушенням академічної доброчесності вважається, зокрема, академічний плагіат, самоплагіат та інші дії. Академічний плагіат – оприлюднення (частково або повністю) наукових (творчих) результатів, отриманих іншими особами, як результатів власного дослідження (творчості) та/або відтворення опублікованих текстів (оприлюднених творів мистецтва) інших авторів без зазначення авторства. Самоплагіат – оприлюднення (частково або повністю) власних раніше опублікованих наукових результатів як нових наукових результатів [2].

Відповідно до п. 1 ч. 3 ст. 32 Закону України «Про вищу освіту», заклади вищої освіти зобов'язані вживати заходів, у тому числі шляхом запровадження відповідних новітніх технологій, щодо запобігання академічному плагіату та виявлення академічного плагіату в наукових роботах

наукових, науково-педагогічних, педагогічних, інших працівників і здобувачів вищої освіти й притягнення їх до дисциплінарної відповідальності [3].

Отже, у чинному законодавстві України зустрічаються такі правові поняття, як плагіат, академічний плагіат, самоплагіат. Нині активно розроблюються законопроекти «Про академічну доброчесність», «Про внесення змін до Закону України «Про освіту» щодо встановлення відповідальності за передачу академічних творів із порушенням принципів академічної доброчесності», що потребує з'ясування сутності плагіату, самоплагіату як правових категорій.

Стан дослідження. Проблемні питання плагіату як порушення прав інтелектуальної власності активно досліджувалися в наукових працях, зокрема, таких правників, як В. Волюков, І. Дзьобко [4], Т. Коваленко [5], Г. Ульянова [6], Р. Шишка [7]. Разом із тим сьогодні необхідно відзначити недостатність наукових досліджень щодо плагіату й самоплагіату в аспекті порушення академічної доброчесності.

Метою статті є визначення сутності плагіату й самоплагіату як правових явищ у контексті забезпечення академічної доброчесності у сферах освіти й науки.

Виклад основного матеріалу. Плагіат розглядається в юридичній літературі як різноманітне правове явище. Так, Г.О. Ульянова запропонувала концептуальний підхід до бачення плагіату як складного явища у сфері права інтелектуальної власності, що може розглядатися: 1) як порушення авторських прав творця первісного тексту; 2) як зловживання правом на творчість особою, що вчиняє плагіат; 3) як порушення прав споживачів інтелектуальної, творчої діяльності; 4) як порушення етики творчості, професійної діяльності; 5) як порушення публічного правопорядку (інтересів суспільства та держави) – у випадках, коли авторству надається суспільне значення [6, с. 9].

Дійсно, можна погодитися з Г.О. Ульяновою щодо бачення плагіату як складного явища у сфері права в багатьох аспектах, крім того, що плагіат є зловживанням правом на творчість особою, що вчиняє плагіат. Дотримуючись підходу, що зловживання правом є не окремим різновидом правопорушення, а є здійсненням суб'єктивного цивільного права з наміром завдати шкоди іншій особі або з іншим недобросовісним наміром, убачається, що плагіат як оприлюднення (опублікування), повністю або частково, чужого твору під іменем особи, яка не є автором цього твору, є порушенням прав інтелектуальної власності, тобто цивільним правопорушенням.

Причому плагіат як порушення прав інтелектуальної власності має місце лише в тому випадку, коли порушуються права на об'єкти, які охороняються саме як об'єкти права інтелектуальної власності.

Т. Коваленко із цього приводу слушно зазначає, що власне ідеї не охороняються авторським правом, і в тому, що в іншому творі розкривається така ж сама ідея іншого автора, немає нічого нечесного. Щоб уникнути плагіату, необхідно виражати цю ідею власним, унікальним, оригінальним стилем [5, с. 36].

Законодавство у сфері охорони прав інтелектуальної власності визначає певні санкції, які можуть бути застосовані до порушника прав інтелектуальної власності, тобто до особи, яка вчинила плагіат. Зокрема, у ст. 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права» зазначається про можливість відшкодування моральної (немайнової) шкоди, відшкодування збитків (матеріальної шкоди), включаючи упущену вигоду, або стягнення доходу, отриманого порушником унаслідок порушення ним авторського права й (або) суміжних прав, або виплату компенсацій [1].

У юридичній літературі усталеним є підхід до визначення ознак плагіату. Так, Р.Б. Шишка зазначає, що плагіат має свої ознаки, які можна поділити на основні та варіативні: до перших належить формальна ознака використання чужого витвору під власним іменем, зокрема його оприлюднення, що зазвичай із суб'єктивної сторони є навмисним та усвідомленим. До

других – відсутність посилання на першоджерело й указівки на автора, якщо він відомий, створення твору компілятивно та з певним перефразуванням. До варіативних ознак також відносять мету плагіату, яка може бути різною: виконання кваліфікаційної роботи, демонстрація своєї творчості та її результативності, отримання наукових ступенів і звань, репрезентація своєї обізнаності тощо. До варіативних ознак також належить порушення правил цитування [7, с. 175]. На думку Г.О. Ульянової, до сутнісних ознак плагіату належать привласнення авторства на чужий твір, оприлюднення (опублікування) твору при плагіаті, неправомірне використання твору при плагіаті [6, с. 110–143].

У будь-якому разі плагіат є недоброчесною поведінкою автора твору, а за своєю сутністю є цивільним правопорушенням. Згідно з ч. 4 ст. 42 Закону України «Про освіту», порушенням академічної доброчесності є обман – надання завідомо неправдивої інформації щодо власної освітньої (наукової, творчої) діяльності чи організації освітнього процесу. Формами обману законодавець визначає, зокрема, академічний плагіат, самоплагіат, фабрикацію, фальсифікацію та списування [2].

У сфері освіти й науки для позначення недоброчесної поведінки автора використовують академічний плагіат, який за своєю сутністю є різновидом плагіату. Частина 6 статті 69 Закону України «Про вищу освіту» передбачає, що заклади вищої освіти й наукові установи здійснюють заходи із запобігання академічному плагіату – оприлюдненню (частково або повністю) наукових (творчих) результатів, отриманих іншими особами, як результатів власного дослідження (творчості) й/або відтворенню опублікованих текстів (оприлюднених творів мистецтва) інших авторів без зазначення авторства [3].

У Листі МОН України «Щодо рекомендацій з академічної доброчесності для закладів вищої освіти» від 23.10.2018 № 1/9-650 визначаються такі основні різновиди академічного плагіату: 1) дослівне запозичення текстових фрагментів без оформлення їх як цитат із посиланням на джерело (в окремих випадках некоректним вважають навіть використання одного

слова без посилання на джерело, якщо це слово використовують в унікальному значенні, наданому цим джерелом); 2) використання інформації (факти, ідеї, формули, числові значення тощо) із джерела без посилання на це джерело; 3) перефразування тексту джерела у формі, що є близькою до оригінального тексту, або наведення узагальнення ідей, інтерпретацій чи висновків з певного джерела без посилання на це джерело; 4) подання як власних робіт (дисертацій, монографій, навчальних посібників, статей, тез, звітів, контрольних, розрахункових, курсових, дипломних і магістерських робіт, есеїв, рефератів тощо), виконаних на замовлення іншими особами, у тому числі робіт, стосовно яких справжні автори надали згоду на таке використання [8].

Установлення факту академічного плагіату тягне за собою застосування санкцій, які визначено законодавством про освіту й науку. Так, згідно з абз. 2, 3 ч. 6 ст. 6 Закону України «Про вищу освіту», виявлення фактів академічного плагіату, фабрикації чи фальсифікації в захищеній здобувачем дисертації є підставою для скасування рішення разової спеціалізованої вченої ради про присудження йому ступеня доктора філософії та видачу відповідного диплома. У разі встановлення відповідно до законодавства у кваліфікаційній роботі здобувача ступеня доктора філософії фактів академічного плагіату, фабрикації, фальсифікації та/або порушення встановленої законодавством процедури захисту дисертації рішення разової спеціалізованої вченої ради про присудження ступеня доктора філософії скасовується закладом вищої освіти чи науковою установою, у якому (якій) вона була утворена, або Національним агентством із забезпечення якості вищої освіти в порядку, установленому Кабінетом Міністрів України [3].

Отже, ні видів академічного плагіату, ні ретельної процедури виявлення академічного плагіату та притягнення особи до відповідальності законодавством про освіту й науку не встановлено, що породжує проблеми в правозастосовній діяльності.

Так, у рішенні Окружного адміністративного суду м. Києва від 14 серпня 2020 року в судовій справі № 640/10924/20 зазна-

чається, що до Окружного адміністративного суду м. Києва звернувся ОСОБА_1 з позовом до Національного агентства із забезпечення якості вищої освіти в особі Комітету з питань етики, у якому просить суд визнати протиправним і скасувати рішення Комітету з питань етики Національного агентства із забезпечення якості вищої освіти від 12 березня 2020 року за зверненням головного редактора Київського бюро Радіо Свобода ОСОБА_8 щодо можливого порушення академічної доброчесності в тексті дисертаційного дослідження ОСОБА_1 «ІНФОРМАЦІЯ_1» Київ 2009. Суд установив, що Комітетом з питань етики Національного агентства із забезпечення якості вищої освіти 12 березня 2020 року було прийнято рішення за зверненням головного редактора Київського бюро Радіо Свобода ОСОБА_8 щодо можливого порушення академічної доброчесності в тексті дисертаційного дослідження ОСОБА_1 «ІНФОРМАЦІЯ_1» Київ 2009. Закон України «Про вищу освіту», який у частині 9 статті 19 наділяє Комітет з питань етики Національного агентства із забезпечення якості вищої освіти повноваженням розглядати питання академічного плагіату, не містить процедури розгляду такого питання, зокрема не встановлює, хто та впродовж якого строку вправі ініціювати питання про рецензування наукових робіт на предмет наявності академічного плагіату, не передбачає порядку та строків проведення відповідної перевірки, не містить будь-яких положень про права й обов'язки учасників процесу перевірки, не встановлює порядок скликання та проведення засідання Комітету з питань етики, на якому розглядатиметься питання академічного плагіату, не врегульовує питання повноважності засідання Комітету з питань етики при проведенні такого засідання, а також порядок голосування (відкрите, таємне) та умови, за яких рішення вважається прийнятим (голосування більшістю від присутніх на засіданні, більшістю від складу, одноголосно тощо) [9].

Зазначені вище положення свідчать про необхідність удосконалення процедури розгляду питання про встановлення академічного плагіату.

Одним із порушень академічної доброчесності законодавець визначає самоплагіат як оприлюднення (частково або повністю) власних раніше опублікованих наукових результатів як нових наукових результатів.

Уведення самоплагіату в законодавство про освіту й науку як порушення академічної доброчесності та форми обману як самостійного виду порушення академічної доброчесності викликає певну дискусію серед науковців. Г.О. Ульянова пропонує замість наявної в літературі категорії «самоплагіат» увести в науковий обіг категорію «авторське дублювання наукових результатів», під яким варто розуміти неодноразове опублікування автором власної наукової праці в прихованій, видозміненій формі без суттєвої зміни сутнісного навантаження в різних джерелах (наукових статтях) з метою збільшення публікацій для забезпечення необхідної їх кількості для присудження наукового ступеня чи присвоєння вченого звання [6, с. 109].

Убачається, що немає підстав для застосування певних заходів юридичної відповідальності за вчинення самоплагіату, оскільки відсутній склад правопорушення, зокрема такі його елементи, як об'єкт та об'єктивна сторона правопорушення.

Аналізуючи самоплагіат як правове явище, можна зазначити, що він має однакові риси з юридичною фікцією. Юридична фікція – техніко-юридичний прийом, за допомогою якого а) неіснуюче становище (відношення) оголошується існуючим і набуває загальнообов'язкового характеру внаслідок його закріплення в правовому приписі; б) штучно прирівнюються одна до другої такі речі, які в дійсності є різними або навіть протилежними. На відміну від прийому презумпції, який полягає в прирівнюванні ймовірного (чи принаймні можливого) до істинного, фікція йде по лінії свідомого ототожнення істинного з неістинним. Специфіка фікцій як положень свідомо неістинних обумовлює те, що вони в основному є елементом гіпотез або диспозицій імперативних норм, оскільки фікція імперативна за своєю природою [10, с. 308]. Правова

фікція – це нормативно виражене положення, яке закріплює в правовій системі неіснуюче існуючим або існуюче неіснуючим, яке має загальнообов'язкове значення та яке викликає певні правові наслідки [11, с. 11].

Науковець, який постійно працює з певним емпіричним матеріалом, висловлюючи свої думки й пропозиції, може в певних публікаціях їх розширювати, змінювати мотивацію, при цьому розкривати одну й ту ж власну ідею, тому визначати оприлюднення (частково або повністю) власних раніше опублікованих наукових результатів як порушення, за яке застосовують заходи юридичної відповідальності, є недоцільним.

Отже, самоплагіат як правове явище є юридичною фікцією, тобто таким нормативно вираженим становищем, що закріплює в правовій системі неіснуюче існуючим, унаслідок чого це явище набуває загальнообов'язкового характеру й викликає певні правові наслідки. Убачається, що самоплагіат за своєю сутністю є морально-етичною категорією, а не правовою категорією, тому доцільно його розглядати в аспекті порушення етичних підходів до академічної доброчесності.

Висновки. Плагіат як правове явище є різновидом порушень прав інтелектуальної власності на об'єкти, які охороняються саме як об'єкти права інтелектуальної власності. Плагіат є родовим поняттям щодо академічного плагіату як виду порушення академічної доброчесності. Установлено, що, за чинним законодавством України, академічний плагіат і самоплагіат є формами обману як виду порушення академічної доброчесності. Самоплагіат за своєю сутністю є юридичною фікцією. Запропоновано самоплагіат розглядати не як правову категорію, а як морально-етичну категорію в контексті етичних підходів до академічної доброчесності.

Подальше дослідження сутності та правової природи плагіату й самоплагіату сприятиме вдосконаленню правового регулювання відносин щодо забезпечення академічної доброчесності у сфері освіти та науки.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23 грудня 1993 р. № 3792-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12#Text> (дата звернення: 11.05.2021).
2. Про освіту : Закон України від 5 вересня 2017 року № 2145-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2145-19#Text> (дата звернення: 11.05.2021).
3. Про вищу освіту : Закон України від 1 липня 2014 року № 1556-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-18#Text> (дата звернення: 11.05.2021).
4. Воліков В.В., Дзьобко І.П. Проблеми інтелектуальної власності: плагіат у науці. *Теоретичні і практичні аспекти економіки та інтелектуальної власності*. 2013. Вип. 1. С. 347–352. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Траєiv_2013_1_1_76 (дата звернення: 11.05.2021).
5. Коваленко Т. Плагіат: види та відповідальність. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2014. № 4. С. 35–40.
6. Ульянова Г.О. Методологічні проблеми цивільно-правового захисту прав інтелектуальної власності від плагіату : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03 / Національний університет «Одеська юридична академія». Одеса, 2015. 433 с.
7. Шишка Р.Б. Плагіат та його прояви і небезпеки. *Часопис Київського університету права*. 2014. № 4. С. 170-176. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chkup_2014_4_41 (дата звернення: 12.05.2021).
8. Щодо рекомендацій з академічної доброчесності для закладів вищої освіти : Лист МОН України від 23.10.2018 № 1/9-650. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v-650729-18/print> (дата звернення: 12.05.2021).
9. Рішення Окружного адміністративного суду міста Києва від 14 серпня 2020 року, судова справа № 640/10924/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90979004> (дата звернення: 12.05.2021).
10. Загальна теорія держави і права : підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / М.В. Цвік, О.В. Петришин, Л.В. Авраменко та ін. ; за ред. докт. юрид. наук, проф., акад. АПрН України М.В. Цвіка, докт. юрид. наук, проф., акад. АПрН України О.В. Петришина. Харків : Право, 2009. 584 с.
11. Ул'яновська О.В. Фікції в правовій системі України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Нац. ун-т «Одеська юридична академія». Одеса, 2010. 20 с.

ПОНЯТТЯ «ЮРИДИЧНА МОВА»: СУЧАСНІ НАУКОВІ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ

Лазарєв Віктор Вікторович,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри теорії та історії держави і права
факультету № 1

Харківського національного університету внутрішніх справ

У статті проводиться аналіз сучасних підходів до розуміння мови права. Зазначається, що всі наявні юридичні поняття і юридичні процеси можуть бути доступними для усвідомлення лише за допомогою мови. Саме тому юридична мова (мова права) охоплює всю систему юриспруденції взагалі. Стверджується, що юридичну мову варто розглядати як загальний термін, що стосується низки надзвичайно різноманітних текстів, як письмових, так і розмовних. Виходячи із цього, акцентовано увагу на тому, що юридична мова є надзвичайно складним об'єктом дослідження.

Звертається увага, що спеціальна юридична термінологія, що використовується мовою права, поділяється на три категорії: спеціалізована термінологія, іноземна термінологія й архаїчна термінологія. Охарактеризовано кожен різновид цієї термінології. Проведено аналіз особливостей мови права. Приділено увагу такій характеристиці юридичної мови, як точність. Вивчення законодавчих текстів дає змогу виокремити деякі особливості юридичної мови, які експлікують її специфіку.

Зазначається, що закон може бути ефективним лише за умови добровільного його дотримання через внутрішній стимул. Законодавство, яке не відповідає мовній чутливості нашого суспільства, розглядається не як «наш закон», а як щось чуже. Без сприятливої мови позитивне право не може створити правосвідомість. Саме тут «мова і право» набувають центрального значення для сучасних правових систем, а також для функціонування та виживання правових культур.

Зроблено висновок, що у вітчизняній і закордонній політико-правовій думці відсутній єдиний підхід до розуміння сутності юридичної мови. Тобто ми стикаємося з багатоманітністю підходів інтерпретації «юридична мова». Головною функцією мови права є правильне й чітке формування змісту правових норм, уникнення його широкого розуміння й точного тлумачення. Наголошується, що поняття «юридична мова» є детермінантою формування правової системи, бо без юридичної мови не існує правової системи. Юридична мова є первинним елементом, а правова система – вторинним елементом, оскільки вона є важливим складником при складанні нормативно-правових актів.

Ключові слова: право, мова, мова права, термін, юридична термінологія, юридичний текст, закон, законодавство.

Lazariev Viktor. Concept "legal language": modern scientific interpretations

The article analyzes modern approaches to understanding the language of law. It is noted that all existing legal concepts and legal processes can be accessed only through language. That is why the legal language (language of law) covers the entire system of jurisprudence in general. It is argued that "legal language" should be considered as a general term for a number of extremely diverse texts, both written and spoken. Based on this, the emphasis is on the fact that legal language is an extremely complex object of study.

It is noted that the special legal terminology used in the language of law is divided into three categories: specialized terminology, foreign terminology and archaic terminology. Each variant of this terminology is characterized. The analysis and features of the language of law are carried out. Attention is paid to such a characteristic of legal language as accuracy. The study of legislative texts allows us to identify some features of legal language that explain its specifics.

It is noted that the law can be effective only if it is voluntarily complied with through an internal incentive. Legislation that does not correspond to the linguistic sensitivity of our society is not seen as "our law", but is seen as something foreign. Without favorable language, positive law cannot create legal awareness. It is here that "language and law" become central to modern legal systems, as well as to the functioning and survival of legal cultures.

It is concluded that in domestic and foreign political and legal thought there is no single approach to understanding the essence of legal language. That is, we are faced with a variety of approaches to the interpretation of "legal language". The main function of the language of law is the correct and clear formation of the content of legal norms, avoiding its broad understanding and accurate interpretation. It is emphasized that the concept of legal language is a determinant of the formation of the legal system, because without legal language there is no legal system. Legal language is a primary element, and the legal system is a secondary element, because it is an important component in the drafting of regulations.

Key words: law, language, language law, term, legal terminology, legal text, law, legislation.

У сучасному світі аксіоматичним є твердження, що закон не існує без мови. На підтвердження цієї тези ми можемо зауважити, що правові норми виражаються мовою. Юридичні поняття та юридичні процеси доступні лише за допомогою мови. Якщо юридичний текст критикують за незрозумілість і незрозумілість для загальної громадськості, проблема, швидше за все, полягає в мові. Позначення «юридична мова» або «мова права» має тенденцію підкреслювати предмет, галузь, у якій використовується мова, тобто закон. Тому це може створити помилкове твердження, що юридична мова (мова права) є однорідним і єдиним явищем. Насправді під висловом «юридична мова» ховається безліч специфічних класів текстів (жанрів), створених і використовуваних різними професійними групами, що працюють у різному правовому контексті. Юридична мова охоплює континуум із законодавства, прийнятого на різних рівнях, судових рішень, юридичних звітів, записів, різноманітних договірних актів, заповітів, довіреностей, наукових праць (наприклад, журналів, підручників) тощо.

Таким чином, те, що називається «юридичною мовою», являє собою надзвичайно складний тип дискурсу, убудованого в дуже різноманітний інституційний простір різних правових систем і культур. Іншими словами, «юридичну мову» варто розглядати як загальний термін, що стосується низки надзвичайно різноманітних текстів, як письмових, так і розмовних [1].

Юридичні тексти часто досить складно читати через їх спеціалізовану мову. Термінологія, яка використовується з метою передачі правової доктрини в законах, статутах, судових рішеннях і договорах, часто називається «термінами мистецтва». Хоча ці терміни різняться за походженням і призначенням, вони, як правило, поділяються на три категорії: спеціалізо-

вана термінологія, іноземна термінологія та архаїчна термінологія.

Спеціалізована термінологія стосується слів, характерних для юридичної професії. Деякі спеціалізовані терміни виникли в рамках правової системи з метою передачі значень, характерних для нормативно-правових актів. Приклади таких термінів включають показання під присягою, делікт, письмовий судовий наказ і судовий процес. Інші спеціалізовані терміни – це терміни, що прийняті юридичною професією та надають їм нового значення. Слова в цій категорії включають подання, відшкодування збитків і пропозиції.

Іноземна термінологія стосується юридичних термінів, що походять з іноземних мов. Найпоширенішими іноземними мовами, з яких термінологія застосовується в законодавстві, є латинська, англійська та французька мови.

У юридичному письмі архаїчна мова, як правило, використовується для вираження конкретного напрямку в тексті без надмірного повторення. По суті, це фрази, стиснуті в окремі слова. Хоча ці терміни були свого часу загальними, з тих пір вони вийшли із загальноновживаного вжитку й залишаються переважаючими лише в «термінах мистецтва».

Розуміння юридичної мови (мови права) є першим кроком до аналізу юридичного документа як першоджерела [2]. Саме тому вивчення мови права в чомусь схоже на вивчення нової мови. Спочатку багато слів і фраз можуть звучати чужими для вух і їх важко запам'ятати. Тим не менше, важливо розуміти їх значення та використання, щоб виконувати основні юридичні функції. Більша складність полягає в дослідженні нових способів використання знайомих слів і фраз. Наприклад, у юридичному сенсі слово «суд» слугує не лише для позначення судової гілки влади або місця вирішення

юридичних суперечок. Цей термін досить часто використовується для позначення конкретного судді та відповідного адміністративного персоналу, який бере участь у вирішенні певного питання. Термін «суд» може також означати всіх суддів у певному окрузі [3, с. 1].

Нині, незалежно від того є слова знайомими чи незнайомими, нам доводиться досить точно й чітко використовувати юридичну термінологію. Інакше ми можемо залишити свої слова та твердження відкритими для неправильного тлумачення [3, с. 2].

Сьогодні ми стикаємося з тією обставиною, що критики досить швидко звертають увагу на будь-які неточності в мові права, що використовується в письмовій чи усній формі. Ступінь неточності може мати руйнівний вплив на результат розгляду юридичної справи. Наприклад, найважливіший пункт або положення в контракті можуть уважатися недійсними [3, с. 2].

У подальшому маємо звернути увагу на те, що юридична мова відзначається точністю її лексикалізації для досягнення її вищої мети – всеохоплюваності. Саме точне значення термінології полегшує юридичне спілкування. Щодо семантичного рівня адвокати роблять спроби точності висловлювання, ретельно підбираючи слова та фрази. Справді, «точність – це найголосніша чеснота мови права». Щоб закон міг функціонувати, варто дотримуватися принципу семантичної точності або послідовності мови. Коли термін обрано, його потрібно повторювати знову і знову, замість використання синонімів. Використання синонімів не рекомендується в юридичних текстах, оскільки користувач може подумати, що посилання робиться на іншу концепцію.

Сьогодні юридичні визначення розглядаються головним чином як допоміжні засоби для тлумачення, що сприяють ясності шляхом зменшення невизначеності й сприяють досягненню послідовності. Отже, визначення, як кажуть, є одними з найскладніших для складання положень.

Велика кількість законодавчих визначень юрисдикцій загального права може розглядатися як засіб навмисного обмеження судової дискреції, тоді як цивільно-правові юрисдикції, як правило, захо-

чують, зокрема, суддів користуватися власним розсудом.

Розмежування об'єкта опису включає опис відповідних лексичних одиниць і їх значення в межах спеціалізованої галузі. Термінологічна робота традиційно зосереджується на організації понять і лексичних одиниць у спеціалізованій галузі, у якій кожен термін становить одне поняття, а кожне поняття позначається одним терміном. Визначення конкретної галузі права й того, які терміни належать до цієї галузі, включає встановлення як термінологічних, так і поняттєвих меж.

Маємо зазначити, що такі терміни належать до спеціалізованої мови або підмови. Вони охоплюють спеціальну предметну галузь, і її найбільш типове використання полягає у спілкуванні між експертами в цій галузі [4].

Вивчення законодавчих текстів дає змогу виділити деякі особливості юридичної мови, які експлікують її специфіку. Так, текст права, який являє собою систему нормативних установок, володіє якостями перформативності – це мовний акт законодавця, прирівняний до дії, якою він уносить зміни в навколишній світ. Доводячи волю законодавця до відома юридичних і фізичних осіб, право через мову цілеспрямовано впливає на свідомість людей, підштовхуючи їх поводити себе належним чином [5, с. 82; 6, с. 2]. Мова, набуваючи статусу мови права, виробляє спеціальні засоби вираження для виконання функції впливу на пересічних громадян і стає відособленою системою, у якій діють свої «правила гри». У юридичній мові з'являється особлива нормативність, за якої «мовна форма діалектично взаємодіє з правовим змістом» [5, с. 82].

Мова і право переплітаються: закон виражається через мову, зокрема через власну юридичну специфіку, яка характеризується конкретними ментальними категоріями й поняттями та може суттєво відрізнятися між окремими правовими системами [7, с. 137]. Саме тому творча й осмислювальна сила мови має особливе значення для закону. Практично не існує правових понять поза мовою. Із цього приводу можна зазначити, що «саме на верстаті мови закручується весь закон». Принаймні позитивне право пов'язане з мовою, оскільки

його юридичні поняття існують лише в мові та через мову. Закон виражається у «виroku» («verum dicere») і пов'язаний із «юрисдикцією». Тим не менше не варто заходити так далеко, щоб зробити висновок про відсутність закону поза мовою. Існування звичаєвого права суперечить такому твердженню. Звичаєве право часто не виражається словами, але виражається в конкретних ситуаціях [8, с. 797].

Закон може бути ефективним лише за умови добровільного його дотримання через внутрішній стимул. Законодавство, яке не відповідає мовній чутливості нашого суспільства, не розглядається як «наш закон», а розглядається як щось чуже. Без сприятливої мови позитивне право не може створити правосвідомість. Саме тут «мова і право» набувають центрального значення для сучасних правових систем, а також для функціонування й виживання правових культур. «Сутність» мови продовжує залишатися центральною опорою права. Це вирішальний фактор у юридичній організації нашого суспільства [8, с. 803].

Беручи до уваги особливості мови права (предмет, завдання й роль мови), її можна

визначити як одну з форм прояву вище-описаної фахової мови, яка слугує засобом поняттєвого визначення та пізнання як звичайного буденного, так і фахового стану речей і предметів, а також є засобом сповіщення про них у певному науковому контексті [5, с. 81].

Підбиваючи підсумок, аналізуючи підходи до розуміння юридичної мови, ми стикаємося з тією обставиною, що у вітчизняній і закордонній політико-правовій думці відсутній єдиний підхід до розуміння сутності юридичної мови. Тобто ми стикаємося з багатоманітністю підходів до інтерпретації поняття юридична мова». Також маємо зазначити, що головною функцією мови права є правильне й чітке формування змісту правових норм, уникнення його широкого розуміння й точне тлумачення.

Безсумнівно, поняття «юридична мова» є детермінантою формування правової системи, бо без юридичної мови не існує правової системи. Продовжуючи це твердження, ми можемо зазначити, що юридична мова є первинним елементом, а правова система – вторинним елементом, оскільки вона є важливим складником при складанні нормативно-правових актів.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Stanisław Goźdz-Roszkowski. Legal Language. *The Encyclopedia of Applied Linguistics*. URL: https://www.academia.edu/3048902/Legal_language?email_work_card=reading-history (дата звернення: 30.05.2021).
2. Understanding Legal Terminology. URL: <https://cwnc.omeka.chass.ncsu.edu/exhibits/show/legal-documents-primary-source/understanding-legal-terminolog/understanding-legal-terminolog> (дата звернення: 30.05.2021).
3. Legal Terminology. URL: <https://www.icslearn.ca/~media/files/pdf/samplelessons/465-legal-transcriptionist-diploma.pdf?la=en> (дата звернення: 30.05.2021).
4. Snježana Husinec. The importance of content knowledge for successful legal language acquisition. *Research in Language*. 2011. Vol. 9.1. P. 125–133. URL: https://www.academia.edu/5789565/Special_Issue_on_Legal_Terminology_Approaches_and_Applications (дата звернення: 30.05.2021).
5. Дерябіна А.А. Мова права як фахова мова. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Філологія»*. 2014. № 8. Т. 1. С. 81–84.
6. Ивакина Н.Н. Профессиональная речь юриста : учебное пособие. Москва : БЕК, 1997. 256 с.
7. Elena Chiocchetti, Natascia Ralli. Legal terminology and lesser used languages: the case of mòcheno. *Research in Language*. 2011. Vol. 9.1. P. 135–146. URL: https://www.academia.edu/5789565/Special_Issue_on_Legal_Terminology_Approaches_and_Applications (дата звернення: 30.05.2021).
8. Bernhard Grossfeld. Language and the law. *Journal of Air Law and Commerce*. 1985. V. 50. I. 4. P. 793–803. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/147638084.pdf> (дата звернення: 30.05.2021).

АЛЬТЕРНАТИВНІ СПОСОБИ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ

УДК 340.1;340.13

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.29>

ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБІТРАЖУ ЩОДО ЗАХИСТУ ПРАВ ПІДПРИЄМЦІВ

Григорчук Мирослав Васильович,

ORCID: 0000-0003-0523-030X

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри державно-правових дисциплін

ВНЗ «Університет економіки та права «КРОК»

У статті здійснено теоретико-правовий аналіз генези, нормативного підґрунтя діяльності Міжнародного комерційного арбітражу при Торгово-промисловій палаті України та напрями врегулювання комерційних спорів між суб'єктами господарювання з різних країн.

Беручи за основу міжнародні договори, які є частиною національного законодавства України, здійснено теоретико-правову авторську розвідку щодо сутності і значення міждержавних інструментів у сфері досудового вирішення торговельних суперечок.

Послугуючись нормами чинного міжнародного торговельного права, а також з огляду на численні наукові дослідження у цій сфері, автор доходить висновків, які можуть лягти в основу удосконалення чинних нормативно-правових актів України, насамперед Законів України «Про зовнішньоекономічну діяльність» та «Міжнародний комерційний арбітраж».

Завдяки ґрунтовному економіко-правовому аналізу ключових понять, якими є «арбітраж», «арбітражна угода», «міжнародний арбітраж», «комерційний арбітраж» тощо, наводиться авторський підхід у застосуванні положень чинного законодавства та напрями правового захисту прав і охоронюваних законом інтересів суб'єктів господарювання. Особливу увагу зосереджено на тих міжнародно-правових інструментах врегулювання господарських спорів, які максимально повно відповідають інтересам вітчизняної економіки.

Проаналізовано сутність автономної, змішаної, договірної та процесуальних наукових теорій щодо правової сутності міжнародного комерційного арбітражу, а також досліджено їх імперативне наповнення тими легітимними інструментами примусу, які застосовуються до порушників міжнародного комерційного права, та іншими нормативно-правовими актами, якими врегульовуються правовідносини у торговельній сфері.

Особливу увагу приділено висвітленню наукового і практичного обрамлення проблем, пов'язаних з упровадженням позитивного міжнародного і європейського досвіду в законодавство України, насамперед щодо досудового врегулювання комерційних спорів.

Ключові слова: арбітраж, арбітражна угода, третейський суд, міжнародний арбітраж, комерційний арбітраж.

Hryhorchuk Myroslav. Theory and practice of international commercial arbitration to protect the rights of entrepreneurs

The article provides a theoretical and legal analysis of the genesis, regulatory basis of the International Commercial Arbitration at the Chamber of Commerce and Industry of Ukraine in the direction of settling commercial disputes between businesses from different countries.

Based on international agreements, which are part of the national legislation of Ukraine, the theoretical and legal author's investigation of the essence and significance of interstate instruments in the field of pre-trial settlement of trade disputes.

Using the norms of current international trade law, as well as in view of numerous scientific studies in this field, the author presents different conclusions that may form the basis for improving existing regulations of Ukraine, especially the Laws of Ukraine "On Foreign Economic Activity" and "International Commercial arbitration".

Due to a thorough economic and legal analysis of key concepts, such as "arbitration", "arbitration agreement", "international arbitration", "commercial arbitration", etc., the author's approach to the application of current legislation in the field of legal protection of rights and legally protected interests management.

Particular attention is paid to those international legal instruments for settling economic disputes that best meet the interests of the domestic economy. The essence of autonomous, mixed contractual and procedural scientific theories on the legal essence of international commercial arbitration is analyzed, and their imperative filling with those legitimate instruments of coercion which are applied to violators of international commercial law and other normative legal acts which regulate legal relations is investigated.

Particular attention is paid to the coverage of scientific and practical framing of issues related to the implementation of positive international and European experience in the legislation of Ukraine, primarily on the pre-trial settlement of commercial disputes.

Key words: arbitration, arbitration agreement, arbitration court, international arbitration, commercial arbitration.

У теорії права поняття МКА (Міжнародний комерційний арбітраж) вживається у двох значеннях: як процедура вирішення спору та як орган із розв'язання відповідного спору. Історична довідка показала, що Міжнародний комерційний арбітраж в Україні пройшов нелегкий шлях становлення. Де-юре процес формування і розвитку цієї інституції започатковано в 60-х роках минулого сторіччя. Україна як член ООН 22 серпня 1960 року підписала і ратифікувала Конвенцію ООН про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень, а 25 грудня 1963 року – Європейську Конвенцію про зовнішньоторговельний арбітраж [1].

Однак міжнародні арбітражні інститути залишалися лише номінально утвореними, і цим закінчувався процес формалізації України як учасника міжнародних зовнішньоекономічних об'єднань. Лише з часу проголошення своєї незалежності Україна отримала реальну можливість відповісти на міжнародні економічні виклики, які мали місце під час провадження комерційної діяльності вітчизняних підприємств за межами держави або при входженні іноземних підприємств в українську економіку. Першим і насправді дієвим кроком у цьому напрямі стало прийняття у квітні 1991 року Закону УРСР «Про зовнішньоекономічну діяльність» [2], зі введенням в дію якого було усунуто описані вище перешкоди і створено передумови для утворення і функціонування міжнародного арбітражу в Україні.

10 червня 1992 року Президією Торгово-промислової палати України було створено Міжнародний комерційний арбі-

тражний суд (далі – МКАС) при ТПП України і затверджено його Регламент. Цей рік став фундаментальним для України: на міжнародному конгресі в Цюриху 9 грудня було підписано перший договір про співробітництво – Договір між МКАС при ТПП України та Швейцарською Арбітражною асоціацією.

Інтегруючись у міжнародний економічний простір, Україна повномасштабно забезпечила свою участь у діяльності міжнародних арбітражних організацій. Свідченням цього є рішення Президії ТПП України від 25 серпня 1994 р. про створення Морської арбітражної комісії на чолі з І.Г. Побірченком.

24 лютого 1994 року Верховною Радою України було прийнято Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» [3] та Регламент Морської арбітражної комісії при Торгово-промисловій палаті України [4].

Новий етап у розвитку МКАС настав із прийняттям у 1996 році Конституції України, в якій статтею 18 зазначено, що зовнішньополітична діяльність України спрямована на забезпечення її національних інтересів і безпеки шляхом підтримання мирного і взаємовигідного співробітництва із членами міжнародного співтовариства за загально визнаними принципами і нормами міжнародного права [5].

На основі Конституції України та із прийняттям Закону «Про міжнародний комерційний арбітраж» на державному рівні визнається корисність арбітражу (третейського суду) як методу, що широко застосовується для вирішення спорів, які виникають у сфері міжнародної торгівлі,

і необхідність комплексного врегулювання міжнародного комерційного арбітражу в законодавчому порядку; врахування положень про такий арбітраж, які є в міжнародних договорах України, а також у типовому законі, прийнятому в 1985 році Комісією ООН із права міжнародної торгівлі і схваленому Генеральною Асамблеєю ООН для можливого використання державами у своєму законодавстві.

Згідно з положеннями статті 1 цього Закону сферою застосування визначено сферу застосування міжнародного комерційного арбітражу, якщо місце арбітражу знаходиться на території України, а також у тому разі, коли місце арбітражу знаходиться за її межами.

У статті 2 Закону нормативно вводяться поняття, якими визначається сутність і правова природа основних напрямів діяльності МКАС при ТПП України. Законодавець визначає, що «арбітраж» – це будь-який арбітраж (третейський суд), незалежно від того, чи утворюється він спеціально для розгляду окремої справи, чи здійснюється постійно діючою арбітражною установою, «третейський суд» – одноособовий арбітр або колегія арбітрів; «суд» – відповідний орган судової системи держави; термін «комерційний» тлумачиться широко й охоплює питання, що впливають з усіх відносин торгового характеру – як договірних, так і недоговірних.

Г.К. Дмитрієва зазначає, що поняття «міжнародний комерційний арбітраж» охоплює в собі такі категорії, як «арбітраж», «міжнародний арбітраж» та «комерційний арбітраж». Арбітраж (arbitrage) у перекладі із французької мови означає «третейський суд» [6, с. 23].

А. Монті (Monti), досліджуючи арбітраж і корпоративне право, зазначає, що арбітраж загалом і зокрема стосовно корпорацій набуває все більшого значення як на національному, так і на міжнародному рівні. Не тільки організації та приватні юридичні компанії дедалі більше звертаються до арбітражу, але також і громади та міжнародні установи [7].

В.В. Кирильчук, досліджуючи правову природу міжнародного комерційного арбітражу, вказує, що, незважаючи на численні дискусії у доктрині та практиці про-

цесуального права, не досягнуто єдиної думки щодо правової природи як міжнародного комерційного арбітражу загалом, так і окремих його складових елементів – арбітражної угоди, арбітражного розгляду та арбітражного рішення [8].

К.М. Біда термін «арбітраж» пропонує розуміти як спеціально створений суб'єкт для розгляду та вирішення певного кола справ між господарюючими суб'єктами, як правило, за участю суб'єктів іноземного походження (нерезидентів) [9].

На думку Ю.Д. Притики, арбітраж – це форма приватного правосуддя, що ґрунтується на угоді, укладеній спеціально для цього спору, де арбітр наділяється повноваженнями, аналогічними повноваженням судді [10].

Американський юрист Г. Борн визначає арбітраж як засіб, за допомогою якого спір вирішується незаінтересованою особою відповідно до добровільної угоди сторін [11].

О.П. Подцерковний, характеризуючи МКАС, виокремлює чотири фундаментальних ознаки міжнародного комерційного арбітражу:

- міжнародний комерційний арбітраж є для сторін спору альтернативою національним державним судам;
- міжнародний комерційний арбітраж є недержавним (приватним) механізмом вирішення господарських спорів;
- міжнародний комерційний арбітраж обирається та контролюється самими сторонами господарського спору;
- рішення міжнародного комерційного арбітражу є остаточним і обов'язковим щодо прав та обов'язків сторін господарського спору [12].

Є.Д. Боярський, узагальнюючи оприлюднені наукові погляди із цієї проблематики, зазначає, що науковцями виділяється чотири концепції (теорії): договірна (консенсуальна), юрисдикційна (процесуальна), змішана й автономна [13].

Згідно з положеннями договірної теорії, інститут міжнародного комерційного арбітражу виступає виразником спільної позиції сторін, що документально підтверджена в арбітражній угоді. Підставами для таких дій сторін арбітражної угоди є процесуальні повноваження і компетенція МКАС. Таким чином, можна стверджувати, що

договірна теорія загалом пропонує розглядати всю процедуру функціонування арбітражу як єдиний процес, що ґрунтується на добровільному бажанні сторін арбітражної угоди.

На думку представників цієї теорії, договір про арбітраж є узагальнюючою категорією для арбітражної угоди та арбітражного рішення, які розглядаються як дві його частини, поєднані волею сторін. Водночас весь процес вирішення спору (арбітражний розгляд) визначається як проміжна ціль для досягнення кінцевої мети – остаточного врегулювання спору.

Аналізуючи цю теорію, вбачається, що, поєднуючи арбітражну угоду й арбітражне рішення категорією «договір про арбітраж», її автори відступають від положень Закону «Про міжнародний комерційний арбітраж». Це судження підтверджується тим, що довільно створене поняття «договір про арбітраж» не може виступати узагальненням для нормативно врегульованих понять, якими є «арбітражна угода» й «арбітражне рішення». У цьому разі доцільно застосувати легітимні категорії, які відповідно до положень цього Закону відображають реальні взаємозв'язки між складовими частинами арбітражного процесу. Такими категоріями, згідно з положеннями частини 1 статті 7 (Визначення та форма арбітражної угоди) Закону, виступають «арбітражне застереження в контракті» або «окрема угода».

Водночас необхідно звернути увагу на те, що арбітражний договір (договір про арбітраж) розглядають як окремий вид третейських угод, під якими розуміється самостійна угода між сторонами, відповідно до якої вони домовляються про арбітражний розгляд спорів, які можуть виникнути між ними в майбутньому або у зв'язку з яким-небудь конкретним контрактом, або у зв'язку з групою конкретних контрактів між ними, або навіть у зв'язку зі співробітництвом між ними загалом [14].

Протилежною договірній теорії виступає процесуальна теорія міжнародного комерційного арбітражу. Її прихильники розділяють арбітражне рішення та арбітражну угоду, оскільки, на їх переконання, вони мають різні цілі. У своєму класичному вигляді ця теорія стверджує, що міжнародний комерційний арбітраж набуває

легітимності саме з державної правової системи.

Ґрунтуючись на положеннях чинного в Україні законодавства, необхідно зазначити, що полярність думок учених на одне і те саме юридичне явище, яким виступає міжнародний комерційний арбітраж, не може сприйматися як достатня доказова база виключної коректності тієї чи іншої позиції. У цьому сенсі слід звернути увагу на невиправдані посилання до крайніх межових положень обраних відправних структурних елементів, які формують поняття «договір про арбітраж», «арбітражна угода» й «арбітражне рішення».

Водночас у цьому науковому дискурсі, на наше переконання, слід дотримуватися «золотого правила», згідно з яким істина рівновіддалена від крайніх точок судження. Обґрунтуванням такого погляду є те, що господарське право з найбільшою вірогідністю є комплексною галуззю права, а отже, його окремі інститути чи елементи не можуть бути вкрай супротивними в розумінні відірваності чи залежності від основних постулатів, які покладені в основу теорії комплексності. Тому найбільш прийнятним і таким, що відповідає завданням науки, буде виступати думка про те, що міжнародний арбітраж поєднує в собі ознаки обох зазначених вище теорій. Ця теорія отримала назву змішаної.

У цьому зв'язку необхідно зауважити, що присутність у механізмах функціонування арбітражу договірних і процесуальних елементів засвідчують їх нерозривність, а отже, і той факт, що без їх участі будь-який міжнародний третейський розгляд позбавлений сенсу.

Так, наприклад, Макі (Mackie) К. вказує, що у Великій Британії в корпоративних спорах віддають перевагу 62% респондентів, що взяли участь в опитуванні, а арбітражному вирішенню спору – 50% [15].

О. Белоглавок дійшов висновку, що у США та західноєвропейських країнах усе більш популярною стає теорія автономності правової природи міжнародного комерційного арбітражу. Ця теорія відносно «молода», і її суть полягає у тому, що арбітраж є особливим, автономним утворенням, наділеним особливими озна-

ками, і тому до нього не можуть застосовуватися ані принципи та норми договірної права, ані принципи та норми процесуального права [16].

Висловлюючи авторське бачення на наукову коректність у питаннях автономності того, що своїм корінням походить до національних правових систем, необхідно визнати, що така позиція не позбавлена слабких сторін. Адже, будучи похідними від національного законодавства конкретної країни, складені відповідно до їх вимог міжнародні контракти й угоди не можуть отримати легітимні механізми переходу в автономність до тих правових систем, на основі яких вони відбулися, відповідальність за порушення яких міститься саме в тих нормах. Якщо дотримуватися цієї наукової теорії (про автономність), то потрібно визнати, що на якомусь етапі міжнародної економічної співпраці повинні вступати в дію норми законодавства, яке підноситься над всіма правовими системами, і його норми виступають над ними у вигляді визнаної всім світом надбудови. З огляду на сучасні міждержавні правовідносини з їх встановленими індивідуальними механізмами захисту внутрішніх економік, така перспектива виглядає непереконливою. Вважаємо, що основами розв'язання спірних питань на міжнародному рівні з урахуванням всіх особливостей національних правових систем виступатимуть фундаментальні положення про захист суб'єктивного права, запроваджені світовими правозахисними організаціями, якими є Організація Об'єднаних Націй, утворені нею компетентні органи, міжнародні судові установи тощо.

Г.А. Цірат вважає, що міжнародні комерційні арбітражі як юрисдикційні органи характеризуються такими ознаками: вони не є державними органами, і держава не бере участі у їх формуванні та фінансуванні; держава регулює лише загальні засади діяльності третейських судів; компетенція третейського суду заснована на угоді сторін у межах, що встановлені державою; зокрема сторони можуть визначити персональний склад суддів та процедуру, згідно з якою здійснюватиметься розгляд; третейські суди не пов'язані процесуальними нормами, що існують у державі, проте вони повинні дотримуватися

загальних принципів відправлення правосуддя, що розглядаються як елементи публічного порядку певної країни (рівність та змагальність сторін тощо); рішення третейських судів є остаточними і не можуть переглядатися по суті [17, с. 9].

С.В. Николюкін стверджує, що однією із проблем є співвідношення міжнародного комерційного арбітражного суду з національними судами. На інституційному рівні державні суди і МКАС як форми захисту прав та інтересів є незалежними одне від одного. Передумовою цієї незалежності є визнання міжнародними конвенціями й актами внутрішнього законодавства обов'язковості арбітражної угоди щодо вирішення зовнішньоекономічного спору у відповідному міжнародному комерційному арбітражі. Укладення такої арбітражної угоди зумовлює два процесуально-правові наслідки: обов'язок зацікавленої сторони спору звернутися до відповідного міжнародного комерційного арбітражу для вирішення спору; виключення юрисдикції державних судів із цього спору [18].

Ми долучаємося до висловленої науковцями думки про те, що на цьому етапі обрамлення межами правового регулювання альтернативних способів вирішення міжсуб'єктного непорозуміння в комерційній сфері виникає низка завдань, без розв'язання яких Україна як міжнародний комерційний арбітр не може претендувати на вагоме місце в системі подібних міжнародних інституцій. До таких завдань ми відносимо необхідність перегляду і подальше спрощення процесуальних обмежень, введених частиною 2 статті 22 ГПК щодо права передачі на вирішення міжнародного комерційного арбітражу спору лише на підставі арбітражної угоди, укладеної між юридичною особою та всіма її учасниками.

Іншим чинником, який потребує перегляду законодавцем нормативно закладених підстав для забезпечення ефективного захисту прав і законних інтересів суб'єктів господарювання, виступають положення частини 8 статті 75 (Підстави звільнення від доказування) ГПК України (обставини, встановлені рішенням третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу, виправдувальним вироком суду у кримінальному провадженні, ухвалою

про закриття кримінального провадження і звільнення особи від кримінальної відповідальності, підлягають доказуванню в загальному порядку під час розгляду справи господарським судом). Переконані, що невизнання господарським судом легітимності чинного рішення МКАС як підстави звільнення від доказування в господарському процесі також не сприяє підвищенню авторитетності цієї інституції як в Україні, так і на міжнародному рівні.

Отже, відзначаючи юрисдикційну роль Міжнародного комерційного арбітражного суду, необхідно збалансовано враховувати ступінь наукового розроблення про-

блематики щодо розуміння ролі і значення цієї квазісудової установи і її реальної участі у вирішенні господарських спорів. Науковий градус у дискусійних підходах до остаточного визначення статусу МКАС у правовій системі України підвищується на фоні впровадження в наше законодавство позитивного європейського і міжнародного досвіду, у тому числі щодо досудового розв'язання комерційних спорів. Цей процес супроводжується широкою науковою полемікою, до якої долучаються вітчизняні і закордонні правники зі значним досвідом роботи із позасудового врегулювання господарських конфліктів.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже. [Електронний ресурс]. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_069#Text.
2. Про зовнішньоекономічну діяльність. Закон УРСР від 16.04.1991 р. № 959-XII. [Електронний ресурс]. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/959-12#Text>.
3. Про міжнародний комерційний арбітраж. Закон України від 24.02.1994 р. № 4002-XII. *Відомості Верховної Ради України*, 1994. № 25. Ст. 198.
4. Регламент Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Украины. [Електронний ресурс]. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0107571-94#Text>.
5. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР [Електронний ресурс]. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>.
6. Дмитриева Г. К. Международный коммерческий арбитраж : учебно-практическое пособие. М. Проспект, 1997. С. 23.
7. Monti A. Arbitration and Corporate Law. [Електронний ресурс]. URL : https://www.montiswisslaw.com/wp-content/uploads/2017/01/International_Commercial_Arbitration.pdf.
8. Кирильчук В.В. Правова природа міжнародного комерційного арбітражу. [Електронний ресурс]. URL : http://3222.ua/article/pravova_priroda_mjnarodnogo_komertsynogo_arbtraju.htm.
9. Біда К.М. Міжнародний комерційний арбітраж: до питання щодо сутнісної характеристики. [Електронний ресурс]. URL : <http://www.nbu.gov.ua/>.
10. Притика Ю.Д. Міжнародний комерційний арбітраж: питання теорії та практики : монографія. К. Концерн Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. С. 516.
11. Born G. International commercial arbitration. Bedfordshire: Terpin Distribution Services Ltd, 2009. 1739 p.
12. Подцерковний О.П. Господарський процес. Х.: Одиссей, 2010. С. 640.
13. Боярський Є.Д. Теорії правової природи МКА та їх рецепція у праві України. [Електронний ресурс]. URL : <http://www.nbu.gov.ua/>.
14. Компетенція міжнародного комерційного арбітражу. Арбітражна угода. [Електронний ресурс]. URL : http://pidruchniki.com/1499052856832/pravo/kompetentsiya_mizhnarodnogo_komertsynogo_arbitrazhu_arbitrazhna_ugoda.
15. Mackie K. A New Reality Emerging in Corporate Counsel Dispute Manager? [Електронний ресурс]. URL: http://ukrmediation.com.ua/files//CD_Jul13_55-57.pdf. P. 54.
16. Белоглавок О. Правовий характер міжнародного арбітражного розгляду у торговельних справах та прояви конфліктів між правовими культурами. *Право України*, 2011. № 1. С. 22-35.
17. Цірат Г.А. Міжнародний комерційний арбітраж : навч. посіб. К. 2002. С. 9.
18. Николюкін С.В. Арбитражные соглашения и компетенция международного коммерческого арбитража. Проблемы теории и практики. М. : Юриспруденция, 2009. С. 144.

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ

УДК 343.121.4(4/8)(091)

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.30>

РОЗВИТОК ТА ЕТАПИ СТАНОВЛЕННЯ ІНСТИТУТУ ЗАХИСТУ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Бабчинська Тетяна Володимирівна,

кандидат юридичних наук,
асистент кафедри кримінального процесу, детективної
та оперативно-розшукової діяльності
Національного університету «Одеська юридична академія»

У статті здійснено аналіз розвитку та виокремлено етапи становлення інституту захисту у кримінальному судочинстві. Увага приділена зародженню захисної функції з ранніх витоків історії. Досліджено, що зародки інституту захисту у кримінальному процесі почали з'являтися ще у додержавних формах суспільного життя переважно із захисної функції родинного характеру.

Приділено також неабияку увагу становленню вказаного інституту і на теренах України. Відзначається, що становлення інституту захисту у кримінальному судочинстві зароджувалося поступово та зазнало різних змін та перетворень. Простежуються як позитивні моменти під час формування цього інституту, так і, як не прикро, моменти занепаду інституту захисту.

Загалом відзначається формування інституту захисту у кримінальному процесі у тій формі і у тому вигляді, що має місце нині.

З огляду на це було виокремлено такі етапи: етап зародження інституту захисту під час розгляду спорів (у додержавних формах суспільного устрою та стародавніх країнах – Китаї, Греції, Римі тощо); етап розвитку захисту у кримінально-процесуальній діяльності у середні віки; етап визнання права на захист невід'ємним природним правом людини (XVII–XIX століття); етап формування сучасного бачення інституту захисту у кримінальному процесі у XX столітті; сучасний етап розвитку інституту захисту у сфері кримінального судочинства.

Також окремої уваги заслуговує становлення інституту захисту у кримінальному провадженні саме в Україні: 1. Етап звичаєвого права у Київській державі, яке поступово лягло в основу Руської Правди. 2. Етап перебування територій сучасної України у складі Галичини, а згодом Польщі, поширення дії Литовських статутів і магдебурзького права на ці території. 3. Формування власної законодавчої бази стосовно функціонування інституту захисту у кримінальному процесі – кодексу права «Права, за якими судиться малоросійський народ» 1743 року. 4. Врегулювання функції захисту Судовими статутами 1864 року, в результаті чого була здійснена повноцінна регламентація захисної функції в кримінальному судочинстві і запроваджена незалежна демократична адвокатура. 5. Етап занепаду адвокатури на території сучасної України після Жовтневої революції 1917 року. 6. Етап відродження інституту захисту в кримінальному судочинстві у зв'язку із прийняттям першого кодифікаційного акту, що об'єднав норми радянського кримінально-процесуального права – Кримінально-процесуального кодексу УРСР 1922 року. 7. Етап становлення нашої держави на євроінтеграційний шлях у кінці XX століття, що ознаменувало прийняття низки власних законодавчих актів у незалежній Україні щодо організації та функціонування адвокатури з урахуванням європейських стандартів.

Ключові слова: інститут захисту, захист у кримінальному провадженні, етапи становлення, адвокат, прокурор, кримінальне судочинство, суд присяжних.

Babchynska Tetyana. Development and stages of establishment of the institute of protection in criminal judiciary

The article analyzes the development and highlights the stages of formation of the institution of protection in criminal proceedings. Attention is paid to the origin of the protective function

from the early origins of history. It has been studied that the embryos of the institution of protection in criminal proceedings began to appear in pre-state forms of public life, mainly from the protective function of a family nature.

Much attention is also paid to the establishment of this institution in Ukraine. It is noted that the formation of the institution of protection in criminal proceedings was born gradually, and underwent various changes and transformations. Traced as positive moments during the formation of this institution as well as, sadly, moments of decline of the institution of defense.

In general, the formation of the institution of protection in criminal proceedings in the form and in the form that takes place today.

In view of this, the following stages were singled out: the stage of the emergence of the institution of protection in dispute resolution (in pre-state forms of social order and ancient countries – China, Greece, Rome, etc.); stage of development of protection in criminal procedure in the Middle Ages; the stage of recognition of the right to protection as an inalienable natural human right (XVII–XIX centuries); the stage of formation of the modern vision of the institution of protection in criminal proceedings in the XX century; the current stage of development of the institute of protection in the field of criminal justice.

Also worthy of special attention is the establishment of the institution of protection in criminal proceedings in Ukraine: 1. Stage of customary law in the Kiev state, which gradually became the basis of the Russian Truth. 2. The stage of the territories of modern Ukraine as part of Galicia, and later Poland, the extension of the Lithuanian statutes and Magdeburg law to these territories. 3. Formation of its own legal framework for the functioning of the institution of protection in criminal proceedings – the Code of Law "The rights of the people of Little Russia" in 1743 year. 4. Regulation of the protection function by the Judicial Statutes of 1864, as a result of which a full-fledged regulation of the protection function in criminal proceedings was carried out and an independent democratic bar was introduced. 5. The stage of decline of the bar on the territory of modern Ukraine after the October Revolution of 1917 year. 6. The stage of revival of the institution of protection in criminal proceedings in connection with the adoption of the first codification act, which united the rules of Soviet criminal procedure law – the Criminal Procedure Code of the USSR in 1922 year. 7. The stage of formation of our state on the European integration path at the end of the XX century, which marked the adoption of a number of its own legislation in independent Ukraine on the organization and functioning of the bar, taking into account European standards.

Key words: institute of protection, protection in criminal proceedings, stages of formation, lawyer, prosecutor, criminal proceedings, jury trial.

Сучасний інститут захисту в кримінальному судочинстві уособлює довгий шлях еволюції, який включає в себе численні законодавчі зміни і доповнення та результати науково-дослідницької діяльності значної кількості процесуалістів, адже питання захисту у кримінальному провадженні постійно знаходилося і перебуває в центрі уваги правознавців. Для ґрунтовного дослідження цього питання необхідно проаналізувати становлення та розвиток інституту захисту з найдавніших часів, оскільки аналіз в історичній площині дасть змогу виявити його коріння, що загалом надасть можливість краще зрозуміти сучасний стан законодавчого забезпечення інституту захисту у кримінальному процесі.

Здебільшого вчені наголошують на існуванні цього інституту з ранніх стадій розвитку людського суспільства, пов'язуючи його виникнення із зародженням прин-

ципу змагальності та окремих елементів судової влади [12, с. 29–30] [4, с. 7].

Перші прояви реалізації захисної функції виникли ще у давніх народів королівства зулусів та бечуанів, коли у племенах або між ними виникали суперечки, а їх врегулювання потребувало від вождя племені виконання функцій, подібних до правосуддя [7]. Правозахисні функції при цьому виконували батьки, друзі та знайомі.

У кожній із стародавніх країн розвиток інституту захисту мав свою специфіку. Як приклад, у Стародавньому Китаї інститут захисту носив «родинний характер», і якщо мандарин дозволяв батькам або друзям захищати обвинуваченого, то це була велика поблажливість з його сторони [1].

При цьому найвагомий вплив на становлення та розвиток інституту здійснили античні країни Середземномор'я – стародавні Греція та Рим.

За діючими на початку існування Стародавньої Греції законами, кожен громадянин повинен був захищати та відстоювати свої права та інтереси у суді самостійно, не вдаючись до сторонньої допомоги. Всі клопоти, пов'язані з веденням процесу, лягали лише на самого громадянина [20, с. 77]. У зв'язку із цим особлива увага приділялася вивченню красномовства громадянами, особливо у Афінах. Ще Ціцерон відзначив, що ораторське мистецтво розвинулося виключно в Афінах і що він не знає жодного грецького оратора, який би походив з інших місць [4 с. 26]. Пізніше, в епоху розквіту афінської демократії VI–IV ст. до н. е., визнавалося право обвинуваченого мати захисника [34, с. 104–105].

При цьому у Стародавній Греції на відповідних етапах її розвитку існували особи, які могли здійснювати захист інших осіб у судовому процесі: логографи (дикографи) – особи, які знали звичаї і закони, що у свою чергу могло допомогти вдалому веденню справи. Обов'язки логографа перед клієнтом полягали у збиранні матеріалу, що був необхідний для попередньої перевірки справи, а також виборі найбільш вигідного виду скарги [34, с. 104–105]; синегори (вони проголошували промову у суді замість обвинуваченого); параклети (оратори з народу) – у своїй промовах, як правило, доповідали про моральні якості чи громадянську активність підсудного [27 с. 26]. До речі, інститут ораторів із народу був відомий й іншим цивілізаціям. У Римі, як приклад, їх називали «хвалителями» (*laudatores*), в древній Росії – послухами, в Чехії помічниками та очисниками, в Польщі – поротниками [24].

У Стародавньому Римі функція захисту покладалася на кожного особисто [18, с. 151]. Надалі, у зв'язку з ускладненням судочинства, виникла необхідність діяти через представників, якими виступали особи, що надавали юридичну допомогу, або правозаступники [2, с. 270]. До речі, термін «*advocatus*» (адвокат) з'явився саме в античному Римі в республіканські часи, але на початковому етапі цим терміном називалися родичі й друзі позивача, які давали певні поради щодо судового процесу. Згодом цей термін було поширено на осіб, які сприяли стороні у підготовці доказів і матеріалів для

патрона, який здійснював захист обвинуваченого [34, с. 146].

Наступним є етап розвитку інституту захисту у кримінальному процесі у середні віки. В епоху інквізиції інститут захисту продовжує зазнавати обмежень. Це зумовлювалося тим, що сторони особисто брали участь у процесі, висловлюючи всі необхідні зауваження і заперечення [34, с. 187]. Винятки склали лише деякі категорії кримінальних справ (як приклад, у Німеччині інтереси малолітнього, старого, жінки, покаліченого чи пораненого міг представляти опікун). [6, с. 345] А у Франції у 1270 році з'явилися «Настанови Людовика Святого», що поклали перші основи французького судового устрою і судочинства. Згідно декрету короля від 1274 р. адвокати існували при судах. З 1344 р. адвокати поділилися на захисників і радників. Адвокатами не могли бути некатоліки, особи, які були піддані церковному покаранню, ченці [25].

В Англії у XIII–XIV ст.ст. розвивався інститут правозаступництва в судах, що розглядали тільки цивільно-правові позови. У 1695 році захисник був допущений у кримінальний процес у випадках обвинувачення в державній зраді, після чого судова практика поступово поширила це право обвинуваченого і на інші кримінальні справи [16, с. 174–178].

У XVII–XVIII ст., у період буржуазних революцій, поступово почався наступний етап становлення інституту захисту, який ми пов'язуємо із визнанням його природним правом людини. Так, у Франції під час обговорення Статуту 1670 року Ламуаньон відзначав, що «адвокат дається обвинуваченому не в силу ордонансів, а завдяки природному праву, що є найдавнішим із усіх людських законів». Робесп'єр, відстоюючи вільну адвокатуру, говорив, що «право мати захисника спирається на основні начала людського розуму й у сутності воно є невідчужуваним та природним правом» [27, с. 1].

У XX ст. почався етап формування сучасного бачення інституту захисту у кримінальному процесі, що характеризувалося формуванням та впровадженням міжнародних, мінімально необхідних стандартів надання правової допомоги. При цьому систематичне встановлення стандартів

у системі надання правової допомоги почалося в США у 70-х роках і набрало обертів у 90-х роках в Англії, а потім у Шотландії – двох провідних системах правосуддя Сполученого Королівства [13].

У всіх цивілізованих і розвинутих країнах на конституційному рівні було проголошено право на правову допомогу особам, які обвинувачуються у вчиненні злочину. Цим характеризується наступний етап розвитку інституту захисту у кримінальному процесі. Так, у поправці VI до Конституції США йдеться про право обвинуваченого на допомогу адвоката для свого захисту [10, с. 31]. Ст. 10 b) Конституції Канади надає обвинуваченому право невідкладно звертатися за допомогою адвоката і бути інформованим про це право [10, с. 321], у ст. 37 Конституції Японії обвинуваченому гарантується право за будь-яких обставин звернутися за допомогою кваліфікованого адвоката [10, с. 297].

Що ж до національного досвіду розвитку інституту права на захист, як відомо, українська правова система розвивалася на основі звичаєвого права та правових традицій. Первинним і основним джерелом права Київської Русі був правовий звичай, який сформувався історично [3, с. 179]. У зв'язку із санкціонуванням звичаю в нормативно-правових актах окремі норми звичаєвого права втратили свою чинність [29, с. 17]. Але саме норми звичаєвого права та положення русько-візантійських договорів стали основним джерелом для створення Руської Правди (XI–XII ст.ст.) – найважливішої пам'ятки давньоруського права [17, с. 77–80, 108–120, 197–201].

Загалом у період дії Руської Правди у Київській державі панував обвинувально-змагальний процес [33, с. 634; 34, с. 32], для якого характерна активна особиста участь осіб, зацікавлених у вирішенні конфліктів, що виникли. Пізніше в Київській Русі роль захисників у судах виконували рідні, приятелі сторін – послухи (особи, які могли посвідчити про попереднє життя звинуваченого) [32, с. 33].

Наступним етапом є розвиток інституту захисту під час перебування України у складі Галичини, а згодом Польщі, що в свою чергу мало певний позитивний вплив, зокрема на формування основ правової системи України. Особливу роль

у цьому відіграли Литовський статут і магдебурзьке право [8, с. 3].

За часів Польсько-Литовської доби в містах панувало магдебурзьке право, і саме в ці часи формується інститут професійної адвокатури. В першому Литовському статуті 1529 року закріплювалося поняття «advocatus», але воно стосувалося державних чиновників – «війтів», а також адміністративних урядовців. Функції захисту виконував «прокуратор» [26, с. 57–58].

Варто також відмітити, що Литовським Статутом 1588 року було вчинено першу спробу щодо закріплення інституту захисту саме на законодавчому рівні. Норми Статуту та магдебурзького права мали широке застосування на території України і залишалися діючим правом й у період Гетьманщини (1648 рік – кінець XVIII ст.).

Оскільки норми магдебурзького права та Литовських Статутів все ж таки були чужими для українського народу, вони повною мірою не враховували історичних традицій, національної специфіки розвитку українських земель. Усе це слугувало основною причиною для початку роботи над новим проектом кодексу українського права «Права, за якими судиться малоросійський народ» 1743 року та ознаменувало новий етап розвитку адвокатури на території сучасної України.

Згідно артикулу 7 Глави 7 Кодексу «адвокатом, пленіпотентом, патроном, прокуратором або повіреним називається той, який в чужій справі, за дорученням іншої особи, замість неї в суді обстоюється, відповідає і розправляєється [26, с. 58]. Саме в цьому кодексі вперше в українському законодавстві замість терміну «прокуратор» вживається термін «адвокат».

Адвокати перед початком своєї адвокатської діяльності давали присягу на якісне виконання професійного обов'язку, дотримання етичних і правових норм, збереження конфіденційності, активну участь у справах тощо. Вони повинні були реєструватися при судах. Крім професійних адвокатів, Кодекс дозволяв допускати до участі у процесі й непрофесійних захисників – батьків, опікунів [19, с. 45–56].

Варто відзначити, що в Кодексі приділена значна увага багатьом аспектам надання безоплатної правової допомоги у кримінальному процесі. І хоча зага-

лом робота захисників оплачувалася, але зазначеним законопроектом передбачалися випадки безоплатного надання правової допомоги малозабезпеченим, вдовам і сиротам [22, с. 60].

Але все ж таки повноцінну регламентацію захисної функції в кримінальному судочинстві слід пов'язувати із початком судової реформи, в результаті чого у 1864 році було затверджено «Судові статuti», мета яких полягала в тому, щоб «водродить вь Росіи судъ скорый, правый, милостивый и равный для всехъ подданныхъ, возвыситъ судебную власть, дать ей надлежащую самостоятельность и вообще утвердить в народъ то уваженіе къ закону, безъ коего невозможно общественное благосостояніе, и которое должно быть постояннымъ действомъ всехъ и каждого отъвысшаго до низшаго» [28].

Було введено інститут повірених, які поділялися на дві категорії – присяжних і приватних. Так, нормами Статуту кримінального судочинства 1864 р. [21, с. 135] вперше в рамках кримінального процесу регламентувалася діяльність повірених потерпілого, цивільного позивача і цивільного відповідача. Їх статус як осіб, що володіють процесуальними правами, регламентувався відповідно до Розділу IX «Про осіб, що знаходяться при судових місцях» [14, с. 193].

Приватними повіреними могли бути громадяни, які досягли 18 років, за винятком жінок, які не мали права представляти в суді чужі інтереси. Для отримання свого звання їм необхідно було скласти іспит в окружному суді або судовій палаті, які їй видавали свідоцтво встановленого зразка на право ведення судових справ [23, с. 22–23].

За словами А.Ф. Коні, укладача Судових Статутів, захисник у кримінальній справі «уявлявся як озброєний знаннями і глибокою чесністю, ... безкорисливий у матеріальному плані, незалежний у переконаннях, стійкий у солідарності з товаришами» [9, с. 5].

На жаль, незалежна демократична адвокатура занепокоїла царський уряд, особливо після винесення низки виправдовувальних вироків у відомих на той час справах, і в результаті царський уряд почав обмежувати права адвокатів. Міні-

строві юстиції було надано право виключати з адвокатів присяжних повірених на власний розсуд. І вже в 1874 році ради присяжних повірених припинили свою діяльність, а їх функції було передано окружним судам [11, с. 10].

Наступний етап становлення (а по суті, етап занепаду) адвокатури на території сучасної України слід пов'язувати із Жовтневою революцією 1917 року. Так, 24 листопада 1917 *декретом № 1 «Про суд»* більшовицька влада скасувала адвокатуру, прокуратуру, органи кримінальних розслідувань та всю судову систему Росії. Інститут судових представників був ліквідований як буржуазне ремесло молодшої судової та адвокатської професій. За цим скасуванням слідували відмова від принципу наступності, від детально налагодженої системи процесуального, кримінального, цивільного законодавства, від сформованої системи судоустрою, від принципу рівноправності сторін у процесі та змагальності судового процесу [26, с. 76–77].

Після проголошення на території України радянської влади Народний секретаріат 4 січня 1918 р. прийняв постанову «Про введення Народного суду» [30, с. 24], якою було ліквідовано інститут присяжних і приватних повірених. Також, згідно з цією постановою, захисниками в суді і на досудовому слідстві мали право бути всі громадяни, які досягли 18 років. Радою Народних Комісарів України 14 лютого 1919 р. затверджено Тимчасове положення про народні суди і революційні трибунали УРСР [31], яким вдруге було ліквідовано присяжну і приватну адвокатуру. Це положення передбачало створення колегій правозаступників у народних судах та революційних трибуналах.

Незважаючи на вжиття низки заходів щодо поліпшення організації колегій правозаступників, діяльність останніх не відповідала тим вимогам, які держава до них висувала. Тому *Положення про народний суд* від 21 жовтня 1920 року скасувало колегії правозаступників і встановило нову форму судового захисту. Здійснення захисту розглядалося як громадська повинність усіх громадян, здатних виконувати цей обов'язок. Захисника, за рідким

виключенням, перестали допускати до участі на попередньому слідстві.

І якщо за *декретом № 2 «Про Суд»* від 7 березня 1918 року присутність адвоката допускалася при провадженні у суді всіх кримінальних справ, то за Положенням «Про народний суд» 1918 року судді мали право не допускати захисника до суду з метою представлення інтересів клієнта, за виключенням невеликої кількості випадків, коли на суді був присутнім державний обвинувач чи коли справа розглядалась судом у складі 6 засідателів [32, с. 50].

У 1922 р в Харкові відбувся перший Всеукраїнський з'їзд працівників юстиції, в одній із резолюцій були сформульовані такі положення: організувати колегії правозаступників при губернських відділах юстиції, оплату роботи захисників визначати за таксою зі встановленням випадків звільнення від оплати у кримінальних справах [26, с. 79].

У 1922 р. Народний Комісаріат Юстиції України приступив до розроблення положення «Про адвокатуру» і вже 7 березня 1922 р. колегія Наркому Юстиції ухвалила проект положення, а 2 жовтня 1922 р. Центральний Виконавчий Комітет України затвердив Положення про адвокатуру Української РСР, яке регулювало створення в республіці при губернських радах народних судів губернських колегій захисників у кримінальних і цивільних справах. На членів колегії захисників було покладено обов'язок ведення кримінальних, цивільних, адміністративних та трудових справ.

Важливим кроком на шляху розвитку інституту захисту у кримінальному судочинстві стало прийняття першого кодифікованого акту, що об'єднав норми радянського кримінально-процесуального права. Кримінально-процесуальний кодекс УРСР (далі – КПК УРСР), затверджений ВУЦВК 13.09.1922 року і введений у дію з 20.09.1922 року. Ця подія дозволяє нам виділити наступний етап становлення інституту захисту, який можна назвати етапом відродження.

Перший КПК УРСР 1922 р. містив нову термінологію порівняно зі попередніми джерелами процесуального права. Так, вперше з'являється поняття «представ-

ник» замість старого поняття «повірений». Закон вживає це поняття щодо представника потерпілого, цивільного позивача та законного представника обвинуваченого. Під законними представниками розумілися батьки, опікуни та представники установ і організацій, під опікою яких знаходилася дана особа (п. 6 ст. 24 КПК УРСР 1922 р.). Почалося формування приватної адвокатури.

Затверджене 16 серпня 1939 р. нове Положення «Про адвокатуру» було «типовою» моделлю для всіх наступних законів про цей інститут. Адвокатам заборонили суміщати роботу в державних установах на повну ставку з роботою в адвокатурі. Усі питання, пов'язані з діяльністю адвокатів, стали вирішуватися загальними зборами членів колегії адвокатів та її президією. Нагляд за діяльністю адвокатури з боку державних органів було передано Наркомату юстиції СРСР, республіканським Наркоматам юстиції та регіональним управлінням Нарком Юсту. 23 квітня 1940 р. затверджується інструкція НКЮ СРСР № 47 «Про порядок проходження стажистами практики в юридичних консультаціях колегій адвокатів». [32, с. 57–58]

25 грудня 1958 р. було прийнято Основи кримінального судочинства Союзу СРСР та союзних республік. Захисник допускався до участі у справі при закінченні попереднього слідства для ознайомлення підзахисного з матеріалами справи. Передбачалось право адвоката-захисника на зустріч зі своїм підзахисним віч-на-віч.

Вершиною радянських перебудов у сфері кримінального судочинства було прийняття Кримінально-процесуального Кодексу. В Україні цей кодекс було затверджено 28.12.1960 р. Одним із найважливіших нововведень цього документу було допущення адвоката до участі в кримінальному судочинстві на стадії попереднього слідства з моменту його закінчення. Указами Президії Верховної Ради СРСР від 31 серпня 1970 р. та від 31 серпня 1972 р. були внесені зміни які розвивали інститут захисту в кримінальному процесі [26, с. 56].

Як законних представників певного учасника КПК УРСР 1960 р. допускає батьків, опікунів, піклувальників цієї особи або представників тих установ і організацій, під опікою чи піклуванням яких вона

перебуває (п. 10 ст. 32). При цьому участь у справі законних представників потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого не виключала можливості допиту даних осіб як свідків (ст.ст. 63, 69), що, на думку І.О. Воскобойника, поклато початок законодавчому визнанню зміщення функцій названих учасників кримінального процесу [5, с. 36].

Стаття 44 КПК УРСР 1960 р. як захисників допускала адвокатів, представників професійних спілок та інших громадських організацій. За ухвалою суду або за постановою судді захисниками могли бути і близькі родичі або законні представники обвинуваченого, а також інші особи. Тобто не існувало по суті ніяких обмежень щодо кола осіб, які могли бути захисниками, що, на нашу думку, не сприяло наданню кваліфікованого захисту прав та законних інтересів обвинувачених.

10 квітня 1990 року першим Президентом СРСР (він же і Генеральний секретар ЦК КПРС) було підписано Закон СРСР «Про внесення змін та доповнень до Основ кримінального судочинства Союзу РСР та союзних республік». Відповідно до цього Закону захисник допускався до участі в справі з моменту пред'явлення обвинувачення, а у випадках затримання особи, що підозрюється в скоєнні злочину чи застосування до нього заходу у вигляді взяття під варту, – з моменту об'явлення йому протоколу затримання чи постанови про застосування цього заходу попередження, але не пізніше 24 годин з моменту затримання.

XX століття стало періодом перегляду кримінально-процесуальних стандартів у напрямі лібералізації положень щодо повноважень адвоката-захисника на попередньому слідстві та в судочинстві. Вважаємо, що доречним буде відзначити новий етап становлення нашої держави на євроінтеграційний шлях.

Першим кроком на шляху до вказаних змін стало прийняття 28 квітня 1992 р. Постанови Верховної Ради України «Про Концепцію судово-правової реформи в Україні», головною метою якої було проголошено «перебудову судової системи, створення нового законодавства, вдосконалення форм судочинства».

Прийняття 19 грудня 1992 р. Закону України «Про адвокатуру» сприяло

подальшому демократичному розвитку української адвокатури, що забезпечило право на доступ до адвокатської професії широкої верстви кваліфікованих юристів, встановило існуючі гарантії здійснення адвокатської діяльності, розширивши професійні права адвокатів, їх обов'язки та відповідальність.

У 1996 році було прийнято Конституцію України, в якій закріплено, що кожен є вільним у виборі захисника своїх прав. Для забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура. Окрім того, в ст. 129 Основного закону були закріплені засади кримінального судочинства, які були значно розширені та поглиблені. І це все стало ще одним кроком на шляху розвитку добровільного професійного представництва у кримінальному судочинстві, яке повинно було знайти подальший розвиток у кримінально-процесуальному законодавстві.

Конституційні засади судочинства вимагали зміни кримінально-процесуального законодавства України, тому наступним кроком у цьому етапі розвитку кримінально-процесуального захисту стало проведення у 2001 році так званої «Малої судової реформи», яка внесла дуже багато суттєвих змін у кримінально-процесуальне законодавство і привела його у певну відповідність до Конституції України. Так, Законом України «Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України» від 21.06.2001р. кримінально-процесуальне законодавство було ґрунтовно змінено, що стосувалося і питань захисту. На думку Ю.М. Грошевого, однією із найбільш істотних новацій стало посилення змагальності, забезпечення підозрюваному, обвинуваченому, підсудному та засудженому права на захист [15, с. 3]. Законодавець доповнив Кодекс статтею 16-1: «Змагальність і диспозитивність», що цілком зрівняло в правах захисника з прокурором при розгляді кримінальної справи в суді. Вказані доповнення також чітко врегулювали питання відводу захисника від участі у справі.

20 березня 2006 р. Президентом України підписано Указ «Про план заходів щодо вдосконалення судового устрою

та забезпечення справедливого судочинства в Україні відповідно до європейських стандартів», який сприяв розвитку законодавства України про правову допомогу, у тому числі – безоплатну.

13 квітня 2012 року було прийнято новий Кримінально-процесуальний кодекс України, у якому кримінальний процес врегульований у якісно новій формі, нове процесуальне законодавство було максимально наближено до міжнародних стандартів. Багато новел, які були ратифіковані Кодексом, мають євроінтеграційний напрям. Головна увага приділяється гарантіям права на захист підозрюваного, обвинуваченого та потерпілого. Сучасне процесуальне законодавство повністю побудовано на засадах верховенства права, рівності сторін та має змагальну модель, що надає розширені можливості захисника на здійснення своїх професійних обов'язків, а саме закріпленій удосконалений механізм доказової діяльності адвоката.

Поряд з оновленим Кримінальним процесуальним кодексом України також варто відзначити прийнятий Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», в якому також простежуються чималі зміни, а саме: удосконалено загальні засади діяльності адвокатури, гарантується незалежність адвокатури від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб тощо.

Загалом, дослідивши існуючі джерела, в яких розкриваються особливості формування та розвитку інституту захисту у кримінальному процесі, на нашу думку, можливо виділити такі етапи становлення:

- етап зародження інституту захисту під час розгляду спорів (у додержавних формах суспільного устрою та стародавніх країнах – Китаї, Греції, Римі тощо);
- етап розвитку захисту у кримінально-процесуальній діяльності у середні віки;
- етап визнання права на захист невід'ємним природним правом людини (XVII–XIX століття);
- етап формування сучасного бачення інституту захисту у кримінальному процесі у XX столітті;
- сучасний етап розвитку інституту захисту у сфері кримінального судочинства.

Також окремої уваги заслуговує становлення інституту захисту у кримінальному провадженні саме в Україні:

1. Етап звичаєвого права у Київській державі, яке поступово лягло в основу Руської Правди.

2. Етап перебування територій сучасної України у складі Галичини, а згодом Польщі, поширення дії Литовських статутів і магдебурзького права на ці території.

3. Формування власної законодавчої бази стосовно функціонування інституту захисту у кримінальному процесі – кодексу права «Права, за якими судиться малоросійський народ» 1743 року.

4. Врегулювання функції захисту Судовими статутами 1864 року, в результаті чого була здійснена повноцінна регламентація захисної функції в кримінальному судочинстві і запроваджена незалежна демократична адвокатура.

5. Етап занепаду адвокатури на території сучасної України після Жовтневої революції 1917 року.

6. Етап відродження інституту захисту в кримінальному судочинстві у зв'язку із прийняттям першого кодифікаційного акту, що об'єднав норми радянського кримінально-процесуального права – Кримінально-процесуального кодексу УРСР 1922 року.

7. Етап становлення нашої держави на євроінтеграційний шлях у кінці ХХ століття, що ознаменувало прийняття низки власних законодавчих актів у незалежній Україні щодо організації та функціонування адвокатури з урахуванням європейських стандартів.

Отже, підсумовуючи вищевказане, відзначимо, що протягом зазначених періодів відбувалося формування інституту захисту у різних його формах, і варто вказати, що і нині в Україні простежується складний процес реформування кримінально-процесуального законодавства, основним орієнтиром якого є посилення його ефективності. Забезпечення такої ефективності є неможливим без належного функціонування інституту захисту у кримінальному процесі. Тож удосконалення інституту захисту залишається перспективним напрямом перетворень у галузі кримінального судочинства і надалі.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Reclus, Nouvel. Legeographie universelle. 1882. T.VII URL: <https://cutt.ly/4nffAMJ> (дата звернення: 31.05.2021).
2. Бартошек М. Римское право. Понятия, термины, определения. :под ред. Ю.В. Преснякова. Москва.: Юридическая литература, 1989. 448 с.
3. Бедрій М.М. Історико-правовий огляд джерел права Київської Русі. *Молодий вчений*. № 8 (11). 2014. С. 179–184.
4. Васьяковский Е.В. Организация адвокатуры: в 2-х ч.: 1: Очерк всеобщей истории адвокатуры; Ч. 2: Исследование принципов организации адвокатуры. Санкт-Петербург.: 1893. 621 с.
5. Воскобойник И.О. Институт представительства в уголовном судопроизводстве России: дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.09. Калининград, 2007. 232 с.
6. Гловацький І.Ю. *Адвокатура зарубіжних країн (Англія. Німеччина. Франція): навчально-практичний посібник*. Київ: Атіка, 2007. 588 с.
7. Довідник майбутнього адвоката. Т.В. Варфоломеева, Н.М. Мироненко, З.В. Ромовська та ін. Київ.: Прецедент, 2010. 1151 с.
8. Історія адвокатури України: за заг. ред. Т.В. Варфоломеева. Київ: 2002. 286 с.
9. Кони А.Ф. Присяжные заседатели. *Советская юстиция*. 1993. № 17. С. 15.
10. Конституции зарубежных государств: под общей ред. В. В. Маклакова. Москва. : Издательство БЕК, 1996. 432 с.
11. Купрішин В.Ф., Сушло Д.С. На сторожі прав трудящих та інтересів держави. Київ: Політична література України, 1973 С. 10–22.
12. Люблинский П.И. На смену старого права. *Сборник статей по вопросам текущей правовой жизни*. Петроград: 1915. 440 с.
13. Міжнародні стандарти надання правової допомоги: порівняльний аналіз» № 12 (510) URL: <http://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/-mizhnarodni-standarti-nadannya-pravovoyi-dopomogi-porivnyalniy-analiz.html> (дата звернення 19.05.2020)
14. Музиченко П.П. Практикум з історії держави і права України: навч. посіб. Київ: Вікар, 2002. 421 с.
15. Нове у кримінально-процесуальному законодавстві України: навч. посібник для студентів юрид. спеціальностей вищих закладів освіти / за ред. Ю. М. Грошевого. Харків: Право, 2002. 160 с.
16. Омельченко Т. В. Становление института правовой помощи в уголовно-процессуальном праве. *Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского*. Серия : Юридические науки, 2012. Т. 25 (64). № 1. С. 174–178.
17. Памятники русского права: Памятники права периода образования русского централизованного государства XIV–XV вв.: под. ред. Л.В. Черепнина. Москва: Госюриздат, 1955. Вип. 3. 527 с.
18. Покровский И.А. Учебник римского гражданского права. Рига: 1918. 429 с.
19. Права, за якими судиться малоросійський народ 1743 року. за ред. Ю.С. Шемшученко и К.А. Вислобокова. Київ, 1997. 549 с.
20. Прудников М.Н. История государства, права и судопроизводства зарубежных стран. учебн. пособ. Москва: ЮНИТИ-ДАНА, 2007. 415 с.
21. Российское законодательство X–XX веков в 9 томах. под ред. Б.В. Виленского. Москва: Юридическая литература, 1991. 496 с.
22. Савуляк Р. Організація, структура та правовий статус органів прокуратури Російської імперії за судовою реформою 1864 р. в Українських губерніях. *Вісник Львівського університету*. 2009. Вип. 48. С. 60–65.
23. Святоцький О.Д. *Адвокатура України*. навч. посіб. для студентів юрид. вищих навч. закл. і фак. Київ: 1997. 224 с.
24. Святоцький О.Д., Медведчук В.В. *Адвокатура історія і сучасність*. Київ: Ін Юре, 1997. 320 с URL : <http://pravolib.pp.ua/ist-12--idz-ax233--nf-3.html> (дата звернення 10.05.2020)

- 25.. Синеокий О. В. Загальнотеоретичні проблеми адвокатології: навчально-методичний посібник. Запоріжжя: ЗНУ, 2007. 108 с. URL : <https://cutt.ly/Vnfs7Ua> (дата звернення: 31.05.2021).
26. Синеокий О.В. *Адвокатура как институт правовой помощи и защиты*. учебное пособие. Харків: Право, 2008. 496 с.
27. Стояновъ А. История адвокатуры у древнихъ народовъ. Харків: Университетская типография, 1869. 139 с.
28. Судебные Уставы 20 ноября 1864 года, с изложением рассуждений на которых они основаны В 5 томах. из личной библиотеки доцента юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова Трусова А.И. Санкт-Петербург: Государственная канцелярия, 1866–1867. URL: http://www.civil.consultant.ru/sudeb_ustav (дата звернення 7.03.2019)
29. Терлюк І.Я. Історія українського права від найдавніших часів до XVIII століття. Львів: Лвівс. інститут внут. справ при НАВС України, 2003. 156 с.
30. Тимощук О.В. Охоронний апарат Української держави (квітень – грудень 1918 р.). Харків, 2000. 462 с.
31. Тимчасове положення про народні суди і революційні трибунали УРСР затверджено Радою Народних Комісарів України 14 лютого 1919 р. 1919. № 1. С. 8–14.
32. Фіолевський Д.П. *Адвокатура: підручник*. Київ: Алерта, Прецедент, 2007. 486 с.
33. Фойницький І.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 1. Санкт-Петербург: «Альфа», 1996. 552 с.
34. Чельцов-Бебутов М.А. Курс уголовно-процессуального права. Санкт-Петербург: Равена, Альфа, 1995. 846 с.

ОСОБЛИВОСТІ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ПРОТИДІЇ ОРГАНІЗОВАНІЙ ЗЛОЧИННОСТІ В УКРАЇНІ

Доценко Олександр Сергійович,

доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри публічного управління та адміністрування
Національної академії внутрішніх справ

У статті підкреслено, що організована злочинність в Україні виникла ще за радянських часів, але протягом багатьох років владою цього не було визнано, що суттєво стримувало і зумовлювало неправильне (помилкове) визначення пріоритетних напрямів протидії їй. Початком стрімкого зростання організованої злочинності вважається 1985 рік, що пов'язано із процесом змін у соціально-політичній, економічній та інших сферах, послабленням державного і громадського контролю, поширенням корисливо-господарських злочинів, розкраданням державної і суспільної власності, посадовими зловживаннями, хабарництвом тощо. Спроби налагодження системи реагування на прояви організованої злочинності зводилися до традиційних заходів по лінії карного розшуку, що, звичайно, не могло принести реальних позитивних результатів. Подальший розвиток протидії організованій злочинності пов'язаний із розпадом СРСР та набуттям Україною незалежності. Зважаючи на підвищену суспільну небезпеку організованої злочинності, необхідність стрімкого нарощування сил, які можуть їй протистояти, у 1991 році спеціальні підрозділи МВС України з боротьби з організованою злочинністю докорінно були реорганізовані і кількісно збільшені у понад сім разів. Було створено законодавчу базу для протидії організованій злочинності, у 1993 році прийнято Закон України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю», що дало змогу спеціальним підрозділам із боротьби з організованою злочинністю активно розвиватися, зокрема: а) збільшувалася питома вага їхньої роботи не тільки у протидії організованій злочинності, а й загалом у боротьбі зі злочинністю, особливо у сфері економіки; б) здійснювалося впровадження у їхню діяльність досягнень науки і практики; в) забезпечено розширення системи підготовки, перепідготовки і підвищення кваліфікації персоналу; г) налагоджено взаємодію з іншими суб'єктами протидії організованій злочинності, міжнародні зв'язки тощо. Однак ліквідація у 2015 році спеціальних підрозділів МВС України з боротьби з організованою злочинністю суттєво вплинула на стан протидії організованій злочинності і зумовила ситуацію, в якій організована злочинність уже загрожує національній безпеці та цілісності держави.

Автор визначає, що організована злочинність – це найнебезпечніше суспільне явище, яке призводить не просто до корупції в органах публічної влади, а до переродження інститутів влади, які перестають працювати на державу й суспільство, підмінюючи це власними інтересами. Злочинні організації проникають до органів державної влади, місцевого самоврядування, правоохоронних та інших державних органів, у результаті чого відбувається підміна нормальних суспільних відносин відносинами кримінального характеру, і врешті-решт населення втрачає контроль за процесами, що відбуваються у сфері економіки і політики, а влада переходить до рук злочинних організацій, кланів тощо. На жаль, Україна за весь період незалежності не змогла позбавитися цих негативних явищ. І нині організована злочинність в Україні вже загрожує її національній безпеці.

Ключові слова: організована злочинність, протидія, механізм, генеза, адміністративно-правове забезпечення.

Dotsenko Oleksandr. Features of formation and development of counteraction organized crime in Ukraine

The article emphasizes that organized crime in Ukraine originated in Soviet times, but for many years the authorities did not recognize this, which significantly hindered and led to incorrect (erroneous) determination of priority areas for combating it. The beginning of the rapid growth of organized crime is considered to be 1985, which is associated with changes in socio-political, economic and other spheres, weakening of state and public control, the spread of mer-

cenary economic crimes, embezzlement of state and public property, abuse of office, bribery and more. Attempts to establish a system for responding to organized crime were reduced to traditional measures of criminal investigation, which, of course, could not bring real positive results. The further development of the fight against organized crime is connected with the collapse of the USSR and Ukraine's independence. Given the increased public danger of organized crime, the need to rapidly increase the forces that can resist it, in 1991 the special units of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine to combat organized crime were radically reorganized and increased more than seven times. The legal framework for combating organized crime was created, in 1993 the Law of Ukraine "On Organizational and Legal Basis of Combating Organized Crime" was adopted, which allowed special units to combat organized crime to develop actively, in particular: a) the share of their work increased; not only in the fight against organized crime, but also in the fight against crime in general, especially in the economic sphere; b) the implementation of the achievements of science and practice in their activities; c) the expansion of the system of training, retraining and advanced training of personnel was provided; d) interaction with other subjects of counteraction to organized crime, international relations, etc. is established. However, the liquidation in 2015 of special units of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine to combat organized crime significantly affected the state of combating organized crime and caused a situation in which organized crime already threatens national security and the integrity of the state.

The author defines that organized crime is the most dangerous social phenomenon, which leads not only to corruption in public authorities, but to the rebirth of government institutions, which cease to work for the state and society, substituting it for their own interests. Criminal organizations infiltrate public authorities, local governments, law enforcement and other government agencies, resulting in the replacement of normal social relations with criminal relations, and, eventually, the population loses control over the processes taking place in the field of economy and politics, and power passes into the hands of criminal organizations, clans, and so on. Unfortunately, Ukraine has not been able to get rid of these negative phenomena during the entire period of independence. And today, organized crime in Ukraine is already a threat to its national security.

Key words: *organized crime, counteraction, mechanism, genesis, administrative and legal support.*

Досліджуючи проблему адміністративно-правового механізму запобігання організованій злочинності в Україні, необхідно зазначити, що таке антисуспільне явище, як організована злочинність, виникло в Україні ще за часів радянської влади, особливо це виявлялося у виробничій сфері, де були створені та діяли організовані злочинні угруповання (ОЗУ) з розкрадання державної (соціалістичної) власності, аж до створення підпільних цехів. Проте протягом багатьох років владою це не визнавалося, що суттєво стримувало висвітлення об'єктивного стану розвитку організованої злочинності та призводило до неправильного (помилкового) визначення пріоритетних напрямів боротьби з цим небезпечним явищем, розстановки сил, засобів тощо.

Теоретичному вивченню організованої злочинності як соціально-правового явища в нашому суспільстві передувала оперативно-розшукова, слідча і судова практика, яка свідчила про виявлення злочинного професіоналізму, відро-

дження «злочинських законів», зв'язок «криміналу» з ділками тіншової економіки і політичними діячами, формування «національних» злочинних угруповань зі складною їх побудовою, жорсткою дисципліною, глибокою конспірацією, міжрегіональними зв'язками і широким діапазоном злочинної діяльності як за територіальними ознаками, так і за видами злочинної діяльності [1, с. 89].

Початком стрімкого зростання організованої злочинності в колишньому Союзі Радянських Соціалістичних Республік (СРСР) і в Україні як союзній республіці СРСР вважається 1985 рік. Це пов'язано із процесом соціально-політичних, економічних перетворень у суспільстві та послаблення державного й суспільного контролю, що призвело до поширення корисливо-господарських злочинів, розкрадання державної й суспільної власності у значних та особливо значних розмірах, посадових зловживань та хабарництва. Такі події дали можливість сконцентрувати незаконно набуті кошти в окремих

«нечистих на руку» людей. Крім того, у цей період розпочався кооперативний рух – створення приватних підприємств і зайняття підприємницькою діяльністю, що також часто було пов'язано зі стрімким збагаченням певних категорій громадян. Збільшення прибутків у населення, у тому числі й незаконних, стимулювало процес розвитку організованої злочинності.

Перші спроби налагодження системи реагування на вияви організованої злочинності 1985 року зводилися до необхідності централізованого контролю за виявленням злочинних груп, їх обліку та оперативної перевірки. Такий контроль покладался на Головне управління карного розшуку Міністерства внутрішніх справ (МВС) СРСР, а в управліннях і відділах карного розшуку МВС союзних республік, Управліннях внутрішніх справ – на створені спеціалізовані підрозділи (шості відділи), які входили до структури карного розшуку. Під час виявлення організованих злочинних груп ці підрозділи повинні були надсилати до Головного управління карного розшуку (ГУКР) МВС СРСР доповідні записки, плани заходів із додатком фотокарток і дактокарт учасників груп. Під час встановлення зв'язків злочинних груп із ділками-розкрадачами аналогічні матеріали надсилалися до Головного управління з боротьби із розкраданням соціалістичної власності (ГУБРСВ) МВС СРСР. Передбачалося виявлення та активна оперативна перевірка в місцях позбавлення волі організаторів злочинних груп, «злочинців у законі», осіб, які формують навколо себе угруповання негативної орієнтації із засуджених, у тому числі за ознаками земляцтва, що створюють підпільні каси – «общаки». Метою таких оперативних перевірок було виявлення тих, хто після звільнення має намір відновити злочинну діяльність, готує заздалегідь надійні місця укриття, підбирає спільників, а також виявлення їхніх злочинних зв'язків поза місцями позбавлення волі, у тому числі з учасниками діючих злочинних груп. Така інформація виховними трудовими установами (ВТУ) повинна була надсилатися залежно від значущості до Головних Управлінь внутрішніх справ, Управлінь внутрішніх справ, управлінь (відділів) карного розшуку МВС союзних республік або

до Головних Управлінь карного розшуку МВС СРСР. Таким чином було визначено порядок централізації інформації і сфери її одержання (злочинне середовище), названі типові місця, де доцільно отримувати таку інформацію (серед офіціантів, барменів, у більярдних тощо). Але все це, по суті, були традиційні заходи карного розшуку (наприклад, виявлення на території обслуговування осіб, які проживають із порушенням встановлених правил або нелегально на квартирах, дачах, у приватних домоволодіннях, готелях, кемпінгах, кублах, відселених будинках та інших аналогічних місцях; орієнтування оперативних апаратів на виявлення фактів збуту викраденого майна серед працівників торгівлі та сфери обслуговування, на підприємствах, а також збуту дефіцитних товарів, викрадених із підприємств і складів, спекулянтам тощо) [1, с. 91–92].

Як бачимо, заходи з протидії організованій злочинності зводилися лише до оперативного контролю за злочинними групами на рівні загальнокримінальної злочинності, і комплексний державний адміністративний механізм щодо протидії не використовувався. На той час не було законодавчого визначення організованої злочинності, серед науковців теж були різні погляди щодо розуміння організованої злочинності. А отже, не було і юридичної відповідальності за створення ОЗУ, окремої кваліфікації злочинів, що вчинялися ними. Напевно, й осмислення загрози такого явища теж не було. Учасники ОЗУ за вчинення злочинів притягалися до відповідальності як особи, які вчинили злочин у групі. Тому організаційно-тактичні форми боротьби із проявами організованої злочинності, що розпочиналися 1985 року, не принесли реальних позитивних результатів.

На той час ще не було реальної оцінки й уявлення про масштаби й наслідки організованої злочинності, не прийнято було показувати глибину корумпованості державних структур. За терміном «прояви організованої злочинності» ховалася тенденція обмежити проблему загальною злочинністю по лінії карного розшуку, у зв'язку з чим у нормативних актах були переглянуті лише заходи, розраховані на цю службу. Серед таких заходів

передбачалося створення спеціалізованих підрозділів у структурі апаратів карного розшуку (відділів, відділень, груп із боротьби з організованою злочинністю). Проте відразу ж постала проблема їх співвідношення з іншими, головним чином лінійними підрозділами цієї ж служби, що на обласному, крайовому і республіканському рівнях також натрапляли на вияви організованої злочинності у сфері наркобізнесу, вчинення розбійних нападів, пограбувань, карткового шахрайства, викрадення людей із метою одержання викупу, викрадення автомашин для перепродажу, а також рекету. Стало зрозуміло, що нова служба не повинна структурно входити в діючі функціональні служби кримінальної міліції і не повинна копіювати їхній досвід [2].

Подальший розвиток протидії організованій злочинності, безсумнівно, пов'язаний із розпадом СРСР, утворенням України як самостійної, правової, незалежної та суверенної держави.

Виходячи із підвищеної небезпеки та активного розвитку такого негативного соціального явища, як організована злочинність, і необхідності стрімкого нарощування сил, які можуть цьому явищу реально протистояти, 1991 року спеціальні підрозділи МВС України з боротьби з організованою злочинністю докорінно були реорганізовані у штатному, структурному плані та чисельно збільшені більш ніж у сім разів.

У структурі МВС України було створено Головне управління з боротьби з організованою злочинністю (ГУБОЗ) та його самостійні управління, відділи, відділення в областях, містах, на транспортних (залізничних) магістралях.

Водночас практика тих часів продиктувала необхідність нових підходів до організації протидії організованій злочинності, особливо правових. Одним із перших законодавчих актів такого роду є прийнятий у червні 1993 р. Закон України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю». Цим Законом вперше було визначено: мету боротьби з організованою злочинністю; систему органів, які здійснюють боротьбу з організованою злочинністю; основні напрями боротьби з організованою злочинністю;

міжнародне співробітництво; компетенцію і повноваження державних органів із боротьби з організованою злочинністю; заходи щодо забезпечення боротьби з організованою злочинністю; взаємодію спеціальних підрозділів із боротьби з організованою злочинністю та інших державних органів; інформаційне, фінансове, матеріально-технічне та науково-дослідне забезпечення боротьби з організованою злочинністю; гарантії прав громадян та юридичних осіб під час здійснення заходів боротьби з організованою злочинністю; контроль і нагляд за виконанням законів у сфері боротьби з організованою злочинністю [3].

Аналіз зазначеного Закону та інших нормативно-правових актів дає підстави зробити висновок, що протидію організованій злочинності було покладено в основному на спеціальні підрозділи МВС України з боротьби з організованою злочинністю та спеціальні підрозділи Служби безпеки України з боротьби з організованою злочинністю та корупцією.

Слід зазначити, що за період із 1991 року до 2015 року спеціальні підрозділи з боротьби з організованою злочинністю в організаційному, структурному і матеріально-технічному аспектах постійно розвивалися, що надавало можливість: а) збільшити питому вагу їхньої роботи не тільки в протидії організованій злочинності, а й у загальному обсязі боротьби зі злочинністю, особливо у сфері економіки; б) здійснити активізацію впровадження у діяльність спеціальних підрозділів із боротьби з організованою злочинністю досягнень науки і практики; в) забезпечити розширення системи підготовки, перепідготовки і підвищення кваліфікації персоналу; г) налагодити взаємодію з іншими суб'єктами протидії організованій злочинності, міжнародні зв'язки тощо.

Проте 2015 року Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформування органів внутрішніх справ» від 12.02.2015 р. № 193-VIII спеціальні підрозділи МВС України з боротьби з організованою злочинністю було ліквідовано [4]. На наш погляд, незважаючи на те, що діяльність цих підрозділів не повною мірою задовольняла

потреби суспільства, вони все ж таки були реальним чинником стримування організованої злочинності, яка нині набуває стрімкого розвитку.

Нині з участю ОЗУ (організацій) вкрай загострилося багато політичних і соціально-економічних питань. Кожний третій українець живе за межею бідності, а кожний тридцятий є безпритульним. Держава внаслідок цих причин починає втрачати здатність ефективно і вчасно виконувати свої основні функції у галузі економіки, соціальної і політичній сферах. Організована злочинність, охоплюючи кредитно-банківську сферу, сферу приватизації, нерухомості, паливо-енергетичний комплекс, гірничодобувну та металургійну галузі, зовнішньоекономічну діяльність, використовуючи відкриті та законспіровані методи, виходить за межі національних кордонів [5].

Негативні процеси в суспільстві, кризові явища в економіці, безробіття, безвізовий в'їзд на територію України, «прозорі кордони» сприяли перетворенню України на величезний плацдарм нелегальної міграції з країн Сходу до Західної Європи. Міграційні процеси швидко опиняються під контролем організованої злочинності, яка набуває ознак транснаціональної. На цьому тлі значного поширення набуває діяльність транснаціональної злочинності, пов'язаної з використанням території України як масштабного полігону і транзитного шляху для незаконного обігу наркотичних засобів [5].

Внаслідок свого географічного положення Україна перебуває в центрі міграційних потоків. Нелегальна міграція як прибутковий тіньовий бізнес поступово переходить під контроль транснаціональних і місцевих ОЗУ (організацій). Доходи в цій сфері, за оцінками Інтерполу, становлять 3,5 млрд дол. США щорічно. Небезпечним явищем, що сприяло зростанню організованої злочинності в Україні, стало роззброєння, неналежна охорона і контроль за збереженням усіх видів озброєння, бойових припасів, військової техніки та спорядження. Предметом злочинних оборудок стають не тільки стрілецька зброя, а й ракетні комплекси, орендована земля, об'єкти нерухомості та інше військове майно [5]. Це особливо

загострилося під час проведення АТО та ООС. А також, за попередніми даними Тимчасової слідчої комісії Верховної Ради України, є підозри, що це і є причиною вибухів складів з арсеналами озброєння на території України.

Організована злочинність у сфері економіки та політики за останні роки стала визначати характер і напрями реалізації реформ не тільки у сфері економіки, а й у системі державної політики, державного будівництва, правоохоронної діяльності тощо. Вчинення злочинів у сфері економіки організованою злочинністю стає одним із найнебезпечніших чинників, що ускладнюють оперативну обстановку в Україні. Так, кількість зареєстрованих злочинів у сфері економічної діяльності, вчинених організованими групами за останні п'ять років, збільшилася майже на 32%, насамперед у стратегічно важливих, ключових галузях економіки – у кредитно-фінансовій системі (питома вага 76,7%), у зовнішньоекономічній діяльності (81,3%), у паливно-енергетичному та агропромисловому комплексі. Тому не випадково, що питання запобігання злочинам у сфері економіки неодноразово розглядалися на засіданнях Ради національної безпеки та оборони України [6, с. 14].

Нині організована злочинність у сфері економіки все більше вишукує невідомі правоохоронним органам механізми злочинної діяльності, спрямовані на пристосування до нових норм кримінально-правового регулювання. Тому назрілі потреби правоохоронної практики щодо ефективного припинення злочинних діянь організованої злочинності економічного спрямування потребують їх дослідження й ефективного законодавчого врегулювання, яке повинно випереджати та запобігати новим виявам організованої злочинності.

Аналіз даних свідчить, що кризовий стан значною мірою спричинений корупцією економічної сфери, де перерозподіляються ресурси та прибутки рентабельних підприємств і формуються напрями соціального впливу. За підрахунками фахівців, майже третину тіньового капіталу в Україні сформовано безпосередньо за сприяння посадових осіб орга-

нів влади, управління та правоохоронних органів (за окремими оцінками, загальний обсяг тіньового обігу в чотири рази перевищує бюджет нашої держави). Нинішні тенденції впливу на соціально-політичну та економічну ситуацію в Україні дають підстави дійти висновку, що незабаром найбільшу небезпеку для суспільства становитимуть організовані злочинні синдикати, які складають розгалужену систему легальних, напівлегальних та нелегальних бізнесових структур, що діють у найрізноманітніших сферах економіки, мають відповідні інформаційно-розвідувальні та силові структури, систему прикриття в органах влади та засобах масової інформації, вербувальну базу з числа маргінальних верств населення (незайнятої молоді, національних меншин, які відчувають утиск, військових, звільнених з армії, тощо). Однією з основних тенденцій стане легалізація найбільш потужних злочинних синдикатів, їх поступовий перехід до законних видів економічної активності, що спричинить загострення протистояння двох соціальних груп: з одного боку – нових власників, з іншого – працівників за наймом. Тому подальше поширення впливу організованої злочинності в економіці на сфери суспільного життя в найближчі роки може призвести до таких найнебезпечніших наслідків, як: суттєве ускладнення процесу проведення економічних і соціальних реформ; політична дестабілізація; перетворення України на кримінально-кланову державу; кооперування із транснаціональними злочинними угрупованнями інших країн [7].

Усе більших обертів організована злочинність набуває у кредитно-банківській сфері, зокрема, під час розкриття механізму переведення безготівкових грошових коштів у готівку. Чинне законодавство не дозволяє ефективно припиняти цей вид злочину, Закон України «Про банки і банківську діяльність» [8] є мало-ефективним і викликає чимало труднощів. Такі труднощі містяться й у кримінальному законодавстві. Зокрема, як зазначає

С.Й. Кравчук, діяння осіб, які організовують конвертаційні центри, підпадають під дію ст. 205 КК України (фіктивне підприємництво). Водночас підприємства застосовують схожі центри для проведення різних фінансових операцій (купівля сировини, сплата за послуги тощо). Факт використання таких коштів в офіційних фінансових операціях кваліфікується згідно зі ст. 209 КК України як злочинні діяння з легалізації (відмивання) коштів, здобутих протиправним шляхом, тобто за такі дії передбачена кримінальна відповідальність. Крім того, диспозиція ст. 209 КК України передбачає обов'язкову наявність злочину, внаслідок здійснення якого були отримані грошові кошти або майно, що є об'єктом легалізації. У зв'язку з цим під час порушення кримінального провадження за ст. 209 КК України необхідно також порушувати кримінальні провадження за предикатними злочинами, які не віднесені до компетенції певного правоохоронного органу. Це зумовлює безкарні дії злочинних структур і дає підстави для застосування чергових санкцій міжнародних організацій проти України [6].

Враховуючи викладене, можна сказати, що організована злочинність – це найнебезпечніше суспільне явище, яке призводить не просто до корупції в органах публічної влади, а до переродження інститутів влади, які перестають працювати на державу й суспільство, підмінюючи це власними інтересами. Злочинні організації проникають до органів державної влади, місцевого самоврядування, правоохоронних та інших державних органів, у результаті чого відбувається підміна нормальних суспільних відносин відносинами кримінального характеру, і, врешті-решт, населення втрачає контроль за процесами, що відбуваються у сфері економіки і політики, а влада переходить до рук злочинних організацій, кланів тощо. На жаль, Україна за весь період незалежності не змогла позбавитися цих негативних явищ. І нині організована злочинність в Україні вже загрожує її національній безпеці.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Грохольський В.Л. Управління діяльністю спеціальних підрозділів МВС України по боротьбі з організованою злочинністю: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.07 / Нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2004. 425 с.
2. Грохольський В.Л. Загальні тенденції розвитку управління спеціальними підрозділами по боротьбі з організованою злочинністю. *Вісник Національного університету внутрішніх справ*. 2003. № 22. С. 80–85.
3. Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю: Закон України від 30 черв. 1993 року № 3341-XII. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1993. № 35. Ст. 358.
4. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформування органів внутрішніх справ: Закон України від 12 лют. 2015 року № 193-VIII. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2015. № 21. Ст. 134.
5. Вербенський М.Г. Генеза транснаціональної організованої злочинності в Україні. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету*. 2010. № 1(47). С. 3–11.
6. Доценко О.С. Протидія організованій злочинності в Україні: адміністративно-правовий механізм: монографія. Київ: ФОП Кандиба Т. П., 2020. 460 с.
7. Кравчук С.Й. Організована злочинність у сфері економіки України: проблеми припинення та шляхи їх вирішення. *Право України*. 2011. № 8. С. 301–308.
8. Про банки і банківську діяльність: Закон від 07 груд. 2000 р. № 2121-III. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2001. № 5-6. Ст. 30.

УДК 343.13

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.32>

ПІДСТАВИ ТА ПОРЯДОК НАБУТТЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО СТАТУСУ ПІДОЗРЮВАНОВОГО У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Калька Іван Зіновійович,

аспірант кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ,
детектив
Національного антикорупційного бюро України

Стадія кримінального провадження – притягнення до кримінальної відповідальності починається з моменту повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, у зв'язку з чим ключовим питанням є порядок та підстави набуття особою статусу підозрюваного.

У статті досліджено проблемні аспекти набуття особою статусу підозрюваного під час здійснення досудового розслідування та в подальшому розгляді кримінального провадження в суді, в тому числі в частині забезпечення реалізації його прав і свобод.

Значна увага присвячена процедурі набуття особою статусу підозрюваного у разі неможливості безпосереднього вручення слідчим чи прокурором письмового повідомлення про підозру в день його складання через не встановлення органом досудового розслідування місця її знаходження. Ключовою вимогою є відповідність повідомлення про підозру вимогам ст. 277 КПК України і наявність документально підтвердження, що органом досудового розслідування вживалися заходи для встановлення місцезнаходження цієї особи, але позитивних результатів вони не дали.

У разі, коли особа не просто тимчасово відсутня за місцем свого проживання, а й невідомо де перебуває і коли з'явиться, перевагу над приватними інтересами необхідно надавати публічним інтересам та виконанню завдань кримінального процесу, що полягають у притягненні особи до кримінальної відповідальності. У такій ситуації застосування особливого порядку повідомлення про підозру є виправданим і доцільним.

У дослідженні проаналізовано судову практику Європейського суду з прав людини та вітчизняних судів щодо допущення процесуальних порушень слідчими та прокурорами, внаслідок чого судами встановлено факти ненабуття особою процесуального статусу підозрюваного, що неминуче призводить до невиконання завдань кримінального провадження, передбачених ст. 2 КПК України, а також порушення прав і свобод людини.

Особливу увагу у статті зосереджено на комплексі заходів, які повинні вжити слідчий та прокурор для вручення повідомлення про підозру особі у спосіб, передбачений КПК України для вручення повідомлень. Вказані дії необхідно належним чином документально зафіксувати, в тому числі із застосуванням сучасних технічних засобів, щоб у разі необхідності підтвердити своєчасність та повноту вжитих заходів у суді.

Ключові слова: кримінальне провадження, підозрюваний, обґрунтована підозра, письмове повідомлення про підозру, повідомлення, *in absentia*.

Kalka Ivan. Grounds and procedure for obtaining the procedural status of a suspect in the criminal process of Ukraine

The stage of criminal proceedings – prosecution begins from the moment the person is notified of the suspicion of committing a criminal offense, in connection with which the key issue is the procedure and grounds for acquiring the status of a suspect.

The article examines the problematic aspects of a person's acquisition of the status of a suspect during the pre-trial investigation and further consideration of criminal proceedings in court, including in terms of ensuring the exercise of his rights and freedoms.

Considerable attention is paid to the procedure of acquiring the status of a suspect in case of impossibility to directly serve a written notice of suspicion by the investigator or prosecutor on the day of its preparation due to failure of the pre-trial investigation body to establish its location. The key requirement is the compliance of the notice of suspicion with the requirements of Art. 277 of the CPC of Ukraine and the presence of documentary evidence that the pre-trial

investigation body took measures to establish the whereabouts of this person, but they did not give positive results.

If a person is not only temporarily absent from his place of residence but also does not know where he is and when he will appear, priority over private interests should be given to the public interest and the tasks of criminal proceedings. In such a situation, the application of a special procedure for notification of suspicion is justified and appropriate.

The study analyzes the case law of the European Court of Human Rights and domestic courts on procedural violations by investigators and prosecutors, as a result of which the courts found that a person did not acquire the procedural status of a suspect, which inevitably leads to failure to comply with criminal proceedings under Art. 2 of the CPC of Ukraine, as well as violations of human rights and freedoms.

The article focuses on the set of measures that an investigator and prosecutor must take to serve a notice of suspicion on a person in the manner prescribed by the CPC of Ukraine for the service of notices. These actions must be properly documented, including the use of modern technical means, if necessary to confirm the timeliness and completeness of the measures taken in court.

Key words: *criminal proceedings, suspect, reasonable suspicion, written notice of suspicion, notification, in absentia.*

Постановка проблеми. Питання набуття особою статусу підозрюваного під час здійснення досудового розслідування та подальшого розгляду кримінального провадження в суді, а також реалізація його прав є ключовими у кримінальному процесі України.

У правозастосовній практиці є дискусії щодо підстав та порядку набуття особою статусу підозрюваного, про що свідчить значна кількість судових рішень, у тому числі слідчих суддів, якими встановлено, що особа не є підозрюваною у кримінальному провадженні, оскільки органом досудового розслідування не виконано вимоги КПК України.

Встановлення судом факту не набуття особою процесуального статусу підозрюваного, всупереч твердженню органа досудового розслідування, неминуче призводить до невиконання завдань кримінального провадження, передбачених ст. 2 КПК України, а також порушення прав і свобод людини, на що неодноразово зверталася увага в рішеннях Європейського суду із прав людини.

Стан дослідження. Проблемні аспекти набуття особою статусу підозрюваного під час здійснення досудового розслідування, в тому числі в частині забезпечення реалізації його прав і свобод, висвітлювалися в наукових працях таких учених: Ю.П. Аленіна, С.А. Альперта, Є.М. Блажівського, С.В. Бородіна, В.Д. Бринцева, Є.П. Бурдоля, Ю.М. Грошевого, О.В. Капліної, Є.Г. Коваленка, В.О. Коновалової, Л.М. Карнеєвої,

О.В. Мазура, В.Т. Маляренка, М.М. Михеєнка, Є.А. Матвієнка, М.С. Строговича, В.М. Тertiшника, В.М. Трофименка, А.Р. Туманянц, В.П. Шибіки, О.Г. Шило та інших.

Мета статті полягає у визначенні порядку та особливостей набуття процесуального статусу підозрюваного під час здійснення досудового розслідування у кримінальному провадженні.

Виклад основного матеріалу. Підозра – це обґрунтоване припущення слідчого та/або прокурора про причетність особи до вчинення кримінального правопорушення, яке формалізоване у повідомленні про підозру та має бути перевірене для спростування або підтвердження. Повідомлення про підозру – це процесуальна діяльність, зміст якої полягає у складанні слідчим або прокурором письмового повідомлення про підозру та його врученні особі відповідно до ст. 276-279 КПК України [3, с. 241].

Обґрунтована підозра – це добросовісне припущення про вчинення особою певного діяння, що ґрунтується на об'єктивних відомостях, які можна перевірити у судовому розгляді та які спонукали б неупереджену та розумну людину вдатися до практичних дій, щоб з'ясувати, чи є така підозра обґрунтованою [4, с. 9].

Відповідно до ч. 1 ст. 42 КПК України підозрюваним є особа, якій у порядку, передбаченому статтями 276-279 КПК України, повідомлено про підозру, особа, яка затримана за підозрою у вчиненні кри-

мінального правопорушення, або особа, щодо якої складено повідомлення про підозру, однак його не вручено їй внаслідок не встановлення місцезнаходження особи, проте вжито заходів для вручення у спосіб, передбачений цим Кодексом для вручення повідомлень.

У зв'язку з тим, що стадія кримінального провадження «притягнення до кримінальної відповідальності» починається з моменту повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, ключовим питанням є саме порядок та підстави набуття особою статусу підозрюваного.

У статті 42 КПК України, окрім іншого, зазначено, що особа набуває статусу підозрюваного під час затримання за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення.

Згідно з ч. 2 ст. 278 КПК України письмове повідомлення про підозру затриманій особі вручається не пізніше двадцяти чотирьох годин із моменту її затримання. У цьому разі фактично не виникає проблем стосовно набуття особою процесуального статусу підозрюваного, за виключенням процесуальних порушень, допущених слідчим або прокурором.

Відповідно до ч. 1 ст. 278 КПК України письмове повідомлення про підозру вручається в день його складення слідчим або прокурором, а у разі неможливості такого вручення – у спосіб, передбачений КПК України для вручення повідомлень.

Згідно з ч. 3 ст. 111 КПК України повідомлення у кримінальному провадженні здійснюється у випадках, передбачених КПК України, у порядку, передбаченому главою 11 КПК України, за винятком положень щодо змісту повідомлення та наслідків неприбуття особи.

У частинах 1, 2 ст. 135 КПК України, яка міститься у главі 11 КПК України, зазначено, що особа викликається до слідчого, прокурора, слідчого судді, суду шляхом вручення повістки про виклик, надіслання її поштою, електронною поштою чи факсимільним зв'язком, здійснення виклику по телефону або телеграмою.

У разі тимчасової відсутності особи за місцем проживання повістка для передачі їй вручається під розписку дорослому члену сім'ї особи чи іншій особі, яка з нею

проживає, житлово-експлуатаційній організації за місцем проживання особи або адміністрації за місцем її роботи.

Частина 1 ст. 136 КПК України встановлює, що належним підтвердженням отримання особою повістки про виклик або ознайомлення з її змістом іншим шляхом є розпис особи про отримання повістки, в тому числі на поштовому повідомленні, відеозапис вручення особі повістки, будь-які інші дані, які підтверджують факт вручення особі повістки про виклик або ознайомлення з її змістом.

Використання електронної пошти або факсимільного зв'язку для передачі повістки про виклик як сучасних засобів комунікації дає змогу суттєво прискорити цей процес, а тому є досить зручними способами виклику. Повістка про виклик у такому разі направляється особі у формі електронного документа [1, с. 372].

Під час здійснення досудового розслідування у кримінальних провадженнях часто органам досудового розслідування доводиться стикатися з випадками, коли сторона захисту стверджує, що особа не отримала письмового повідомлення про підозру та не вчинила розпису про таке отримання, а тому, за їх твердженням, не набула статусу підозрюваного.

Вважаємо, що передбачення законодавцем підтвердження факту вручення особі певного документа відеозаписом або будь-якими даними, що це підтверджують, відповідає умовам сьогодення стосовно активного розвитку інформаційних технологій. Водночас кожну ситуацію потрібно розглядати індивідуально, з урахуванням усіх даних справи, своєчасності та повноти вжитих заходів слідчим та прокурором.

Отже, у разі неможливості безпосереднього вручення слідчим, прокурором повідомлення про підозру особі в день його складання КПК України містить бланкетні норми (ч. 1 ст. 278, ст. 111, ст. 112), які відсилають до загального порядку виклику особи для участі у процесуальній дії (ст.ст. 133, 135 та ін. глави 11 КПК України). Такий порядок не вимагає одразу вручення цього повідомлення особі, щодо якої воно складене, якщо його неможливо їй вручити через не встановлення органом досудового розслідування місця її знаходження.

Головне, щоби зміст такого повідомлення відповідав вимогам ст. 277 КПК України і було документально підтверджено, що органом досудового розслідування вживалися заходи для встановлення місцезнаходження цієї особи, але позитивних результатів вони не дали. З моментом з'явлення відповідних документів у кримінальному провадженні (зауважимо, що їх кількість, характер і зміст залежить від конкретної слідчої ситуації) пов'язується і момент набуття особою офіційного статусу підозрюваного [6, с. 17].

Однак частим порушенням стороною обвинувачення прав особи є саме визнання особи підозрюваною без дотримання формальних процедур вручення повідомлення про підозру або ж порушення такої процедури.

До прикладу, в рішенні Європейського суду із прав людини від 01.03.2006 № 56581/00 Сейдович проти Італії (Sejdovic v. Italy) Суд одноголосно постановив, що було допущено порушення статті 6 Європейської конвенції із прав людини (право на справедливий судовий розгляд) під час засудження особи, оголошеної такою, що переховується від правосуддя, місцезнаходження якої було невідомим під час заочного розгляду справи (in absentia), без повідомлення про слухання справи проти неї.

Ключове значення в цьому разі має повідомлення особи про порушене проти неї кримінальне провадження, яке мало бути здійснено відповідно до процесуальних і матеріальних вимог, що гарантують ефективне здійснення її прав, при тому, що неясна і неофіційна інформація є недостатньою.

У вказаному рішенні Судом зазначено, що питання, яке слід вирішити в цій справі, полягає в тому, чи можна за відсутністю офіційного повідомлення про справу вважати заявника достатньою мірою проінформованим про те, що він був притягнутий до кримінальної відповідальності та відбудеться судовий розгляд його справи, щоб він мав можливість вирішити: відмовитися від свого права брати участь у слуханні справи чи ухилитися від правосуддя.

У цьому рішенні Суду також констатовано, що не можна стверджувати, що в цій

справі заявник володів достатньою інформацією про кримінальне переслідування і пред'явлене йому звинувачення. Тому не можна зробити висновок про те, що він переховувався від суду та однозначно відмовився від свого права бути присутнім у суді [8].

У справі Шомоді проти Італії (Somogyi v. Italy) Суд зазначив, що повідомлення про обвинувачення є для особи важливим юридичним актом, який повинен бути здійснений відповідно до процедурних та суттєвих принципів, що здатні гарантувати ефективну реалізацію прав обвинуваченого. Повідомлення має бути зроблене офіційно, а твердження про отримання такої інформації від співробітників засобів масової інформації є необґрунтованими [7].

Так, слідчий суддя Печерського районного суду м. Києва, задовольняючи клопотання прокурора про здійснення спеціального досудового розслідування, окрім іншого, зазначив, що відсутність інформації про фактичне місце перебування підозрюваного ОСОБА_1 позбавило орган досудового розслідування можливості вручити йому особисто письмове повідомлення про підозру від 19.03.2018 року у день його складання, а тому зазначене повідомлення про підозру відповідно до вимог ч. 1 ст. 278, ст.ст. 111, 135 КПК України направлено у спосіб, передбачений для вручення повідомлень, а саме надіслано поштою за адресою реєстрації та останнього відомого місця проживання підозрюваного ОСОБА_1, а також до відповідної житлово-експлуатаційної організації [9].

Протилежне за змістом рішення виніс Апеляційний суд м. Києва в ухвалі від 13.06.2017 у справі № 11-сс/796/2543/2017, переглядаючи ухвалу слідчого судді Шевченківського районного суду міста Києва від 21.04.2017, якою відмовлено у задоволенні клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування.

Згідно з ухвалою слідчого судді, відмова у задоволенні клопотання органу досудового розслідування мотивована тим, що матеріали клопотання не містять об'єктивних даних, які би свідчили про вжиття слідчим та прокурором заходів для вручення повідомлення про

підозру ОСОБА_4 у спосіб, передбачений КПК України для вручення повідомлень, а тому ОСОБА_4 не є підозрюваним у кримінальному провадженні № 2201505000000021. Крім того, вказані матеріали не містять відомостей про те, що ОСОБА_4 викликався для проведення слідчих дій за його участю, що давало би підстави вважати, що останній переховується від органів слідства з метою ухилення від кримінальної відповідальності, а також матеріалів, які підтверджують оголошення ОСОБА_4 у міждержавний та/або міжнародний розшук.

Із матеріалів, доданих слідчим до клопотання, та зі змісту апеляційної скарги вбачається, що виконати вимоги ст. 135, 278 КПК України в частині вручення повідомлення про підозру ОСОБА_4, органу досудового розслідування не вдалося за можливе. Більше того, з аналізу наданих до суду апеляційної інстанції матеріалів взагалі не вбачається, що стороною обвинувачення вжито будь-які заходи, спрямовані на виконання вказаних вимог закону. Зазначене повідомлення про підозру взагалі не направлялося засобами поштового зв'язку чи електронною поштою, оскільки матеріали провадження не містять жодних доказів такого направлення. Формальне посилення стороною обвинувачення на розпорядження Кабінету Міністрів України від 10.01.2002 року щодо обмеженої діяльності УДППЗ «Укрпошта» могло б мати місце лише в частині обґрунтування причин направлення вказаного повідомлення ОСОБА_4 іншими засобами зв'язку, у тому числі поштовими, які здійснюють свою діяльність на території України та на які не розповсюджується вказане розпорядження Кабінету Міністрів України. Однак вказаних дій стороною обвинувачення не виконано.

Матеріали клопотання слідчого містять дані, що ОСОБА_4 мав інтернет-сторінку всесвітньої мережі «Інтернет», що дозволяло, крім іншого, направити повідомлення про підозру ОСОБА_4 і в такий спосіб.

За таких обставин колегія суддів доходить висновку, що слідчим суддею відповідно з вимогами закону правильно зазначено, що ОСОБА_4 не є підозрюваним у цьому кримінальному провадженні,

оскільки органом досудового розслідування не виконано вимоги, спрямовані на вжиття заходів щодо направлення останньому повідомлення про підозру, а матеріали клопотання не містять підтвердження такого направлення [10].

Важливим аспектом є визначення моменту, з якого відсутня особа набуває статусу підозрюваного, оскільки для оголошення особи в розшук, у тому числі міжнародний, необхідне набуття статусу підозрюваного.

У ситуації, коли особа не просто тимчасово відсутня за місцем проживання, а й невідомо де знаходиться і коли з'явиться за місцем свого проживання, перевагу над приватними інтересами, забезпечуваними засадами верховенства права і наявністю права на захист, мають публічні інтереси, що полягають у притягненні особи до кримінальної відповідальності. У такій ситуації застосування особливого порядку повідомлення про підозру буде виправданим і доцільним [2].

Велика Палата Верховного Суду в Постанові від 11.12.2019 р. у справі № 536/2475/14-к зазначила, що необхідно враховувати порядок вручення підозри, встановлений у статті 278 КПК України. Так, за частинами першою – третьою статті 278 КПК України письмове повідомлення про підозру повинно бути врученим у день його складення, а в разі, якщо особа затримана, повідомлення про підозру вручається їй не пізніше двадцяти чотирьох годин із моменту затримання [11].

Водночас своєчасне невручення повідомлення про підозру самій особі належним слідчим чи прокурором (до 24 годин дня його складення, згідно з ч. 3 ст. 115 КПК) чи ненаправлення його належним чином за місцем проживання особи для вручення (до закінчення роботи поштових відділень у день складення повідомлення про підозру, згідно зі ст. 116 КПК України) має своїм наслідком невиконання обов'язку щодо вручення підозри особі слідчим, прокурором у встановлений проміжок часу та втрату права на його вручення, а також і втрату чинності самого повідомлення, оскільки воно вже не може бути вручене особі. Подальше вручення особі цього повідомлення є незаконною процесуальною дією, яка має наслідком її недій-

сність, що відповідно до ст. 7 КПК України не породжує жодних правових наслідків для особи, яка у такому разі відповідно не набуває процесуального статусу підозрюваного у кримінальному провадженні, оскільки підозрюваним стає лише особа, якій у порядку, передбаченому статтями 276-279 КПК України, повідомлено про підозру шляхом належного вручення такого повідомлення [5].

На нашу думку, особа набуває статусу підозрюваного з моменту виконання вимог щодо надсилання повідомлення про підозру у спосіб, передбачений КПК України для вручення повідомлень, у тому числі вручення повідомлення про підозру родичам/членам сім'ї, житлово-експлуатаційній організації за місцем проживання або адміністрації за місцем роботи з метою дотримання вимог для оголошення особи в міжнародний розшук.

У подальшому ж у разі встановлення місцезнаходження особи за межами України орган досудового розслідування надсилає повідомлення про підозру в межах міжнародного співробітництва шляхом вручення документів особі, яка вже набула статусу підозрюваного. Вказані заходи вживаються з метою забезпечення реалізації прав підозрюваного і не повторюють здійснення процесуальної дії – повідомлення про підозру особі.

Висновки. Підозрюваним є особа, якій у порядку, передбаченому статтями 276-279 КПК України, повідомлено про підозру, особа, яка затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, або особа, щодо якої складено повідомлення про підозру, однак його не вручено їй внаслідок не встановлення місцезнаходження особи, проте вжито заходів для вручення у спосіб, передбачений цим Кодексом для вручення повідомлень. Головне, щоби зміст такого повідомлення відповідав вимогам ст. 277 КПК України і було документально підтверджено, що органом досудового розслідування вживалися заходи для встановлення місцезнаходження цієї особи, але позитивних результатів вони не дали.

Процедури «in absentia» неминуче припускають деякий відступ від загальних правил кримінального процесу, в тому числі щодо здійснення процесуальної дії – повідомлення про підозру відсутній особі. У зв'язку з цим стороною обвинувачення з урахуванням обставин кожної справи необхідно вживати заходів для повідомлення особи про необхідність з'явитися до слідчих органів та вручення повідомлення про підозру. Вказані дії необхідно належним чином документально зафіксувати, щоб у разі необхідності підтвердити своєчасність та повноту вжитих заходів у суді.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. Т. 1 / О.М. Бандурка, Є.М. Блажівський, Є.П. Бурдоль та ін. ; за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, А.В. Портнова. – Х.: Право, 2012. – 768 с.
2. Глинська Н.В., Лобойко Л.М., Шило О.Г. Повідомлення про підозру: правомірність застосування порядку, передбаченого КПК для вручення повідомлень. *Юридичний вісник України*. 2017. № 45 (1166). 16 листопада. URL: <https://ivpz.kh.ua/uk/%D0%BF%D0%BE%D0%B2%D1%96%D0%B4%D0>
3. Капліна О.В. Підозра у кримінальному провадженні: поняття, ознаки, сутність. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*, № 1, 2013, С. 238-242. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/aymvs_2013_1_43.pdf
4. Настільна книга професійного судді (кримінальне провадження) / Н.О. Марчук, В.В. Касько, Р.О. Куйбіда, М.І. Хавронюк та ін./за ред. Н.О. Марчук. – К.: Арт-Дизайн, 2019. – 280 с.
5. Сухов Юрій. Повідомлення про підозру особі: аналіз окремих аспектів позиції великої палати верховного суду щодо спеціальних суб'єктів. *Судебно-Юридическая газета*. URL: <https://sud.ua/ru/news/blog/172318-povidomlennya-pro-pidozru-osobi-analiz-okremikh-aspektiv-pozitsiyi-velikoyi-palati-verkhovnogo-sudu-schodo-spetsialnikh-subyektiv>
6. Методичні рекомендації щодо процесуального керівництва спеціальним досудовим розслідуванням. Академія прокуратури України. Схвалено протоколом засідання науково-методичної ради від 25 травня 2017 року № 4. – Київ, 2017. – 65 с.

7. Шомоді проти Італії (Somogyi v. Italy) від 18.05.2004 № 67972/01. URL: <https://www.legal-tools.org/doc/fb4ff4/pdf>
8. Сейдович проти Італії (Sejdovic v. Italy) від 01.03.2006 № 56581/00. URL: <https://legal-tools.org/doc/0f4d76/pdf>
9. Ухвала слідчого судді Печерського районного суду м. Києва від 09.09.2019 у справі № 757/45541/19-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/84245968>
10. Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 13.06.2017 у справі № 11-сс/796/2543/2017. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/67257170>
11. Постанова Великої Палати Верховного Суду в Постанові від 11.12.2019 у справі № 536/2475/14-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86365236>

ТЕОРЕТИЧНІ ОСНОВИ ВИЗНАЧЕННЯ ЗАСАД ПРОВЕДЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ

Коваль Алла Анатоліївна,

доктор юридичних наук, доцент,
доцент кафедри конституційного та адміністративного права
Чорноморського національного університету імені Петра Могили

Стаття присвячена дослідженню принципів (засад) негласних слідчих (розшукових) дій. Новий етап реформування кримінального судочинства, зумовлений прийняттям Кримінального процесуального кодексу, актуалізував дослідження проблем сфери кримінального переслідування в напрямі підвищення стандартів захисту прав людини. Особливо це важливо у зв'язку зі введенням інститутів, що поряд із потужним інструментом боротьби зі злочинністю несуть загрозу зайвого втручання у особистий простір громадян. Сказане повною мірою стосується інституту негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НСРД).

Своєчасність дослідження озвучених проблем підкреслюється і прийняттям Національної стратегії у сфері прав людини, затвердженої Указом Президента України 24 березня 2021 року. Водночас необхідно констатувати, що окремі аспекти забезпечення прав людини під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій потребують додаткової уваги вчених. Зокрема, це засади (принципи) проведення НСРД як фундаментальні і керівні положення, що є умовами правомірності і законності їх проведення та умовами обґрунтованості та пропорційності обмеження прав людини.

Не викликає сумніву, що виконання завдань кримінального процесу загалом і НСРД зокрема залежить від дотримання фундаментальних ідей, основоположних керівних засад, загальних та спеціальних принципів.

Ми пропонуємо взяти за основу класифікації принципів проведення НСРД галузевий критерій їх розподілу, оскільки саме він найбільш розкриває правову природу досліджуваних принципів і їх сутність, а отже, дає можливість точно визначити функціональне спрямування відповідного принципу.

На наш погляд, систему принципів проведення НСРД утворюють чотири групи принципів: загальнонаукові, конституційні, галузеві й спеціальні (специфічні).

До загальнонаукових відносяться принципи: об'єктивності, історизму та розвитку, системності, справедливості.

До загальноправових належать: принцип верховенства права; принцип законності; принцип рівності перед законом і судом; принцип поваги до людської гідності; принцип презумпції невинуватості та забезпечення доведеності вини; принцип забезпечення права на захист.

До галузевих – принцип змагальності сторін та свобода у поданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості, що пов'язано із проведенням НСРД; принцип безпосередності дослідження показань, речей і документів; принцип публічності; принцип диспозитивності.

До спеціальних принципів проведення НСРД можна віднести такі: неприпустимості зловживання повноваженням особами, що проводять НСРД; неприпустимості провокації злочину під час проведення НСРД; пропорційності втручання у права людини; неупередженості під час здійснення нагляду за проведенням НСРД; обґрунтованості та вмотивованості рішення щодо проведення НСРД; розумності строків судового розгляду.

Ключові слова: принцип, засада, негласні слідчі (розшукові) дій, права людини, допустимість доказів, втручання у приватне спілкування, пропорційність.

Koval Alla. Theoretical basis of determining the principles of conduct of secret investigative (search) actions

The effective achievement of the tasks of the SISA directly depends on the observance of the grounds (principles) of the conducting of the secret investigative (search) actions. At the same time, a comprehensive studying of the legal nature of the SISA, as well as the development of the directions for improving the mechanism of their implementation, is impossible without defining the guiding principles, conceptual foundations on which they are based. In this regard, it

becomes necessary to determine the system of the grounds (principles) of the conducting of SISA and clarify their essence. After all, it is precisely the establishment of the grounds (principles) of their conducting allows to correctly and effectively apply the rules of the criminal procedural law, to ensure the effective effectiveness of state coercion in the investigation and prevention of crimes, while simultaneously combining the protection of rights and freedoms and their legitimate interests.

The necessity of the assignment of a system of the grounds (principles) of the conducting of SISA and the study of their peculiarities is determined by the following reasons: the necessity of the forming of the effective mechanism of the provision of human rights during the conducting of secret investigative (search) actions; the necessity of the improving of the criminal procedural legislation of Ukraine in the field of ensuring human rights and citizen, its legitimate interests during the conducting of the SISA, that essentially depends on the set of principles defined in the legislation, those determine the direction of rule-making in this area of criminal-procedural legal relations; the necessity of the improving of the criminal procedural activity that is carried out by the relevant authorized persons in the field of the ensuring human rights and citizen, its legitimate interests during the conducting of the SISA on the basis of well-established principles; the necessity of the effective protection and protection of the constitutional rights and freedoms of a man and a citizen, as well as its legitimate interests as an important component of the system of protection of the rights of the state.

The system of the principles of the conducting of SISA consists of four groups of principles, in particular: general scientific, general legal principles or constitutional principles; the branch principles of criminal procedural law that are inherent in this area of law, its institutes, and special, including the secret investigator (search) actions.

The third group of the principles of the conducting of SISA is the special principles – principles that are limited by the relevant institution of the criminal procedural law. They reflect the specifics and features of the legal regulation of the SISA.

The specific principles of the conducting of SISA include the following: the principle of inadmissibility of provocation of a crime during the SISA; proportionality of human rights interference; impartiality in supervising the implementation of the SISA; the validity and motivation of the decision to conduct the NSDS.

It is concluded that the principles of the conducting of the SISA are the basis of the implementation of the latter, the basis on which the procedure for their implementation should be based. At the same time the conducting of the SISA can be effective and achieve the set goal only taking into account by the authorized persons of criminal proceedings the principles that were established by us.

Key worlds: principle, basis, rule of law, secret investigative (search) actions, human rights, admissibility of evidence, secrecy, interference with private communication.

Постановка проблеми. Підписання у 2014 році угоди про асоціацію України з Європейським Союзом Україною засвідчили незворотне прагнення українського народу побудувати демократичну та правову державу, у якій права людини дійсно стануть найвищою соціальною цінністю. Новий виток реформування кримінального судочинства, зумовлений прийняттям Кримінального процесуального кодексу, актуалізував дослідження проблем сфери кримінального переслідування в напрямі підвищення стандартів захисту прав людини. Особливо це важливо у зв'язку зі введенням інститутів, що поряд із потужним інструментом боротьби зі злочинністю несуть загрозу зайвого втручання в особистий простір громадян. Сказане повною мірою стосується інституту негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НСРД), котрі широко увійшли у «робочий обіг» слідчих органів.

Своєчасність дослідження озвучених проблем підкреслюється й прийняттям Національної стратегії у сфері прав людини, затвердженої Указом Президента України 24 березня 2021 року, метою якої, зокрема, є забезпечення пріоритетності прав і свобод людини як визначального чинника у процесі формування та реалізації державної політики, здійснення повноважень органів державної влади та запровадження системного підходу до забезпечення прав і свобод людини, створення в Україні ефективного механізму реалізації та захисту прав і свобод людини, усунення недоліків системного характеру, які лежать в основі порушень, виявлених Європейським судом [1].

Водночас необхідно констатувати, що окремі аспекти забезпечення прав людини під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій потребують додаткової

уваги вчених. Зокрема, це засади (принципи) проведення НСРД як фундаментальні і керівні положення, що є умовами правомірності і законності їх проведення та умовами обґрунтованості і пропорційності обмеження прав людини.

Аналіз останніх публікацій. Засади та принципи кримінального провадження є базовою категорією кримінальної процесуальної науки, тому більшість учених різною мірою торкалися її у своїх працях. Насамперед це Ю.П. Алєнін, Ю.М. Грошевий, О.В. Капліна, Л.М. Лобойко, О.П. Кучинська, В.Т. Маляренко, М.М. Михеєнко, В.Т. Тертишник, М.Є. Шумило та інші. Засади (принципи) проведення НСРД були дослідженні С.С. Кудіновим, Є.Д. Лук'янчиковим, Д.П. Письменним, М.А. Погорецьким, Д.Б. Сергєєвою, В.М. Стратонов, О.Ю. Татаровим, проте фрагментарно, у межах вивчення інших, більш широких проблем.

Мета статті полягає у формулюванні та дослідженні загальнонаукових (філософських), загально-теоретичних (конституційних), галузевих (кримінальних процесуальних) та спеціальних (специфічних) засад (принципів) проведення НСРД.

Виклад основного матеріалу. Не викликає сумніву, що виконання завдань кримінального процесу загалом і НСРД зокрема залежить від дотримання фундаментальних ідей, основоположних керівних засад, загальних та спеціальних принципів. Вироблення напрямів удосконалення механізму забезпечення прав людини під час їх проведення, на нашу думку, неможливе без визначення й дослідження системи засад (принципів) проведення НСРД та з'ясування їх сутності.

Доцільність виділення системи засад (принципів) проведення НСРД та дослідження їх особливостей зумовлюється такими причинами: потребою формування ефективного механізму забезпечення прав людини під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій; необхідністю вдосконалення кримінального процесуального законодавства України у сфері забезпечення прав людини і громадянина, її законних інтересів під час проведення НСРД, що суттєво залежить від сукупності визначених у законодавстві принципів, які визначають напрям нормотворчості у цій

сфері кримінально-процесуальних правовідносин; вимогами удосконалення кримінальної процесуальної діяльності, що здійснюється відповідними уповноваженими суб'єктами у сфері забезпечення прав людини і громадянина, її законних інтересів під час проведення НСРД на основі якісно сформованих принципів; необхідністю дієвої охорони і захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина, а також її законних інтересів як важливої складової системи захисту прав держави.

Встановленню системи засад (принципів) проведення НСРД має передувати аналіз доктринальних положень щодо засад права та кримінального судочинства загалом. Слід звернути увагу, що в науці кримінального процесуального права принципи часто ототожнюють із засадами кримінального процесу, зважаючи на аналогічний зміст цих двох категорій. Поняття засади з'явилося у кримінальному процесуальному законі з прийняттям нового кодексу, і з того часу воно широко увійшло у науковий обіг.

Згідно з тлумачним словником української мови, категорія «засада» розуміється як: 1) основа чогось; те головне, на чому ґрунтується, базується що-небудь; 2) вихідне, головне положення, принцип; основа світогляду, правило поведінки; 3) спосіб, метод здійснення чого-небудь [2, с. 300]. Принцип має схоже значення: 1) основне вихідне положення якої-небудь наукової системи, теорії, ідеологічного напрямку тощо; 2) особливість, покладена в основу створення або здійснення чого-небудь, спосіб створення або здійснення чогось; 3) переконання, норма, правило, яким керується хто-небудь у житті, поведінці [3, с. 693]. Таке визначення цілком відповідає завданням кримінального процесу взагалі і НСРД зокрема.

У науковій літературі під принципами права розуміють закріплені у праві головні ідеї, вихідні начала або основи функціонування, що характеризують його зміст, головне призначення права, зумовлені загальними закономірностями розвитку суспільства [4, с. 278]. Питанню поняття принципів (засад) кримінального провадження присвячено досить уваги у теоретичних виданнях, тому вважаємо, що немає необхідності зупинятися на них

більш детально [5; 6; 7; 8; 9]. У науці кримінального процесуального права більшість дослідників зводять зміст принципів (засад) до основоположних ідей та фундаментальних положень у сфері кримінального провадження.

Таким чином, враховуючи вищевикладене та загальноприйняте тлумачення принципів у доктрині кримінального процесуального права, а також предмет нашого дослідження, пропонуємо під принципами проведення НСРД розуміти основні вихідні положення, керівні ідеї, що мають фундаментальне значення для процесу здійснення негласних слідчих (розшукових) дій, на яких має базуватися порядок їх проведення. При цьому необхідно зауважити, що від ефективно сформованих принципів проведення НСРД залежать не лише досягнення завдань НСРД, але і якісна охорона та захист прав, свобод та законних інтересів людини і громадянина [10, с. 149].

Необхідно зазначити, що у законі система принципів проведення НСРД не визначена. Так, чинний КПК України у ст. 7 лише визначає загальні засади кримінального провадження. Однак очевидно, що принципи проведення НСРД беруть свій початок із загальних засад кримінального провадження.

Ми пропонуємо взяти за основу класифікації принципів проведення НСРД галузевий критерій їх розподілу, оскільки саме він найбільше розкриває правову природу досліджуваних принципів і їхню сутність, а отже, дає можливість точно визначити функціональне спрямування відповідного принципу.

На наш погляд, систему принципів проведення НСРД утворюють чотири групи принципів, зокрема: загальнонаукові (філософські), загальнотеоретичні (конституційні), галузеві (кримінальні процесуальні) й спеціальні (специфічні).

Доцільно відзначити, що НСРД є пізнавальною діяльністю, кінцевою метою якої є встановлення об'єктивної істини (наприклад, ідентифікація особи та виявлення її зв'язків, встановлення події та фактів злочинної діяльності, виявлення предмету, знаряддя злочину, особи, що переходується, тощо). Лише за досягнення цієї мети обмеження прав людини можна вважати виправданим. Будь-яка пізнавальна

діяльність, й НСРД не виключення, відповідає загальнонауковим (філософським) закономірностям. Це вимагає від суб'єктів їх проведення дотримання системи відповідних принципів, що у підсумку забезпечує дотримання або законність обмеження прав людини. Такими є принципи:

1) *об'єктивності*. Ці процесуальні заходи проводяться виключно відповідно до закону, що виключає упередженість, зацікавленість, емоційність, зневагу з боку правоохоронних органів, що їх проводять. Їх провадження повинно відповідати вимогам істинності і достовірності, фіксуватися об'єктивно, незалежно від людської свідомості. Висновки щодо результатів має зробити уповноважений орган, виходячи із поваги до закону і внутрішнього переконання, ґрунтуючись на сукупності доказів;

2) *історизму та розвитку*. НСРД виникли у результаті еволюції негласних заходів розслідування, пройшовши етапи від «гоніння сліду», філерської служби до системи науково-обґрунтованих дій із застосуванням ІТ-технологій. Службова особа, що їх проводить, застосовує найкращі надбаня слідчо-розшукової практики, поєднує її із досягненнями науково-технічного прогресу з дотриманням принципу законності та поваги до людини як основної соціальної цінності. Поряд із цим, будучи динамічним явищем, кожна НСРД перебуває у діалектичному розвитку і характеризується спрямованістю, послідовністю, необоротністю, наступністю, збереженням досягнутих результатів, прогресивною тенденцією. Знання цієї закономірності допоможе суб'єктам, що ведуть процес, спрогнозувати хід і результати НСРД та уникнути помилок і порушень закону, а у кінцевому підсумку – забезпечити права людини;

3) *детермінізму*. Цей принцип тісно пов'язаний з попереднім і проявляється у генетичному зв'язку явищ, у якому одне (причина) за певних умов породжує інше (наслідок). НСРД, як було зазначено, є динамічним явищем. Новітні види злочинності, технічного оснащення, камуфлювання злочинних дій породжують інші способи реагування на них. Удосконалення форм та методів боротьби зі злочинністю неминуче породжує новітні засоби їх подолання. Реальний контент буття

зумовлює появу нових форм діяльності, зокрема нових способів забезпечення прав людини;

4) *системності*. Кожна НСРД являє собою комплексну цілісну систему, що складається з низки дій, заходів, технічних засобів, спрямованих на отримання фактичних даних, при дотриманні вимог щодо забезпечення прав людини;

5) *імперативності*. Діяльність суб'єктів НСРД повинна підпорядковуватися категоричному імперативу, морально-етичним засадам, відповідності (пропорційності) обмеження прав людини, дотримання приписів щодо забезпечення прав людини під час проведення НСРД та відновлення після їх закінчення;

6) *справедливості*. У вирішенні питання про справедливий судовий розгляд Європейський суд із прав людини застосовує концепцію «плодів отруєного дерева», тобто оцінку допустимості всього ланцюжка доказів, що базуються один за іншим, а не кожного окремого доказу окремо. Тим не менше суд виходить із того, що при недопустимості одного доказу в єдиному ланцюжку потрібно в подібному випадку вирішити питання про справедливість судового розгляду загалом. Тобто, якщо процес по даній справі загалом справедливий, то й отримані у незаконний спосіб докази можуть бути прийнятними (рішення ЄСПЛ у справі «Хан проти Сполученого Королівства», «Раманаускас проти Литви») [11].

Другу групу принципів утворюють *загальноправові або конституційні* принципи, які не лише мають фундаментальне значення для всієї галузі кримінального процесуального права, притаманні усім її інститутам права і фактично всім галузям законодавства, а також відображають побудову системи права загалом. Це пов'язано із тим, що вони передбачені переважно Конституцією України, яка є основою для всіх галузей національної системи права. Вони здійснюють вплив однаково на усі галузі національного права, а тому реалізуються як на загально-правовому, так і на галузевому рівні, однак, їх сутність і зміст при цьому залишаються незмінними [10, с. 150].

До зазначеної групи належать такі принципи: принцип верховенства права; принцип законності; принцип рівності перед законом і судом; принцип поваги

до людської гідності; принцип презумпції невинуватості та забезпечення доведеності вини; принцип забезпечення права на захист [12].

Третьою групою принципів проведення НСРД є **галузеві принципи кримінального процесуального права**, які притаманні саме цій галузі права, її інститутам, у тому числі і негласним слідчим (розшуковим) діям. Цю групу принципів утворюють: принцип змагальності сторін та свобода в поданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості, що пов'язано із проведенням НСРД; принцип безпосередності дослідження показань, речей і документів; **принцип публічності**; **принцип диспозитивності** [13].

І четверту групу принципів здійснення негласних слідчих (розшукових) дій утворюють **спеціальні принципи**, які обмежені рамками інституту НСРД. Вони відображають специфіку та особливості саме їх правового регулювання. До цього виду принципів проведення НСРД, на наше переконання, можна віднести такі:

1) *неприпустимості провокації злочину під час проведення НСРД*.

Згідно з ч. 3 ст. 271 КПК України під час підготовки та проведення заходів з контролю за вчиненням злочину забороняється провокувати (підбурювати) особу на вчинення цього злочину з метою його подальшого викриття, допомагаючи особі вчинити злочин, який вона би не вчинила, якби слідчий цьому не сприяв, або з цією самою метою впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем. Здобуті в такий спосіб речі і документи не можуть бути використані у кримінальному провадженні. При цьому прокурор у своєму рішенні про проведення контролю за вчиненням злочину, крім відомостей, передбачених ст. 251 КПК України, зобов'язаний викласти обставини, які свідчать про відсутність під час негласної слідчої (розшукової) дії провокування особи на вчинення злочину [13].

Відповідно до практики ЄСПЛ підбурювання до вчинення злочину (провокація) визнається порушенням гарантованого п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод права особи на справедливий судовий розгляд (рішенням Суду у справі «Лагутін та інші

проти Російської Федерації» від 24 квітня 2014 року) [14];

2) *пропорційності втручання у права людини*.

«Пропорційність» втручання означає, що обмеження реалізації прав і свобод має відповідати меті, для досягнення якої воно здійснено. Вимога відповідності засобу має на меті захистити людину від непотрібного (зайвого, надмірного) втручання органів державної влади. Пропорційність визначає співрозмірність між здійсненням основного права та необхідністю його обмежень. Саме критерій пропорційності забезпечує обґрунтований і легітимний характер обмежень основних прав. Принцип пропорційності включає в себе адекватність засобів поставленій меті, неприпустимість надмірних обмежень, неприпустимість сваволі, заборону формалізму [15, с. 25–26];

3) *неупередженості під час здійснення нагляду за проведенням НСРД*.

Відповідно до ч. 2 ст. 36 КПК прокурор здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням, а відповідно до п. 19 ст. 3 КПК прокурор належить до сторони обвинувачення, тобто виконує обвинувальну функцію кримінального провадження.

Щодо цього положення у рішенні по справі «Роман Захаров проти Росії» Суд констатував недостатність повноважень прокуратури для належного контролю за додержанням прав особи у процесі проведення негласних заходів. З аналізу повноважень прокурора виходить, що вони суперечать між собою: «з одного боку, прокурори погоджували проведення негласних заходів, а з іншого – повинні були здійснювати подальший нагляд за їх проведенням; також Суд відзначив відсутність спеціалізації прокурорів із контролю за негласними діями; недостатні повноваження у разі виявлення порушень у процесі негласного спостереження; відсутність публічних звітів про результати реалізації наглядових повноважень прокуратури в частині щодо негласної діяльності органів розслідування» [16].

Вказані зауваження Суду повною мірою стосуються й органів прокуратури України.

Більше того, зважаючи на функцію процесуального керівництва, яке вітчизняні прокурори здійснюють від самого початку розслідування, вони не менше за слідчих зацікавлені у результатах розслідування. Це потенційно може утворювати конфлікт інтересів під час виявлення порушень, які можуть негативно відобразитися на таких результатах;

4) *обґрунтованості та вмотивованості рішення щодо проведення НСРД*;

Ст. 370 КПК регламентує законність, обґрунтованість і вмотивованість судового рішення. Відповідно до цієї статті «обґрунтованим є рішення, ухвалене судом на підставі об'єктивно з'ясованих обставин, які підтверджені доказами, дослідженими під час судового розгляду та оціненими судом відповідно до статті 94 цього Кодексу. Вмотивованим є рішення, в якому наведені належні і достатні мотиви та підстави його ухвалення» [13].

Водночас стосовно ухвали слідчого судді по НСРД, то відповідно до ч. 2 ст. 248 КПК до клопотання про проведення НСРД додається лише витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань. З огляду на відсутність імперативної норми про приєднання інших документів, практика складається таким чином, що жодні документи більше не добуваються. Виходячи з цього, слідчий суддя не має належної можливості для перевірки достовірності інформації і достатності підстав для проведення НСРД. І, як свідчить практика, результати опитування працівників судових і правоохоронних органів, у більшості випадків слідчий суддя у своїй ухвалі використовує формулювання наданих клопотань, додаючи стандартні фрази для мотивування прийнятого рішення.

Крім того, серед вимог до змісту судового рішення про надання дозволу на проведення негласних слідчих (розшукових) дій, викладених у пункті 4 статті 248 КПК, немає вимоги щодо його обґрунтованості. У справі «Сабо і Віши проти Угорщини» Суд констатував порушення прав заявників через відсутність у законодавстві вимоги щодо обґрунтованості рішення про негласне спостереження за ними [17].

З огляду на надзвичайну важливість спеціальних принципів, їх глибоке дослідження стане предметом подальших наукових праць.

Крім того, на наш погляд, представлена класифікація може мати значення для законотворчості та правозастосування, оскільки визначені в ній фундаментальні засади, основоположні ідеї проведення НСРД є підґрунтям для розроблення, ухвалення нормативно-правових актів та внесення змін до них.

Так, необхідно чітко усвідомлювати, що принципи проведення НСРД повинні бути відображені у правових джерелах: законах або підзаконних актах (інструкції про організацію НСРД). Тільки таким чином зазначені принципи можуть набути законодавчо передбаченої нормативності, яка дозволяє їм стати фундаментальними керівними положеннями й ідеями, що

визначають порядок і особливості проведення НСРД.

Висновки. Отже, виділені нами загальнонаукові (філософські), загально-правові (конституційні), галузеві (кримінальні процесуальні) та спеціальні принципи проведення НСРД утворюють певну систему, що забезпечує виконання завдань кримінального провадження та дотримання (або правомірне обмеження) прав людини. Спеціальні принципи проведення НСРД мають бути нормативно закріплені в Інструкції про організацію проведення НСРД. Безсумнівно, така зміна сприятиме ефективності правозастосування та належному забезпеченню прав людини під час їх проведення.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Про національну стратегію у сфері прав людини : Указ Президента № 119/2021 від 24 березня 2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/119/2021#Text>
2. Словник української мови: в 11 тт. / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І. К. Білодіда. К.: Наукова думка, 1970. 1980. Т. 3.
3. Словник української мови: в 11 тт. / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І. К. Білодіда. К.: Наукова думка, 1970 1980. Т. 7.
4. Сучасна правова енциклопедія / О.В. Зайчук, О.Л. Копиленко, Н.М. Оніщенко та ін.; за заг. ред. О.В. Зайчука; Ін-т законодавства Верхов. Ради України. К.: Юрінком Інтер, 2010. 384 с.
5. Лобойко Л.М. Кримінальний процес: [підруч.]. Л.М. Лобойко. К.: Істина, 2014. 432 с.
6. Головін Д.В. Система принципів кримінального провадження // *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2017. № 1. С. 206–210.
7. Кримінальний процес : підручник / 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.: Пр; 2013. 824 с.
8. Кучинська О.П. Системність принципів кримінального провадження як визначальний фактор їх ефективного регуляторного впливу на кримінально-процесуальні відносини. *Адвокат*. 2017. № 1 (36). С. 7–11.
9. Маркуш М. Конституційні цінності як основоположні засади в кримінальному процесі України. *Вісник Конституційного Суду України*. 2013. № 6. С. 73–85.
10. Коваль А.А. Забезпечення прав людини при провадженні негласних слідчих (розшукових) дій : монографія. Миколаїв : Вид-во ЧНУ імені Петра Могили, 2019. 264 с.
11. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Раманаускас проти Литви». URL: https://www.echr.com.ua/wp-content/uploads/2018/03/f5ef3ba52c4849ecd3ac_file.pdf.
12. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 № 254. База даних *Законодавство України* / ВР України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>.
13. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI. База даних *Законодавство України* / ВР України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>
14. Єдиний державний реєстр судових рішень : веб-сайт. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/62198397>
15. Савчин М. В. Основні конституційні критерії обмеження прав людини і основоположних свобод. *Вибори та демократія*. 2008. № 2 (16). С. 21–28.
16. Правовий портал «Ліга-закон». URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VAA00006.html
17. Інформаційний портал «Права людини в Україні». URL: <http://khp.org/1478334945>

УДК 343.343.6

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.34>

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПОРУШЕННЯ ПОРЯДКУ В'ЇЗДУ НА ТИМЧАСОВО ОКУПОВАНУ ТЕРИТОРІЮ УКРАЇНИ ТА ВИЇЗДУ З НЕЇ

Курилюк Юрій Богданович,

доктор юридичних наук, доцент,
начальник управління адміністративної юрисдикції
Адміністрації Державної прикордонної служби України

У статті здійснено кримінально-правову характеристику об'єктивних і суб'єктивних ознак кримінального правопорушення, передбаченого ст. 332-1 КК України, якою встановлюється відповідальність за порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї.

Установлено, що державний кордон України в Автономній Республіці Крим і деяких районах Донецької та Луганської обл., незважаючи на акти російської агресії, так і залишається в тих самих межах, які були до їх окупації Росією. Проте з об'єктивних причин українські органи державної влади нині не можуть забезпечити недоторканність цієї ділянки державного кордону України, що призводить до потрапляння на тимчасово окуповані території та з них злочинних формувань, контрабандних товарів, нелегальних мігрантів тощо. Криміналізація діяння, передбаченого ст. 332-1 КК України, є важливим аспектом створення умов для належної захищеності життєво важливих інтересів особистості, суспільства та держави від реальних і потенційних зовнішніх і внутрішніх загроз у прикордонній сфері. Запровадження вітчизняним законодавцем відповідальності за вказане порушення здійснено з метою забезпечення особливого правового режиму, встановленого на окупованій території, задля недопущення потрапляння з їхнього боку різного роду протиправних проявів, задля яких був запроваджений прикордонний режим.

Визначено, що після схвалення законів України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» та «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованій території України у Донецькій та Луганській областях», державний кордон України змінив свій правовий статус і набув правового статусу меж тимчасово окупованої території України. Саме тому зазначені діяння мають кваліфікуватися як порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповані території або виїзду з них, а не як незаконне перетинання державного кордону України.

Ключові слова: державний кордон, тимчасово окупована територія, порушення порядку, склад кримінального правопорушення.

Kuryliuk Yurii. Criminal liability for violation of the procedure of entering the temporarily occupied territory of Ukraine and leaving it

The article describes the criminal-legal characteristics of the objective and subjective features of the criminal offense covered by the Art. 332-1 of the Criminal Code of Ukraine, which establishes liability for violation of the procedure of entering the temporarily occupied territory of Ukraine and leaving it.

It is established that the State border of Ukraine in the Autonomous Republic of Crimea and some districts of Donetsk and Luhansk regions, despite the acts of Russian aggression, remains within the same limits that existed before their occupation by Russia. However, currently because of the objective reasons the Ukrainian authorities are unable to ensure the inviolability of this part of the State border of Ukraine, which causes the getting into and from the temporarily occupied territories of the criminal groups, smuggled goods, illegal migrants, etc. Criminalization of the action provided for by the Art. 332-1 of the Criminal Code of Ukraine, is an important aspect of creating conditions for proper protection of vital interests of an individual, society and the State from real and potential external and internal threats in the border area. The introduction by the domestic legislator of the liability for the said violation was carried out in order to ensure a special legal regime established in the occupied territory, for the purpose to prevent them from getting all sorts of illegal manifestations, for which the border regime was introduced.

It is determined that after the approval of the laws of Ukraine "On ensuring the rights and freedoms of citizens and the legal regime in the temporarily occupied territory of Ukraine" and "On peculiarities of the State policy on ensuring the State sovereignty of Ukraine in the temporarily occupied territory of Ukraine in the Donetsk and Lugansk regions", the State border of Ukraine changed its legal status and acquired the legal status of the limits of the temporarily occupied territory of Ukraine. That is why these actions should be qualified as violation of the order of entry into or leaving from the temporarily occupied territories, but not as an illegal crossing of the State border of Ukraine.

Key words: State border, temporarily occupied territory, violation of the order, composition of a criminal offense.

У лютому – березні 2014 року відбулась безпрецедентна не лише для україно-російських двосторонніх відносин, а й для післявоєнного світового порядку загалом подія – окупація Росією (постійним членом ради Безпеки ООН) частини території України (держави – засновниці ООН), яка згодом трансформувалась у незаконну анексію [1, с. 187] та захоплення озброєними формуваннями окремих районів на Сході України. Ці події зумовили кардинальні зміни в політичному, економічному та правовому житті населення України; призвели до появи додаткових неприродних кримінологічних і правових загроз, колізій та проблем [2, с. 35].

Змінився й вектор злочинності в нашій державі, за якого у 2014 році мало місце абсолютне зростання не тільки злочинів проти основ національної безпеки України (+519), проти порядку несення військової служби (військових правопорушень) (+3 784) чи проти миру, безпеки людства та міжнародного порядку (+9), але й у сфері охорони державної таємниці, недоторканності державних кордонів, забезпечення призову та мобілізації (+589) [3, с. 10].

У результаті російської агресії українські органи державної влади були позбавлені можливості забезпечити недоторканність низки ділянок державного кордону України, а тому до тимчасово окупованої території України (далі – ТОТУ) з інших держав можуть потрапити злочинні формування, контрабандні товари, нелегальні мігранти тощо, оскільки, як справедливо відзначає В.Л. Ортинський, «у Донецькій і Луганській обл. постійно відбувається безконтрольне перетинання державного кордону, у цих регіонах продовжують діяти організовані групи та злочинні організації, які займаються незаконним розповсюдженням зброї, наркотичних засо-

бів і прекурсорів, умисним знищенням чи пошкодженням майна, крадіжками, грабежами, розбоями, умисними вбивствами, нанесенням тяжких тілесних ушкоджень тощо» [4, с. 8].

Саме тому для забезпечення належного правопорядку, правового урегулювання правовідносин, про виникнення яких раніше у законодавця і думки не виникало, державі довелося в авральному порядку схвалювати низку законодавчих актів. Чи не найпершим з них став Закон України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на ТОТУ». Перехідними положеннями цього Закону, зокрема КупАП, доповнено новою ст. 204-2, а КК України – новою ст. 332-1, що передбачають юридичну відповідальність за порушення порядку в'їзду на ТОТУ та виїзду з неї.

Встановлення кримінальної відповідальності за порушення порядку в'їзду на ТОТУ та виїзду з неї А.О. Данилевський і Ю.О. Данилевська розглядають як інструмент правового реагування на загрозу територіальній цілісності України [5, с. 70]. Враховуючи ту небезпеку, що нависла над нашою країною, К.М. Глухова наголосила на надзвичайній актуальності та своєчасності включення до КК України ст. 332-1 [6, с. 194].

Під час дослідження кримінальної відповідальності за порушення порядку в'їзду на ТОТУ та виїзду з неї, як зауважує А.А. Нікітін, визначальним є безпосередньо склад правопорушення як сукупність об'єктивних і суб'єктивних ознак, а тому першочергового вивчення потребує власне склад кримінального правопорушення, передбаченого ст. 332-1 КК України, та адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 204-2 КУпАП, особливості законодавчого закріплення їх ознак [7, с. 28].

Особливості кримінально-правової норми ст. 332-1 КК України та суспільних відносин у цій сфері дають підстави вважати, що родовим об'єктом кримінальних правопорушень у прикордонній сфері, у т.ч. порушення порядку в'їзду на ТОТУ та виїзду з неї, є суспільні відносини, що забезпечують встановлений і врегульований законодавством про державний кордон збалансований стан захищеності від зовнішніх і внутрішніх загроз охоронюваних інтересів людини, суспільства й держави (прикордонну безпеку України) [8, с. 200–201].

Безпосередній же об'єкт, як справедливо відзначає В.О. Навроцький, є частиною родового об'єкта, що за своєю суттю не може збігатися з останнім, як ніколи частина не збігається з цілим [9, с. 164]. Наукова думка щодо безпосереднього об'єкта порушення порядку в'їзду на ТОТУ та виїзду з неї не має одностайності та має подекуди кардинально різні точки зору.

Зокрема, В.В. Федосєєв вважає, що безпосереднім об'єктом порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї є «суспільні відносини, що складаються у сфері забезпечення режиму державного кордону України, прикордонного режиму та режиму в пунктах пропуску через державний кордон України» [10, с. 162]. Я.О. Кушнір вважає, що таким об'єктом є «суспільні відносини, що встановлюють належний, законодавчо встановлений порядок в'їзду на ТОТУ та виїзду з неї» [11]. Схожої позиції дотримуються Є.Л. Стрельцов і А.М. Притула (встановлений порядок в'їзду на ТОТУ та виїзду з неї [12, с. 44]), а також О.В. Кришевич та В.С. Ковальський (порядок в'їзду на ТОТУ та виїзду з неї [13, с. 766]) та ін.

Якщо з В.В. Федосєєвим категорично неможна погодитися, оскільки запропонована ним позиція радше стосується безпосереднього об'єкта незаконного перетинання державного кордону України, то до позицій інших зазначених авторів є певні зауваження.

Так, Я.О. Кушнір, надаючи визначення безпосереднього об'єкта вказаного протиправного діяння, одночасно застосовує по відношенню до правил в'їзду на ТОТУ та виїзду з неї дві групи понять: «вста-

новлюють належний» та «законодавчо встановлений». Зазначене надто ускладнює розуміння змісту поданої автором позиції, за якої не зрозуміло: що і чим встановлено та що і чому має належати? По-друге, неправильним вважаємо підхід щодо визнання безпосереднім об'єктом виключно *порядку*, який врегульовує в'їзд на ТОТУ та виїзду з неї, оскільки доктринаю вже давно встановлено, що безпосередній об'єкт «завдає шкоди конкретним суспільним відносинам, що охороняються» [14, с. 56] та «відображає основний зміст того чи іншого правопорушення, його антисоціальну спрямованість, він більшою мірою, ніж інші об'єкти визначає ступінь суспільної небезпеки вчиненого діяння і тяжкість наслідків, що настали або могли настати» [15, с. 101].

Думається, що законодавець, встановивши ст. 332-1 КК України кримінальну відповідальність за порушення порядку в'їзду на ТОТУ та виїзду з неї, поставив під охорону не сам порядок в'їзду/виїзду, а ті суспільні відносини, що покликані ними охоронятися. Саме тому варто погодитися з позицією А.А. Нікітіна [7, с. 72] та В.І. Антипова [16, с. 131], які вважають, що у цьому разі безпосереднім об'єктом варто вважати «суспільні відносини щодо забезпечення особливого правового режиму на ТОТУ». Проте твердження авторів щодо включення до складу безпосереднього об'єкта порушення порядку в'їзду на ТОТУ та виїзду з неї таку компоненту суспільних відносин як «відновлення в межах ТОТ конституційного ладу України» є надто перебільшеним. Навряд чи положення ст. 332-1 КК України здатні та покликані відновити конституційний лад, основними ознаками якого є «народний суверенітет, виборність влади, розподіл державної влади, непорушність і невідчужуваність загально визнаних прав і свобод людини» [17, с. 78].

Під час аналізу вже самих правових заборон, що передбачені зазначеною статтею, увагу привертає чітко виражений бланкетний характер її диспозиції – об'єктивна сторона кримінального правопорушення, яка насамперед, проявляється у вчиненні суспільно небезпечного діяння, що полягає у порушенні «*порядку в'їзду*

на ТОТУ та виїзду з неї». Видається доволі сумнівним зазначення законодавцем в диспозиції ст. 332-1 КК України сполучника «та», який, з формальної точки зору, для притягнення особи до відповідальності за цими статтями потребує одночасного порушення особою як в'їзду на ТОТУ, так і виїзду із неї. Варто зманисти цей сполучник на «або», що дасть змогу здійснювати більш чітку кваліфікацію діяння та унеможливить уникнення особами відповідальності за їх вчинення.

Суспільна небезпечність протиправного діяння, передбаченого ст. 332-1 КК України, проявляється у формі дії шляхом порушення порядку в'їзду на ТОТУ та виїзду з неї, визначених відповідними законами та підзаконними нормативно-правовими актами. З цього приводу Г.З. Яремко слушно відмічає, що у бланкетних диспозиціях, що належать до суспільно небезпечної дії (активної поведінки особи), необхідно звернутися до іншогогалузевого нормативного матеріалу, щоб чітко визначити, в чому конкретно полягала протиправна дія, які конкретні приписи при цьому були порушені [18, с. 252].

Тому для належної кваліфікації кримінального правопорушення, яке розглядається, слід встановити нормативно-правові акти певної галузі права, що регулює охоронювані КК України суспільні відносини. Насамперед це пов'язано із специфікою кримінальної протиправності діяння, передбаченого ст. 332-1 КК України, що полягає, зокрема, в тому, що воно є наслідком порушення кримінально-правових норм з бланкетною диспозицією.

Під час конкретизації порушеного порядку вагомим є визначення рівня допустимості тих чи інших некримінальних нормативно-правових актів, які визначають і регламентують певний порядок в'їзду на ТОТУ та виїзду з неї.

Проведеним аналізом чинних законів і підзаконних нормативно-правових актів України встановлено, що на рівні закону загальний порядок в'їзду на ТОТУ визначений Законами України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на ТОТ України» і «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України над ТОТ у Донецькій та Луганській обл.».

Перший із зазначених законів, визначивши межі так званої кримської ТОТУ, у ст. 10 встановив загальний порядок в'їзду осіб на ТОТУ та виїзду з неї. Зокрема визначено, що громадяни України мають право на вільний і безперешкодний в'їзд на ТОТУ та виїзд з неї через контрольні пункти в'їзду-виїзду за умови пред'явлення документа, що посвідчує особу та підтверджує громадянство України, а іноземцям та особам без громадянства також є необхідним відповідний спеціальний дозвіл. Однак ці норми мають загальний характер, які більш конкретизовано викладені у Порядку в'їзду на ТОТУ та виїзду з неї, що затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 04.06.2015 № 367.

На відміну від Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на ТОТУ», що стосується кримської частини ТОТУ, Закон України «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України над ТОТ в Донецькій та Луганській обл.» визначає тільки вимогу щодо в'їзду на так звану донбаську ТОТУ виключно через контрольні пункти в'їзду-виїзду без деталізованого переліку документів, які дають право в'їзду на ТОТ та виїзду з неї. Відповідно до ст. 12 цього Закону більш деталізований порядок в'їзду/виїзду визначається Урядом України. У розвиток цього положення Постановою Кабінету Міністрів України від 17.07.2019 № 815 затверджено Порядок в'їзду осіб, переміщення товарів на ТОТ у Донецькій та Луганській обл. і виїзду осіб, переміщення товарів з таких територій.

Важливим для кваліфікації порушення порядку в'їзду на ТОТУ та виїзду з неї є, наприклад, Розпорядження Кабінету Міністрів України від 29.04.2015 № 415-р «Про внесення змін у додаток до розпорядження Кабінету Міністрів України від 26.06.2013 № 466», яким морські порти «Севастополь», «Євпаторія», «Керч», «Феодосія» та «Ялта» виключено з переліку морських портів України, відкритих для заходження іноземних суден, а тому здійснення через них в'їзду на ТОТУ або виїзду з неї з того часу стало неправомірним.

Низка розпорядчих документів Кабінету Міністрів України була схвалена й щодо тимчасового закриття пунктів пропуску

на тимчасово неконтрольованій українсько-російській ділянці державного кордону, розташованих у межах окремих районів Донецької та Луганської областей. Такими, зокрема, є розпорядження Кабінету Міністрів України від 21.01.2015 № 50-р щодо закриття пунктів пропуску «Донецьк», «Луганськ» та «Іловайськ» та від 18.02.2015 № 106-р щодо закриття 23 пунктів пропуску через державний кордон України, що межує з Росією.

Окремо варто наголосити на певній декларативності та заполітизованості Постанови Верховної Ради України від 17.03.2015 № 254-VIII «Про визнання окремих районів, міст, селищ і сіл Донецької та Луганської обл. ТОТУ». До набрання чинності останнім згаданим Законом положення цієї постанови суперечили вимогам ст. 3 Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на ТОТУ», а вже після визнання деяких районів Донецької та Луганської обл. тимчасово окупованими на законодавчому рівні актуальність цієї постанови українського парламенту втрачається взагалі. Тому вона не повинна та не може впливати на кваліфікацію розглядуваних протиправних діянь [19, с. 211].

Із вищезазначених законодавчих положень також впливає ще одна обов'язкова ознака об'єктивної сторони порушення порядку в'їзду на ТОТУ та виїзду з неї – місце вчинення цього діяння. У цьому контексті слушним запитанням задається В.В. Федосєєв: «...чи можна розглядати лінію, яка проходить між материковою Україною та ТОТ АР Крим, як лінією, яка визначає межі території України?» [10, с. 163]. Відповідь на це питання може бути виключно негативною. Державний кордон України в межах ТОТУ нині так і залишився у тих самих межах, що був до окупації, однак вони змінили свій правовий статус на «*межі тимчасово окупованої території*».

За таких обставин не можна погодитися з висновком Т.В. Родіонової, яка, провівши аналогію із тлумаченням змісту об'єктивної сторони інших кримінальних правопорушень, що пов'язані з перетинанням певних кордонів, меж, зон тощо (ст.ст. 201, 267-1, 305, 332 КК України), констатує, що місцем порушення порядку

в'їзду на ТОТУ та виїзду з неї є *лінія розмежування* між контрольованою Україною територією і ТОТ [20, с. 136].

Схожої хибної позиції дотримується і Т.Є. Огнев, який вважає, що місце порушення порядком в'їзду на ТОТУ або виїзду з неї – адміністративний кордон з ТОТУ [21, с. 5]. Насамперед, чинним законодавством визначено, що ТОТУ мають не адміністративні кордони, а мають певні межі та вони (межі) не обмежені тільки адміністративною межею, наприклад між АР Крим і Херсонською обл. Якщо погодитись із твердженням Т.Є. Огнева та Т.В. Родіонової, то за незаконний в'їзд/виїзд осіб через, наприклад, аеропорт Сімферополя чи морський порт Севастополя не наставатиме кримінальна відповідальність ст. 332-1 КК України. Однак, чинна на сьогодні судова практика та здоровий глузд говорить про протилежне. У цьому випадку слід говорити не про «*адміністративний кордон*» чи «*лінію розмежування*», а про законодавчо визначені «*межі тимчасово окупованої території*».

Заради справедливості варто також відзначити, що межі ТОТУ пролягають не тільки вздовж неконтрольованих Україною ділянок державного кордону, але і вздовж певних територіальних адміністративних межах та географічних точках, що законодавчо встановлені ст. 3 Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» та відповідно до ст. 1 Закону України «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на ТОТ у Донецькій та Луганській обл.» Указом Президента України від 07.02.2019 № 32/2019 «Про межі та перелік районів, міст, селищ і сіл, частин їх територій, тимчасово окупованих у Донецькій та Луганській обл.».

Хоча дата і час вчинення правопорушення не має суттєвого значення для кваліфікації порушень порядку в'їзду на ТОТУ та виїзду з неї, проте знання періоду часу (пора року, місяць, день тижня і час доби) може вплинути на призначення покарання, а також «дає змогу правильно організувати рейди і патрулювання, збільшивши їх кількість в періоди, найбільш небезпечні з точки зору частоти скоєних правопорушень» [22, с. 461].

Проведений аналіз справ про порушення порядку в'їзду на ТОТУ та виїзду з неї упродовж 2017–2019 років, показав, що таке порушення здебільшого вчиняється у березні – квітні (20,57%) та липні – серпні (20,56%), а найменше – у січні (3,45%). Однак аналізоване правопорушення, незважаючи на те, що воно безпосередньо пов'язане з ТОТУ і мало б виявлятися в контрольних пунктах в'їзду-виїзду, у 64,19% випадків виявляється в пунктах пропуску через державний кордон. В основному (56,67%) порушення правил в'їзду на ТОТУ та виїзду з неї здійснюються впродовж понеділка – вівторка, а найменше – в суботу і неділю (10%). При цьому, також варто відзначити, що абсолютна більшість з порушень порядку в'їзду на ТОТУ та виїзду з неї вчиняються одноосібно (95,36%) з 7 ранку до 16 год. дня (50,46%), а найменше – з 1 год. ночі до 5 год. ранку.

Суб'єкт порушення порядку в'їзду на ТОТУ та виїзду з неї є загальним – фізична особа, яка досягла 16-річного віку, та особливостей для кваліфікації немає. Крім того, усі засуджені за вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ст. 332-1 КК України, мають українське громадянство та здебільшого (70%) є мешканцями міст, розташованих поблизу меж ТОТУ.

Результати вивчення емпіричної бази за віковою ознакою правопорушників показали, що більшість осіб (51,83%) на момент порушення порядку в'їзду на ТОТУ та виїзду з неї мали вік від 45 років і старше, що також відрізняє цей вид протиправної діяльності від інших правопорушень у прикордонній сфері. Зазначений показник свідчить, що це «особи в розквіті фізичних сил, у віці, що є найбільш продуктивним і працездатним, адже вік є не тільки біологічним, а й соціальним ступенем у розвитку людини» [23, с. 79]. Також більшість (86,67%) осіб, засуджених за порушення порядку в'їзду на ТОТУ та виїзду з нього, не мали кримінального минулого. Лише 13,33% раніше притягалися до кримінальної відповідальності, при цьому 50% вчинили правопорушення, не відбувши попереднє покарання. Щодо кримінальної спрямованості вивчених осіб в Україні, то необхідно відзначити, що

чверть від тих, хто мав попередню судимість, вдруге притягаються до кримінальної відповідальності за вчинення правопорушення, передбаченого ст. 332-1 КК України. Решта мали попередню судимість за вчинення, як правило, корисливих майнових кримінальних правопорушень (крадіжки, грабежі, розбої).

На цьому варто перейти до характеристики суб'єктивної сторони порушення порядку в'їзду на ТОТУ та виїзду з неї. Хоча, за загальним правилом, мета вчинення протиправного діяння вважається факультативною ознакою, проте, з огляду на зазначення її в диспозиції ст. 332-1 КК України («з метою заподіяння шкоди інтересам держави»), вона набирає обов'язковості для кваліфікації цього кримінального правопорушення.

Визначивши зазначену мету, як слушно зауважує Я.О. Кушнір: «законодавець конкретизував можливе психічне ставлення суб'єкта кримінального правопорушення до вчинюваного ним діяння, яке повинно характеризуватися прямим умислом» [11]. Однак що ж варто вважати під «інтересами держави» в контексті заподіяння їм шкоди порушенням порядку в'їзду на ТОТУ та виїзду з неї? Думки з цього приводу науковців і практиків значно різняться.

Наприклад, у контексті диспозиції ст. 332-1 КК України В.С. Ковальський і О.В. Кришевич під інтересами держави розуміють «інтереси безпеки держави, безпеки установ, організацій, підприємств будь-якої форми власності, а також безпеки людини, тобто негативні та/або невідворотні зміни в об'єкті правопорушення» [13, с. 768]. Т.Є. Огнєв зазначає: «цілеспрямований характер порушення порядку в'їзду на ТОТУ або виїзду з неї, що полягає у завданні шкоди суверенітету, територіальній цілісності, охороні державному кордону України, державній, економічній, інформаційній, екологічній безпеці, охороні землі як національного багатства, захисту прав усіх суб'єктів права власності та господарювання тощо» [21, с. 140], а Є.Л. Стрельцов і А.М. Притула відзначили, що «під заподіянням шкоди інтересам держави слід розуміти заподіяння шкоди національним інтересам у будь-якій сфері, зокрема об'єктам наці-

ональної безпеки – людині і громадянину, суспільству, державі» [12, с. 46].

Слід зазначити, що проблема визначення шкоди інтересам держави неодноразово виникала в судовій практиці, зокрема, як зазначено в абз. 2 п. 3 Рішення Конституційного Суду України від 8.04.1999 № 3-рп/99 у справі щодо офіційного тлумачення положень ст. 2 Арбітражного процесуального кодексу України (справа про представництво прокуратурою України інтересів держави в арбітражному суді), державні інтереси закріплюються як нормами Конституції України, так і нормами інших правових актів. Інтереси держави відрізняються від інтересів інших учасників суспільних відносин.

Судова практика щодо кримінальних правопорушень, передбачених ст. 332-1 КК України, засвідчила, що на практиці під шкодою інтересам держави визнається передусім заподіяння шкоди її економічним інтересам, що полягає в незаконному переміщенні товарів і вантажів на ТОТУ, з яких 80% – це продовольчі товари (м'ясопродукти, молокопродукти, печиво тощо), 16,67% – товари господарського призначення (меблева фурнітура, будівельні матеріали тощо), 3,33% – тютюнові вироби.

Таким чином, запровадження вітчизняним законодавцем відповідальності за порушення її здійснено з метою забезпечення особливого правового режиму, встановленого на окупованій території, задля недопущення потрапляння з їхнього боку різного роду протиправних проявів, задля яких був запроваджений прикордон-

ний режим. Криміналізація цього діяння є важливим аспектом створення умов для належної захищеності життєво важливих інтересів особистості, суспільства та держави від реальних і потенційних зовнішніх і внутрішніх загроз у прикордонній сфері.

Державний кордон України в Криму та окремих районах Донецької і Луганської областей, після схвалення відповідних законів України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» та «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на ТОТУ у Донецькій та Луганській областях», змінив свій правовий статус і набув правового статусу меж тимчасово окупованої території України. Саме тому зазначені діяння мають кваліфікуватися як порушення порядку в'їзду на ТОТУ або виїзду з них, а не як незаконне перетинання державного кордону України.

Ефективності дослідження будь-якого складу кримінального правопорушення, у т.ч. порушення порядку в'їзду на ТОТУ та виїзду з неї, неможливо досягти без ґрунтового й об'єктивного кримінально-правового дослідження. У зв'язку із цим слід здійснити подальше дослідження правопорушення, передбаченого ст. 332-1 КК України, окреслити його криміналістичні та кримінологічні проблеми, вивчити співвідношення цього діяння із суміжними складами кримінальних правопорушень, а також вивчити інші пов'язані з розгляданим діянням проблемні теоретичні та практичні питання.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Задорожній О.В. Наслідки анексії кримського півострова для міжнародного правопорядку. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: ПРАВО*. 2015. Вип. 30. Т. 2. С. 187–190.
2. Конопельський В.Я., Бабенко А.М., Чекмарьова І.М. Кримінологічна характеристика та запобігання злочинності у прикордонних регіонах Причорномор'я материкової України: монографія. Х.: Право, 2019. 264 с.
3. Моніторинговий кримінологічний аналіз окремих видів злочинів в Україні (2013–2014 роки): навч.-практ. посіб. К.: Нац. акад. прок., 2015. 254 с.
4. Ортинський В. Взаємодія підрозділів правоохоронних органів України у протидії контрабанді наркотичних засобів: теоретичні та практичні аспекти. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Серія: юрид. науки. 2017. № 884. С. 4–10.
5. Данилевський А.О., Данилевська Ю.О. Бланкетні ознаки в нормах про порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї: проблеми тлумачення та правозастосування. *Вісник ЛДУВС ім. Є.О. Дідоренка*. 2016. № 4(76). С. 69–77.

6. Глуховець К.М. Поняття інтересу за кримінальним правом України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / НДІ ПП. К., 2019. 235 с.
7. Нікітін А.А. Кримінальна відповідальність за порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2018. 218 с.
8. Курилюк Ю.Б. Державний кордон і правопорядок (законодавство, теорія, практика): монографія. К.: ВД «Дакор», 2020. 446 с.
9. Українське кримінальне право. Загальна частина: підруч. / за заг. ред. В.О. Навроцького. К.: Юрінком Інтер, 2013. 712 с.
10. Федосєєв В.В. Проблемні питання застосування ст. 332-1 КК України. *Досудове розслідування: актуальні проблеми і шляхи їх вирішення*: матер. постійно діючого наук.-практ. семінару (Харків, 17 жовт. 2014 р.). Х.: Право, 2014. С. 162–164.
11. Кушнір Я.О. Порівняльна характеристика юридичних складів злочину, передбачених статтями 332-1 та 332-2 КК України. *Вісник Національної академії Держприкордонслужби України. Серія: юрид. науки*. 2018. Вип. 3. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vnadrpcurn_2018_3_12
12. Стрельцов Є.Л., Притула А.М. Кримінально-правова охорона державного (митного) кордону України. О.: Фенікс, 2015. 108 с.
13. Науково-практичний коментар КК України / за заг. ред. О.М. Джужі, А.В. Савченка, В.В. Чернея. К.: Юрінком Інтер, 2018. 1104 с.
14. Колпаков В.К. Адміністративна відповідальність (адміністративно-деліктне право): навч. посіб. К.: Юрінком Інтер, 2008. 256 с.
15. Кримінальне право України. Загальна частина: підруч. / за ред. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. Київ-Харків: Юрінком Інтер; Право, 2001. 416 с.
16. Антипов В. Кваліфікація порушень порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї. *Юридична Україна*. 2015. № 10-12. С. 131–139.
17. Белов Д.М., Гаврилко В.С. Поняття та елементи конституційного ладу. *Науковий вісник УжНУ. Серія: ПРАВО*. 2014. Вип. 27. Т. 1. С. 77–79.
18. Яремко Г.З. Бланкетні диспозиції, які належать до суспільно небезпечного діяння як ознаки об'єктивної сторони злочину. *Науковий вісник ЛьвДУВС (Серія юридична)*. 2009. № 4. С. 249–260.
19. Курилюк Ю.Б. Особливості бланкетної диспозиції ст. 332-1 КК України. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2018. № 1. С. 209-212.
20. Родіонова Т.В. Місце вчинення злочину за кримінальним правом України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Одеса, 2018. 247 с.
21. Огнев Т.Є. Незаконна міграція: кримінально-правові та кримінологічні аспекти: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2017. 20 с.
22. Назаренко Д.О. Кримінологічний аналіз та протидія фоновим для злочинності явищам: монографія. Х.: Діса плюс, 2013. 524 с.
23. Козлюк Л.Г. Кримінологічна характеристика особистості злочинця, який вчинив статевий злочин щодо неповнолітнього: монографія. Костопіль: ЗАТ «Костопільська друкарня», 2011. 135 с.

УДК 343.4

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.35>

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВИХ ВІДНОСИН У СФЕРІ МІЖНАРОДНОГО СПІВРОБІТНИЦТВА ЩОДО ПРОТИДІЇ КОНТРАБАНДИ МІГРАНТІВ І ТОРГІВЛІ ЛЮДЬМИ

Леган Ірина Миколаївна,

кандидат економічних наук, доцент,
завідувач кафедри психології та соціального забезпечення
Державного університету «Житомирська політехніка»

Стаття присвячена особливостям правових відносин у сфері міжнародного співробітництва протидії контрабанді мігрантів і торгівлі людьми. Визначено, що тривалий час серед транснаціональних злочинів лідируючі позиції за прибутковістю займають контрабанда мігрантів і торгівля людьми. У межах статті доведено, що ця сфера характеризується чітко структурованими й організованими кримінальними синдикатами, які одержані надприбутки спрямовують на розвиток інших ще більш небезпечних видів діяльності. Охарактеризовано основні ознаки торгівлі людьми згідно з Протоколом про запобігання і припинення торгівлі людьми, особливо жінками й дітьми, і покарання за неї, що доповнює Конвенцію ООН проти транснаціональної організованої злочинності. Досліджено вплив екзогенних та ендогенних чинників на розвиток сучасного світового трафікінгу. Визначено, що міжнародне співробітництво в кримінальних справах є однією з найважливіших передумов для організації протидії та запобігання торгівлі людьми й контрабанді мігрантів. Окреслено ключові елементи реалізації торгівлі людьми згідно зі статтею 3а Протоколу про запобігання і припинення торгівлі людьми. Звернено увагу на низку міжнародних нормативно-правових документів, що регулюють реалізацію державної політики з питань протидії торгівлі людьми та контрабанді мігрантів. Доведено, що контрабандою мігрантів, за даними Європолу, займаються злочинні мережі, які надають різноманітні послуги: від підробки документів до підкупу посадових осіб правоохоронних органів. Поверхово охарактеризовано різні форми міжнародного співробітництва: видачу злочинців, взаємну правову допомогу, перенесення кримінального судочинства в іншу країну, переведення засуджених, співробітництво з метою здійснення конфіскації, взаємодію між правоохоронними органами, включаючи обмін інформацією та співробітництво в проведенні розслідувань, спільне проведення розслідувань, співробітництво у використанні спеціальних слідчих методів.

Ключові слова: контрабанда мігрантів, торгівля людьми, міжнародне співробітництво, Міжнародна організація з міграції, трафікінг.

Legan Iryna. Peculiarities of legal relations in the field of international cooperation against migrant smuggling and human trafficking

The article is devoted to the peculiarities of legal relations in the field of international cooperation in combating migrant smuggling and human trafficking. It has been determined that smuggling of migrants and human trafficking have long been among the transnational crimes in terms of profitability. The article proves that this area is characterized by clearly structured and organized criminal syndicates, which direct their profits to the development of other even more dangerous activities. The article describes the main features of trafficking in human beings under the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, which complements the UN Convention against Transnational Organized Crime. Research of influence of exogenous and endogenous factors on development of modern world trafficking. It is determined that international cooperation in criminal matters is one of the most important prerequisites for the organization of combating and preventing trafficking in human beings and smuggling of migrants. The article outlines the key elements of the implementation of trafficking in human beings in accordance with Article 3a of the Protocol to Prevent and Suppress Trafficking in Human Beings. A number of international normative and legal documents regulating the implementation of the state policy on combating human trafficking and smuggling of migrants have been proposed and paid attention to. It has been proven that, according to

Europol, smuggling of migrants is carried out by criminal networks that provide various services: from forgery of documents to bribery of law enforcement officials. Various forms of international cooperation are superficially described: extradition of criminals, mutual legal assistance, transfer of criminal proceedings to another country, transfer of convicts, cooperation for confiscation, cooperation between law enforcement agencies, including information exchange and cooperation in investigations, joint investigation using special investigative methods.

Key words: *smuggling of migrants, human trafficking, international cooperation, International Organization for Migration, trafficking.*

У сучасних умовах міжнародного співробітництва держав особливої актуальності набувають злочини, пов'язані з порушення прав людини, а саме з поняттями «торгівля людьми», «біле рабство», «контрабанда мігрантів» тощо. Навіть у XXI ст. ця проблема продовжує залишатися актуальною для всього світового співтовариства. Це добре налагоджений транснаціональний протиправний вид діяльності, що приносить колосальні доходи злочинцям і займає в кримінальному світі лідируючі позиції за прибутковістю.

Поняття «торгівля людьми» охоплює широкий спектр суспільно-соціальних явищ, має глобально-руйнівний характер і, як правило, набуває розповсюдження в країнах у стані політичних і соціально-економічних трансформацій або постконфліктного стану. Саме на їх теренах знаходить своє становлення та розповсюдження кримінальний процес усесвітньої торгівлі людьми. З одного боку, людей, що в силу різних життєвих обставин опинилися в скрутних умовах, приваблює можливість покращення умов свого існування, з іншого ж – у країнах призначення «живого товару» в тіньовому секторі зростає попит на низькооплачувану працю, а в нетіньовому – знижується рівень її оплати.

Ця індустрія характеризується чітко структурованими й організованими кримінальними синдикатами, які одержані надприбутки спрямовують на розвиток інших видів найбільш небезпечної діяльності, включаючи торгівлю наркотичними засобами та зброєю.

Основні ознаки, що характерні для торгівлі людьми, представлені за допомогою рис. 1.

Стаття За Протоколу про запобігання і припинення торгівлі людьми, особливо жінками й дітьми, і покарання за неї, що доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональ-

ної організованої злочинності, дає таке визначення поняття: торгівля людьми – це «здійснювані з метою експлуатації вербування, перевезення, передача, приховування або одержання людей шляхом загрози силою або її застосування або інших форм примусу, викрадення, шахрайства, обману, зловживання владою або уразливістю положення, або шляхом підкупу, у вигляді платежів або вигод, для одержання згоди особи, яка контролює іншу особу. Експлуатація включає, як мінімум, експлуатацію проституції інших осіб або інші форми сексуальної експлуатації, примусову працю або послуги, рабство або звичаї, подібні з рабством, підневільний стан або вилучення органів» [9].

За даними експертів, річний обсяг доходів від торгівлі людьми у світі становить 5–9 млрд. доларів США. За офіційним даними ООН, кожний п'ятий постраждалий від торгівлі людьми – дитина [7]. Згідно з дослідженнями фахівців МОП (Міжнародної організації праці), у сучасному рабстві у світі знаходяться близько 21 млн. осіб [6].

За офіційними даними Міжнародної організації з міграції (International Organization for Migration), з 1991 року жертвами торгівлі людьми стали близько 230 тис. українців, а це 21% загальної чисельності населення України [5]. За даними МОМ, більше 55% працівників-громадян України працюють за кордоном на умовах неврегульованих трудових відносин, що призводить до порушень їхньої безпеки й умов праці.

З метою привернення уваги до питань торгівлі людьми та трудової експлуатації Державний департамент США щороку з 2011 року готує звіт про стан торгівлі людьми за відповідний рік. Не був винятком і 2020 рік [11]. У червні 2020 року в опублікованому звіті, у якому щодо України увага акцентувалася на тому, що активізація зусиль уряду України щодо



Рис. 1. Основні ознаки торгівлі людьми згідно з Протоколом про запобігання і припинення торгівлі людьми, особливо жінками й дітьми, і покарання за неї, що доповнює Конвенцію ООН проти транснаціональної організованої злочинності [9]

ліквідації та запобіганню торгівлі людьми успішно демонструється, однак мінімальні стандарти щодо ліквідації цього явища як такого потребують більших зусиль і більш дієвих кроків.

Ситуація, спричинена пандемію COVID-19, у глобальному вимірі мала б уповільнити темпи міграційних потоків. Однак після першого блокування та закриття кордонів у березні-квітні 2020 року діяльність з контрабанди мігрантів відносно швидко було відновлено. Злочинні мережі змогли знайти нові можливості адаптуватися, розвиваючи нові маршрути, і пристосуватися до модифікованих операцій руху в умовах обмеженого та посиленого прикордонного контролю.

Торгівля людьми – багатоступеневий процес, усі стадії якого пов’язані між собою. Головні етапи включають вербування, транспортування, збут або переміщення в місця експлуатації об’єктів торгівлі.

Для визначення цього явища міжнародне право все частіше використовує поняття «трафікінг», що означає вербування або переміщення людей в межах однієї країни або за її межі, примус до експлуатації шляхом погроз або насильства, зловживання повноваженнями, боргову залежність, обман або інші види залякування. Ідеться про низку порушень прав людини з елементами рабства, що включають у тому числі торгівлю дітьми, дитячу проституцію і порнографію, експлуатацію дитячої праці, використання дітей у збройних конфліктах тощо. Прихований характер подібної до рабства практики ускладнює отримання чіткої картини про масштаби сучасного рабства, його виявлення й, відповідно, покарання або викорінення. Проблема ускладнюється й тим, що жертвами, як правило, є вихідці з найбідніших і найбільш уразливих груп населення.

Трафікерами, відповідно, вважаються активні учасники цього злочинного біз-

несу, що є агентами-вербувальниками, працівниками фірм із працевлаштування, кур'єрами, перевізниками, продавцями-покупцями «живого товару».

На розвиток сучасного світового трафікінгу істотний вплив спричиняє низка екзогенних та ендогенних чинників (таблиця 1).

У законодавстві України вперше встановлено кримінальну відповідальність за торгівлю людьми в 1998 році, коли Верховною Радою України було внесено доповнення до Кримінального кодексу України про встановлення кримінальної відповідальності за торгівлю людьми (стаття 124-1). Уже у 2001 році прийнято новий Кримінальний кодекс України, у якому передбачена окрема стаття 149 «Торгівля людьми або інша незаконна угода щодо людини». Зміни до Кримінального кодексу України, що стосувалися вдосконалення відповідальності за торгівлю людьми, прийняті у 2006 році. Окремим аспектам торгівлі людьми, а саме сексуальній експлуатації через сутенерство або втягнення особи в зайняття проституцією, присвячена стаття 303 Кримінального кодексу України.

Крім того, у національному законодавстві є Закон України «Про протидію торгівлі людьми», який визначає організаційно-правові засади протидії торгівлі людьми, гарантуючи гендерну рівність, основні напрями державної політики та засади міжнародного співробітництва в цій сфері, повноваження органів виконавчої влади, порядок установа статусу осіб, які постраждали від торгівлі людьми, і порядок надання допомоги таким особам [2].

Ключові елементи реалізації торгівлі людьми, згідно зі статтею 3а Протоколу про запобігання і припинення торгівлі людьми й покарання за неї, поняття експлуатації має включати, «як мінімум, експлуатацію проституції та інших осіб або інші форми сексуальної експлуатації, примусову працю чи послуги, рабство або звичаї, подібні до рабства, поневолення або вилучення органів». Відповідно, торгівля людьми

Згода жертви торгівлі людьми не враховується при використанні будь-якого із засобів впливу. Для визначення злочину стосовно дитини достатньою вважається комбінація ДІЯ+МЕТА.

Інколи поняття «торгівля людьми» та «контрабанда мігрантів» ототожнюються, вважаючи сутність цих понять синонімічними, оскільки обидва злочини посягають на свободу людини. Однак міжнародні правоохоронні організації все ж таки наголошують на різниці цих двох злочинів.

Контрабанда завжди передбачає перетин міжнародного кордону, і люди, які платять контрабандисту, щоб потрапити в ту чи іншу державу, роблять це в принципі добровільно. За оцінками Європолу, з мільйона нелегальних мігрантів, які потрапили в Європу протягом останніх років, більше 90 відсотків користувалися послугами, що надають стійкі злочинні співтовариства з чіткою структурою. За даними Європолу, контрабандою мігрантів займаються злочинні мережі, які надають різноманітні послуги: від підробки документів до підкупу посадових осіб правоохоронних органів, оборот коштів яких подекуди перевищує 5 млрд. євро [4].

Торгівля людьми, за визначенням, передбачає ту чи іншу форму примусу, фізичного або психологічного, основною метою якої є експлуатація жертви. Як зазначено в статті 3 прийнятого в ООН Протоколу про запобігання і припинення торгівлі людьми й покарання за неї, поняття експлуатації має включати, «як мінімум, експлуатацію проституції та інших осіб або інші форми сексуальної експлуатації, примусову працю чи послуги, рабство або звичаї, подібні до рабства, поневолення або вилучення органів». Відповідно, торгівля людьми

Таблиця 1

Екзо- та ендогенні чинники розвитку сучасного світового трафікінгу

| Екзогенні чинники | Ендогенні чинники |
|---|---|
| Війни, збройні конфлікти | Низький рівень доходів |
| Попит на дешеву робочу силу | Безробіття |
| Наявність міжнародних кримінальних угруповань | Відсутність довіри до представників державної влади |
| Розвиток секстуризму | Економічна нестабільність |
| Недосконалість законодавчої бази щодо торгівлі людьми | Активна діяльність організованих злочинних груп |
| Розвиток глобалізаційних процесів | Корупція |



Рис. 2. Ключові елементи реалізації торгівлі людьми згідно зі статтею 9 За Протоколу про запобігання і припинення торгівлі людьми [9]

однозначно є грубим порушенням прав людини й гідності особистості [9].

При Європолі створено Європейський центр з боротьби з незаконним ввезенням мігрантів (EMSC), метою якого є підтримка держав-членів ЄС у виявленні й ліквідації складних і структурованих кримінальних мереж, що беруть участь у незаконному ввезенні мігрантів.

Різні форми міжнародного співробітництва можуть включати:

- видачу злочинців;
- взаємну правову допомогу;
- перенесення кримінального судочинства в іншу країну;
- переведення засуджених;
- співробітництво з метою здійснення конфіскації, щоб позбавити торговців майна, придбаного злочинним шляхом;
- взаємодію між правоохоронними органами, включаючи обмін інформацією та співробітництво в проведенні розслідувань;
- спільне проведення розслідувань;
- співробітництво у використанні спеціальних слідчих методів.

Низка міжнародних нормативно-правових документів регулює реалізацію державної політики з питань протидії торгівлі людьми, а саме:

- Конвенція ООН про боротьбу з торгівлею людьми і з експлуатацією проституції третіми особами від 02.12.1949;

- Конвенція ООН про права дитини від 20.11.1989;

- Рамкова Конвенція ООН проти організованої злочинності від 21.07.1997;

- Факультативний протокол до Конвенції ООН про права дитини щодо торгівлі дітьми, дитячої проституції і дитячої порнографії від 01.01.2000;

- Протокол про запобігання і припинення торгівлі людьми, особливо жінками й дітьми, і покарання за неї, що доповнює Конвенцію ООН проти транснаціональної організованої злочинності від 15.11.2000;

- Конвенція Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми від 16.05.2005;

- Конвенція Ради Європи про відмивання, пошук, арешт і конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, і про фінансування тероризму від 16.05.2005.

Варто констатувати, що уряд України не цілком виконує мінімальні стандарти щодо ліквідації явища торгівлі людьми, однак докладає до цього значних зусиль.

Міжнародне співробітництво в кримінальних справах є однією з найважливіших передумов для організації протидії та запобігання торгівлі людьми. Значна частина справ про контрабанду мігрантів і торгівлю людьми має транснаціональний характер, і навіть у справах у межах однієї юрисдикції можуть проходити потерпілі або правопорушники, що не належать до

ції юрисдикції. Тому міжнародне співробітництво в кримінальних справах може бути дуже складним і вимагає теоретичних знань і практичних навичок щодо проведення розслідувань, місця проведення судового процесу, громадянства, перебування свідків, виявлення правопорушників,

збору доказів і правил допустимості доказів. Однак використання дієвих механізмів міжнародного співробітництва дасть у майбутньому змогу успішно протидіяти таким негативним і соціально небезпечним явищам, як торгівля людьми та контрабанда мігрантів.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Legan I.M., Bondarenko K.S. Features of the free legal aid system in Ukraine and the European Union countries. *Держава та регіони. Серія «Право»*. 2020. № 3 (69). С. 148–151.
2. Про протидію торгівлі людьми : Закон України від 13.04.2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3739-17#Text>.
3. Леган І.М. Міжнародно-правові стандарти права особи на безоплатну правову допомогу та їх імплементація у законодавстві України. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2020. Випуск 5 (34). С. 156–159.
4. Офіційний сайт Європолу. URL: <https://www.europol.europa.eu/>.
5. Офіційний сайт Міжнародної організації з міграції. URL: <https://www.iom.int/>.
6. Офіційний сайт Міжнародної організації праці. URL: <https://www.ilo.org/global/lang--en/index.htm>.
7. Офіційний сайт Організації Об'єднаних Націй. URL: <https://www.un.org/ru/>.
8. Перепьолкін С.М., Паршутін Є.Г. Міжнародне співробітництво у сфері правоохоронної діяльності : навчальний посібник. Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2018. 112 с.
9. Протокол про запобігання і припинення торгівлі людьми, особливо жінками й дітьми, і покарання за неї, що доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_791#Text.
10. Українське суспільство: міграційний вимір : нац. доповідь / Інститут демографії та соціальних досліджень ім. М.В. Птухи НАН України. Київ, 2018. 396 с.
11. Управління моніторингу та боротьби з торгівлею людьми Департаменту США. <https://www.state.gov/reports/2020-trafficking-in-persons-report/>.

УДК 343.36

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.36>

РОДОВИЙ ОБ'ЄКТ ДЛЯ ПОСЯГАННЯ НА ЗАХИСНИКА ЧИ ПРЕДСТАВНИКА ОСОБИ

Логвинський Георгій Володимирович,
заслужений юрист України,
адвокат, правозахисник

У статті досліджуються особливості родового об'єкта кримінальних правопорушень, передбачених статтями 398, 400 КК України. Зокрема, зазначено, що між об'єктом злочину і злочинним діянням існує, умовно говорячи, постійний зв'язок: поки немає злочину, злочинних дій – немає і об'єкта злочину, відбувається злочин – з'являється об'єкт цього злочину. Таким чином, об'єкт злочину – це суспільні відносини, охоронювані Кримінальним кодексом України, на які посягає злочинне діяння. Надається визначення родовому (груповому) об'єкту кримінального правопорушення. Зазначається, що поняття «правосуддя» як родового об'єкта кримінальних правопорушень, передбачених розділом XVIII Особливої частини КК України, існує в широкому та вузькому сенсі. Зазначено, що теоретичні положення, які обґрунтовують, що правосуддя здійснюється тільки судом, не відповідають сутності цього поняття і явища. Суб'єктами правосуддя є система державних органів і службових осіб. Родовий об'єкт кримінальних правопорушень, передбачених у розділі XVIII Особливої частини КК України, не зводяться до правосуддя у вузькому сенсі цього терміна, таким родовим об'єктом є суспільні відносини, які забезпечують нормальну, правильну та законну діяльність органів дізнання та досудового слідства щодо всебічного та об'єктивного розслідування кримінальних правопорушень, судових органів щодо правильного вирішення цивільних, кримінальних, господарських, адміністративних справ, а також справ про адміністративні правопорушення, кримінально-виконавчих органів у питаннях належного виконання судових рішень. Під родовим об'єктом злочинів розділу XVIII Особливої частини КК України слід розуміти суспільні відносини, які регулюють встановлений законом порядок здійснення правосуддя, сприяння здійсненню такої діяльності та надання правової допомоги. Таке розуміння родового об'єкта кримінальних правопорушень проти правосуддя дає змогу стверджувати, що назва розділу XVIII Особливої частини КК України потребує уточнення. Назву цього розділу слід викласти у такій редакції: «Злочини проти діяльності, пов'язаної із здійсненням правосуддя чи наданням правової допомоги».

Ключові слова: кримінальне право, родовий об'єкт, злочини проти правосуддя, посягання на захисника чи представника особи.

Logvynskiy Georgii. General object for attempt on a counsel for the defense or representative of the person

The article examines the features of the generic object of criminal offenses provided for by Articles 398, 400 of the Criminal Code of Ukraine. In particular, it is noted that there is a constant connection between the object of a crime and a criminal act: as long as there is no crime, there is no criminal action – there is no object of a crime, a crime is committed – the object of this crime appears. Thus, the object of the crime is social relations protected by the Criminal Code of Ukraine, which are encroached on by a criminal act. The definition of a generic (group) object of a crime is given. It is noted that the concept of "justice" as a generic object of criminal offenses provided for in Section XVIII of the Special Part of the Criminal Code of Ukraine exists in a broad and narrow sense. It is noted that the theoretical provisions substantiating that justice is carried out only by the court does not correspond to the essence of this concept and phenomenon. The subjects of justice are the system of state bodies and officials. The generic object of criminal offenses provided for in Section XVIII of the Special Part of the Criminal Code of Ukraine is reduced to justice in the narrow sense of the word, such a generic object is social relations that ensure the normal, correct and legal activity of the bodies of inquiry and pre-trial investigation for a comprehensive and objective investigation of crimes, judicial bodies for the correct resolution of civil, criminal, economic, administrative cases, as well as cases of administrative offenses, criminal executive bodies in matters of proper execution of court decisions. The generic

object of crimes of Section XVIII of the Special Part of the Criminal Code of Ukraine should be understood as public relations that govern the procedure for administering justice established by law, facilitating the implementation of such activities and providing legal assistance. This understanding of the generic object of criminal offenses against justice suggests that the title of Section XVIII of the Special Part of the Criminal Code of Ukraine needs to be clarified. The title of this section should be stated as follows: "Crimes against activities related to the administration of justice or the provision of legal aid."

Key words: *criminal law, generic object, crimes against justice, attempt on a counsel for the defense or representative of the person.*

Проблема визначення об'єкта кримінального правопорушення є однією із найскладніших у теорії та практиці кримінального права.

Це зумовлено насамперед тим, що об'єкт кримінального правопорушення має першорядне значення для визначення суспільної сутності кримінального правопорушення, ступеня тяжкості суспільно небезпечного діяння, місця в системі серед інших кримінальних правопорушень, для правильної кваліфікації та відмежування від суміжних складів кримінальних правопорушень, тобто «сама кримінально-правова заборона зумовлена заподіянням шкоди об'єкту, і саме об'єкт зумовлює межі цієї заборони» [1].

На нашу думку, найбільш збалансованою, за суттю компромісною є позиція Є.Л. Стрельцова, відповідно до якої суспільні відносини як елемент функціонування кримінального права можуть виступати і як об'єкт кримінального правопорушення, і як об'єкт кримінально-правової охорони [2, с. 81].

Є.Л. Стрельцов переконаний, що «суспільні відносини стають об'єктом кримінально-правової охорони тоді, коли кримінальне право, яке покликане охороняти саме ці суспільні відносини, набуває чинності, тобто вони здобувають таку якість із того моменту, коли кримінальний закон взяв їх під свою охорону» [2, с. 81]. Отже, на думку вченого, «поки немає злочинного посягання, суспільні відносини існують як об'єкт кримінально-правової охорони, а вже після вчинення злочину ці відносини виступають як об'єкт злочину. Між об'єктом злочину і злочинним діянням існує, умовно говорячи, постійний зв'язок: поки немає злочину, злочинних дій – немає і об'єкта злочину, відбувається злочин – з'являється об'єкт цього злочину. Таким чином, об'єкт злочину – це суспільні відносини, охоронювані Кримі-

нальним кодексом України, на які посягає злочинне діяння» [2, с. 81].

Треба погодитися з Є.Л. Стрельцовим, що такий підхід дає можливість точніше розуміти зміст цього «певною мірою основного, системоутворюючого елементу складу злочину, більш фахово розуміти його змістовне навантаження, яке дається в його різних визначеннях, у тому числі в законодавстві, в коментарях до законодавства, підручниках, постановках Пленуму Верховного Суду України тощо, що повинно давати змогу більш точно використовувати його в теорії і практиці. У всякому разі такий підхід дозволить більш ретельно встановлювати можливе «співвідношення» між суспільними відносинами (суспільними благами), які порушуються під час вчинення злочину, тобто об'єктом злочину, і тими суспільними відносинами (суспільними благами), які вказуються в законодавчій «формулі» злочину, тобто об'єкта кримінально-правової охорони, що, безумовно, повинно знайти своє відображення під час кваліфікації вчиненого» [3, с. 133].

Коли йдеться про родовий об'єкт, в тому числі щодо кримінальних правопорушень, передбачених статтями 398, 400 КК України, то загальноприйнятою і такою, що не викликає значних заперечень з боку як учених, так і правозастосовувачів є концепція В.Я. Тація, що «під родовим (груповим) об'єктом розуміють об'єкт, який охоплює певне коло тотожних чи однорідних за своєю соціальною і економічною сутністю суспільних відносин, які повинні охоронятися внаслідок цього єдиним комплексом взаємопов'язаних кримінально-правових норм» [4, с. 105]. Дійсно, така концепція була покладена в основу побудови Особливої частини КК України 2001 року, і це дозволило законодавцеві цілком логічно об'єднати в межах одного розділу Особливої частини КК України норми, в яких вста-

новлюється відповідальність за посягання на тотожні чи однорідні суспільні відносини [4, с. 106].

Це дає очевидне розуміння того, що систематизація кримінальних правопорушень проти правосуддя та кримінально-правових норм, якими встановлюється відповідальність за такі кримінальні правопорушення, беззаперечно має дуже важливе теоретичне і практичне значення, адже робить реальним як упорядкування цієї категорії кримінальних правопорушень і розгляд останніх як певної узгодженої системи, так і визначення найбільш суттєвих рис (ознак) таких суспільно небезпечних діянь, що відрізняють їх від інших.

Тепер перейдемо до того, яким чином науковці розуміють поняття «правосуддя» як родового об'єкта кримінальних правопорушень, передбачених розділом XVIII Особливої частини КК України. Насамперед слід зазначити, що в спеціальній літературі доволі поширеним є розуміння правосуддя в широкому та вузькому сенсі. У широкому сенсі правосуддя є «діяльністю не тільки суду, а й тих органів, які сприяють (допомагають) суду в реалізації поставлених цілей і завдань перед правосуддям (досудове слідство, прокуратура, тощо). З позиції кримінально-правової охорони, як об'єкт, теж вважається поняттям ширшим, ніж правосуддя як специфічний вид державної діяльності, що здійснюється тільки судом під час розгляду адміністративних, кримінальних і цивільних проваджень» [5, с. 41].

Необхідність розуміння правосуддя у кримінальному праві в широкому сенсі може бути пояснена тим, що сама діяльність щодо здійснення правосуддя, а також пов'язана з нею процесуальна діяльність відповідних органів та посадових осіб потребують особливих умов для належного виконання. Адже ці види спеціальної діяльності здійснюються в умовах підвищеного рівня конфліктності інтересів учасників, особливо щодо кримінального судочинства. На думку С.В. Максимова, «використання в кримінальному законодавстві та теорії кримінального права терміна «правосуддя» не відповідає буквальному його тлумаченню, тому що розширює зміст цього поняття, однак цей термін, як ніякий інший, визначає ту спе-

цифічну сферу державної діяльності, яка підлягає самостійному кримінально-правовому захисту, і тому його використання в зазначеному тлумаченні є виправданим» [6, с. 68].

Наявність широкого та вузького сенсу у розумінні поняття «правосуддя» робить необхідним для науки кримінального права проведення певних досліджень для ініціалізації усунення протиріч, які існують у кримінальному праві. Це насамперед стосується застосування тлумачення самого терміна «правосуддя», яке розглядається не тільки як діяльність суду, але й як діяльність органів прокуратури, досудового слідства та виконавчих органів.

В.О. Навроцький визначає поняття родового об'єкта злочинів проти правосуддя як «суспільні відносини, пов'язані з процесуальною діяльністю компетентних державних органів із розслідування, судового розгляду, прийняття і виконання рішень, вироків, ухвал та постанов у кримінальних, цивільних та адміністративних справах» [7, с. 529]. На думку вченого, суд не може бути самодостатнім, його діяльність неможлива без взаємодії з органами, які займаються підготовкою кримінальних справ до судового розгляду та виконання судових рішень [7, с. 529]. Слід погодитися з тим, що об'єктивність та справедливість правосуддя неможливо забезпечити, якщо щодо органів, які сприяють правосуддю будуть вчиненні протизаконні діяння.

Також слід погодитися із зауваженням А.В. Воронцова, що «інтереси правосуддя, що характеризують його як специфічне й цілісне, полягають у тому, щоб діяльність органів правосуддя закінчилася встановленням істини з провадження, у застосуванні таких заходів державного примусу (якщо в цьому є потреба), які б відповідали сьогоденню. Важливою рисою діяльності, в якій ці інтереси переломлюються, є особливі її форма та зміст. Процесуально це не порожня формальність, а необхідні умови кримінального провадження» [5, с. 42]. Це саме стосується цивільних та адміністративних проваджень і означає, що будь-яка діяльність, спрямована на здійснення правосуддя, проваджується в процесуальному змісті та формі: «Діяльність суду, як і органів досудового розслі-

дування, а також діяльність із виконання постанов і рішень суду щодо проваджень відбувається у визначеному законом порядку шляхом виконання послідовних актів з розкриття злочину й покарання злочинця, а також правильного (об'єктивного, справедливого тощо) розгляду проваджень відповідно до встановлених законом правил і дотримання гарантій. Процесуальна форма такої діяльності визначає використання під час розгляду доказів, що мають значення для кримінального провадження, а також охорони прав і свобод людини й громадянина або підприємств, установ чи організацій» [5, с. 42].

Однак С.А. Денисов переконаний у тому, що «думки та теоретичні положення, які обґрунтовують, що правосуддя здійснюється тільки судом, не відповідають сутності цього поняття і явища. Суб'єктами правосуддя є система державних органів і службових осіб. Кожен із них має свій правовий статус і виконує передбачені законом функції. Правосуддя досягається лише об'єднаними, сумісними, добре організованими, упорядкованими та енергійними зусиллями багатьох суб'єктів. Тобто суб'єктами правосуддя є не лише суд, а й правоохоронні органи. Суд при цьому займає особливе і вирішальне місце в єдиній ієрархії суб'єктів правосуддя. Тільки суд у змозі і зобов'язаний визнати особу винною або невинною у вчиненні злочину і винести відповідний вирок чи інший судовий акт. Такий акт – лише один із системи рішень і правових актів, форм і елементів правосуддя» [8, с. 32].

Т.В. Шимко справедливо зазначає, що об'єкт посягань, які передбачені у розділі XVIII Особливої частини КК України, не вичерпується діяльністю щодо відправлення правосуддя, «оскільки разом із суспільними відносинами, що виникають у процесі здійснення правосуддя, включаються і такі суспільні відносини, які виникають і реалізуються у процесі діяльності інших органів і осіб, спрямованої на вирішення завдань, що стоять перед судовою владою» [9, с. 228].

На продовження цієї думки С.Є. Дідик робить висновок, що у родовому об'єкті кримінальних правопорушень, передбачених розділом XVIII Особливої частини КК України, поряд з органами особами, які

безпосередньо здійснюють правосуддя, повинні бути органи й особи, які сприяють правосуддю, і, таким чином, родовим об'єктом для діянь розділу XVIII Особливої частини КК України є «охоронюваний кримінальним законом порядок відносин між людьми в суспільстві, що забезпечує нормальну діяльність судів, органів та осіб, що сприяють законному здійсненню правосуддя» [10, с. 5]. Відповідно, вчений пропонує для уникнення суперечностей щодо двозначного тлумачення поняття «правосуддя» змінити назву розділу XVIII Особливої частини КК України, яка буде називатися «Злочини проти правосуддя та порядку діяльності, що сприяє його здійсненню» [10, с. 7]. Така думка підтримується й іншими вітчизняними дослідниками, зокрема А.Г. Мартіросян пропонує свою назву для розділу XVIII Особливої частини КК України – «Злочини проти правосуддя та діяльності державних органів і осіб, які сприяють його здійсненню» [11, с. 10].

Однак існують і більш радикальні пропозиції щодо назви розділу XVIII Особливої частини КК України і змісту родового об'єкта цього розділу КК України. Так, Р.І. Мельник пропонує термін «правосуддя» замінити на «судочинство», аргументуючи тим, що «семантично термін «правосуддя» означає «суд за правом», а термін «судочинство» – діяльність суду. Перший термін акцентує увагу на змісті (за правом), а другий – на формі (діяльність суду). Якщо у разі судочинства йдеться про діяльність суду, то у разі правосуддя – про діяльність із розгляду справ із певною метою (досягнення справедливості, розв'язання конфлікту, захист прав та свобод людини, юридичних осіб, держави). Тобто можемо говорити не про будь-яку діяльність суду, а таку, що відповідає певній меті» [12].

Є пропозиції відмовитися від використання терміна «правосуддя» у назві розділу XVIII Особливої частини КК України взагалі і замінити її на «Злочини проти порядку судочинства та виконання судових рішень» [13, с. 278].

Під незвичним кутом наведене визначення правосуддя як об'єкта відповідних кримінальних правопорушень Н.Д. Квасневською. Вона розглядає правосуддя

як «порядок відносин між людьми, що базується на законах природи та регламентується нормами права, орієнтований на утвердження верховенства права через ухвалення правосудного рішення» [14, с. 4]. Велике питання, чи можна закони природи, з погляду кримінального права, вважати основною базою для правосуддя.

Висновок. Проаналізувавши різні, іноді протилежні позиції вчених, ми солідарні з думкою тих науковців, які не зводять родовий об'єкт кримінальних правопорушень, передбачених у розділі XVIII Особливої частини КК України, до правосуддя в вузькому сенсі цього терміна, і вважаємо таким родовим об'єктом суспільні відносини, які забезпечують нормальну, правильну та законну діяльність органів дізнання та досудового слідства щодо всебічного та об'єктивного розслідування кримінальних правопорушень, судових

органів щодо правильного вирішення цивільних, кримінальних, господарських, адміністративних справ, а також справ про адміністративні правопорушення, кримінально-виконавчих органів у питаннях належного виконання судових рішень.

Виходячи з цього, пропонуємо під родовим об'єктом злочинів розділу XVIII Особливої частини КК України розуміти суспільні відносини, які регулюють встановлений законом порядок здійснення правосуддя, сприяння здійсненню такої діяльності та надання правової допомоги. Таке розуміння родового об'єкта кримінальних правопорушень проти правосуддя дає змогу стверджувати, що назва розділу XVIII Особливої частини КК України потребує уточнення. Пропонуємо назву цього розділу викласти в такій редакції: «Злочини проти діяльності, пов'язаної із здійсненням правосуддя чи наданням правової допомоги».

ЛІТЕРАТУРА:

1. Тимошенко Н.О. *Наукові підходи до визначення родового об'єкту злочинів, передбачених у розділі XV Особливої частини Кримінального кодексу України. Часопис Академії адвокатури України*. 2011. № 3 (12). С. 1–7. URL: <http://nbuv.gov.ua/e-journals/Chaau/2011-3/11tnokku.pdf>. (дата звернення: 12.02.2020).
2. Уголовное право Украины. Общая часть: Учебник / Алиева Е.Н. и др. ; отв. ред. Е.Л. Стрельцов. Харьков : Одиссей, 2009. 344 с.
3. Стрельцов Є.Л. Об'єкт і кваліфікація злочинів. *Вісник Академії адвокатури України*. 2010. число 1(17). С. 131–134.
4. Кримінальне право України: Загальна частина: підручник / Баулін Ю.В. та ін. ; за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. 4-е вид., перероб. і допов. Харків : Право, 2010. 456 с.
5. Воронцов А.В. Родовий об'єкт злочинів проти правосуддя: шляхи удосконалення. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2014. № 2. С. 41–44. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pupch_2014_2_14 (дата звернення: 12.10.2020).
6. Максимов С.В. Правосудие как объект уголовно-правовой охраны. *Журнал Российского права*. 2013. № 4. С. 65–72.
7. Навроцький В.О. Кримінальне право України. Особлива частина: Курс лекцій. Київ : Т-во «Знання», 2000. 771 с.
8. Денисов С.А. Актуальные проблемы уголовной ответственности за преступления против правосудия : дисс. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08. / С.-Петербург. ун-т МВД РФ. Санкт-Петербург, 2002. 310 с.
9. Шимко Т.В. Окремі аспекти визначення об'єкта посягання у злочинах проти правосуддя. *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України*. 2009. Вип. 21. С. 225–232.
10. Дідик С.Є. Кримінально-правова охорона правосуддя від незаконних діянь судді як спеціального суб'єкта злочину : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2009. 16 с.
11. Мартіросян А.Г. Кримінальна відповідальність за втручання в діяльність осіб, які здійснюють правосуддя: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2011. 17 с.
12. Мельник Р. Проблеми визначення родового об'єкта злочинів проти правосуддя. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2014. № 1. С. 100–107. URL:

<http://www.chasopysnapu.gov.ua/chasopys/ua/pdf/1-2014/100-melnik.pdf> (дата звернення: 17.01.2021).

13. Палюх Л.М. До питання про родовий об'єкт злочинів проти правосуддя. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2008. № 3. С. 272–280.

14. Квасневська Н.Д. Відповідальність за постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови в Україні (кримінально-правове та кримінологічне дослідження) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2009. 20 с.

УДК 343.43

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.37>

ОСОБЛИВОСТІ ПІДГОТОВКИ ПЕРШОГО ПРОЄКТУ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ ПІД КЕРІВНИЦТВОМ ПРОФЕСОРА В.М. СМІТІЄНКА¹

Сийплові Микола Васильович,
доктор юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права і процесу
Ужгородського національного університету

У статті розкрито та проаналізовано деякі особливості підготовки у 1992–1993 рр. першого альтернативного офіційному проєкту Кримінального кодексу незалежної України за дорученням Комісії Верховної Ради України з питань правопорядку та боротьби із злочинністю під керівництвом професора В.М. Смітєнка.

У статті акцентовано увагу на особливість гострих дискусій, які відбувалися під час обговорення вказаного законопроєкту в період 1993–1996 рр. міжнародними депутатами України та вченими. При цьому підкреслюється полярність поглядів та концепцій на проєкт між робочою групою з підготовки офіційного проєкту Кримінального кодексу України за дорученням Кабінету Міністрів України та робочою групою з підготовки альтернативного проєкту Кримінального кодексу України за дорученням Комісії Верховної Ради України з питань правопорядку та боротьби із злочинністю під керівництвом професора В.М. Смітєнка.

У статті встановлено, що перший альтернативний офіційному проєкту Кримінального кодексу України, опублікований у 1993 р. і 15 травня 1998 р. (з відповідними змінами) та підготовлений авторським колективом під керівництвом В.М. Смітєнка, є не просто частиною історії національного законодавства, він суттєво вплинув на формування національної кримінально-правової думки.

У статті підкреслено, що досвід законопроєктної роботи тих часів є важливим для врахування в діяльності новоствореної робочої групи з питань розвитку кримінального права (відповідно до Указу Президента України № 584/2019 від 07.08.2019 «Питання Комісії з питань правової реформи»).

У роботі зроблено висновок про те, що прогресивні ідеї та концепції альтернативного проєкту в разі їх прийняття могли би суттєво позитивно вплинути на формування та функціонування кримінально-правових інститутів держави.

Ключові слова: професор В.М. Смітєнка, закон про кримінальну відповідальність, перший проєкт Кримінального кодексу України, Кримінальний кодекс України.

Syyploki Mykola. Preparation features of the Criminal Code of Ukraine First Draft Led by Professor V.M. Smitienko

The article reveals and analyzes some preparation features of the first alternative to the official draft of the Criminal Code of independent Ukraine in 1992–1993 on behalf of the Verkhovna Rada of Ukraine Commission on Law and Order and Crime Combating under the leadership of Professor V.M. Smitienko.

The article focuses on the peculiarity of the heated discussions that took place during the discussion of this bill in the period 1993–1996, between international deputies of Ukraine and scientists. It emphasizes the polarity of views and concepts on the project between the working group on the Criminal Code of Ukraine official draft on behalf of the Cabinet of Ministers of Ukraine and the working group on the preparation of the Criminal Code of Ukraine alternative draft on behalf of the Verkhovna Rada Commission on Law and Order and Crime Combating led by V.M. Smitienko.

The article establishes that the first alternative project to the Criminal Code of Ukraine official draft, published in 1993 and May 15, 1998 (with appropriate changes), and prepared by the author's team led by V.M. Smitienko is not just part of the national legislation history, it has significantly influenced the formation of national criminal law.

¹ Проєкт Кримінального кодексу України (альтернативний), робота над яким здійснювалась в період з 28 квітня 1992 року по 16 вересня 1993 року під керівництвом професора Смітєнка В.М., потім був доопрацьований станом на 15 травня 1998 року та зареєстрований у Верховній Раді України під № 1029-1.

The article emphasizes that the experience of draft law at that time is important to take into account in the activities of the newly established working group on criminal law (according to the Decree of the President of Ukraine № 584/2019 of 07.08.2019 "Issues of the Commission on Legal Reform").

The paper concludes that the progressive ideas and concepts of the alternative project, in the event of its adoption, could significantly positively affect the formation and functioning of criminal law state institutions.

Key words: Professor V.M. Smitienko; law on criminal liability; first draft of Criminal Code of Ukraine; Criminal Code of Ukraine.

У зв'язку з розпадом в 90-х рр. ХХ ст. колишнього СРСР та припиненням функціонування його правової системи склалася об'єктивна обставина – необхідність у створенні нової незалежної держави Україна. Після проголошення Україною незалежності постало питання підготовки і прийняття власного, яке б відповідало тогочасним реаліям, нового кодифікованого кримінального законодавства. Криміногенна ситуація, що склалася тоді в країні, була загрозою національній безпеці.

Професор В.М. Смітєнко стверджував, що «у сучасних умовах, з урахуванням конкретних історичних, економічних обставин та особливостей криміногенної ситуації, а також ідеологічної упередженості чинного кримінального законодавства, що не забезпечує адекватного врегулювання відносин у кримінально-правовій сфері, прийняття нового Кримінального кодексу є для України нагальною потребою. В ньому заінтересовані всі: і населення (не лише ті, хто потребує захисту від злочинних посягань, а навіть і самі правопорушники), і держава, реальну силу й авторитет якої зміцнюватиме новий кримінальний закон» [1, с. 6].

Зміст, суспільно корисна цінність і значущість будь-якої творчої роботи визначається тим вихідним задумом, тією ідеєю і навіть цілим їх комплексом, які становлять своєрідний фундамент майбутнього нормативного акту. Станом на 1993 рік таким актом став перший проект Кримінального кодексу України, підготовлений під керівництвом В.М. Смітєнка.

Як відзначає професор В.В. Кузнецов, вказаний документ суттєво вплинув на формування сучасної кримінально-правової думки. Провідні ідеї проекту КК України реалізуються й сьогодні в останніх змінах до кримінального законодавства, що свідчить не тільки про важливість, оригінальність та своєчасність багатьох його положень,

а й про те, що він значно випередив свій час і потребує належної як правової, так і соціальної оцінки [2, с. 197–201; 3, с. 49].

Однак очевидним стає і те, що перший проект Закону України про кримінальну відповідальність, принаймні окремі його положення, належної як правової, так і соціальної оцінки в науковому середовищі не отримав.

Як слушно зауважив професор А.В. Андрушко, «науковці оминули належною увагою проект КК України, підготовлений колективом авторів під керівництвом В.М. Смітєнко, попри те, що відповідальність за такі злочини у ньому була регламентована інакше, ніж у КК 1961 р. та чинному КК» [4, с. 176–182].

Отже, досвід законопроектної роботи тих часів є важливим для врахування в діяльності новоствореної робочої групи з питань розвитку кримінального права (відповідно до Указу Президента України № 584/2019 від 07.08.2019 «Питання Комісії з питань правової реформи» у складі згаданої комісії створена робоча група з питань розвитку кримінального права. Ця робоча група вже презентувала структуру та окремі положення проекту КК України).

Окремі аспекти підготовки, прийняття та порівняльного аналізу проектів КК України розглядали такі вчені, як П.П. Андрушко, А.В. Андрушко, В.І. Борисов, В.В. Бабаніна, В.К. Грищук, О.О. Дудоров, М.Й. Коржанський, В.В. Кузнецов, К.Б. Марисюк, В.А. Мисливий, А.А. Музика, В.О. Навроцький, А.В. Савченко, В.В. Сташис, В.Я. Тацій, В.І. Тютюгін, П.Л. Фріс та інші. Однак спеціального дослідження особливостей підготовки першого проекту Кримінального кодексу незалежної України нині немає. За таких обставин метою нашого дослідження є дослідження особливості підготовки першого проекту Кримінального кодексу України під керівництвом професора В.М. Смітєнка.

На початку 90-х років офіційний старт підготовці нового Кримінального кодексу дала Верховна Рада України в постанові «Про Концепцію судово-правової реформи в Україні» від 28 квітня 1992 року № 2296-XII, де було доручено Кабінету Міністрів України, Комісії Верховної Ради України у питаннях законодавства і законності, Верховному Суду України протягом 1992 року підготувати і подати на розгляд Верховної Ради України відповідні проекти законів.

20 жовтня 1992 року розпорядженням Першого Віце-прем'єр-міністра України було затверджено склад робочої комісії в кількості 27 чоловік із підготовки проекту Кримінального кодексу. В комісію ввійшли провідні спеціалісти (як учені, так і практичні працівники) у сфері кримінального права. Серед них – 15 професорів і докторів наук, представники Секретаріату Верховної Ради України, Генеральної прокуратури України, Верховного Суду України, Міністерства юстиції України, МВС України, Служби безпеки України, представники Адміністрації Президента і Кабінету Міністрів України [5, с. 15–20].

Склад робочої групи постійної Комісії Верховної Ради України з питань правопорядку та боротьби із злочинністю з підготовки альтернативного проекту Кримінального кодексу України, очолюваної професором В.М. Смітєнком, включав 7 осіб. З цього приводу сам керівник групи зауважив: «Щойно розпочавши вироблення концепції майбутнього кодексу і робочого завдання, комісія та ініціативна група опинились у своєрідному вакуумі, який утворився внаслідок залучення більшості фахівців у цій галузі до робочої групи Кабінету Міністрів України з розроблення однойменного проекту. Так утворився авторський колектив, до якого поряд з українськими увійшли вчені зарубіжжя – доктор юридичних наук, професор О. Дубовик і доцент В. Боровиков, які принесли безсумнівну користь під час розроблення деяких важливих глав проекту» [6, с. 5].

Однак ці обставини аж ніяк не вплинули на якість та швидкість підготовки проекту Кримінального кодексу України за завданням Комісії Верховної Ради України з питань правопорядку та боротьби із злочинністю.

У засобах масової інформації того часу так було прокоментовано цю подію: «Трохи раніше кабмінівських проектів, з ініціативи тодішнього голови Комісії з питань законності та правопорядку Ярослава Кондратьєва, почалося розроблення аналогічних проектів під егідою Верховної Ради. Вони і надійшли до парламенту півроку тому. Досі ці паралельні проекти існують автономно, маючи приблизно однакові права на увагу до себе з боку парламентарів. Є навіть постанова Верховної Ради щодо об'єднання обох варіантів. Однак шансів на це мало» [7, с. 3]².

Так, 16 вересня 1993 року Президія Верховної Ради України розглянула проект Кримінального кодексу України, підготовлений за завданням та за участю Комісії з питань правопорядку та боротьби із злочинністю. Президія взяла проект до відома та відзначила позитивну роботу, проведenu Комісією разом з авторським колективом під керівництвом професора В.М. Смітєнка. Водночас було вказано продовжити роботу щодо доопрацювання проекту Кримінального кодексу України та доручено комісіям Верховної Ради України з питань правопорядку та боротьби зі злочинністю і у питаннях законодавства і законності проаналізувати і заслухати на спільному засіданні питання про стан роботи над проектом Кримінального кодексу України, і можливість узгодження його із розроблюваним за дорученням Кабінету Міністрів України, про що була прийнята постанова від 16 вересня 1993 року № 3439-XII.

Для демонстрації гострих дискусій, які відбувалися під час обговорення законопроекту, наведемо фрагменти виступів народних депутатів України та вчених.

Позитивно оцінюючи роботу над проектом КК України, заступник Голови Комісії Верховної Ради України з питань правопорядку та боротьби із злочинністю О. Мороз звертав увагу на те, що розглянутий Президією Верховної Ради України проект Кри-

² У подальшому ці автономні проекти були зареєстровані Верховною Радою України в такій послідовності: проект КК України, розроблений за дорученням Кабінету Міністрів України (офіційний) від 12 травня 1998 року № 1029 (проект № 1029), та проект КК України розроблений за дорученням Комісії Верховної Ради України з питань правопорядку та боротьби із злочинністю (альтернативний) від 15 травня 1998 року № 1029-1 (проект № 1029-1).

мінального кодексу розроблено і схвалено Комісією та більшістю інших постійних комісій Верховної Ради, він ґрунтується на великому за обсягом інформаційному та науково-дослідницькому матеріалі. Авторський колектив проаналізував статистичні дані про стан, структуру й динаміку злочинності в Україні починаючи з 1961 року, досвід вітчизняного (у тому числі дореволюційного) та іноземного законодавств, врахував думки практичних працівників [8, с. 4].

Керівник авторського колективу з розроблення проекту КК України за дорученням Комісії Верховної Ради України з питань правопорядку та боротьби із злочинністю професор В.М. Смітєнко висловлював побажання, «щоб розробники двох паралельних проєктів порозумілися та об'єднали свої напрацювання» [7, с. 3].

Така позиція не знайшла підтримки серед опонентів. Так, представник робочої групи з підготовки проєкту КК України за дорученням Кабінету Міністрів України, один із його провідних розробників, професор О.Я. Светлов був «переконаний, що у поєднанні зусиль не вдасться досягти злагоди. Аргументи: проєкт опонентів з Верховної Ради надто слабкий. Його робоча група складалася лише з шести спеціалістів, серед яких тільки двоє – фахівці з кримінального права (у групі Кабміну – 27 провідних українських науковців)» [7, с. 3]. На думку О.Я. Светлова, «проєкти містять очевидні недоречності. Так, пропонується виокремити чотири види протиправних дій, зокрема, запровадити запозичене з Кодексу Ярослава Мудрого поняття «кривди», поняття злочину проти окремих гілок влади; покарання за порушення таємниці сповіді у православних (але у такому разі – чому не в мусульман?) тощо. Абсолютно безглуздою професор О.Я. Светлов вважає пропозицію запровадити поняття кримінальної відповідальності юридичної особи, яке існує лише у англосаксонській системі права, та й то в обмеженому обсязі, й абсолютно неприйнятне для української правової системи, що зорієнтована на європейську традицію» [7, с. 3].

Таку позицію опонента професор В.М. Смітєнко заперечував і вважав, що річ тут не в професіональному складі тієї

чи іншої групи, а в війні двох юридичних шкіл: харківської, з представників якої переважно складається робоча група Кабміну, та львівської, що представлена у групі Верховної Ради [7, с. 3].

Член парламентської Комісії з питань законності та правопорядку О. Матковський стверджував, що соціалістичне кримінальне законодавство «залякувало» людей, а проєкт, що пропонується, зробіть злочини «невигідними». За його словами, парламентському проєктові «не дають ходу» комуністичні сили, оскільки він надзвичайно прогресивний, тоді як проєкт Кабміну фактично дублює в ідеологічному плані кодекс часів розвинутого соціалізму [7, с. 3].

За словами професора О.Я. Светлова, сподіватися на те, що хоча б чиєсь проєкти Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів ухваляться до прийняття Конституції, було б наївно [7, с. 3].

Полярність поглядів та концепцій двох робочих груп із розроблення проєктів Кримінального кодексу України була очевидною. Тому, звичайно, думка представника однієї групи спростовувалась аргументами його опонента.

Професор В.М. Смітєнко стверджував, що нав'язувану нині громадській думці ідею, за якою новий Кримінальний кодекс України можна прийняти лише після Конституції і Цивільного кодексу, навряд чи можна визнати за спроможну. Ця ідея з'явилася тоді, коли створена Кабінетом міністрів України у 1992 році робоча група з підготовки нового Кримінального кодексу України після багаторазового перенесення терміну завершення цієї роботи виявилася, зрештою, нездатною подати сучасний, якісний законопроєкт; після того, як її намагання нав'язати безглузде, з погляду елементарної юридичної логіки, розрізнене прийняття окремих глав Кодексу було у серпні минулого року відхилене адміністрацією Президента України; після того, як з'ясувалося, що складений нею проєкт порівняно з іншим проєктом Кримінального кодексу, внесеним на розгляд Верховної Ради України, виявився, на жаль, неконкурентноздатним [1, с. 6].

На нашу думку, в демократичній, незалежній державі Україна питання судово-

правової реформи є питанням національної безпеки, яке повинно бути у сфері діяльності Президента України як гаранта Конституції України. У цьому процесі має бути задіяно все суспільство, при цьому науковці в першу чергу. Під час розроблення того чи іншого законопроектів повинен домінувати загальнодержавний інтерес, тому необхідно брати до уваги та обговорювати на загальнодержавному рівні всі передові, прогресивні ідеї та концепції із залученням передового досвіду інших держав.

Підсумовуючи свою полеміку із опонентами, професор В.М. Смітєнко наголосив: «Хочеться на завершення висловити надію, а точніше – впевненість у тому, що всі, хто дбає про добробут України, зможуть розібратися і побачити, де тут вузькокорпоративний, а де загальнодержавний інтерес, зможуть вплинути на те, щоб Україна не повторила сумного досвіду Росії, яка, маючи пріоритет у розробленні нового Кримінального законодавства, через невиправдане очікування прийняття інших законів змушена була поступитися ним. Тепер у справі розроблення кримінального законодавства вперед вийшла Україна, і становище лідера на цьому шляху їй не слід було би втрачати» [1, с. 6].

Професор П.Л. Фріс стверджує, що «фактично перший проект Кримінального кодексу незалежної України народився у Київській Вищій школі МВС України, і його автором був відомий український вчений-криміналіст професор В.М. Смітєнко. Проект містив всі прогресивні погляди на кримінальне право – його структуру, зміст основних інститутів та норм, які існували у кримінально-правовій науці станом на початок 90-х років. Однак він залишався авторським проектом, хоча був опублікований для широкого обговорення і поданий у ВР України

як альтернативний. У кінцевому підсумку був прийнятий проект, розроблений офіційною комісією» [9, с. 124].

А.В. Андрушко дотримується такої самої думки і вважає, що першим проектом закону про кримінальну відповідальність після проголошення незалежності нашої держави став проект КК, підготовлений робочою групою вчених Національної академії внутрішніх справ та Київського національного університету ім. Т.Г. Шевченка (до складу цієї групи входили В.П. Бахін, П.К. Кривошеїн, В.А. Мисливий) під керівництвом доктора юридичних наук, професора В.М. Смітєнка [10, с. 31].

Ми приєднуємося до історично справедливої позиції вчених, які вважають, що проект Кримінального кодексу України, опублікований у 1993 р. і 15 травня 1998 р. (з відповідними змінами), підготовлений авторським колективом під керівництвом В.М. Смітєнка, є не просто частиною історії національного законодавства, він суттєво вплинув на формування національної кримінально-правової думки.

Підсумовуючи викладене, відзначимо, що перший альтернативний офіційному проекту Кримінального кодексу незалежної України, підготовлений у 1993 р. і доопрацьований в 1998 р., був розроблений в особливо складних політико-правових умовах для його автора – професора В.М. Смітєнка. Його прогресивні ідеї та концепції в разі їх прийняття могли би суттєво позитивно вплинути на формування та функціонування кримінально-правових інститутів держави. Слід констатувати, що сучасні зміни до КК України вже частково враховують принципові позиції вказаного законопроекту. Сподіваємося, робоча група з питань розвитку кримінального права врахує концептуальні положення проекту Кримінального кодексу України, підготовленого авторським колективом під керівництвом В.М. Смітєнка.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Агафонов Г., Смітєнко В. Чи настав уже час мати власний Кримінальний кодекс? *Голос України*. 1994. 29 червня № 121 (0871). С. 6.
2. Кузнецов В.В. Віктор Миколайович Смітєнко – вчений, що випередив час. *Право України*. 2017. № 2. С. 196–202.
3. Кузнецов В.В., Кузнецов Л.О. Окремі напрямки удосконалення історико-правових досліджень кримінального законодавства України. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2016. № 1 (6). С. 41–50.

4. Андрушко А.В. Злочини проти волі, честі та гідності особи в проекті Кримінального кодексу України, підготовленому під керівництвом професора В.М. Смітєнка. *Право та державне управління*. 2018. №(30). Том 1. С. 176–182.

5. 10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 13–14 жовт. 2011 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Х. : Право, 2011. С. 15–20.

6. Недригайло В., Смітєнко В., Агафонов Г. Відгороджуватися від своїх – не найкращий вихід. (Деякі аспекти міжнародного співробітництва у реформуванні кримінального законодавства України). *Голос України*. 1996. 30 січня № 18 (1268). С. 5.

7. Ємцов О. Перспектива появи нових Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів: 1+1=0? *Юридичний вісник України*. 1996. 19–26 червня (5). С. 3.

8. Мороз О. Порушувати закон буде не тільки страшно, а й не вигідно. *Голос України*. 1993. 19 жовтня № 198 (0698). С. 4.

9. Фріс П.Л. Нариси історії кримінально-правової політики України: монографія. Київ, 2005. 124 с.

10. Андрушко А.В. Теоретико-прикладні засади запобігання та протидії злочинам проти волі, честі та гідності особи: монографія. Київ-Ваїте, 2020. 560 с.

УДК 343.14

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.38>

НОРМАТИВНО-ПРАВОВА МОДЕЛЬ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ЗА ЧИННИМ КПК: ТЕОРЕТИЧНІ І ПРАКТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ТА ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ

Шумило Микола Єгорович,

доктор юридичних наук, професор,
заслужений діяч науки і техніки України,
член-кореспондент Національної академії правових наук України,
головний науковий співробітник відділу забезпечення інтеграції академічної
та університетської правової науки та розвитку юридичної освіти
Київського регіонального центру Національної академії правових наук України

Стаття присвячена теоретичним і практичним проблемам досудового розслідування в кримінальному процесі України, причинам їх виникнення, а також шляхам вирішення.

Обґрунтовано, що заяви і повідомлення треба перевіряти і реєструвати в окремому реєстрі для забезпечення прозорості і контрольованості даного виду діяльності з боку прокуратури і суду. Умовно їх можна поділити на ті: що очевидно вказують на факт вчинення кримінального правопорушення; які підлягають перевірці у встановлені законом строки; за якими треба проводити негласну перевірку в рамках досудового розслідування.

Запропоновано створення в структурі органу досудового розслідування оснащених сучасною технікою оперативних підрозділів, які як органи кримінального переслідування виконуватимуть свої функції предметно за конкретним кримінальним провадженням.

Аргументовано, що слідчий має виконувати функцію розслідування, а не виступати стороною обвинувачення. При цьому в діяльності прокурора не повинні змішуватися наглядові і управлінські функції. Тому в органах досудового розслідування запропоновано організаційно-управлінську структуру (матиме таку схему: «Управлінець», «Керівник», «Виконавці»), відповідно до якої функції керівника органу досудового розслідування і прокурора будуть чітко розмежовані.

Доведено необхідність підготовки доктринальної концепції сучасного досудового розслідування. При цьому обґрунтовано, що нову конструкцію досудового провадження в жодному разі не можна готувати на платформі чинного КПК. В її основу має бути покладена теоретично опрацьована засада чіткого розподілу функцій розслідування, обвинувачення, захисту, прокурорського нагляду, судового контролю і вирішення справи по суті, що на практиці відповідно ст. 6 Конституції України повинно забезпечити послідовну реалізацію конституційного принципу розподілу влад.

Ключові слова: досудове розслідування, досудове провадження, кримінальне провадження, органи кримінального переслідування, органи досудового розслідування, слідчий, детектив, прокурор, сторона обвинувачення.

Shumylo Mykola. The normative and legal model of pre-trial investigation under the current Criminal Procedural Code: theoretical and practical issues and ways of their solutions

The article is devoted to the theoretical and practical issues of pre-trial investigation in the criminal process of Ukraine, the reasons for their occurrence, and also the ways to solve them.

It is substantiated that applications and notifications should be checked and registered in a separate register to ensure transparency and controllability of this type of activity by the prosecutor's office and the court. Conventionally, they can be divided into those types: which obviously indicate the fact of a criminal offence; which are the subject to inspection within the time limits established by law; and on which it is necessary to conduct a covert inspection in the pre-trial investigation.

In the structure of the authority of pre-trial investigation it is proposed to create operational units equipped with modern technology which as bodies of criminal prosecution will perform their functions specifically for specific criminal proceedings.

It is argued that the investigator should perform the investigation, and not to be a part of prosecution. Thus in activity of the prosecutor the supervisory and administrative functions should not be mixed. Therefore, the pre-trial investigation bodies have proposed an organizational and management structure (will have the following scheme: "Manager", "Head", "Executors"), according to which the functions of the head of the pre-trial investigation body and the prosecutor will be clearly separated.

It is proved the necessity of preparing a doctrinal concept of modern pre-trial investigation. At the same time, it is substantiated that the new structure of pre-trial proceedings can in no case be prepared on the platform of the current Criminal Procedural Code. It should be based on a theoretically processed principle of a clear division of functions of investigation, prosecution, defense, prosecutorial supervision, judicial control and resolution of the case on the merits. In practice, accordingly to the Art. 6 of the Constitution of Ukraine, it must ensure the consistent implementation of the constitutional principle of separation of powers.

Key words: *pre-trial investigation, pre-trial proceedings, criminal proceedings, criminal prosecution bodies, pre-trial investigation bodies, investigator, detective, prosecutor, prosecution party.*

Ухвалений у 2012 р. КПК можна охарактеризувати як певну спробу реалізувати євроінтеграційні наміри нашої країни в царині кримінальної юстиції у ситуації браку його національної доктринальної моделі, яка б акумулювала в собі як передовий досвід сучасних західних правопорядків, так і позитивну вітчизняну практику, ставши відтак надійною теоретичною платформою для здійснення законопроектних робіт. Такий стан речей почасти можна пояснити тим, що після здобуття Україною незалежності вітчизняна теоретична думка силою інерції і перебувала і далі перебуває в сильній залежності від філософії і теоретичних узвичаєнь, на яких був побудований КПК УРСР 1960 р., тому геть не була готова думати й діяти в рамках сучасних європейських і англосаксонських понять

Оскільки життя і наші західні партнери все наполегливіше вимагали підготувати новий КПК, який би міг наблизити вітчизняне правосуддя до критеріїв, розроблених ЄСПЛ, то вирішено було залучити до групи вітчизняних фахівців і зарубіжних колег, які не мали цілісного уявлення про палітру проблем практики українського кримінального судочинства. У цій ситуації, коли, з одного боку, вітчизняна команда проєктантів КПК не мала надійної, апробованої юридичною спільнотою теоретичної платформи, а західні консультанти могли лише висловлювати свої рекомендації в рамках власного теоретичного і практичного досвіду, а з іншого, коли підготовлений законопроект не пройшов широкого обговорення в зацікавленому середовищі,

й народився «гібридний» КПК, хаотично «склеєний» з фрагментів (запозичень) деяких західних процесуальних інститутів і частин КПК 1960 р., які далеко не завжди – аж до скреготу – належним чином сполучалися між собою.

Не слід забувати й про те, що, на жаль, запровадження нового КПК не забезпечувалось одночасними належними організаційними заходами у сфері професійного кадрового забезпечення і запровадження нових форм організації вишколу кадрів поліцейної і прокурорської і судової влади. Не випадково, наприклад, у п. 25 Перехідних положень до КПК давалось доручення Кабінету Міністрів України спільно з Генеральною прокуратурою Вищою кваліфікаційною комісією суддів України та органам адвокатського самоврядування підготувати і забезпечити виконання програм перепідготовки працівників органів кримінальної юстиції та адвокатів з питань застосування нових положень кримінального процесуального законодавства. На жаль, даний припис вищого законодавчого органу країни практично не виконано, а в окремих навчальних закладах навіть не збільшено кількість аудиторного часу на вивчення оновленого КПК. Сумарно ці та інші важливі чинники призвели до того, що деякі інститути, а в першу повну в сфері досудове розслідування (ліквідація стадії порушення кримінальної справи; запровадження інституту негласних слідчих (розшукових) дій і судового контролю; введення оскаржуваних процедур; розширення участі захисника; втрати слідчим самостійності в прийнятті вузлових процесуальних

рішень і трансформування із дослідника в процесуального переслідувача; набуття прокурором статусу процесуального керівника кримінального провадження, а, простіше кажучи, його «господаря») стали набагато складнішими в реалізації, ніж їхні прототипи з КПК 1960 р. На жаль, сталося не так, як гадалося...

Зазначу, зокрема, що дев'ятирічна практика експлуатації нового КПК виявила низку проблем нормативного характеру, до числа яких можна віднести такі. Передовсім мова про сумнозвісну ст. 214 КПК (Початок досудового розслідування), коли її поверхове прочитання у відриві від змісту тої управлінської ситуації, яка стоїть за даною безумовно позитивною нормою, спричинило катастрофічне перевантаження слідчих і геть нераціонального використання процесуальних засобів. Результат відомий: досудове провадження не виконує свого призначення (функції) – бути юридичним засобом реалізації соціального запиту на швидке і оперативне розкриття правопорушень із одного боку, а з іншого – слугувати надійним фундаментом для обвинувачення в суді.

Так, за даними начальника Головного слідчого управління Національної поліції України, за 12 місяців 2019 р. закінчено розслідуванням 779 тис. кримінальних проваджень, із яких до суду спрямовано 121 тис. кримінальних проваджень (з обвинувальними актами, клопотаннями про звільнення від кримінальної відповідальності), застосування заходів виховного чи медичного характеру, що становить 9% від тих, що розслідувалося на загал. У середньому одним слідчим розслідувалося 260 кримінальних проваджень, а в окремих областях навантаження було значно більшим, наприклад, в Кіровоградській – 402, Рівненській – 371, Запорізькій – 376, у м. Києві – 405 [1, с. 558].

Зазначу, що встановлений ст. 214 КПК порядок внесення відомостей в ЄРДР (в традиційній її інтерпретації) не бере до уваги ту суттєву обставину, що заяви і повідомлення про злочини можуть бути геть далекі від зафіксованого в них змісту (приміром, неправдивими, поданими із злим умислом з метою дискредитації, помсти чи усунення конкурентів в бізнесовому середовищі і т. ін.). Тому прова-

дження за такими матеріалами відкриває практичну можливість для необґрунтованого кримінального переслідування широкого кола осіб, запідозрених у вчиненні кримінальних правопорушень, до яких можуть застосовуватися заходи процесуального примусу, а також інші процесуальні рішення, які завдають особі репутаційних збитків. Слушно стверджує В.М. Григор'єв, що «сам факт кримінального переслідування є негативною обставиною у біографії людини, не кажучи вже про вилучені цінності, знищення бізнесу, позбавлення роботи і втрату соціальних зв'язків» [2, с. 17].

Тому, на моє глибоке переконання, мають бути юридичні фільтри на шляху до урухомлення дорогої і витратної мегамашини кримінального провадження. Окремі фахівці пропонують, наприклад, вирішити дану проблему, реанімувавши «дослідчу перевірку» за зразком КПК 1960 р. (до речі, нещадно критиковану в період його функціонування) На мою думку, з цим важко погодитися, адже завжди існує реальна небезпека повернення до системних практик, інспірованих відомчими критеріями оцінювання ефективності роботи міліції (поліції), nereагування на інформацію про кримінальні правопорушення. На мою думку, заяви і повідомлення треба перевіряти і **реєструвати в окремому реєстрі** для забезпечення прозорості і контрольованості даного виду діяльності з боку прокуратури і суду. Вважаю, що заяви і повідомлення можна умовно поділити на:

- 1) ті, що очевидно вказують на факт вчинення кримінального правопорушення;
- 2) ті, які підлягають перевірці у встановлені законом строки;
- 3) ті, за якими треба проводити негласну перевірку в рамках досудового розслідування.

Лише залежно від результатів перевірки треба буде ухвалювати відповідні управлінські процесуальні рішення в тому числі і про початок кримінального провадження.

Далі б хотіли привернути увагу на таку важливу обставину. На сьогодні в Україні існує п'ять органів досудового розслідування (ст. 38 КПК). Їх умовно можна поділити на дві групи:

1) слідчі підрозділи органів Національної поліції і органів безпеки;

2) слідчі підрозділи ДБР, та підрозділи детективів НАБУ і БЄБ.

Проте мимо їхнього спільного призначення (функції), про яке вказувалося вище, вони мають і істотні організаційні відмінності. Так, відповідно до КПК у зміст діяльності з розслідування кримінальних правопорушень включено негласні слідчі (розшукові) дії, проведення яких, як правило, доручається оперативним підрозділам, проте в органах Національної поліції і СБУ вони функціонують, будучи підпорядкованими іншим структурам. А це означає, що виконання окремих доручень слідчих цих відомств і прокурорів для них є не основним, а додатковим обов'язком. Звісно, це негативно впливає на оперативність і ефективність досудового розслідування. Тому цілком логічно вважати, що ускладнений зміст досудового розслідування вимагає адекватних організаційних форм його проведення.

Тому в структурі органу досудового розслідування (це впливає із змісту КПК) повинні бути добре організовані, оснащені сучасною технікою оперативні підрозділи як органи кримінального переслідування, що виконують свої функції предметно за конкретними кримінальними провадженням. Наприклад, у Франції такі підрозділи поліції називають судовою поліцією. Вона здатна своєчасно вислідити, затримати і припинити дії злочинця і зібрати добротні матеріали для судового дослідження. За такої форми організації розслідування проводиться колективно в режимі кооперації оперативних і слідчих заходів. Тому даний підхід використано при створенні НАБУ, ДБР і БЄБ. Так, згідно зі ст. 9 Закону «Про ДБР» у його складі діють слідчі і оперативні підрозділи. Відповідно до п. 5 ст. 5 Закону «Про НАБУ» і ст. 14 Закону «Про Бюро економічної безпеки України» в структурі цих органів передбачено підрозділи детективів, що здійснюють оперативно-розшукові і слідчі (розшукові) дії. Із цього неважко дійти до висновку, що в Україні частково створено сучасні органи розслідування на принципово новій основі з об'єднанням оперативно-розшукової і слідчої діяльності.

Мало того, в НАБУ і БЄБ розслідування проводиться детективами, а в Національ-

ній поліції, СБУ, ДБР – слідчими Дані учасники кримінального провадження наділені різними повноваженнями. Так, в п. 4 ст. 5 Закону «Про НАБУ» вказується, що підрозділи детективів здійснюють «оперативно-розшукові та слідчі дії», а в п. 1 ст. 10 даного закону також зазначається, що «Негласними штатними працівниками Національного бюро можуть бути детективи, старші детективи...». В п. 2 ст. 2 Закону «Про бюро економічної безпеки України» роз'яснюється, що «детектив Бюро економічної безпеки України – службова особа Бюро економічної безпеки України, уповноважена в межах компетенції, визначеної Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність» та Кримінальним процесуальним кодексом України, здійснювати оперативно-розшукову діяльність і досудове розслідування кримінальних правопорушень, віднесених законом до підслідності Бюро економічної безпеки» У ст. 40 КПК йдеться про те, що слідчий в межах кримінального провадження проводить слідчі (розшукові) та негласні (розшукові) дії. Порівняльний аналіз повноважень детектива і слідчого свідчить, що детективи наділені правом проведення оперативно-розшукової діяльності до початку кримінального провадження, що не характерно для слідчих. Унормовані в КПК 2012 р. і в Законах «Про НАБУ» та «Бюро економічної безпеки України» відповідно повноваження слідчого та детектива дають підстави для обґрунтованого висновку, що слідчий зразка КПК УРСР 1960 року «наказав довго жити».

Незаперечним є також той факт, що слідчі підрозділи в Національній поліції і СБУ виконують юридичні функції, але фактично будучи структурою виконавчої влади, що не може не впливати на їхню незалежність як суб'єктів права. На недопустимість такої організації органів досудового розслідування звертається увага у Рішенні Конституційного Суду України в справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини шостої статті 216 КПК від 24 квітня 2018 р. № 3-р/2018 у п. 2.3 якого наголошується: «Позитивний обов'язок держави стосовно створення ефективної системи

захисту життя, здоров'я та гідності людини передбачає забезпечення ефективного розслідування... розслідування має бути в тому числі незалежним, тобто з погляду безстороннього спостерігача не має існувати щодних сумнівів щодо інституційної або ієрархічної незалежності державного органу (його службових осіб), уповноваженого здійснювати офіційне розслідування порушень прав людини гарантованих статтями 27, 28 Конституції України».

Відповідно до глави 3 КПК та роз'яснень щодо визначення основних термінів Кодексу у п. 19 ст. 3 КПК слідчого віднесено до учасників кримінального провадження з боку сторони обвинувачення. На мою думку, дане положення є нормативним виразом традиційного для вітчизняного кримінального процесу обвинувального ухилу. Я схильний думати, що в нормативному полі чинного КПК сторін в стадії досудового розслідування не може бути в принципі бодай тому з тих міркувань, що учасників процесу, що здійснюють кримінальне преслідування і захист від нього наділено далеко не рівними правами. Мало того, на рівні засади законності (ст. 9 КПК) кримінального провадження визначено функцію слідчого і органів досудового розслідування. Вона полягає в тому, щоб «всебічно, повно і неупереджено дослідити обставини кримінального провадження, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують підозрюваного, обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують чи обтяжують його покарання, надати їх належну правову оцінку та забезпечити прийняття законних і неупереджених процесуальних рішень» (п. 2 ст. 9 КПК). Це законодавче веління дає достатню підставу вважати, що слідчі повинні виконувати функцію розслідування. А тому думаю, що потребують уточнення і повноваження прокурора в стадії досудового розслідування. Згідно з вимогами ст. 131-1 Конституції України і п. 2 ст. 36 КПК прокурор являється відповідальним за організацію досудового розслідування, а також здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням. Неважко углядіти, що має місце змішування наглядових і управлінських

функцій у діяльності прокурора. Тому вони не випадково по суті дублюють права керівника органу досудового розслідування (ст. 39 КПК). Прокурор, як мені видається, повинен таки здійснювати нагляд за дотриманням законів органами досудового розслідування, а тому не варто його обтяжувати невластивими йому функціями. Виходячи з цього, вважаю обґрунтованими доводи зnanого вітчизняного процесуаліста В.П. Гмирка щодо належної організаційно-управлінської структури в органах досудового розслідування. Вона, як вважає цей вчений, може мати таку схему: «Управлінець» «Керівник» «Виконавці». Відповідно до цієї схеми «Управлінець» зобов'язаний забезпечувати належні умови для діяльності для керівника і виконавців. Він має бути *sui generis* поліцейним «директором» (гостріше – поліцейним «прокурором»), якому підпорядковано діяльність підрозділу зі здійснення розслідувань кримінальних справ. До числа основних функцій «управлінця» треба, в першу чергу, віднести: (1) здійснення відомчого нагляду за додержанням законів та виконанням вимог відомчих нормативних документів; (2) розстановку сил і засобів; (3) організацію взаємодії між підрозділами детективів; (4) розгляд і вирішення скарг на дії та рішення його підлеглих у кримінальних справах.

Якщо мова про «Керівника», то «Керівником» діяльності досудового розслідування в рамках розглядуваної схеми має бути відповідний поліцейний детектив, котрий особисто очолює роботу спеціалізованої поліцейної групи (бригади), що здійснює дізнання, приймає матеріали до свого провадження, персонально відповідаючи за хід і результати дізнання, а також за дії підлеглих йому детективів. Функція «керівника» передовсім полягає, по-перше, в організуванні роботи поліцейної групи детективів, результатом чого є організація детективів, спроможна справно здійснювати свою роботу, по-друге, в постановці цілей і завдань детективам, а також контролі за їхнім виконанням, і, по-третє, в управлінні діяльністю кожного з команди детективів.

«Виконавцями» є відповідним чином вишколені детективи, що входять до складу вже згадуваних груп (бригад) і безпосередньо здійснюють основний обсяг роботи в кримінальному провадженні в рамках

цілей і завдань, визначених її «керівником». Вони здійснюють свою поліційну роботу на основі службового обов'язку виконувати всі законно видавані «керівником» у рамках його компетенції указівки й доручення щодо досудового провадження. Останнє, як пропонує В. Гмирко, здійснюється в організаційно-процесуальній формі *поліційного дізнання* [3, с. 32]. Отже, якщо взяти за основу запропоновану оргструктуру, то тоді функції керівника органу досудового розслідування і прокурора будуть чітко розмежовані. Але для цього треба в першу чергу системно доопрацювати відповідні положення чинного КПК, а також здійснити належні організаційні і кадрових заходи, спрямовані на їхню ефективну реалізацію. І ще одне зауваження. На моє переконання, досудове провадження у виконанні чинного КПК тяжіє до німецької моделі досудового розслідування, здійснюваного у формі поліцейського дізнання під керівництвом прокурора. Щоб «пересадити» на вітчизняний ґрунт цю процесуальну конструкцію, треба спершу визначитися з функцією досудового розслідування у системі стадій процесу, з колом суб'єктів та засобів її реалізації. На мій погляд, органи досудового розслідування мають публічний обов'язок діяти законно, неупереджено і оперативно, що має забезпечити вимагану суспільством ефективність у встановленні фактів і обставин події кримінального правопорушення та особи яка його скоїла, виявити як ті обставини, що *викривають*, так і ті, що *виправдовують підозрюваного*, а також обставини, що пом'якшують чи обтяжують його покарання, надати їх належну правову оцінку (п. 2 ст. 9, ст. 25 КПК).

Важливий момент: на початковому етапі розслідування (особливо в ситуаціях провадження *in rem*) законодавцеві треба затурбуватися реалізацією засади (*favor proscrigi*), яка вимагає не обтяжувати поліційні підрозділи формально-бюрократичними процедурами і узвичаєннями, успад-

кованими від інквізиційного – в найгіршому розумінні цього слова – КПК 1960 р. та ще й неабияк погіршеного непродуманими новаціями типу пресловутої ст. 214 КПК 2012 р. Простіше кажучи, в детективній діяльності треба позбавитися всього того, що не виправдано «в'яже» руки можливостей поліції у встановленні особи і збиранні доказових матеріалів для прокурора як публічного обвинувача для обґрунтування підозри. Перекоаний, що у всіх органах досудового розслідування повинні бути об'єднані слідчі і оперативні підрозділи в єдині детективні відділи. Така діяльність повинна мати переважно закритий поліційний характер і не бути пов'язаною з формуванням доказів, рівноцінних кримінальним судовим доказам, з одного боку, а з іншого – зі створенням можливостей для захисту для збирання власного доказового матеріалу; лише в суді в рамках належної правової процедури доказові матеріали сторін мають шанс трансформуватися в повноцінні кримінальні судові докази. Прокурор як речник публічного обвинувачення має формувати підозру і обвинувачення.

Підсумовуючи вищевикладене, хотів би ясно і чітко позначити свою наукову позицію: нову конструкцію досудового провадження в жодному разі не можна готувати на платформі чинного КПК, а в її основу має бути покладена теоретично опрацьована засада чіткого розподілу функцій розслідування, обвинувачення, захисту, прокурорського нагляду, судового контролю і вирішення справи по суті, що повинно на ділі, не на словах, забезпечити послідовну реалізацію конституційного принципу розподілу влад (ст. 6 Конституції України).

На цій основі, а також узявши до уваги досвід нормативного регулювання поліційної детективної практики (особливо болючого питання деформалізації досудового розслідування), можна заходитися готувати доктринальну концепцію сучасного досудового розслідування.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Цуцкірідзе М.С. Кримінальна процесуальна діяльність слідчого: теорія та практика : монографія, вступне слово проф. М.А. Погорецького. Київ : Алерта, 2020. 562 с.
2. Григорьев В.Н. Начало уголовного производства: система сдержек и противовесов. *Союз криминалистов и криминологов*. 2013. № 2. С. 17–21.
3. Гмирко В.П. Діяльнісний погляд на реструктуризацію кримінального процесу: the of dogmatic shawshawshank redemption? *Правова позиція*. 2018. № 1(20). С. 21–36.

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛІСТИКИ ТА КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО ПРАВА

УДК 343.98

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.39>

МЕТОДОЛОГІЧНІ ОСНОВИ ДОСЛІДЖЕННЯ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ МЕТОДИКИ РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ СТАТЕВОЇ СВОБОДИ ТА СТАТЕВОЇ НЕДОТОРКАНОСТІ ДІТЕЙ

Нікітіна-Дудікова Ганна Юріївна,

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри криміналістики та судової медицини
Національної академії внутрішніх справ

Формування методологічних основ криміналістичної методики розслідування злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканності дітей потребує залучення системи методів наукового пізнання для вирішення поставлених завдань відповідно до предмета дослідження. Вказана обставина визначає особливості застосованої методології наукового пізнання, яка ґрунтується на загальнонаукових засадах та враховує особливості пізнання під час вирішення окремих проблемних питань правозастосовної діяльності в окресленій сфері.

Широке коло поставлених завдань зумовлює відповідний підхід до методології дослідження криміналістичної методики розслідування злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканності дітей, що знаходить вираз у застосовуваних методах згідно з ієрархічною структурою:

1) діалектичний метод (всезагальний);

2) загальнонаукові логічні методи (аналіз і синтез; індукція і дедукція; абстрагування; конкретизація; узагальнення; аналогія; ідеалізація; формалізація); емпіричні (спостереження, вимірювання, експеримент, порівняння, описання), евристичні (інтуїція);

3) спеціальні методи наукових досліджень, а саме спеціально-правові методи дослідження (порівняльно-правовий, історико-правовий, догматичний, системно-структурний, системного аналізу);

4) спеціальні методи криміналістики – власне криміналістичні методи (криміналістична ідентифікація, криміналістична діагностика, криміналістичне версіювання) та методи інших наук (фізики, хімії, біології, соціології, психології, кібернетики), пристосовані для вирішення криміналістичних завдань.

Методологічний рівень опрацювання криміналістичної методики розслідування злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканності дітей передбачає охоплення процесу як розслідування злочинів, так і їх наступного судового розгляду, під час якого здійснюється остаточне пізнання події злочину. Криміналістична методика розслідування злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканності дітей має кінцевою метою досягнення завдань кримінального провадження, що можливо лише за умови остаточного опрацювання справи по суті.

Ключові слова: методологія, метод, криміналістична методика, розслідування, злочин проти статевої свободи та статевої недоторканності, дитина.

Nikitina-Dudikova Hanna. Methodological bases of research of criminological methods of investigation of crimes against sexual freedom and sexual inviolability of children

The formation of the methodological foundations of forensic methods of investigating crimes against sexual freedom and sexual integrity of children requires the involvement of a system of methods of scientific knowledge to solve problems in accordance with the subject of research. This circumstance determines the features of the applied methodology of scientific knowledge, which is based on general scientific principles, and takes into account the peculiarities of knowledge in solving certain problems of law enforcement in this area.

A wide range of tasks determines the appropriate approach to the methodology of the study of forensic methods of investigating crimes against sexual freedom and sexual integrity of children, which is expressed in the methods used, according to the hierarchical structure:

1) dialectical method (universal);

2) general scientific logical methods (analysis and synthesis; induction and deduction; abstraction; concretization; generalization; analogy; idealization; formalization); empirical (observation, measurement, experiment, comparison, description), heuristic (intuition);

3) special methods of scientific research, namely special legal research methods (comparative law, historical law, dogmatic, system-structural, system analysis);

4) special methods of criminology – actually forensic methods (forensic identification, forensic diagnostics, forensic versioning) and methods of other sciences (physics, chemistry, biology, sociology, psychology, cybernetics), adapted to solve forensic problems.

The methodological level of elaboration of the forensic methodology of investigation of crimes against sexual freedom and sexual integrity of children provides for the coverage of both the process of investigation of crimes and their subsequent trial, during which the final knowledge of the crime. The forensic methodology of investigation of crimes against sexual freedom and sexual integrity of children has the ultimate goal of achieving the objectives of criminal proceedings, which is possible only if the case is finalized on the merits.

Key words: *methodology, method, forensic methodology, investigation, crime against sexual freedom and sexual integrity, child.*

Формування криміналістичної методики розслідування злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканності дітей охоплюється предметом криміналістики, відноситься до її актуальних завдань, ґрунтується на методологічній основі науки криміналістики. Як відомо, завдання криміналістики визначаються її соціальною функцією – сприяти своїми прийомами, методами і засобами справі боротьби зі злочинністю [1, с. 16], яка сьогодні не обмежується кордонами держави, має транснаціональний характер. Відповідно, формування методологічних основ криміналістичної методики розслідування злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканності дітей потребує залучення системи методів наукового пізнання для вирішення поставлених завдань із врахуванням предмета дослідження. Вказана обставина визначає методологію наукового пізнання, яка повинна ґрунтуватися на загальнонаукових засадах та врахувати особливості пізнання під час вирішення окремих проблемних питань правозастосовної діяльності в окресленій сфері.

Методологія – це концептуальний виклад мети, змісту, методів дослідження, які забезпечують отримання максимально об'єктивної, точної, систематизованої інформації про процеси та явища [2, с. 56].

Розслідування злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканності дітей вимагає залучення інноваційних засобів,

методів, прийомів правоохоронної діяльності, використання у доказуванні нових джерел криміналістично значущої інформації, залучення до взаємодії широкого кола суб'єктів, розроблення адаптованих до потреб дитини тактичних прийомів проведення слідчих (розшукових) дій тощо. Вказані та інші обставини ініціюють нові криміналістичні дослідження, сприяють реалізації інтеграційної функції криміналістики, яка, використовуючи останні досягнення природничих і технічних наук, пристосовує їх до розв'язання окремих завдань розслідування злочинів, трансформує у правоохоронну практику та адаптує до вирішення завдань кримінального провадження.

Основним предметом пізнання щодо криміналістичної методики розслідування злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканності дітей є злочин. Криміналістика вивчає злочин саме з погляду його механізму, тобто діяльну сторону. З іншого боку, предметом пізнання є діяльність із розслідування злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканності, яка характеризується складністю реалізації поставлених завдань, потребує забезпечення відповідними криміналістичними рекомендаціями.

Таким чином, з методологічного аспекту завдання криміналістичної методики розслідування злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканності дітей

полягає у вирішенні ключової проблеми, яка полягає в суперечності між двома видами діяльності: злочинною та правоохоронною, спрямованою на розслідування злочинів. Ці два види діяльності реалізують різні суб'єкти з протилежною метою, з використанням відповідних методів, засобів, прийомів діяльності. Дослідження таких протилежних видів діяльності належить до предметної сфери науки криміналістики, здійснюється із залученням низки методів наукового пізнання [3, с. 65].

Варто підтримати М.В. Костицького, що нині вченому під час дослідження не варто обмежуватися, а слід користуватися натуралістичною, психологічною, феноменологічною, діалектичною, екзистенціалістською, структуралістською, герменевтичною (і лише потім – нормативістською) методологією або творити на їх базі власну методологію наукового юридичного пізнання [4, с. 28].

Ми розділяємо думку про необхідність розроблення спеціальної методології наукового пізнання криміналістичної методики розслідування злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканності дітей, однак на підґрунті наявного, напрацьованого дослідниками методологічного інструментарію.

Ієрархічна методологічна система дослідження криміналістичної методики розслідування злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканності дітей матиме такий вигляд:

1) філософські принципи, до яких належать принципи взаємозв'язку, розвитку, цілісності, системності, детермінізму, принципової пізнаваності світу тощо;

2) закони й категорії діалектики та логіки, які виконують гносеологічну та методологічну функції;

3) загальнонаукові принципи, до яких належать принципи об'єктивності, обґрунтованості наукових висновків, обов'язковості доведень розуму, міровизначеності тощо;

4) загальнонаукові методи, такі як аналітичний, історичний, порівняльний, структурний тощо;

5) міждисциплінарні та дисциплінарні методи, зокрема тестування, анкетування, спектральний аналіз, юридично-догматичний тощо;

6) закони, категорії, поняття окремих наук, які виконують методологічну функцію і є інструментом дослідження [5, с. 38].

Передусім слід відштовхуватися від конкретних методів наукового пізнання як системи принципів, правил, норм, прийомів отримання та систематизації нових знань про об'єктивну й суб'єктивну реальність. У діяльнісному, процедурному розумінні метод є послідовністю дій, що спрямовані на досягнення пізнавальної мети, тобто отримання та систематизацію нових знань. У праксеологічному контексті метод «дисциплінує» пошук істини, дає змогу рухатися до пізнавальної мети найкоротшим і найефективнішим шляхом [5, с. 33].

Широке коло поставлених завдань зумовлює відповідний підхід до методології дослідження криміналістичної методики розслідування злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканності дітей, що, зокрема, знаходить свій вираз у застосовуваних методах.

Розпочнемо із розгляду діалектичного методу, який є всезагальним, щодо нашого предмета дослідження має фундаментальне значення.

Діалектичний метод пізнання має власну структуру, яка охоплює принципи, закони, категорії, що відображають найзагальніші тенденції універсального процесу розвитку в будь-яких сферах суспільного й державного життя [6, с. 204]. Діалектичне висвітлення предмета й об'єкта дослідження сприяє чіткому визначенню системи загальних і спеціальних методів пізнання, збалансоване співвідношення яких позначається на результатах дослідження.

Як слушно зазначає В.О. Коновалова, трактування деяких категорій діалектики щодо окремої галузі знань можна простежити на прикладі названих категорій стосовно процесу розслідування злочинів, який за своєю суттю є процесом пізнання. Розслідування злочинів теж має пізнавальний характер. Його специфіка полягає в тому, що пізнання в цій царині людської діяльності здійснюється у формі доказування [7, с. 190]. За своєю гносеологічною природою пізнання під час розслідування злочинів тотожне пізнанню загальному. Пізнання в цьому процесі підлегле загальним законам гносеології. Закони й катего-

рії матеріалістичної діалектики в цій сфері, як і в інших царинах, є єдино науковим методом пізнання. Діалектика в пізнанні конкретного (під час розслідування злочинів) виявляється у сходженні від живого споглядання (почуттєвого пізнання) до абстрактного мислення (логічного пізнання) [7, с. 191].

Для криміналістики важливе значення мають зв'язки з діалектичною логікою, насамперед із такою концептуальною категорією філософії, як відображення. Ця категорія становить теоретичний і практичний фундамент криміналістики.

Щодо діалектичного методу вважаємо, що важливими для криміналістики є положення діалектики про здатність матерії до відображення, про взаємозв'язок і взаємозумовленість явищ. Під час розслідування злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканності дітей можливий аналіз різноманітних форм відображення: починаючи від найпростіших, пов'язаних із контактною взаємодією підозрюваного та потерпілого, і до психофізіологічних, коли факти й обставини фіксуються у свідомості дитини і необхідні спеціальні методи та прийоми, щоб долучити вказану «ідеальну» інформацію до кримінального провадження.

Як відзначає Р.С. Белкін, хоча діалектичний метод визнається вченими всезагальним, однак він не є єдиним методом пізнання, а на його основі формуються інші наукові методи меншого ступеня узагальненості: загальнонаукові та спеціальні методи окремих наук [8, с. 28].

Побудова криміналістичної методики розслідування злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканності дітей здійснюється із залученням низки загальнонаукових логічних методів, таких як: аналіз і синтез; індукція і дедукція; абстрагування; конкретизація; узагальнення; аналогія; ідеалізація; формалізація.

У межах здійснюваного дослідження з метою отримання науково обґрунтованих результатів, забезпечення репрезентативності висновків необхідним є застосування системи емпіричних методів дослідження (спостереження, вимірювання, експеримент, порівняння, описання) [9, с. 150–155].

Теоретично важливим і практично значущим є використання методу моделю-

вання – методу дослідження явищ і процесів, заснованого на заміні конкретного об'єкта досліджень (оригіналу) іншим, подібним до нього (моделлю) [9, с. 168]. Моделі застосовуються як ідеальні та матеріальні. Слід підкреслити, що, формуючи концепцію судочинства, дружнього до дитини, у межах котрої здійснюється процес розслідування злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканності дітей, використовується саме процес моделювання – правових, теоретичних та праксеологічних засад розроблюваного інституту. Поєднаний із моделюванням такий метод наукового пізнання, як експеримент.

Новими у методології криміналістичного наукового дослідження є евристичні методи.

Найважливішим із механізмів наукової творчості й одночасно евристичним методом наукового пізнання є інтуїція – особлива форма стрибка від незнання до знання, переривання поступовості руху думки, переплетіння логічного і психічного механізмів мислення людини, стрибок від вихідних даних до результату; спроможність прямого бачення істини без її попереднього логічного обґрунтування [9, с. 174].

Важливість використання методу інтуїції під час розслідування злочинів обґрунтована у працях В.О. Коновалової, М.І. Панова [5, с. 38].

Слід підкреслити значення спеціальних методів наукових досліджень, а саме спеціально-правових методів дослідження (порівняльно-правового, історико-правового, догматичного, системно-структурного, системного аналізу).

Варто зауважити про необхідність розмежування методів теоретичного наукового пізнання і методів практичної діяльності. Так, обидва види пізнавальної діяльності ґрунтуються на використанні одних і тих самих філософських, загальнонаукових та окремонаукових методів. Водночас використовуються й методи, зумовлені характером завдань, що вирішуються суб'єктом пізнання. Тобто потрібно розрізняти методи пізнання, які застосовуються криміналістом-науковцем та криміналістом-слідчим [11, с. 28].

Необхідність розмежування методів науки (наукового пізнання) і методів прак-

тики (практичного пізнання) важлива під час формування як теоретичних положень криміналістичної методики розслідування злочинів проти статевої свободи та недоторканності дітей, так і практичних рекомендацій, а також забезпечення нерозривного зв'язку теорії та практики.

Отже, процес пізнання істини у розслідуванні та судовому розгляді, як відзначає В.Ю. Шепітько, підпорядкований загальним закономірностям з урахуванням певних особливостей. Розкриття та розслідування злочинів являє собою окремих випадок пізнання об'єктивної дійсності. Розслідування злочинів та розгляд кримінальних справ у суді мають ретроспективний характер. Слідчий або суд вивчають подію злочину за допомогою відбитків, залишених на місці події, речових доказів, показань свідків, висновків експертиз. Відображення злочинів у матеріальних або ідеальних слідах характеризується тим чи іншим ступенем повноти або фрагментарності. Процес пізнання під час розслідування злочинів відбувається в установленій законом процесуальній формі, з додержанням процедури збирання доказів, конструювання версій, використання засобів доказування. Встановлення істини під час розслідування обмежено часом, строками, визначеними законодавством [12, с. 30–31].

Відповідно, виходячи із зазначеної вище тези, слід зробити важливе уточнення, що методологічний рівень опрацювання криміналістичної методики розслідування злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканності дітей передбачає охоплення як процесу розслідування злочинів, так і їх наступного судового розгляду, під час якого здійснюється остаточне пізнання події кримінального правопорушення, і криміналістична методика розслідування злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканності дітей має кінцевою метою досягнення завдань кримінального провадження, що можливо лише за умови остаточного опрацювання справи по суті.

Особливе значення під час формування криміналістичної методики розслідування злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканності дітей мають спеціальні – криміналістичні – методи.

Спеціальні методи криміналістики використовуються безпосередньо для вирішення її завдань. Система спеціальних методів криміналістики складається з двох груп методів, таких як:

1. Власне криміналістичні методи (криміналістична ідентифікація; криміналістична діагностика,; техніко-криміналістичні методи: методи дактилоскопії, трасології, судової балістики; методи організації розслідування, планування проведення слідчих (розшукових) дій та ін.).

2. Методи інших наук (фізики, хімії, біології, соціології, антропології, антропометрії, психології, кібернетики та ін.), пристосовані для вирішення криміналістичних завдань. Однак така трансформація не є простим пристосуванням, а є якісним перетворенням методу, що здійснений саме в криміналістиці за рахунок інтеграції природничо-наукових, технічних і криміналістичних знань [13, с. 68].

До спеціальних методів криміналістики (власне криміналістичних) і відносять криміналістичне версіювання, криміналістичне планування, криміналістичний аналіз.

Щодо спеціальних методів, В.Ю. Шепітько зауважує, що у теорії криміналістики сьогодні залишаються невпорядкованими належним чином спеціальні методи, відсутня їх чітка класифікація, не проведено їх систематизацію [12, с. 31].

Таким чином, широке коло поставлених завдань зумовлює відповідний підхід до методології дослідження криміналістичної методики розслідування злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканності дітей, що знаходить вираз у застосуванні методів згідно з ієрархічною структурою:

- 1) діалектичний метод (всезагальний);
- 2) загальнонаукові логічні методи (аналіз і синтез; індукція і дедукція; абстрагування; конкретизація; узагальнення; аналогія; ідеалізація; формалізація); емпіричні (спостереження, вимірювання, експеримент, порівняння, описання), евристичні (інтуїція);
- 3) спеціальні методи наукових досліджень, а саме спеціально-правові методи дослідження (порівняльно-правовий, історико-правовий, догматичний, системно-структурний, системного аналізу);

4) спеціальні методи криміналістики – власне криміналістичні методи (криміналістична ідентифікація, криміналістична діагностика, криміналістичне версіювання) та методи інших наук (фізики, хімії, біології, соціології, психології, кібернетики), пристосовані для вирішення криміналістичних завдань.

Отже, методологічні засади криміналістичної методики розслідування злочинів проти статевої свободи та стате-

вої недоторканності дітей та судового розгляду відповідних кримінальних проваджень ґрунтуються на загальних положеннях методології наукового дослідження, враховують спеціальні прийоми реалізації методів наукового дослідження, які пристосовані для цілей науки криміналістики, покликані вирішити завдання криміналістичних досліджень і потреби практичної правозастосовної діяльності.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Шепітько В.Ю. Природа та предмет вивчення криміналістики в системі наукового знання. Шепітько В.Ю. Вибрані твори. Харків : Апостіль, 2010. 574 с.
2. Шейко В.М., Кушнарєнко Н.М. Організація та методика науково-дослідницької діяльності : підручник [6-те вид., перероб. і допов.]. Київ : Знання, 2008. 295 с.
3. Черноус Ю.М. Методологічні засади криміналістичного забезпечення розслідування злочинів. *Філософські та методологічні проблеми права* : наук. журн. / [редкол. : В. В. Черней (голова) та ін.] ; Нац. акад. внутр. справ. Київ, 2017. № 1 (13). С. 63–76.
4. Костицький М.В. Нормативізм як методологія юриспруденції. *Філософські та методологічні проблеми права* : наук. журн. / [редкол. : В. В. Черней (голова) та ін.] ; Нац. акад. внутр. справ. Київ, 2016. № 1 (11). С. 18–29.
5. Шевчук Р.М. Методологія наукового пізнання: від явища до сутності. *Філософські та методологічні проблеми права* : наук. журн. / [редкол. : В. В. Черней (голова) та ін.] ; Нац. акад. внутр. справ. Київ, 2016. № 1 (11). С. 31–44.
6. Шемшученко Ю. С. Юридична енциклопедія : в 6 т. / [Ю. С. Шемшученко та ін.]. Київ : Укр. енцикл., 1999. Т. 2. 744 с.
7. Коновалова В.О. Проблеми методології галузевих наук (на прикладі наук кримінально-правового циклу). *Вісник Національної академії правових наук України*. 2012. № 1 (68). С. 185–192. URL: file:///C:/Users/User/AppData/Local/Temp/varny_2012_1_20.pdf
8. Белкин Р.С. Криминалистика : проблемы сегодняшнего дня. Злободневные вопросы российской криминалистики. Москва : НОРМА, 2001. 240 с.
9. Методологія наукових досліджень : підручник / О.Г. Данильян, О.П. Дзьобань. Харків : Право, 2019. 368 с.
10. Коновалова В.О., Панов М.І. Інтуїція: поняття і роль у судочинстві. *Вісник Академії правових наук України*. Харків, 1999. № 1(16). С. 180–188.
11. Волобуєв А.Ф. Про методи криміналістики. *Про актуальні питання судово-експертного та техніко-криміналістичного забезпечення розкриття та розслідування злочинів* : зб. матеріалів міжнарод. наук.-практ. конф. Київ, 2010. С. 28–30.
12. Шепітько В.Ю. Методологія криміналістики : наукові підходи і філософські начала. Шепітько В. Ю. Вибрані твори. Харків : Апостіль, 2010. 574 с.
13. Криміналістика : підручник / [В.В. Пясковський, Ю.М. Черноус, А.В. Самодін та ін.] ; за заг. ред. В. В. Пясковського. [2-ге вид., перероб. і допов.]. Київ : Філія вид-ва Право, 2020. 752 с.

УДК 343.8

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.40>

ВИЗНАЧЕННЯ СУБ'ЄКТІВ КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОЇ ПОЛІТИКИ УКРАЇНИ

Пилипенко Дмитро Олексійович,

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри кримінально-правових дисциплін

Криворізького навчально-наукового інституту

Донецького державного університету внутрішніх справ

Статтю присвячено визначенню суб'єктів кримінально-виконавчої політики України. У статті наведено погляди та позиції провідних вітчизняних науковців щодо цього питання. Зосереджено увагу на важливості суб'єктної складової частини національної кримінально-виконавчої політики України. Проаналізовано теоретичні концепції щодо визначення суб'єктів вказаного різновиду внутрішньодержавної політики. Зокрема, визначено позиції вітчизняних науковців щодо окреслення суб'єктів кримінально-виконавчої політики, на яких покладено функцію формування вказаної політики. Розглянуто різнопланові наукові позиції щодо визначення якісного та кількісного переліку вказаних суб'єктів. Проаналізовано погляди вчених стосовно визначення переліку суб'єктів реалізації вітчизняної кримінально-виконавчої політики. Також досліджено наявні в теорії кримінально-виконавчого права погляди щодо суб'єктної складової групи суб'єктів реалізації кримінально-виконавчої політики України. У статті висловлено авторську позицію щодо змістовності та багатокomпонентності вітчизняної кримінально-виконавчої політики. Наголошено на важливості сприйняття вказаного різновиду внутрішньодержавної політики виключно в комплексі з урахуванням ключових та невід'ємних елементів. До вказаних елементів слід віднести як категорію «формування», так і «реалізацію» кримінально-виконавчої політики. З урахуванням цього висловлено авторську позицію щодо недоцільності відокремленого групування суб'єктів кримінально-виконавчої політики на суб'єктів формування і суб'єктів реалізації вказаної політики. Зазначені суб'єкти є єдиною групою, яка здійснює комплексну діяльність у межах вітчизняної кримінально-виконавчої політики, вказана діяльність враховує одночасно аспекти формування і реалізації цієї політики. У статті висловлено авторську позицію щодо визначення групи суб'єктів формування та реалізації кримінально-виконавчої політики України.

Ключові слова: кримінально-виконавча політика, суб'єкти кримінально-виконавчої політики, формування політики, реалізація політики, багатовекторність кримінально-виконавчої політики.

Pylypenko Dmytro. Definition of subjects of criminal-executive policy of Ukraine

The article is devoted to the definition of subjects of criminal executive policy of Ukraine. The article presents the views and positions of leading domestic scientists on this issue. The article focuses on the importance of the subjective component of the national penitentiary policy of Ukraine. Theoretical concepts for determining the subjects of this type of domestic policy are analyzed. In particular, the positions of domestic scholars on the delineation of the subjects of penitentiary policy, which are entrusted with the function of forming this policy. The various scientific positions concerning definition of the qualitative and quantitative list of the specified subjects are considered. The views of scientists on determining the list of actors in the implementation of domestic criminal enforcement policy are analyzed. Also, the views available in the theory of criminal executive law on the subject component of the group of subjects of criminal executive policy of Ukraine are studied. The author's position on the content and multicomponent nature of the domestic penitentiary policy is expressed in the article. The importance of the perception of this type of domestic policy is emphasized only in the complex, taking into account the key and integral elements. These elements include both the category of "formation" and "implementation" of penitentiary policy. With this in mind, the author's position on the inexpediency of a separate grouping of subjects of penitentiary policy on the subjects of formation and subjects of implementation of this policy is expressed. These entities are the only group that carries out comprehensive activities within the domestic penitentiary policy and these activities

take into account both aspects of the formation and implementation of this policy. The article expresses the author's position on the definition of a group of subjects of formation and implementation of criminal executive policy of Ukraine.

Key words: *criminal-executive policy, subjects of criminal-executive policy, policy formation, policy implementation, multi-vector criminal-executive policy.*

Постановка проблеми. Внутрішня політика держави зазнає суттєвого впливу та змін внаслідок загальнодержавного європейського вектору спрямування розвитку держави. Цей процес відіграє провідну роль в усіх сферах життєдіяльності суспільства, зокрема у сфері протидії й боротьби зі злочинністю. В таких умовах додаткової актуалізації набуває оптимізація кримінально-правової, кримінально-процесуальної та кримінально-виконавчої сфер. Ця процедура відображається в удосконаленні не лише чинних нормативно-правових актів, що регулюють правовідносини у згаданих галузях законодавства, а й теоретичних концептуальних положень у вказаних сферах, однією з яких, безумовно, є галузь кримінально-виконавчого права. Одним з актуальних та водночас дискусійних питань у контексті зазначеного є визначення суб'єктів формування й реалізації кримінально-виконавчої політики України.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питання, пов'язані з визначенням суб'єктів формування й реалізації кримінально-виконавчої політики, досліджувалися такими науковцями, як І.Г. Богатирьов, А.П. Гель, О.М. Джужа, Ю.В. Кернякевич-Танасійчук, О.Г. Колб, В.В. Кондратішина, О.М. Литвинов, В.І. Олефір, Г.С. Семаков, А.Х. Степанюк, В.М. Трубников, В.П. Філонов, П.Л. Фріс, А.І. Фролов, І.С. Яковець та інші.

Метою статті є визначення суб'єктів формування й реалізації кримінально-виконавчої політики України з урахуванням наявних теоретичних концепцій із цього питання. Вказане здійснюється з метою вироблення сталої теоретичної позиції щодо єдиного сприйняття суб'єктів формування й реалізації кримінально-виконавчої політики України.

Виклад основного матеріалу. Визначення поняття та окреслення сутності кримінально-виконавчої політики є питанням, яке досить часто не знаходить порозуміння щодо єдиного та однозначного його

сприйняття вітчизняними та іноземними науковцями. Причиною цього, по-перше, є сприйняття безпосередньо сутності терміна «політика» без екстраполяції на кримінально-виконавчу її складову частину; по-друге, багатокомпонентність такого явища, як політика, вже з урахуванням специфіки сфери її реалізації, а саме кримінально-виконавчої сфери держави. Визначення вказаної сентенції не може сприйматися як цілісне та комплексне без належного та коректного визначення суб'єктів, які саме формують і реалізують цей різновид внутрішньодержавної політики.

Отже, в політології суб'єкт політики визначається як дійова особа, соціальна група чи організація, які, маючи певні інтереси, використовуючи певні засоби, проявляють себе у сфері політики [1]. Суб'єкт політики також визначається як носій предметно-практичної діяльності, що спричинює певні зміни в політичних відносинах суспільства; особа, організація або соціальна група, які усвідомлюють цілі і завдання політичної діяльності, відносно самостійно беруть участь у політичному житті [2, с. 4]. Досліджуючи зазначене питання, Ю.В. Кернякевич-Танасійчук наголошує, що зважаючи на те, що кримінально-виконавча політика є елементом політики у сфері боротьби зі злочинністю, яка є частиною правової політики держави, суб'єктами кримінально-виконавчої політики виступають органи державної влади. Авторка зазначає, що залежно від ролі в механізмі розроблення та реалізації кримінально-виконавчої політики всіх її суб'єктів можна поділити на суб'єкти формування кримінально-виконавчої політики та суб'єкти її реалізації [3, с. 44].

Вважаємо, що запропонована авторкою система поділу суб'єктів кримінально-виконавчої політики на суб'єктів формування та суб'єктів її реалізації хоча й відповідає сутності цієї політики, але не є безспірною. Детальніше про це йтиметься нижче. При цьому до суб'єктів, які формують кримінально-виконавчу полі-

тику, науковець відносить: Верховну Раду України (далі – ВРУ), Президента України (далі – Президента), Кабінет Міністрів України (далі – КМУ), Міністерство юстиції України (далі – Мін'юст), Конституційний Суд України (далі – КСУ), Верховний Суд [3, с. 44]. До суб'єктів, що реалізують кримінально-виконавчу політику, науковець відносить Мін'юст, Державну виконавчу службу України, Міністерство оборони України [3, с. 47]. Окремо авторка виділяє суб'єктів, які «впливають» на формування кримінально-виконавчої політики. До таких суб'єктів науковець відносить представників науки кримінального, кримінально-виконавчого права, кримінології, завдання яких – побудова доктрини політики у сфері боротьби зі злочинністю загалом та кримінально-виконавчої політики зокрема. Ю.В. Кернякевич-Танасійчук також зазначає, що водночас учені-криміналісти, які працюють над дослідженням проблематики визначення політики у сфері боротьби зі злочинністю, кримінально-виконавчої політики, у своїх наукових працях, а також у результаті законопроектної діяльності розробляють шляхи реформування кримінально-виконавчої системи та вносять пропозиції щодо розвитку кримінально-виконавчої політики. Оскільки науковці не наділені владними повноваженнями, їхній вплив на політику не є настільки суттєвим, як би того хотілося. Тому, на жаль, доводиться констатувати, що доктрина мало впливає на кримінально-виконавчу політику, а це відповідно гальмує її розвиток [3, с. 46].

Загалом погоджуючись із авторкою щодо висловлення позиції стосовно відношення науковців до суб'єктів формування кримінально-виконавчої політики, ми хотіли б висловити особисту позицію стосовно деяких дискусійних моментів. Так, Ю.В. Кернякевич-Танасійчук, висловлюючи авторську позицію щодо суб'єктів формування кримінально-виконавчої політики, використовує критерій «впливають» для позначення сутнісної позиції участі науковців у формуванні означеного різновиду державної політики у сфері виконання кримінальних покарань. Вважаємо, що використання подібних оціночних критеріїв підштовхує до формування окремої групи суб'єктів кри-

мінально-виконавчої політики, які окремо від суб'єктів формування політики формуватимуть окремий «пул» суб'єктів, які «впливають на формування політики». Вважаємо такий підхід дещо необґрунтованим, адже за таких умов формуватимуться додаткові групи суб'єктів кримінально-виконавчої політики, що не кращим чином впливатиме на чітке сприйняття суб'єктного фактору сучасної кримінально-виконавчої політики. Наприклад, така логіка побудови системи суб'єктів політики окремо від суб'єктів формування кримінально-виконавчої політики також впливатиме на суб'єктів реалізації цієї політики, адже запропоноване авторкою може породжувати теоретичну концепцію утворення групи суб'єктів, які «впливають на реалізацію кримінально-виконавчої політики», цим фактично утворюючи додаткову групу суб'єктів.

Така розгалуженість системи суб'єктів кримінально-виконавчої політики, як уже зазначалось, матиме здебільшого негативний вплив на конкретизовану систематизацію цього різновиду суб'єктів. На наше переконання, науковців доцільно відносити до суб'єктів формування політики кримінально-виконавчого права без відокремлення додаткових умов позначень щодо їхнього статусу, будь то визначення «впливають» або будь-яке інше. При цьому є цілком слушним зосередження уваги авторки на тому, що науковці меншою мірою впливають на формування кримінально-виконавчої політики. Вважаємо, що цей вплив не є таким змістовним, як вплив державних органів, але все ж таки діяльність учених у вигляді вироблення відповідних наукових доктрин, концепцій, методик тощо є частиною діяльності з формування кримінально-виконавчої політики нашої держави, й вагомість цього напряму діяльності важко переоцінити.

Авторський колектив підручника «Кримінально-виконавче право України» за загальною редакцією О.М. Джужи визначає, що суб'єктами формування та розвитку кримінально-виконавчої політики є ВРУ (визначення засад внутрішньої політики, прийняття законів, у тому числі кримінальних і кримінально-виконавчих, актів амністії тощо), Президент (питання помилування засуджених тощо),

КМУ (прийняття постанов стосовно здійснення внутрішньої політики держави) [4, с. 15]. Кримінально-виконавча політика, на думку авторів, реалізується такими суб'єктами, як Державний департамент України з питань виконання покарань (далі – ДДУПВП) (результати цієї діяльності відображаються у рішеннях колегії, наказах, інструкціях тощо); Президент (визначення порядку здійснення помилування); КМУ (прийняття постанов щодо харчування засуджених, їх медичного і побутового забезпечення) [4, с. 16]. Аналогічної позиції щодо суб'єктів формування політики дотримуються А.П. Гель, Г.С. Семаков, І.С. Яковець [5, с. 21]. При цьому автори зазначають, що, на їхню думку, до суб'єктів реалізації кримінально-виконавчої політики належать: Мін'юст, ДДУПВП, громадські організації [5, с. 23].

А.Х. Степанюк суб'єктом формування кримінально-виконавчої політики вважає ВРУ, а до суб'єкта реалізації цієї політики відносить ДДУПВП [6, с. 5]. Аналогічної позиції дотримується О.Г. Кальман, який зазначає, що кримінально-виконавча політика України формується законодавчою гілкою влади, а реалізується у законодавстві, що регулює діяльність органів і установ виконання покарань, та в діяльності відповідних органів і установ [7, с. 8]. В.М. Трубніков, В.П. Філонов, А.І. Фролов відстоюють позицію, що суб'єктами формування та розвитку політики у сфері виконання покарань є ВРУ, Президент, громадські організації. На думку авторів, цей різновид внутрішньодержавної політики реалізується у різних формах, насамперед у нормах кримінально-виконавчого законодавства, а також у рішеннях Уряду України, пов'язаних із питанням відбування кримінальних покарань. Також цю політику реалізують силові структури держави (ЗСУ, МВС, спецпідрозділи та ін.), громадські організації [8, с. 20]. Автори підручника «Кримінально-виконавче право України» за загальною редакцією О.М. Литвинова та А.Х. Степанюка вказують, що суб'єктами формування та розвитку кримінально-виконавчої політики є Президент України, КМУ, та ВРУ [9, с. 26]. До суб'єктів реалізації цієї політики автори відносять Державну пенітенціарну службу України (далі –

ДПтСУ) (правонаступник ДДУПВП) та громадські організації [9, с. 28]. В.І. Олефір, О.Г. Колб, Н.З. Рогатинська, В.Є. Ткачук, С.В. Банах підкреслюють, що до суб'єктів формування та розвитку державної політики у сфері виконання та відбування кримінальних покарань належать: Президент, ВРУ, КМУ, Державна кримінально-виконавча служба України (далі – ДКВСУ), Державна пенітенціарна служба України (далі – ДПтСУ) [10, с. 76].

В.В. Кондратішина до суб'єктів формування кримінально-виконавчої відносить: народ (ст. 5 Конституції України); Президента та інші органи державної влади (ст. 6 Конституції України); органи місцевого самоврядування; партії та інші об'єднання громадян, що зареєстровані в установленому законом порядку; міжнародні організації, учасником яких є Україна; науковців. До суб'єктів реалізації цієї політики авторка відносить органи та установи виконання покарань, а також громадськість [11, с. 53]. На запропонованій позиції слід зупинитися окремо. Так, у визначеній системі суб'єктів формування кримінально-виконавчої політики авторкою згадується народ як суб'єкт формування кримінально-виконавчої політики. Науковець наводить положення ст. 5 Конституції України, де народ визначається єдиним джерелом влади та реалізує цю владу безпосередньо або через органи влади. Такий «реверанс» В.В. Кондратішиної в бік ключової демократичної засади нашої держави у вигляді народовладдя заслуговує на увагу, проте вплив народу на формування кримінально-виконавчої політики позбавлений будь-якої безпосередності. Вплив народу на формування кримінально-виконавчої політики є опосередкованим, причому такий критерій впливу відбувається за загальним правилом доступу народу до влади шляхом реалізації виборчого процесу. Загальний інститут виборчого права торкається відповідного конституційного права громадян, внаслідок реалізації якого формуються органи державної та місцевої влади. Вважати, що подібний правовий механізм доступу народу до влади та відповідного її формування є критерієм реалізації кримінально-виконавчої політики, є досить сумнівним фактором.

Вищенаведені погляди вітчизняних вчених, які займаються дослідженням питання щодо визначення суб'єктів кримінально-виконавчої політики, свідчать про наявність достатньо різних позицій стосовно окреслення кола суб'єктів, які формують цей різновид внутрішньодержавної політики нашої держави. Різноманітність вищевказаних позицій зумовлена сутнісною характеристикою кримінально-виконавчої політики нашої держави, а також специфікою діяльності певного державного органу. При цьому додатковий розподіл суб'єктів кримінально-виконавчої політики на тих, хто формує, та тих, хто реалізує цей різновид внутрішньодержавної політики, не є безспірним. На наше переконання, формування та реалізація як ключові напрями в здійсненні кримінально-виконавчої політики є складовими елементами фактично одного змістовного та багатоаспектного процесу, який здійснюється у внутрішньодержавній сфері нашої держави. Зазначені елементи невід'ємно пов'язані між собою, враховуючи суб'єктів кримінально-виконавчої політики та особливості діяльності, що провадиться ними, тому проведення межі розподілу між формуванням кримінально-виконавчої політики та її реалізацією є штучною спробою розділити єдиний

механізм внутрішньодержавної політики, що реалізується у сфері виконання кримінальних покарань. Обґрунтування цієї позиції наводитиметься далі під час визначення суб'єктів кримінально-виконавчої політики. Враховуючи вказані складники, які, на наш погляд, слід враховувати під час визначення переліку суб'єктів формування й реалізації (здійснення) кримінально-виконавчої політики, вважаємо за доцільне навести особистий погляд щодо складу групи суб'єктів, які здійснюють цей різновид внутрішньодержавної політики нашої держави.

Висновки. Питання визначення суб'єктів кримінально-виконавчої політики України є вельми дискусійним у вітчизняному науковому середовищі. Складність однозначного вирішення вказаного питання полягає у векторності здійснення кримінально-виконавчої політики. Враховуючи цю специфіку кримінально-виконавчої політики, суб'єкти, що її здійснюють, фактично виконують комплекс дій з її формування та реалізації. Ця специфіка впливає на визначення переліку суб'єктів формування і реалізації кримінально-виконавчої політики, до якого фактично належать: ВРУ, Президент України, КСУ, КМУ, Мін'юст, ДКВСУ, громадські організації, релігійні організації, науковці.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Політологія : курс лекцій. URL : <http://www.info-library.com.ua/books-text-6663.html>
2. Краснякова А.О. Політична суб'єктність : умови становлення та ознаки розвитку. URL : https://lib.iitta.gov.ua/9168/1/%D0%9A%D1%80%D0%B0%D1%81%D0%BD%D1%8F%D0%BA%D0%BE%D0%B2%D0%B0_%D0%90%D0%BD%D0%B3%D0%A3%D0%BA%D1%80_2.pdf
3. Кернякевич-Танасійчук Ю.В. Кримінально-виконавча політика України : дис. ... д-ра юрид. наук. Івано-Франківськ, 2019. 535 с.
4. Джужа О.М. Кримінально-виконавче право України. Київ : Юрінком Інтер, 2002. 448 с.
5. Гель А.П. Кримінально-виконавче право України. Навчальний посібник. Київ : Юрінком Інтер, 2008. 623 с.
6. Голіна В.В. Кримінально-виконавче право України. Підручник. Харків : Право, 2011. 328 с.
7. Кальман О.Г. Проблеми кримінально-виконавчого права. Навчальний посібник. Чернігів : ПАТ «ПВК «Десна», 2012. 336 с.
8. Трубников В.М. Уголовно-исполнительное право Украины. Учебник. Донецк, 1999. 639 с.
9. Литвинов О.М. Кримінально-виконавче право України. Київ : Дакор, 2015. 632 с.
10. Олефір В.І. Кримінально-виконавче право України. Навчальний посібник. Київ : Центр учбової літератури, 2016. 260 с.
11. Кондратішина В.В. Кримінально-виконавча політика України : формування та реалізація : дис. ... канд. юрид. наук. Львів, 2009. 275 с.

ІНОЗЕМНИЙ ДОСВІД ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

УДК 34.01

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.41>

ВОСПРИЯТИЕ КОНЦЕПЦИИ СОЦИАЛЬНОГО ПРЕДПРИЯТИЯ И ДРУГИЕ КОМПОНЕНТЫ ПРЕДЛАГАЕМОЙ РЕФОРМЫ ПРАВОВОЙ ОСНОВЫ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН

Карагусов Фархад Сергеевич,

доктор юридических наук, профессор,

партнер

ОО «K&T Partners (Кей энд Ти Партнерс)»,

член Международной академии сравнительного права (IACL)

В статье предлагается обновление правового института юридических лиц в рамках модернизации казахстанского законодательства в целом. В том числе предложены, наряду с совершенствованием общих положений ГК в юридических лицах, восприятие концепции юридического лица публичного права, модернизация корпоративного законодательства и реформирование законодательства о некоммерческих организациях, а также развитие правовой основы создания и деятельности социальных предприятий как существенные компоненты предлагаемой реформы юридических лиц. При этом сделан вывод, что в настоящий момент социальные предприятия по общему правилу признаются частными организациями со статусом юридического лица. Вместе с тем сама направленность деятельности социальных предприятий, имеющая общественно-значимый характер, позволяет участие в деятельности социальных предприятий также и организаций, признанных юридическими лицами публичного права.

Ключевые слова: концепция правовой политики Республики Казахстан, социальные предприятия, некоммерческие организации, юридические лица, корпоративное законодательство.

Карагусов Фархад. Сприйняття концепції соціального підприємства та інші компоненти пропонованої реформи правової основи юридичних осіб у Республіці Казахстан

У статті пропонується оновлення правового інституту юридичних осіб у межах модернізації казахстанського законодавства загалом. У тому числі запропоновано, поряд з удосконаленням інших положень ГК у юридичних особах, створення концепції юридичної особи публічного права, модернізація корпоративного законодавства та реформування законодавства про некомерційні організації, а також розвиток правової основи створення та діяльності соціальних підприємств як суттєвих компонентів, що пропонують реформи юридичних осіб. При цьому зроблено висновок, що нині соціальні підприємства, за загальним правилом, визнаються приватними організаціями із статусом юридичної особи. Водночас сама спрямованість діяльності соціальних підприємств, що має суспільно значущий характер, дозволяє участь у діяльності соціальних підприємств також і організацій, визначених юридичними особами публічного права.

Ключові слова: концепція правової політики Республіки Казахстан, соціальні підприємства, некомерційні організації, юридичні особи, корпоративне законодавство.

Karagussov Farkhad. Perception of the social enterprise Concept is another component of the proposed reform of the legal framework of legal entities in the Republic of Kazakhstan

Based on the analysis of the Concept of Legal Policy of the Republic of Kazakhstan, the article analyzes approaches to the modernization of Kazakhstani legislation in terms of updating the legal institution of legal entities. It has been established that the development of the legal

institution of legal entities is conditioned by the need for significant modernization of Kazakhstani legislation. It is proposed to consider the development of the legal basis for the creation and operation of social enterprises as a separate component of the reform of legal entities, along with the improvement of the general provisions of the Civil Code in legal entities and the perception of the concept of a legal entity of public law. The concept of "corporate legislation" is proposed to refer to the legislation of corporate-type commercial organizations. The modernization of corporate law is proposed as the second component of the reform of the legal entity system. It is noted that the proposal to reform the legislation on non-profit organizations followed from the institution of private law and was taken into account to a certain extent in the preparation of the draft Concept of the legal policy of the Republic of Kazakhstan, including in paragraph 4.5 where it is stated that "modernization of legislation in non-profit organizations is required." It is concluded that at the moment social enterprises, as a general rule, are recognized as private organizations with the status of a legal entity. At the same time, the very orientation of the activities of social enterprises, which has a socially significant character, allows participation in the activities of social enterprises and organizations recognized as legal entities of public law.

Key words: *Concept of legal policy of the Republic of Kazakhstan, social enterprises, non-profit organizations, legal entities, corporate legislation.*

Развитие правового института юридических лиц обусловливается необходимостью существенной модернизации казахстанского законодательства, в результате чего комплексное решение должен получить целый ряд взаимосвязанных задач. Для этого потребуются гармонизация национального права с законодательством большинства экономически и культурно развитых государств, а также осуществление важных мероприятий, направленных на повышение доверия иностранных инвесторов к правовой системе Казахстана.

Одновременно необходимыми на этом пути представляются шаги по укреплению нашего внутреннего правопорядка, в том числе за счет создания более благоприятных условий для ведения предпринимательской деятельности, соблюдения всеобщего (публичного) интереса и прав всех категорий заинтересованных по отношению к каждому отдельному бизнесу лиц, а также снижению конфликтности в отношениях между участниками гражданского оборота и уменьшению социальных издержек в связи с участием государства в экономической деятельности.

В ряде случаев (как, например, в вопросах совершенствования корпоративного законодательства) для такого развития института юридических лиц достаточным будет восприятие новых механизмов осуществления и защиты прав участников оборота, а также их взаимодействия между собой в рамках деловых и экономических отношений. В других ситуациях,

включая законодательное восприятие концепции юридического лица публичного права и развитие законодательства о некоммерческих организациях, потребуется осуществление более существенных изменений, которые более точным было бы определять уже как правовую реформу.

При этом комплексность подхода к такой модернизации казахстанского законодательства заключается не только в том, чтобы развивать (хотя и согласованным образом) только институт юридических лиц. Полноценная реформа института юридических лиц невозможна без реформы вещного права (в том числе без признания публичной собственности и определения ее правового режима [более подробно об этом: 1, с. 248–268]), без давно обсуждаемого отказа от права хозяйственного ведения [более подробно об этом: 2, с. 17–18]), договорного права (например, договора доверительного управления имуществом, как показано ниже в данной статье) и других институтов гражданского законодательства. Не менее важным является более однозначное определение таких понятий, как «всеобщее благо» и «публичный интерес», придание более определенного значения термину «заинтересованные лица», а также формирование эффективной системы охраны и защиты публичного интереса, соблюдения интересов заинтересованных лиц [о понятиях «всеобщее благо» и «публичный интерес» в казахстанском законодательстве: 3].

Очевидно, что успех реформы существующей системы юридических лиц будет обусловлен изменением экономической и социальной политики государства, определением защиты всеобщего блага и публичной собственности в качестве важнейшего приоритета его функционирования. Существенным условием успеха такой реформы также является повышение уровня правовой культуры граждан на основе такого понимания, что реализация частного интереса и осуществление субъективных прав каждым отдельным субъектом не допустимо без соблюдения публичного интереса, прав и интересов других субъектов гражданского оборота, без охраны всеобщего блага.

Примечательно, что на текущем этапе распространение получает такое понимание, что «именно Гражданский кодекс Казахстана в наиболее полной мере формирует экономическую философию Республики – капиталистическую экономику, основанную на свободном предпринимательстве и частной собственности, свободе договора и равноправии всех участников рынка, включая государство» [4, с. 13].

Вместе с тем следует принимать во внимание то, что на протяжении уже нескольких десятилетий на международном и глобальном уровнях все большее распространение получает понимание того, что, показав впечатляющие успехи в достижении экономического роста, капитализм теперь чаще всего рассматривается как «проигрывающая» концепция. В литературе отмечается, что капитализм, безусловно, послужил развитию среднего класса, но он также усилил неравенство на всех уровнях. Даже если говорить, что мировая экономика выгадала от развития капитализма и свободного рынка, надо признать и то, что преобладающая сегодня экономическая система также стала причиной социального неравенства, хронической безработицы, рецессии и нестабильной эксплуатации окружающей среды.

В публикациях подчеркивается, что свободный рынок не смог разрешить проблемы, возникшие в связи с распространением капитализма, и потребовалось внешнее вмешательство правительств благополучных государств для того, чтобы как-то исправить рыночные искажения

(при этом осуществив это все же под знаменем демократии, равного распределения и равных возможностей).

В этой связи все более громкими становятся призывы со стороны гражданского общества, отдельных институтов и организаций о формировании более «моральной экономики», «гуманной», более «солидарной» экономики. Распространение получает возрождаемая концепция социальной экономики (social economy).

При этом сам термин «социальная экономика», хотя и имеет различные определения, понимается как возможный способ развития государства и рыночных участников, нацеленных на извлечение прибыли, в сторону более справедливого и устойчивого человеческого развития [5].

Социальная экономика означает все виды хозяйственной деятельности, осуществляемой предприятиями/организациями различных, хотя и определенных законом, правовых форм с соблюдением следующих принципов: (а) больший акцент в своей деятельности на предоставление услуг членам самого предприятия или сообществу (обществу), нежели на извлечении прибыли, (б) независимость управления предприятием и ведения его дел, (в) демократический способ принятия решений членами предприятия (подобно принятому в кооперативах) и (г) в процессе функционирования предприятий придание приоритета людям и их трудовой деятельности, а не капиталу за счет распределения полученного дохода [6, с. 98].

Оговорюсь, что социальная экономика и ее сопоставление с капиталистической экономикой не являются предметом данной статьи. Упомянутые выше последствия развития капитализма, предпринимаемые меры по уменьшению их негативного эффекта и возможное развитие социальной экономики как способа решения каких-то из существующих проблем, в частности, в сфере гражданского оборота отмечены только в том контексте, что отношение к Гражданскому кодексу Республики Казахстан (ГК) как философской основе капиталистической экономике в нашей стране может утратить актуальность, поскольку содержащиеся в нем положения не в достаточной мере способ-

ствують забезпеченню і захисту прав всіх категорій наших громадян. Крім того, при восприятті концепції соціальних підприємств потребується в ГК уточнити класифікацію юридических осіб і регламентувати організаційно-правові форми для соціальних підприємств.

В частині, при такому існуючому розумінні ролі ГК (як вказано вище) за межами охоронного і регулюючого дії його норм діють багато категорій громадян, по тем або іншим причинам не можуть вести підприємницьку діяльність на основі капіталістичного способу господарської діяльності, але потребують в соціальній інтеграції (реінтеграції) і/або джерелі доходу для підтримки гідного рівня життя.

Незалежно від того, буде чи в Казахстані поставлено мету розвитку соціальної економіки або ні, актуальним для нас є створення правових і організаційних умов для діяльності організацій, обумовленої потребами вразливих соціальних груп населення в тому, щоб їх потреби могли бути задоволені допомогою їх власної організації. Діяльність таких організацій історично обумовлює функціонування соціальної економіки [5], але навіть без переслідування мети створити таку економіку регулювання і підтримка діяльності згаданих організацій дозволить вирішити суттєві проблеми поточного етапу соціально-економічного розвитку нашої країни.

Во багатьох сучасних державах такі організації об'єднуються одним терміном – «соціальні підприємства» («social enterprises»), а в професійному юридическому середовищі широке поширення отримало обговорення про юридическі особливості соціальних підприємств, їх відмінності від комерційних і некомерційних організацій, а також про найбільш цілеспрямований регулювання їх правового положення і їх діяльності.

Ураховуючи такий науковий і політичний дискурс, восприяття концепції соціального підприємства казахстанським громадянським правом може вже в найближчому майбутньому стати актуальним для

нашої правової системи. Розвиток правової основи створення і діяльності соціальних підприємств пропонується розглядати як окремий компонент реформи юридических осіб поряд з вдосконаленням загальних положень ГК про юридическі особи і восприяттям концепції юридическої особи публічного права, а також розвитком корпоративного законодавства і реформуванням законодавства про некомерційні організації.

Говорячи про такий компонент пропонуваної реформи системи юридических осіб, як регулювання правового положення ЮЛПП, відзначаю, що в Концепції правової політики Республіки Казахстан на період з 2010 до 2020 року піднімався питання про можливість «вирішення питання про розподіл на юридическі особи публічного і приватного права» [7].

Во другій половині 2017 року по замовленню НПП «Атамекен» нашої робочої групи під керівництвом академіка Сулейменова М.К. проведено широке дослідження стосовно поняття юридическої особи публічного права (ЮЛПП) і досвіду регулювання правового статусу і діяльності ЮЛПП в іноземних правових системах. Розгорнутий звіт представлено Замовнику в січні 2018 року [8].

В 2018 році також по замовленню НПП «Атамекен» проведено дослідження законодавства Республіки Казахстан на предмет можливості і перспектив восприяття правового інституту ЮЛПП казахстанським правом, по результатам якого замовнику представлені аналітичні звіти з Концепцією впровадження інституту ЮЛПП в правову систему Казахстану [9] і з рекомендаціями про необхідні для цього заходи [10].

Розроблена нашої робочою групою згадана Концепція впровадження інституту ЮЛПП в правову систему Казахстану ґрунтувалася на наступних висновках:

1) ЮЛПП створюються для участі держави в громадянському/майнавому обороті; в тому числі ЮЛПП є формою використання державного майна в господарському обороті по призначенню, в той час як другою формою є безпосереднє участь

государства в имущественных отношениях, для чего государство Республика Казахстан и административно-территориальные единицы признаны самостоятельными субъектами гражданско-правовых отношений (по общему правилу, согласно действующему ГК Казахстана «к государству и административно-территориальным единицам применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством»; но после введения в казахстанское законодательство понятия ЮЛПП государство и административно-территориальные единицы целесообразно непосредственно признать юридическими лицами публичного права);

2) ЮЛПП не нужны для исполнения государством публично-правовых функций, функций государственного управления, реализуемых посредством государственных органов (поэтому, за исключением особых случаев, государственные органы не должны иметь самостоятельную гражданскую правосубъектность, и они не должны признаваться юридическими лицами; вместе с тем, допускается в определенных случаях, при наличии определенных условий, делегирование определенных государственных функций специально созданным для этого ЮЛПП);

3) участие государства в имущественном обороте обуславливается существованием конституционно признанного всеобщего блага: оно служит критерием надлежащего функционирования государства и естественного ограничения свободы реализации субъективных имущественных прав как государством, так и негосударственными субъектами (включая юридических лиц, иные организации и граждан);

4) участие государства в имущественном обороте ограничивается потребностью и рамками осуществления всеобщего (публичного) интереса: его соблюдение служит основанием для определения содержания и пределов осуществления компетенции государственных органов и субъектов, на которых возложены (или которым делегированы) функции государства;

5) юридические лица публичного права могут учреждаться как коммерче-

ские и как некоммерческие организации, однако правоспособность любого ЮЛПП всегда является строго (или узко) специальной, что позволяет контролировать целевой характер деятельности соответствующей организации, соблюдение ею планов и бюджетов, а также обоснованно решать вопрос о ее сохранении в качестве самостоятельного субъекта оборота;

6) ЮЛПП могут создаваться в тех организационно-правовых формах, которые предусмотрены законом для юридических лиц частного права соответствующего вида, и придумывать отдельные организационно-правовые формы для ЮЛПП не является ни целесообразным, ни обоснованным.

Результаты проведенных исследований, включая подготовленную Концепцию, в определенной степени учтены их вышеупомянутым заказчиком (НПП «Атамекен») при формулировании им концепции «Внедрение института «Юридических лиц публичного права» в национальное законодательство», которая в данное время обсуждается на разных уровнях [подробнее об этом: 11]. В частности, в ней предлагается принятие специального закона о ЮЛПП, что имеет прецеденты в зарубежных правовых системах и может считаться обоснованным в условиях Казахстана, в том числе с учетом особенностей нашей правовой системы.

Вместе с тем следует отметить, что для надлежащего отражения концепции ЮЛПП в казахстанском законодательстве, как и для полноценного восприятия концепции ЮЛПП в казахстанской правовой действительности (особенно в связи с тем, что внедрение ЮЛПП потребует ликвидации государственных предприятий), принятия одного закона о ЮЛПП, и даже соответствующих изменений в ГК, не будет достаточным. В данном случае важным является следующее:

1) классификация юридических лиц, основания возникновения ЮЛПП, а также возможность использования организационно-правовых форм юридических лиц частного права при учреждении ЮЛПП должны быть предусмотрены в ГК; по этому пути, с учетом опыта Германии, других развитых стран и ряда стран бывшего СССР, в данный момент реформи-

руется Гражданский кодекс Узбекистана, и такое развитие (хотя и при наличии комментариев относительно содержания конкретных норм) представляется методологически обоснованным и наиболее целесообразным [подробнее об этом: 12];

2) для принятия законов и реализации правовых норм о ЮЛПП потребуется разработка подробного плана мероприятий (дорожной карты) на достаточно длительный период для того, чтобы опыт учреждения и деятельности ЮЛПП укоренился в казахстанской практике и принес свои ожидаемые плоды.

Следует понимать, что восприятие концепции ЮЛПП национальной правовой системой является серьезной реформой гражданского законодательства, призванной искоренить многие искажения законодательства и практики управления государственным имуществом. Эта реформа повлечет за собой существенные изменения во многих правовых институтах и даже отраслях законодательства (и таковые должны быть осуществлены согласованно и комплексно).

В качестве примера можно привести нормы ГК о государственных предприятиях и договоре доверительного управления. В частности, согласно пункту 1 статьи 884 ГК допускается, чтобы учредителем доверительного управления мог быть не только собственник, но и субъект иного вещного права или компетентный орган, уполномоченные на передачу имущества в доверительное управление. В результате на практике стали возможными договоры, на основании которых государственный орган передает в доверительное управление частному лицу государственные предприятия на праве хозяйственного ведения, при этом допуская отчуждение доверительным управляющим переданного ему в управление имущества (в том числе имущества, закрепленного за самим госпредприятием), хотя и с согласия учредителя [13].

В такой ситуации игнорируется то, что: (1) доверительное управление есть форма распоряжения имуществом, и такое полномочие может быть принадлежать только собственнику, (2) хотя любое госпредприятие в большей степени и является объектом имущественных прав, и оно может

рассматриваться в качестве имущественного комплекса, за ним все же признается правосубъектность и самостоятельность юридического лица, и (3) любое государственное предприятие является само по себе формой использования государственного имущества в хозяйственной деятельности и управляется созданными в соответствии с законом его органами / органами юридического лица.

Заключение таких договоров существенным образом (и необоснованно!) увеличивает социальные издержки, служит источником коррупционной деятельности. Такая практика может повлечь нарушение законов о государственном имуществе и приватизации, а также создает условия для необоснованного и, при этом, непрозрачного присвоения публично значимого имущества частными предпринимателями.

В этой связи принятие законодательства о ЮЛПП, упраздняющего как форму госпредприятия, так и право хозяйственного ведения, а также устанавливающего прозрачные механизмы контроля деятельности ЮЛПП, позволит ликвидировать и подобную, мягко говоря, неоднозначную практику в деятельности государственных органов.

В любом случае предложенные нашей рабочей группой рекомендации о включении в состав казахстанского законодательства конкретных норм, относящихся к правовому положению ЮЛПП, а также «инструкция» о поэтапных процессах по внедрению в национальную правовую систему Республики Казахстан норм, относящихся к правовому положению ЮЛПП [14], нами настойчиво рекомендуются к внимательному изучению и учету в процессе соответствующей законодательной деятельности.

Как уже отмечено, проведение такой необходимой для Казахстана реформы нуждается в довольно длительном периоде, и она, по крайней мере, «заслуживает» того, чтобы ее осуществление было отражено в Концепции правовой политики. В этой связи, коллектив Института частного права при разработке проекта Концепции правовой политики Республики Казахстан до 2030 года неоднократно предлагал предусмотреть в ГК классификацию юридических лиц на юридические

лица публичного права и юридические лица [частного права], а также разработать, утвердить и реализовать в законодательстве Концепцию внедрения института юридических лиц публичного права [например: 15, подпункт б) п. 3.2.1].

Однако, в опубликованном проекте Концепции правовой политики до 2030 года об этой важной работе, к сожалению, нет упоминания [16]. Это может привести к задержкам в восприятии новой для нашего права концепции ЮЛПП, либо к ее ненадлежащему (неэффективному) восприятию.

Что касается совершенствования корпоративного законодательства, то это понятие предлагается относить к законодательству о коммерческих организациях корпоративного типа. Модернизация корпоративного законодательства предлагается в качестве второго компонента реформы системы юридических лиц [17, слайды 11–16].

В результате сотрудничества ТОО «Рид Смит» с профессором Ф. Карагусовым в декабре 2018 года была подготовлена первоначальная редакция Рекомендаций по совершенствованию корпоративного законодательства Республики Казахстан, которые в окончательной редакции были представлены к публичному обсуждению в 2020 году [18]. По своей сути, в этих Рекомендациях излагается концепция модернизации казахстанского корпоративного законодательства.

В своих предложениях по дальнейшему развитию гражданского законодательства сотрудники Института частного права вполне определенно предлагают конкретные дополнения в ГК, с учетом которых «необходимо разработать, утвердить и реализовать в законодательстве Концепцию модернизации корпоративного законодательства Республики Казахстан» [15, подпункт 1 п. 3.2.2].

К сожалению, в опубликованном проекте Концепции правовой политики до 2030 года предложения можно обнаружить лишь отдельные из предложенных аспектов улучшения законодательной основы. Однако системная модернизация корпоративного законодательства в этом проекте не предусмотрена.

Избегая повторения в настоящей статье содержания вышеупомянутых Реко-

мендаций по совершенствованию корпоративного законодательства Республики Казахстан, подчеркну, что большинство предлагаемых в ней аспектов совершенствования правового регулирования основано на идее надлежащего корпоративного управления. И в данном случае необходимо понимать, что корпоративное управление является органическим признаком существования любой организации корпоративного типа (то есть организации, основанной на членстве).

Надлежащее корпоративное управление обуславливает эффективность управления компанией и ведения ее дел, защиты ее имущественных интересов, а также соблюдения и охраны прав акционеров (участников) компании и иных заинтересованных лиц.

В казахстанском законодательстве легальная дефиниция корпоративного управления в настоящее время содержится в нормативном правовом акте Национального Банка Республики Казахстан, где этот термин определяется следующим образом: «корпоративное управление – [это] система взаимоотношений между правлением банка, советом директоров, акционерами, руководящими работниками и аудиторами, а также взаимоотношения между уполномоченными коллегиальными органами банка. Система корпоративного управления позволяет организовать распределение полномочий и ответственности, а также построить процесс принятия корпоративных решений» [19, подпункт 9) п. 2].

Несмотря на то, что определение устанавливается применительно к банкам, его содержание является, во-первых, применимым к любым иным компаниям, которые являются коммерческими организациями корпоративного типа, и, во-вторых, оно в целом соответствует пониманию корпоративного управления согласно международным стандартам корпоративного управления. В частности, согласно принятым ОЭСР Принципам корпоративного управления «корпоративное управление включает в себя систему взаимоотношений между менеджментом компании, её советом директоров, её акционерами и иными заинтересованными лицами. Корпоративное управление также определяет

структуру, с помощью которой устанавливаются цели компании, а также способы достижения этих целей и мониторинг результатов деятельности» [20, с. 9].

С учетом этого очевидно, что без корпоративного управления ни одна компания не может существовать, поскольку иного механизма согласования воли акционеров (участников) компании, учета интересов самой компании, обеспечения ответственного управления и ведения ее дел, а также соблюдения прав заинтересованных лиц еще не придумано.

В этой связи представляется целесообразным совершенствование корпоративного законодательства строить на той идее, что, во-первых, любая компания является участником социально-экономических связей, а ее деятельность затрагивает интересы широкого круга лиц, в том числе не участвующих в капитале компании, и следовательно (значит, во-вторых), извлечение дохода уже не следует определять ни в качестве цели деятельности компании, ни в качестве критерия разграничения коммерческих и некоммерческих организаций (как это предусмотрено в пункте 1 статьи 34 ГК).

В современной литературе признается, что «все компании и корпорации во всем мире преследуют одну цель: получение прибыли для максимизации прибыли акционеров. Чтобы добиться этого, могущественные корпорации и бизнесмены избегают налогов, сводящих на нет налоги, эксплуатируют низкооплачиваемых рабочих и сокращают возможности рабочих на коллективных переговорах, снижают заработную плату, лоббируют правительства и учреждения» [5].

Профессор Ю.Г. Басин также обращал внимание на проблемы, вытекающие из концентрированности деятельности компаний на извлечении дохода. При этом, он выражал однозначное мнение о том, что «бурное развитие экономики и многократно возросшее разнообразие экономических связей все более настойчиво требуют соответственного изменения такой позиции, во всяком случае – ее конкретизации». Отмечая естественность «стремления создателей и последующих участников коммерческого юридического лица получить как можно больше доходов за

счет других участников рыночного оборота», он полагал необходимым бороться с такой «жадностью, но жадностью интенсивно питающей предприимчивость, поиски все новых форм выгодных юридических отношений», «не только путем запретов совершения определенных видов сделок и даже не столько этим путем, сколько активной защитой своих интересов всеми участниками рынка и динамичной, с учетом непрерывного обновления правовых форм, организацией товарно-денежного оборота» [21, с. 136–137].

Также по этому вопросу совершенно обоснованно высказался Davies, однако, утверждая, что общее признание получила точка зрения о том, что на практике публичные компании действуют не только, и не столько, с намерением получения максимальной прибыли для своих акционеров, но в большей степени для увеличения своего размера и повышения важности компании для рынка [22, с. 68].

В связи с этим вспоминаются времена перехода к новой системе законодательства сразу после распада СССР (до принятия ГК в 1994 году), когда в уставах большинства учреждавшихся хозяйственных обществ (как правило, АО и ТОО) целью деятельности юридического лица указывалось удовлетворение спроса на товары и услуги, производство товаров или что-то еще подобное. Представляется, что таким образом определялось значимое место создаваемого юридического лица в системе хозяйственных связей и общественных отношений, проявлялось осознание его деятельности в более широких социально важных интересах, чем заинтересованность в получении максимально возможной прибыли его учредителями. Такая формулировка цели дисциплинирует компании, их руководителей и акционеров (участников), побуждая соблюдать права и других категорий заинтересованных лиц.

В этом контексте Davies также называет общепризнанным обстоятельством то, что существование и деятельность компаний затрагивает правомерные интересы значительно более широкого круга заинтересованных лиц, не ограничиваясь интересами акционеров компании, в связи с чем у компаний появляется широкий

круг обязанностей социального характера [22, с. 66–68].

Сегодня это признано в содержании Принципов корпоративного управления Организации Экономического Сотрудничества и Развития (ОЭСР) [20], основанного на них Руководства о принципах корпоративного управления для банков Базельского комитета по банковскому надзору (Базельские принципы) [23], и многих других источников передовой практики корпоративного управления. Так, в соответствии с передовой практикой корпоративного управления понятие «заинтересованные стороны» (стейкхолдеры) получило вполне определенное значение в сфере корпоративных отношений.

В частности, заинтересованные стороны – это отдельные граждане или группы лиц, на которых прямо или косвенно влияет деятельность компании, а также те, кто может иметь интересы в связи с осуществлением деятельности компании и/или иметь возможность положительно или отрицательно повлиять на ее результаты. Заинтересованными сторонами могут признаваться местные сообщества или отдельные лица, их официальные и неофициальные представители, центральные или местные органы власти, политики, религиозные лидеры, организации гражданского общества и группы с особыми интересами, академическое сообщество или другие субъекты.

Передовая практика корпоративного управления предполагает взаимодействие компаний с ее заинтересованными сторонами. Сам термин «взаимодействие с заинтересованными сторонами» означает обеспечение широкого, инклюзивного и непрерывного процесса взаимодействия между компанией и теми, на кого может повлиять ее деятельность. Компании все чаще осознают, что плохие отношения с заинтересованными сторонами приводят к рискам для бизнеса и репутации, и все большее внимание они уделяют важности корпоративной социальной ответственности и прозрачности. В этом контексте хорошие отношения с заинтересованными сторонами являются предпосылкой хорошего управления рисками, возникающими в деятельности компании.

Взаимодействие с заинтересованными сторонами – это общий термин, охватывающий ряд конкретных действий и взаимодействий на протяжении жизненного цикла деятельности компании или отдельного осуществляемого ею проекта, включая такие, как выявление и анализ заинтересованных сторон, раскрытие информации о деятельности компании или ходе реализации отдельного проекта, консультации с заинтересованными сторонами, переговоры и партнерство с ними, обращение с их жалобами, вовлечение заинтересованных сторон в мониторинг затрагивающих их интересы проектов компании, отчетность компании перед заинтересованными сторонами, надлежащее ведение дел компании.

С учетом вышеизложенного, представляется важным как изменение законодательного отношения к определению целей деятельности любых юридических лиц (и в частности, являющихся коммерческими организациями), так и включение в состав законодательства понятия заинтересованных лиц / заинтересованных сторон в корпоративных отношениях, а также регламентация взаимодействия компаний с их заинтересованными сторонами.

Кроме того, думается, что формулировки статьи 34 ГК, разделяющие коммерческие и некоммерческие организации, не должны основываться на том, что извлечение дохода является или не является основной целью деятельности юридического лица.

Более корректным с юридической точки зрения и целесообразным с позиции обеспечения социально ответственного поведения со стороны участников делового оборота было бы установление критериев (а) допустимости распределения дохода компании среди ее участников (акционеров) и (б) скорее всего, в качестве дополнительного критерия – обязательности использования дохода некоммерческой организации на уставные цели ее деятельности.

А если учредители (акционеры, участники) коммерческого юридического лица считают необходимым указать цель создания и деятельности компании в ее уставе, то в этом же контексте было бы корректней (и достаточно) указывать не цель извлече-

ния дохода, а цель осуществления предпринимательской деятельности.

Относительно реформирования законодательства о некоммерческих организациях следует отметить, что это предложение также последовало от Института частного права [15, подпункт 3) п. 3.2.2], и оно учтено в определенной степени при подготовке проекта Концепции правовой политики Республики Казахстан, в пункте 4.5 которого указано, что «необходима модернизация законодательства о некоммерческих организациях».

Таким образом, эта работа еще предстоит, в том числе ее проведение потребует определиться с концептуальными подходами к улучшению этой отрасли гражданского законодательства. Но в данном случае хотелось бы обратить внимание на два аспекта – (1) нецелесообразность открытого перечня организационно-правовых форм, а также вредоносность практики создания новых форм в угоду субъективным интересам, с одной стороны, и (2) целесообразность более четких критериев некоммерческих организаций, с другой стороны.

По поводу первого из этих аспектов отмечу, что для целей гражданско-правового регулирования правового положения некоммерческих организаций значение имеет регламентация оснований и условий для учреждения / реорганизации / прекращения юридического лица, организация управления им и ведения его дел, а также защита прав его кредиторов и других заинтересованных сторон.

Предусмотренная в пункте 2 статьи 17 казахстанского Закона о некоммерческих организациях возможность признания самостоятельных организационно-правовых форм («в иной организационно-правовой форме могут быть образованы автономные организации образования, автономный кластерный фонд, нотариальные палаты, коллегии адвокатов, адвокатские конторы, Национальная палата предпринимателей Республики Казахстан, Палата судебных экспертов Республики Казахстан, Республиканская палата частных судебных исполнителей, Арбитражная палата Казахстана, профессиональные аудиторские организации, кооперативы собственников квартир, объединения соб-

ственников имущества многоквартирных жилых домов и другие некоммерческие организации») в зависимости, например, от того, кем создается некоммерческая организация, представляется, во-первых, создающим условия для злоупотреблений, в том числе коррупционного характера, и во-вторых, обуславливающим возникновение заметных социальных издержек, отклонения от основных принципов регулирования правового положения юридических лиц, искажения деловой практики.

Само это перечисление в указанной статье 17 Закона о некоммерческих организациях допустимых форм некоммерческих организаций «смешивает в одну кучу» объединения, создаваемые для осуществления социально-значимых целей, и объединения, основанные на членстве для цели реализации и защиты прав и/или продвижения интересов их членов, а также некорпоративные организации типа кластерного фонда, автономных организаций образования и других. При этом выделение отдельных форм обуславливается не особенностями организации (что является единственным критерием для целей гражданского законодательства), а содержанием осуществляемой деятельности и/или особенностями субъектного состава учредителей / членов объединения.

В этой связи думается, что не существует объективных оснований для расширения перечня организационно-правовых форм некоммерческих организаций. К примеру, наиболее распространенной формой некоммерческих организаций является объединение как организация корпоративного типа. Поэтому с позиций гражданского права форма объединения должна быть единой формой, используемой во всех случаях, когда некоммерческая организация учреждается в общественно значимых целях на основе членства. А содержательная сторона деятельности каждого отдельного вида некоммерческой организации той или иной организационной формы можно регулировать отдельными законами, регулирующими особые виды деятельности.

Такого же подхода целесообразно придерживаться применительно к регулированию правового положения некоммерческих организаций, создаваемых по

принципам кооператива, либо в организационных формах фонда или учреждения.

Что касается критериев некоммерческой организации, то статья 34 ГК предусматривает три таких критерия: (1) не иметь извлечение дохода в качестве основной цели своей деятельности, (2) не распределять полученный чистый доход между участниками, и (3) осуществлять свою деятельность в соответствии определенными в уставе целями.

Однако наиболее распространенными в литературе подходами является то, что только наличие двух из перечисленных критериев является определяющими для некоммерческих организаций. Вместе с тем, профессор Ю.Г. Басин подчеркивает и важность установления уставных целей именно некоммерческих организаций, и он вполне определенно указывает, что «некоммерческие юридические лица создаются для достижения управленческих, гуманитарных, политических, духовных и иных социальных целей» (в соответствии с пунктом 3 статьи 34 ГК такие цели должны быть определены в уставе организации).

В этой связи, полное согласие вызывает скептическое отношение Ю.Г. Басина к значимости первого из вышеуказанных критериев, а также его мнение о том, что «самым надежным критерием разграничения служит возможность распределения прибыли между участниками» [24, с. 94–95].

Более того, цель извлечения прибыли вообще не может быть хоть как-то формулироваться (даже и как не основная) в качестве уставной цели некоммерческой организации. Но вот социально значимая цель должна рассматриваться как определяющий признак некоммерческой организации. Ее достижение должно служить всеобщему благу либо реализации публичного интереса. Соблюдение этой цели должно быть предметом мониторинга, а в некоторых случаях (когда организация получает какие-то выгоды и привилегии в связи с осуществлением такой цели) – также и контролироваться с применением последствий при несоблюдении этих целей.

Несомненно, что потребуется установление конкретных критериев определения

соответствия деятельности заявленным уставным целям, прозрачных механизмов проверки соответствия им. Однако важно понимать, что именно осуществление некоммерческой организацией соответствующих социально значимых целей является важным основанием для того, чтобы законодательно не допускать такой возможности межвидового преобразования юридических лиц, в результате которого некоммерческая организация стала бы коммерческой организацией (в настоящее время такой запрет установлен только в отношении преобразования некоммерческого акционерного общества в коммерческое АО). Установление такого законодательного запрета важно для того, чтобы не допускать злоупотреблений, неосновательного присвоения общественно значимого имущества, умаления общественного доверия, возникновения угроз общественной стабильности и устойчивости социально-экономического развития.

Из вышесказанного следует, что какой бы компонент предлагаемой реформы системы юридических лиц не затронуть, несомненной является важность обеспечения всеобщего блага, надлежащего осуществления публичного интереса и соблюдения интересов третьих лиц (пусть и каждом случае применяются различные механизмы правового обеспечения, и устанавливаются различные границы допустимого или предписываемого поведения).

При этом, как уже отмечалось, ни регулирование некоммерческих организаций, ни (тем более) деятельность коммерческих организаций не позволяют вообще или хоть как-то эффективно решать вопросы социального благополучия, социальной интеграции граждан, снижения иждивенчества и стимулирования трудовой деятельности в качестве способа социальной адаптации и действенной меры социальной поддержки уязвимых или маргинальных слоев населения.

В том числе и внедрение ЮЛПП в казахстанскую правовую действительность также не позволит достичь в этом вопросе ожидаемого эффекта. В то же время создание соответствующих условий для решения этих проблем также следует рассматривать как публичный интерес и обеспечение всеобщего блага.

Вместе с тем, как отмечается в публичных источниках, опыт уже многих стран показывает, что местные проблемы, которые не могут быть эффективно и действительно решены государственными и коммерческими организациями, могут быть решены, по крайней мере частично, путем самоорганизации и самообеспечения граждан, относящихся к определенным категориям. В связи с этим во многих правовых порядках распространение получили *социальные предприятия* в качестве институтов так называемого третьего сектора, отличающиеся как от частных коммерческих организаций, так и от организаций публичного (государственного) сектора. Их появление является тенденцией, которую можно наблюдать в странах с различным уровнем экономического развития, благосостояния и правовых систем.

За последние три десятилетия социальные предприятия появились во многих странах ОЭСР, и сегодня они играют центральную роль в решении проблем безработицы, предоставлении важных общественно значимых товаров. При этом, они дополняют роли, уже выполняемые другими субъектами.

Согласно доступным публикациям по этому вопросу, отличительная особенность социальных предприятий заключается в том, что они являются организациями, движимыми предпринимательским духом, но ориентированными на социальные цели. То есть, как концепция и организующий принцип, термин «социальное предприятие» обозначает организацию, которая нацелена на согласование (примирение) социальных и экономических целей.

В частности, социальные предприятия функционируют как частные и автономные организации, предоставляющие товары или услуги с явной целью принести пользу сообществу. Каждое такое социальное предприятие принадлежит группе граждан и/или управляется ею, а удовлетворение материального интереса инвесторов в деятельности социальных предприятий заметно ограничен (их заинтересованность в возврате вложенных ими инвестиций в уставный капитал социального предприятия не особо учиты-

вается и обеспечивается законом; более того, ограничивается и возможность договорных конструкций в этом отношении).

Определяемые таким образом социальные предприятия могут действовать в организационно-правовых формах кооперативов, ассоциаций, фондов, организаций взаимной поддержки и других добровольных объединений. Но независимо от используемой организационной формы социальные предприятия предоставляют общественные услуги и содействуют социальной (трудовой) тех, кому угрожает социальная изоляция, включая, например, инвалидов, людей старше 50 лет, молодых людей с низкой квалификацией, молодых матерей с детьми, сельских работников и маргинализованные группы, такие как бывшие заключенные, психически больные, бездомные, иммигранты, работающие бедные, а также национальные и этнические меньшинства.

Предпосылки для полного использования важной социальной, экономической роли социальных предприятий и создания рабочих мест включают ряд основных политических и правовых мер, которые важны для создания надлежащих условий для развития социальных предприятий. В широком смысле основным требованием является создание правового контекста, который не ставил бы социальные предприятия в невыгодное положение по сравнению с коммерческими организациями [25].

Экосистема социальных предприятий довольно сложна. Она опирается на два основных столпа: (1) государственную политику, которая признает, регулирует и поддерживает такие организации с целью увеличения их числа; и (2) способность граждан к самоорганизации, которая стимулирует рост и развитие социальных предприятий снизу вверх. Эти два основных столпа формируют и влияют, в свою очередь, на ряд эволюционирующих факторов, составляющих экосистему социального предприятия.

К этим факторам относятся: (1) политическое признание и правовые формы, признанные на национальном уровне; (2) доступ к рынку; (3) государственная поддержка (для запуска и расширения, а также фискальные рамки); (4) доступ

к финансированию; (5) сети и механизмы взаимной поддержки; (6) исследования, образование и развитие навыков. При этом, как показывают исследования, экосистема формируется в результате взаимодействия всех этих факторов [26].

Очевидно, что в настоящее время в Казахстане не имеется надлежащей правовой основы для создания и функционирования социальных предприятий. Собственно, отсутствует само понятие «социального предприятия», а тем более не существует и системного правового обеспечения их деятельности. Несмотря на то, что на правительственном уровне предпринимаются серьезные шаги по снижению уровня безработицы и социальной интеграции уязвимых [27; 28], а также маргинальных категорий граждан, системный подход к восприятию концепции социального предприятия и формированию правовых рамок по поддержке их деятельности представляется целесообразным.

Мы только приступаем к углубленному изучению концепции социального предприятия, способов ее восприятия казахстанским правом и путей формирования необходимого законодательного регулирования. Вместе с тем, не вызывает сомнений целесообразность и перспективность таких исследований и соответствующей обучающей и нормотворческой деятельности. Еще не известно, как социальные предприятия будут классифицированы в нашем гражданском законодательстве, будут ли они признаны отдельным видом юридических лиц, или будет решено регулировать их как особую организационно-правовую форму, либо все будет сведено к установлению какого-то особого правового режима деятельности и поддержки социальных предприятий.

Однако же результаты уже проведенных исследований позволяют считать целесообразным, чтобы схематические изложения предлагаемой реформы системы юридических лиц по законодательству Республики Казахстан, включая концептуальные комментарии к ней, и подходов к ее осуществлению, [29] было уже сегодня дополнено указаниями на социальные предприятия как отдельный вид юридических лиц, создаваемых

как в организационно-правовых формах, уже предусмотренных для других юридических лиц, так и в особых организационных формах социальных предприятий.

Еще раз подчеркну, что обсуждение того, какой должна быть надлежащая правовая основа для деятельности социальных предприятий, носит распространенный характер на глобальном уровне.

Как отмечается в исследованиях, несмотря на то, что многие развитые правовые порядки могут предложить свой опыт в законодательном оформлении соответствующих решений, существующие модели различаются как с точки зрения определения правовых форм, конфигурации системы управления предприятием, практики осуществления прав членства и соблюдения демократических подходов к управлению предприятиями, а также того, как обеспечивается комбинация всеобщего, взаимных или частных интересов в создании и деятельности социальных предприятий. Более того, сами эти модели, при их внешнем сходстве, по-разному имплементированы в разных правовых порядках.

При этом исследователи подчеркивают именно цель создания любого социального предприятия, заключающуюся в том, чтобы объединить всеобщий / публичный интерес (социальную миссию) и частные интересы (прежде всего, в создании источника дохода для учредителей и /или инвесторов), где центральное значение придается именно социальной миссии. Эта цель обуславливает необходимость в дальнейшем изучении феномена социальных предприятий и поиска более эффективных решений в правовой поддержке их деятельности. Так, важным отмечается создание системы взаимного контроля и механизмов публичной сертификации соблюдения социальной цели деятельности предприятия (например, подтверждение соблюдения принципов справедливой торговли или этических финансов). Не менее важным в вопросе создания эффективной правовой основы социальных предприятий указывается существование такого фактора, как появление гибридных форм социального предприятия, возникающих на границе между социальной экономикой (в традиционном значении этого

понятия) и мира бизнеса, существующего для получения прибыли [30].

Именно эти факторы позволяют сделать вывод, что предлагаемое отношение к социальным предприятиям именно как к самостоятельному виду юридических лиц (наряду с коммерческими и некоммерческими организациями) обусловливается не только упомянутой выше особенностью участия социальных предприятий в экономическом обороте и их предназначением для выполнения социальных целей, и не только тем, что для социальных предприятий могут быть предусмотрены особые организационно-правовые формы, не используемые для обычной предпринимательской деятельности или деятельности некоммерческих организаций.

В настоящий момент социальные предприятия, по общему правилу, признаются частными организациями со статусом юридического лица. Вместе с тем сама

направленность деятельности социальных предприятий, имеющая общественно-значимый характер, позволяет участие в деятельности социальных предприятий и организаций, признанных юридическими лицами публичного права. Например, какие-то ЮЛПП могут быть определены в числе основных источников финансирования социальных предприятий, либо могут быть предусмотрены обязательные формы взаимодействия ЮЛПП с социальными предприятиями, в результате чего социальное предприятие может получить статус ЮЛПП или иметь значение для исполнения ЮЛПП его уставных целей и планов работ. В результате такой вид юридического лица, как социальное предприятие, может быть доступен (подобно коммерческим и некоммерческим организациям) как для юридических лиц публичного права, так и для юридических лиц частного права.

ЛИТЕРАТУРА:

1. Карагусов Ф.С. О развитии конституционных основ правового регулирования права собственности в Республике Казахстан. / В: Гражданское законодательство Республики Казахстан и других постсоветских стран: прошлое, настоящее, будущее. Материалы междунар. научно-практ. конф., посвященной 75-летию академика НАН РК, д.ю.н., профессора М.К. Сулейменова (Алматы, 29–30 сентября 2016 г.) / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: НИИ частного права Каспийского университета, Казахстанский Международный Арбитраж, 2017. 728 с. + 8 с. вклейки, а также URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37487045 (дата доступа: 15 мая 2021 г.).

2. Сулейменов М.К. Государство и гражданское право: проблемы теории и практики. В: Государство и гражданское право: Материалы международной научно-практической конференции, посвященной памяти и 85-летию со дня рождения д.ю.н., профессора Ю.Г. Басина (в рамках ежегодных цивилистических чтений), Алматы, 29–30 мая 2008 г. / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2008. 648 с.

3. Сулейменов М.К., Карагусов Ф.С., Мукашева К.В., Дүйсенова А.Е. Концепция восприятия правового института юридических лиц публичного права законодательством Республики Казахстан. URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=39594759 (дата доступа: 15 мая 2021 г.).

4. Предложения [НПП «Атамекен»] к проекту Концепции правовой политики на 2021-2030 гг. URL: <https://atameken.kz/ru/services/61-predlozheniya-k-proektu-koncepcii-pravovoj-politiki-na-0-00gg> (дата доступа: 15 мая 2021 г.).

5. Daniela D. Social Economy: Conceptualization and analysis of an emergent hybrid reality. / Università Degli Studi Di Milano, 2019. URL: https://www.academia.edu/41758459/SOCIAL_ECONOMY_Conceptualisation_and_analysis_of_an_emergent_hybrid_reality (дата доступа: 15 мая 2021 г.).

6. Adam S. Legal Provisions for Social and Solidarity Economy Actors. International Journal of Cooperative Law. Vol. I (1), 2018. 173 p.

7. Указ Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 г. № 858 «О Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года». URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/U090000858> (дата доступа: 15 мая 2021 г.).

8. Отчет по результатам изучения опыта законодательного регулирования статуса юридических лиц публичного права в некоторых развитых иностранных государствах и бывших советских республиках. – Интернет-ресурс: <https://atameken.kz/uploads/content/files/ОТЧЕТ%20по%20результатам%20изучения%20опыта.pdf> (дата доступа: 15 мая 2021 г.).

9. Аналитический отчет: Концепция восприятия правового института юридических лиц публичного права законодательством Республики Казахстан. URL: <https://atameken.kz/uploads/content/files/АНАЛИТИЧЕСКИЙ%20ОТЧЕТ%20Концепция%20восприятия.pdf> (дата доступа: 15 мая 2021 г.).

10. Аналитический отчет: Итоговые рекомендации о развитии законодательства Республики Казахстан в целях восприятия правового института юридических лиц публичного права законодательством Республики Казахстан и инструкция по реализации рекомендаций. 28 с. URL: <https://atameken.kz/uploads/content/files/АНАЛИТИЧЕСКИЙ%20ОТЧЕТ%20Итоговые%20рекомендации.pdf> (дата доступа: 15 мая 2021 г.).

11. Карагузов Ф. Юридическое лицо публичного права: понятие и перспективы восприятия концепции законодательством Республики Казахстан [презентация в рамках в рамках Круглого стола «Внедрение института «Юридических лиц публичного права» в национальное законодательство» с участием депутатов Мажилиса Парламента, уполномоченного по защите прав предпринимателей, представителей государственных органов и НПП «Атамекен»]. URL: <https://katpartners.kz/Articles/PublicEntities.pdf> (дата доступа: 15 мая 2021 г.).

12. Карагузов Ф.С. О проекте новой редакции Гражданского кодекса Республики Узбекистан (Общая часть): реформа системы юридических лиц. URL: https://www.katpartners.kz/Articles/L_Entities_reform_Uz.pdf (дата доступа: 15 мая 2021 г.).

13. Договор доверительного управления государственным имуществом № 22366-этп от 20 ноября 2020 г. между ГУ «Управление финансов Алматинской области» и ТОО «Eurasom», по которому учредитель передает доверительному управляющему Государственное коммунальное предприятие на праве хозяйственного ведения «Областной кардиологический центр» государственного учреждения «Управление здравоохранения Алматинской области», БИН 991040002489. URL: <https://www.gosreestr.kz/find/auz659ng4h6a> (номер документа: AUZ659NG4H6A). (дата доступа: 15 мая 2021 г.).

14. Сулейменов М.К., Карагузов Ф.С., Мукашева К.В., Дуйсенова А.Е. Рекомендации о развитии законодательства Республики Казахстан в целях восприятия правового института юридических лиц публичного права законодательством Республики Казахстан и инструкция по реализации рекомендаций. URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=36069734 (дата доступа: 15 мая 2021 г.).

15. Предложения НИИ частного права Каспийского университета по основным направлениям развития гражданского законодательства Республики Казахстан. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37068414#pos=5;-106 (дата доступа: 15 мая 2021 г.).

16. Концепция правовой политики Республики Казахстан до 2030 года (ПРОЕКТ). URL: <https://legalacts.egov.kz/npa/view?id=7553105> (дата доступа: 15 мая 2021 г.).

17. Карагузов Ф. Рекомендации по совершенствованию корпоративного законодательства Республики Казахстан: от реформирования системы юридических лиц к модернизации корпоративного законодательства [презентация в рамках видеоконференции, организованной Министерством юстиции совместно с The World Bank и Reed Smith; 20 ноября 2020 г.]. URL: <https://katpartners.kz/Articles/Modcorplaw.pdf> (дата доступа: 15 мая 2021 г.).

18. Reed Smith: Рекомендации по совершенствованию корпоративного законодательства Республики Казахстан. URL: <https://asa.kz/uploads/pages/rekomendacii-po-soversenstvovani-6691c73a02.pdf> (дата доступа: 15 мая 2021 г.).

19. Правила формирования системы управления рисками и внутреннего контроля для банков второго уровня, утвержденные постановлением Правления Национального Банка Республики Казахстан от 12 ноября 2019 г. № 188. URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/V1900019632> (дата доступа: 15 мая 2021 г.).

20. OECD (2016), Принципы корпоративного управления G20/ОЭСР, OECD Publishing, Paris. – Интернет-ресурс ОЭСР: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264252035-ru> (дата доступа: 15 мая 2021 г.).

21. Басин Ю.Г. Коммерческие корпоративные отношения и юридическая ответственность. / В: Басин Ю.Г. Избранные труды по гражданскому праву. Предисловие Сулейменов М.К., Ихсанов Е.У. Сост. Сулейменов М.К. Алматы: АЮ – ВШП «Әділет», НИИ частного права КазГЮУ, 2003. 734 с.
22. Davies P. *Gower's Principles of Modern Law*. Sixth Ed. London: Sweet & Maxwell, 1997. 867 p.
23. *Corporate Governance Principles for Banks. Guidelines (2015)*. Basel Committee on Banking Supervision. URL: <https://www.bis.org/bcbs/publ/d328.pdf> (дата доступа: 15 мая 2021 г.).
24. Басин Ю.Г. Юридические лица по гражданскому праву. Понятие и общая характеристика. Понятие юридического лица. / В: Басин Ю.Г. Избранные труды по гражданскому праву. Предисловие Сулейменов М.К., Ихсанов Е.У. Сост. Сулейменов М.К., Алматы: АЮ – ВШП «Әділет», НИИ частного права КазГЮУ, 2003. 734 с.
25. UNDP – *Social Enterprise: A New Model for Poverty Reduction and Employment Generation (An Examination of the Concept and Practice in Europe and the Commonwealth of Independent States)*. URL: https://www.academia.edu/5159946/Social_Enterprise_A_new_model_for_poverty_reduction_and_employment_generation_An_examination_of_the_concept_and_practice_in_Europe_and_the_Commonwealth_of_Independent_States_Social_Enterprise_A_new_model_for_poverty_reduction_and_employment_generation (дата доступа: 15 мая 2021 г.).
26. Borzaga C., Galera G. *Social Enterprises and their eco-systems: developments in Europe*. – European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, 2016. URL: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=7934&furtherPubs=yes> (дата доступа: 15 мая 2021 г.).
27. Пресс-релиз: Соглашение о сотрудничестве по содействию занятости планируют подписать в странах СНГ. URL: <https://www.zakon.kz/5068303-soglashenie-o-sotrudnichestve-po.html> (дата доступа: 15 мая 2021 г.).
28. Информационное сообщение: В Алматы безработные могут бесплатно обучиться новым специальностям. URL: <https://news.mail.ru/society/46306867/?frommail=1> (дата доступа: 15 мая 2021 г.).
29. Карагузов Ф. Рекомендации по совершенствованию корпоративного законодательства Республики Казахстан: от реформирования системы юридических лиц к модернизации корпоративного законодательства [презентация в рамках видеоконференции, организованной Министерством юстиции совместно с The World Bank и Reed Smith; 20 ноября 2020 г.]. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=39224334#pos=70;521 (дата доступа: 15 мая 2021 г.).
30. Huybrechts B. (Ed.) *Social Enterprise in Belgium: A Diversity of Roots, Models and Fields*. / ICSEM Working Papers, No. 27. URL: <https://www.iap-socent.be/sites/default/files/Belgium%20-%20Huybrechts%20et%20al.pdf> (дата доступа: 15 мая 2021 г.).

Трибуна Молодого Вченого

УДК 349.6(477)

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.42>

Зарубіжний досвід організації та функціонування екологічних судів

Бузунко Олена Анатоліївна,

аспірантка

Національного університету біоресурсів і природокористування України

У статті, з огляду на складність екологічної ситуації в Україні, аналізується зарубіжний досвід організації та функціонування екологічних судів та інших уповноважених органів, що покликані вирішувати спори, пов'язані з порушенням норм природоохоронного законодавства. Звертається увага, що за індексом екологічної ефективності, який є комплексним порівняльним показником успішності екологічної політики країн в усьому світі, Україна серед 180 країн світу посідає 44 місце, що свідчить про несприятливе навколишнє природне середовище.

На підставі здійсненого дослідження діяльності екологічних органів у країнах Азії, Європи, Північної та Південної Америки встановлено, що в різних країнах світу функціонують різноманітні адміністративні органи й суди, що покликані забезпечити захист екологічних прав громадян, суспільства, держави. Акцентується увага, що сьогодні в більшості країн світу захист екологічних прав здійснюється судами загальної юрисдикції, водночас спостерігається тенденція збільшення кількості створення спеціальних екологічних структур, які в межах діяльності судів загальної юрисдикції розглядають екологічні спори. До таких країн варто віднести країни, що керуються романо-германською правовою системою. Ними є Данія, Німеччина, Норвегія, Чехія, Фінляндія. У Данії діють спеціалізовані адміністративні апеляційні трибунали, у Фінляндії – Вищий адміністративний суд, що спеціалізується на екологічних і водних питаннях. У Швеції в рамках загальної судової системи діють п'ять екологічних судів та Екологічний апеляційний суд, які займаються широким спектром захисту екологічних прав. У Новій Зеландії та окремих регіонах Чилі діють спеціалізовані екологічні суди, в Австралії (штат Новий Південний Уельс), США (штат Вермонт) діють екологічні суди, тоді як в окремих штатах Бразилії діють як екологічні, так і напівспеціалізовані екологічні суди.

Зроблено висновок, що в діяльності вітчизняних судів існують проблемні питання, що позначається на захисті екологічних прав, тому доцільно в системі судоустрою запровадити спеціалізацію суддів апеляційних судів, які, ґрунтуючись на положеннях, гарантованих Конституцією й законами України, спеціальним і міжнародним законодавством спроможні більш дієво забезпечити захист екологічних прав.

Ключові слова: зарубіжний досвід, судова система, захист екологічних прав, екологічний суд, діяльність екологічних структур

Buzunko Olena. Foreign experience in the organization and operation of environmental courts

Given the complexity of the environmental situation in Ukraine, the article analyzes the foreign experience of the organization and operation of environmental courts and other authorized bodies to resolve disputes related to violations of environmental legislation. It is noted that according to the index of environmental efficiency, which is a comprehensive comparative indicator of the success of environmental policy around the world, Ukraine ranks 44th among 180 countries, which indicates an unfavorable environment.

Based on a study of environmental authorities in Asia, Europe, North and South America, it is established that in different countries there are various administrative bodies and courts to ensure the protection of environmental rights of citizens, society and the state. It is emphasized that today in most countries the protection of environmental rights is carried out by courts

of general jurisdiction, at the same time there is a tendency to increase the number of special environmental structures that consider environmental disputes within the courts of general jurisdiction. Such countries include countries governed by the Romano-Germanic legal system. They are Denmark, Germany, Norway, the Czech Republic, Finland. There are specialized administrative appellate tribunals in Denmark and the Supreme Administrative Court in Finland, which specializes in environmental and water issues. In Sweden, there are five environmental courts and an Environmental Court of Appeal within the general judicial system, which deals with a wide range of environmental rights protection. In New Zealand and some regions of Chile there are specialized environmental courts, in Australia (New South Wales), the United States (Vermont) there are environmental courts, while in some Brazilian states there are both environmental and semi-specialized environmental courts.

It is concluded that in the activities of domestic courts there are problematic issues that affect the protection of environmental rights, so it is advisable in the judicial system to introduce specialization of judges of appellate courts, which based on the provisions of the Constitution and laws of Ukraine, special and international legislation right.

Key words: *foreign experience, judicial system, protection of ecological rights, ecological court, activity of ecological structures.*

Світове співтовариство з кожним роком виявляє все більшу зацікавленість в охороні довкілля, забезпечення сталого розвитку країн і регіонів, захисту інтересів майбутніх поколінь. Наближення екологічної кризи вперше відчувли промислово розвинуті країни ще в 70-х роках ХХ століття й почали розробляти природоохоронні заходи як законодавчого, так і нормативного характеру, виробили й почали інтенсивно впроваджувати певну стратегію управління навколишнім середовищем. Для реалізації наміченої стратегії почали розроблятися спеціальні національні стандарти, які визначали єдину методологію її проведення. Міжнародні організації зі стандартизації головну увагу почали звертати не тільки на розроблення стандартів на методи контролю (визначення) компонентів навколишнього середовища (повітря, вода, ґрунти), а й на розроблення комплексу стандартів системи управлінням навколишнім середовищем [1, с. 5].

Варто звернути увагу й на той факт, що серед 180 країн за індексом екологічної ефективності за 2016 рік, який є комплексним порівняльним показником успішності екологічної політики країн у всьому світі, Україна посідає 44 місце. Використовувалися 19 показників, розподілені в дев'яти «політичних категоріях». Категорії об'єднані у дві великі групи: життєздатність екосистеми (оцінка рівня захисту екосистем та ефективності управління природними ресурсами) й екологічне здоров'я, що оцінює рівень захисту здоров'я людей від несприятливих чин-

ників навколишнього середовища. Серед пострадянських країн після нашої держави – Молдова, Киргизія, Таджикистан, Казахстан, Туркменія, Грузія, Узбекистан. В десятку кращих входять Фінляндія, Ісландія, Швеція, Данія, Словенія, Іспанія, Португалія, Естонія, Франція [2].

Протягом тривалого часу серед учених екологів існують різні погляди щодо розвитку науки екологічного права, розвиток якого неможливий без урахування інтересів громадян, суспільства, держави. Оскільки питання захисту екологічних прав неможливе без здійснення правосуддя, ідеї організації та функціонування екологічних судів і їх можливість запровадження в судовій системі України привертають увагу дослідників. Посилаючись на зарубіжний досвід діяльності екологічних судів, усе більше науковців пропонують різноманітні форми діяльності екологічних судів в Україні.

Питання організації та діяльності екологічних судів і можливості їх створення в Україні досліджувала в працях низка вітчизняних дослідників, зокрема С. Єдаменко, В. Завгородня, О. Колбасов, Я. Кравець, Ю. Краснова, А. Чікільдіна, О. Шуміло та ін.

Метою статті є вивчення зарубіжного досвіду організації та функціонування екологічних судів та інших структурних підрозділів, покликаних здійснювати розгляд екологічних справ, з метою запозичення позитивного досвіду для України.

З огляду на специфіку екологічних справ, у різних країнах світу існують різ-

номанітні форми й моделі вирішення таких спорів. Здійснюючи правовий аналіз екологічних судів, науковці виділяють три типи систем здійснення екологічного правосуддя: системи, що передають екологічні справи судам загальної юрисдикції; системи, що спираються на внутрішню спеціалізацію судових органів (створення *green benches*, так званих «зелених лавок», або зелені судді без формальної зміни судової структури); системи, у яких створені інноваційні екологічні суди або трибунали. Перша система поширена в західних країнах, особливо в європейських країнах романо-германської правової сім'ї, де окремі суди, що займаються питаннями навколишнього середовища, є, скоріше, винятком. Як правило, екологічне правосуддя здійснюється в традиційних судах. Екологічні справи окремо не виділяються, для них не існує окремої процесуальної форми. Залежно від особливостей конкретної справи їх розглядають, відповідно, цивільні, кримінальні, адміністративні або конституційні суди [3, с. 8].

Аналогічна практика має місце й в Україні. Залежно від специфіки, пов'язаної з її правовими нормами, системи, історії й місця, відведеного охороні навколишнього середовища, кожна країна визначає відповідну систему охорони довкілля. На його думку, щоб спростити відповідну систему охорони довкілля, потрібно класифікувати їх на три категорії: системи, що передають питання навколишнього середовища судам загальним юрисдикції; системи, що спираються на «внутрішню спеціалізацію» судових органів (створюючи зелений судді або зелених судді без офіційної зміни судової структури), створення систем інноваційних «екологічних судів чи трибуналів». Перша система широко поширена в західних країнах, особливо в Європі та США, де суди, присвячені охороні навколишнього середовища, є винятком, а екологічні судові спори зазвичай охоплюються традиційними судами, дотримуючись схеми розподілу екологічних справ по різних судових органах (цивільний, кримінальний, адміністративний або конституційний суди) залежно від конкретної справи [4, с. 3].

Зокрема, у штаті Вермонт із 1990 року функціонує Відділ з навколишнього серед-

овища – це суд штату, що займається екологічним правом, до якого прикріплені два судді, котрі займаються питанням охорони навколишнього середовища, у тому числі розглядають апеляції й заходи впливу, у тому числі звернення муніципальних комісій; апеляції на рішення згідно із законом; звернення Управління природних ресурсів; муніципальні правозастосовні заходи; правозастосовні заходи Агентства природних ресурсів. Головна місія судової влади штату Вермонт – забезпечити рівний доступ до правосуддя, захистити права людей, справедливо і своєчасно вирішити юридичні суперечки [5].

Зважаючи на проблемність екологічних питань, в Індії протягом тривалого часу владні коаліції створили національні органи, призначені для забезпечення екологічного законодавства, Національний екологічний трибунал (1995 рік) і Національний апеляційний орган з питань навколишнього середовища (1997 рік). Проте висловлені зауваження Верховного суду Індії щодо діяльності таких судів фактично поставили під сумнів їхню діяльність, оскільки існує нагальна потреба внести відповідні поправки в законодавство, щоб забезпечити їхню діяльність. Водночас Верховний Суд у рішенні вказує, що доцільно використовувати модель, визначену в Суді з питань довкілля в Новому Південному Уельсі (Австралія), оскільки його юрисдикція поєднує в собі апеляційну, судову та виконавчу функції [4, с. 13].

Після довгих років обговорення у 2010 році в Індії прийнято Закон про Національний зелений трибунал, який відкрив новий вимір для винесення судових рішень щодо навколишнього середовища за рахунок скорочення затримок і додання об'єктивності. Трибунал, ураховуючи його склад (суддя Верховного суду Індії або голова Верховного суду мають право бути головою або судовим членом Трибуналу. Голова призначається центральним урядом за погодженням із головним суддею Індії. Члени судів та експерти Трибуналу призначаються за рекомендацією відбіркової комісії) і юрисдикцію, включаючи широкі повноваження щодо врегулювання екологічних суперечок і надання допомоги, компенсації, реституцію навколишнього середовища, повинен стати спеціа-

лізованим екологічним судовим органом, який має як початкову, так й апеляційну юрисдикцію [6].

Законом від 28.06.2012 в Чилі запроваджено систему екологічних судів Чилі – «Tribunales Ambientales de Chile» (дослівно – «Суди з навколишнього середовища Чилі»). Відповідно до цього Закону, створено три такі суди, які мають порядкові номери. Так, Перший екологічний суд розпочав роботу в місті Антофагасті, його діяльність охоплює п'ять регіонів цієї країни. Другий екологічний суд діє в столиці Чилі Сантьяго. Під його юрисдикцією перебувають чотири регіони. Третій екологічний суд діє в місті Вальдивія, об'єднує під своєю юрисдикцією сім регіонів [7, с. 273].

На відміну від Чилі, з 1996 року в Бразилії діють екологічні суди штатів Мато-Гроссо, Амазонас, Пантанал. Екологічні суду також діють у містах Мату-Гросу, Куябі та столиці (1999 рік). У місті Порто-Алегрі, штат Ріо-Гранде-ду-Сул, існує напівспеціалізація екологічних судів. У Бразилії Федеральні суди Правосуддя поділені на округи. Федеральний суд є відповідальним за адміністрацію 1-ї інстанції Федерального суду Правосуддя в 4-му окрузі, де працюють приблизно 300 суддів і 4000 службовців. В Апеляційному суді працює 27 суддів і близько 1200 державних службовців. Знання екологічного законодавства є обов'язковим при вступних іспитах суддів. Кількість кандидатів становить близько 6000, із яких приблизно 50 стають суддями. Бразильські судді відіграють активну роль у захисті навколишнього середовища, постійно беруть участь в екологічних заходах, підвищують свою обізнаність і рівень [8, с. 63–64].

Прикладом успішності діяльності екологічних судів є Швеція, де створення спеціальних екологічних судів сталося в рамках загальної судової системи, де діє п'ять екологічних судів, які займається широким спектром екологічних справ, та один Екологічний апеляційний суд. Шведські екологічні суди також розглядають скарги з адміністративних рішень, досліджуючи як законність, так і суть справи. До складу екологічного суду Швеції входить юридично кваліфікований суддя окружного суду, екологічний радник і два експерти. Екологічний радник повинен мати технічну

або наукову підготовку та досвід із вирішення екологічних проблем. Один експерт повинен мати досвід щодо охорони навколишнього середовища, а інший експерт – бути фахівцем у галузі промисловості або місцевого самоврядування. На відміну від Швеції, Норвегія не має спеціалізованих екологічних судів. Екологічні рішення в Норвегії приймають адміністративні органи та загальні суди [9, с. 112–116].

У Данії діє два спеціалізовані адміністративні апеляційні трибунали – Апеляційна комісія з охорони природи та Колегія з охорони навколишнього природного середовища. Склад першого Трибуналу очолює юридично підготовлений голова, двоє суддів Верховного Суду й політичні призначенці. Інший – включає одну офіційно призначену особу та від двох до чотирьох призначених експертів. У Фінляндії діє один адміністративний суд – Вищий адміністративний суд, що спеціалізується на екологічних і водних питаннях, 65% рішень цього суду стосуються екологічних питань [9, с. 114–118].

З метою охорони навколишнього середовища важливу увагу питанню забезпечення доступу до суду приділяє Німеччина. Прийнятий 07.12.2006 Закон про екологічні апеляції, як і німецька система правосуддя, акцентовані на захисті прав особи. Закон про екологічні апеляції дозволяє німецьким або іноземним екологічним організаціям уживати заходи в адміністративних судах щодо захисту навколишнього середовища та прав людей. Відповідно до ст. 19.4 Конституції Німеччини, кожен має право шукати справедливості, якщо його права порушують. Згідно з німецьким адміністративним законодавством, судовий процес може бути розпочатий лише в разі утисків особи, яка зазнає несправедливості [10, с. 9–10].

У Чехії також немає спеціалізованих судів та органів, що розглядають екологічні справи. Як зазначає Йозеф Сушоп, керуючись положенням Орхуської конвенції, країна дотримується норм міжнародного права й договірних зобов'язань, надає доступ до правосуддя. Сюди входять адміністративні процедури, адміністративні та цивільно-правові позови й кримінальне переслідування. Однак перед тим як звернутися до судового перегляду,

чеське законодавство вимагає від позивача вичерпання всіх адміністративних засобів захисту [11, с. 12].

Варто підкреслити, що для романо-германської правової системи характерні нормативність права, верховенство закону, високий рівень кодифікації, крім цього, система права складається з двох систем – публічного і приватного права, тоді як англо-американська система базується в основному на судовому прецеденті, у ній відсутні класифікація галузей, поділ норм права на імперативні та диспозитивні. На відміну від англо-американської, у романо-германській правовій системі судова практика є допоміжним джерелом права, вона здійснюється лише в рамках, установлених законодавцем. Формування принципів права в цих правових системах відбувалося під впливом різних факторів, у романо-германській – під впливом теорії права, а в англо-американській поняття загальних принципів права історично взагалі не склалося, але пізніше судді виробили принцип «правової справедливості» [12, с. 552].

У Кенії діє Національний трибунал з охорони навколишнього середовища (NET). Його головна функція полягає у вирішенні апеляцій на рішення Національного екологічного агентства (ELC) про видачу, відмову або скасування ліцензії на основні розробки (такі як дороги, промисловість, житлові об'єкти, небезпечні відходи, туристичні об'єкти й морська діяльність). NET, як й агентство з охорони навколишнього середовища, підпорядковується Міністерству навколишнього середовища [13, с. 32–33].

У Японії діє Комісія з координації екологічних суперечок (EDCC), яка є незалежним зовнішнім агентством прем'єр-міністра. В EDCC є його субнаціональні або провінційні версії, які називаються експертизою забруднення префектури Комісії (PPEC). EDCC, префектура та місцеві одиниці не мають повноважень переглядати або скасовувати рішення державних органів. Головна їх роль полягає у відшкодуванні фізичним особам шкоди, заподіяної забрудненням промисловістю [13, с. 33–34].

Отже, здійснене дослідження зарубіжного досвіду організації та функціонування

екологічних судів дає підстави виділити декілька форм і моделей захисту екологічних прав. Нині як в Україні, так і більшості країн світу захисту екологічних прав здійснюється судами загальної юрисдикції. До таких країн варто віднести країни, що керуються романо-германською правовою системою, зокрема Данію, Німеччину, Норвегію, Чехію, Фінляндію. У Данії діють спеціалізовані адміністративні апеляційні трибунали – Апеляційна комісія з охорони природи та Колегія з охорони навколишнього природного середовища, окрім того, у цій країні діє спеціалізована система адміністративного оскарження з питань охорони довкілля, тоді як у Фінляндії – Вищий адміністративний суд, що спеціалізується на екологічних і водних питаннях.

На відміну від вищевказаних країн, у Швеції в рамках загальної судової системи діє п'ять екологічних судів та Екологічний апеляційний суд, які займаються широким спектром захисту екологічних прав. У Новій Зеландії та окремих регіонах Чилі діють спеціалізовані екологічні суди, тоді як в Австралії (штат Новий Південний Уельс), США (штат Вермонт) – екологічні суди, а в окремих штатах Бразилії діють як екологічні, так і напівспеціалізовані екологічні суди. В Індії діє Національний зелений трибунал, який має широкі повноваження щодо врегулювання екологічних суперечок і в подальшому повинен стати спеціалізованим екологічним судом, на відміну Кенії, у якій діє Національний трибунал з охорони навколишнього середовища, та Японії – діє Комісія з координації екологічних суперечок, які мають обмежені юрисдикційні повноваження.

Складність екологічної ситуації в Україні, зокрема в її регіонах, спонукає місцеві органи влади вживати додаткові заходи щодо забезпечення дотримання громадянами та юридичними особами екологічного законодавства. Так, 21.03.2021 депутати Львівської міської ради звернулися до Комітету з питань екологічної політики та природокористування Верховної Ради України щодо можливості проведення реформи Національної поліції України з метою створення Екологічної поліції як центрального органу державної влади задля забезпечення дотримання норм природоохоронного законодавства або

надання додаткових повноважень органам місцевого самоврядування [14].

Висновки. Таким чином, здійснене нами дослідження засвідчує, що вагому роль в охороні довкілля та захисті екологічних прав відіграють різні форми й моделі розгляду екологічних справ. Специфічність екологічних правовідносин полягає в тому, що кожна країна обирає притаманний їй історичним, культурним, соціальним, економічним правовим умовам ефективність охорони довкілля та захисту екологічних прав.

У більшості країн світу такий розгляд справ здійснюють суди загальної юрисдикції, а також спеціалізовані адміністративні апеляційні трибунали (Національні трибунали); екологічні комісії; адміністративні суди; спеціалізовані екологічні суди.

Ураховуючи, що в діяльності вітчизняних судів існують проблемні питання вирішення екологічних справ, необхідно здійснити пошук найбільш оптимальної судової моделі, спроможної найбільш ефективно забезпечити охорону довкілля та захист екологічних прав громадян.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Зеркалов Д.В. Екологічна безпека та охорона довкілля : монографія. Київ : Основа, 2012. 514 с.
2. Список стран по индексу экологической эффективности. URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/> (дата звернення: 23.05. 2021).
3. Кравець Я.В. Екологічні суди: порівняльно-правовий аналіз. Одеса, 2018. 30 с. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/handle/11300/9756> (дата звернення: 17.05.2021).
4. Domenico Amirante. Environmental Courts in comparative perspective: preliminary reflections on the National Green Tribunal of India. URL: https://law.pace.edu/sites/default/files/IJIEA/Environmental_Courts_in_comparative_perspective-preliminary_reflections-National_Green_Tribunal_of_India.pdf (дата звернення: 21.05.2021).
5. Environmental Division | Vermont Judiciary. URL: vermontjudiciary.org/GTC/Environmental/default.aspx (дата звернення 21.05.2021).
6. Национальный экологический трибунал: новое начало для экологических дел? URL: <https://www.cseindia.org/national-green-tribunal--a-new-beginning-for-environmental-cases> (дата звернення: 23.05.2021).
7. Єдаменко С. Досвід створення екологічних судів у Чилі. *Юридичний вісник*. 2020. № 6. С. 271–277.
8. Vladimir Passos de Freitas, Chief Justice of Federal Court of Appeal, 4th Region, Brazil. Judges and the Rule of Law Creating the Links: Environment, Human Rights and Poverty. URL: <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/EPLP-060.pdf> (дата звернення: 23.05.2021).
9. Helle Tegner Anker, Annika Nilsson. The role of courts in environmental law – Nordic perspectives. URL: https://law.pace.edu/sites/default/files/IJIEA/jciAnker-Nilsson_1JB%202-16_cropped.pdf. P. 112–120 (дата звернення: 26.05.2021).
10. Peter Hart. How the Convention is being implemented in Germany. URL: https://ec.europa.eu/environment/aarhus/pdf/conference_summary.pdf (дата звернення: 23.05.2021).
11. Josef Souchop. How are the access to justice provisions implemented in Czech national law? URL: https://ec.europa.eu/environment/aarhus/pdf/conference_summary.pdf (дата звернення: 23.05.2021).
12. Скакун О.Ф. Теорія держави і права. Харків : Консум, 2001. 656 с.
13. Environmental Courts & Tribunals: A Guide for Policy Makers. United Nations Environment Programme, 2016. URL: <http://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/10001/environmental-courtstribunals.pdf?sequence=1> (дата звернення: 04.06.2021).
14. Звернення Львівської міської ради. URL: <https://city-adm.lviv.ua/lmr/docs-appeal> (дата звернення: 17.05.2021).

ГОСПОДАРСЬКА ПРАВОСУБ'ЄКТНІСТЬ ОФШОРНИХ КОМПАНІЙ: ОСНОВНІ ОСОБЛИВОСТІ ТА ВИЗНАЧАЛЬНІ ОЗНАКИ

Єремєєв Андрій Валерійович,

ORCID: 0000-0003-1684-3021

аспірант II курсу

Донецького державного університету внутрішніх справ

У статті досліджуються особливості господарської правосуб'єктності офшорних компаній. Дослідження охоплює визначення й аналіз основних ознак господарської правосуб'єктності. Зокрема, зроблено висновок, що господарська правосуб'єктність офшорних компаній передбачає: позитивні для самої компанії заохочувальні елементи – додаткові пільги та можливості (надаються країною місця реєстрації з метою приваблення інвестицій у власну економіку); негативні для компанії обмежувальні елементи (встановлюються країною місця реєстрації для захисту вітчизняних суб'єктів господарювання, а також встановлюються країнами, в яких офшорна компанія фактично здійснює господарську діяльність для захисту власних економічних систем від можливих зловживань та протиправних дій). Виділено такі найбільш специфічні ознаки господарської правосуб'єктності офшорних компаній: 1) спрощений порядок виникнення (створення компаній з офшорним статусом здійснюється у спрощеному режимі встановленому законодавством відповідної офшорної юрисдикції); 2) тотальне обмеження господарської правосуб'єктності у юрисдикції, в межах якої проведено створення та реєстрацію офшорної компанії; 3) наявність додаткових пільг та можливостей, зумовлених офшорним статусом компанії (спрощений порядок звітності, податкові пільги, вищий рівень захисту комерційної таємниці, конфіденційність інформації про засновників та кінцевих бенефіціарів компанії тощо); 4) обмеження господарської правосуб'єктності офшорної компанії у країні, в якій така компанія провадить свою господарську діяльність. Щодо останньої ознаки виокремлено дві підознаки: 4.1) заборона для офшорних компаній здійснювати окремі види діяльності та господарські операції; 4.2) встановлення у зв'язку зі здійсненням господарської діяльності та господарських операцій додаткових вимог як для самої офшорної компанії, так і для її можливих контрагентів. Також у статті приділено увагу обмеженням господарської правосуб'єктності офшорних компаній, визначеним чинним законодавством України (у сфері страхової, банківської діяльності тощо), розглянуто та проаналізовано основні з таких обмежень.

Ключові слова: господарська правосуб'єктність, компетенція, правоздатність, офшорна компанія, суб'єкт господарювання.

Yeremeyev Andriy. Economic and legal personality of offshore companies: main peculiarities and definitive features

The article studies the features of economic personality of offshore companies. The study covers the definition and analysis of the main features of economic and legal personality. In particular, it was concluded that economic and legal personality of offshore companies includes: positive incentives for a company itself – additional benefits and opportunities (provided by the country of registration in order to attract investment in its own economy); negative restrictive elements for a company (set by the country of registration to protect domestic entities, as well as set by the countries, where an offshore company actually operates to protect its own economic systems from possible abuse and wrongdoing). The following most specific features of economic and legal personality of offshore companies are highlighted: 1) simplified procedure of creation (creation of companies with offshore status is carried out by a simplified method established by the legislation of the relevant offshore jurisdiction); 2) total restriction of economic and legal personality in the jurisdiction, within which the creation and registration of an offshore company was carried out; 3) availability of additional benefits and opportunities due to the offshore status of a company (simplified reporting procedures, tax benefits, higher level of protection of trade secrets, confidentiality of information about founders and ultimate beneficiaries of the company, etc.); 4) restriction of the economic and legal personality of an offshore company in the country, where

such a company conducts its business activities. Regarding the latter feature, there are two sub-features: 4.1) prohibition of offshore companies to carry out certain activities and business operations, 4.2) establishment due to the implementation of business activities and additional requirements for business operations for an offshore company and its potential counterparties. The article also pays attention to the restrictions on the economic and legal personality of offshore companies, defined by the current legislation of Ukraine (in the field of insurance, banking, etc.), considers and analyses the main of such restrictions.

Key words: *economic and legal personality, competence, legal capacity, offshore company, business entity.*

Вступ. Категорія правосуб'єктності належить до основоположних категорій теорії права і визначає саму здатність певного суб'єкта бути учасником правових відносин. Поняття правосуб'єктності нерідко вживається у нормативно-правових актах, але безпосереднього легального визначення цього поняття чинне законодавство не містить, що зумовлює потребу у подальших доктринальних дослідженнях відповідної правової категорії як в межах теорії права загалом, так і в контексті окремих конкретних галузей права. Особливо актуальним є дослідження в межах господарського права категорії господарської правосуб'єктності, визначення, складові елементи та основні ознаки якої залишаються вельми дискусійними. Важливим також є дослідження особливостей господарської правосуб'єктності різних видів суб'єктів господарювання. В умовах розвитку ринкової економіки, посилення явищ економічної глобалізації та появи на теренах вітчизняного ринку великої кількості іноземних суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності особливий науковий інтерес становить дослідження правових особливостей та визначальних ознак господарської правосуб'єктності офшорних компаній – господарських організацій, що створені у світових офшорних юрисдикціях на пільгових умовах для здійснення господарської діяльності поза межами юрисдикції місця реєстрації.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми господарської правосуб'єктності досліджувалися значною кількістю вчених, таких як О.В. Гарагонич, С.М. Грудницька, В.С. Мілаш, В.А. Січеволк, В.С. Щербина та ін. Однак вивченню господарської правосуб'єктності офшорних компаній, її ознак та особливостей не було приділено суттєвої уваги. Вітчизняні дослідження, присвячені господарській

правосуб'єктності офшорних компаній, фактично відсутні.

Мета статті полягає в аналізі основних особливостей та визначальних ознак господарської правосуб'єктності офшорних компаній.

Виклад основного матеріалу. Однією з основоположних, фундаментальних категорій теорії права є поняття правосуб'єктності, під якою у загальному сенсі розуміється можливість і здатність особи бути суб'єктом правовідносин з усіма правовими наслідками [1, с. 340]. Категорія правосуб'єктності належить до числа ключових, методологічних у правовій науці [2, с. 65]. Як відомо, правосуб'єктність поділяється на кілька різновидів і може бути загальною, галузевою та спеціальною. Загальна правосуб'єктність розглядається як здатність особи бути суб'єктом права взагалі, при цьому питання про загальну правосуб'єктність у теорії права зводиться до того, чи визнає певний правопорядок конкретних осіб суб'єктами права [3, с. 77]. При цьому вважається, що поняття «загальна правосуб'єктність» є радше «чистою» доктринальною величиною, модельною правовою конструкцією, ніж тим вербальним концептом, яким охоплюється реальний об'єкт правового життя [4, с. 157]. Якщо галузева правосуб'єктність визначається як здатність особи бути учасником правовідносин тієї чи іншої галузі права, то спеціальна правосуб'єктність розглядається як здатність особи бути учасником тільки відповідного кола правовідносин у межах однієї галузі права [3, с. 78]. Господарська правосуб'єктність передбачає здатність особи бути учасником господарських правовідносин, що виникають у процесі безпосереднього здійснення господарської діяльності, у тому числі з приводу встановлення організаційних зв'язків між елементами господарської інфраструктури

[3, с. 78]. Господарська правосуб'єктність є юридичною ознакою суб'єкта господарського права і являє собою сукупність загальних юридичних можливостей із безпосередньої або опосередкованої участі в господарській діяльності шляхом набуття відповідних прав і обов'язків [5, с. 137]. Господарська правосуб'єктність є визначальною, домінуючою ознакою, що характеризує правовий статус суб'єкта господарювання, суб'єкта господарського права [6, с. 39; 7, с. 7].

Повнота правосуб'єктності в різних суб'єктів господарського права не однакова [5, с. 137]. Для суб'єктів господарювання, наприклад, вона реалізується в більшості інститутів господарського права [5, с. 137]. А для органів державної влади і місцевого самоврядування вона обмежена напрямками ведення публічних справ у сфері господарювання [5, с. 137]. У свою чергу обсяг правосуб'єктності (прав та обов'язків) у суб'єктів господарювання залежить від низки чинників, зокрема від правового титулу майна (право власності, право господарського відання, право оперативного управління, право оперативно-господарського використання), від основного виду діяльності та відповідно – можливості чи неможливості здійснювати інші види господарської діяльності (спеціальна правосуб'єктність і відповідно можливість здійснювати лише окремі види діяльності характерна, наприклад, для інститутів спільного інвестування, комерційних банків, страхових компаній, фондів бірж) [8, с. 71].

Нині констатується відсутність у юридичній літературі єдиної усталеної думки щодо визначення господарської правосуб'єктності, що може бути пов'язано із складністю самого явища правосуб'єктності, змістовне навантаження якого зазнає істотного впливу у зв'язку зі змінами у соціально-економічному розвитку країни [2, с. 73]. Структура категорії правосуб'єктності також залишається спірною. На доктринальному рівні пропонуються одно-, дво-, три-, чотири і навіть п'ятиелементна структура правосуб'єктності [2, с. 73–74]. Спірним є і співвідношення господарської правосуб'єктності із господарською компетенцією. Господарський кодекс України поняття господар-

ської правосуб'єктності не містить. Проте, розкриваючи поняття суб'єкта господарювання, Господарський кодекс України [9] (частина 1 статті 55) визначає господарську компетенцію як сукупність господарських прав і обов'язків. О.В. Гарагонич найбільш вдалою вважає структурування господарської правосуб'єктності, яка у якості елементів включає господарську компетенцію і господарську правоздатність [2, с. 78]. Господарська компетенція – це елемент господарської правосуб'єктності, зміст якого складають господарські права та обов'язки, встановлені законодавством та установчими документами для суб'єктів господарського права певного виду [10, с. 96]. При цьому до складу господарської компетенції включаються: коло питань, які може вирішувати та чи інша господарська організація; обов'язки, що покладаються законом на певну господарську організацію; форми відповідальності за порушення закладених законом обов'язків; способи захисту порушених прав [2, с. 75–76]. Господарська правоздатність як другий елемент господарської правосуб'єктності – це здатність господарської організації мати права та обов'язки, які безпосередньо законом не встановлені, але необхідні для виконання господарською організацією покладених на неї функцій і завдань [2, с. 76].

На думку С.М. Грудницької, господарська правосуб'єктність є категорією, що охоплює всі права й обов'язки господарюючого суб'єкта у їх цілісній динамічній сукупності [11, с. 54]. У складі господарської правосуб'єктності С.М. Грудницька розрізняє: об'єктивні права й обов'язки, суб'єктивні права й обов'язки, компетенцію, повноваження, правоздатність, статусні права й обов'язки (правовий статус), поточні права й обов'язки [11, с. 56]. При цьому господарська правосуб'єктність вважається найбільш широким поняттям, яке включає в себе всі права та обов'язки суб'єкта господарювання, основний блок яких становить господарська компетенція, у склад якої у якості основного повноваження входить господарська правоздатність [11, с. 56–57]. Правоздатність суб'єктів господарської діяльності трактується як об'єктивно-суб'єктивне господарське повноваження, що виникає на

основі засновницького договору держави та ініціаторів заснування права й обов'язку заснованого суб'єкта господарської діяльності вступати в господарські відносини [11, с. 56].

Виникнення господарської правосуб'єктності господарської організації зумовлене створенням такої організації як юридичної особи. Господарська правосуб'єктність господарської організації ґрунтується на цивільній правоздатності юридичної особи. Так, відповідно до частини 4 статті 91 Цивільного кодексу України [12] цивільна правоздатність юридичної особи виникає з моменту її створення і припиняється із дня внесення до єдиного державного реєстру запису про її припинення. З виникненням цивільної правоздатності юридичної особи пов'язане і виникнення її господарської правосуб'єктності як господарської організації, що зумовлює можливість участі новоствореної організації у господарських правовідносинах. Загалом створення нової господарської організації є результатом юридичного складу, кожен з елементів якого призводить у кінцевому рахунку до виникнення господарської правосуб'єктності у одного (у разі створення шляхом заснування) або у кількох (створення шляхом реорганізації існуючої господарської організації у формі виділу чи поділу) суб'єктів господарювання [13, с. 25–26]. Конкретний зміст юридичного складу, що призводить до створення господарської організації, сукупність взаємопов'язаних елементів, які такий склад утворюють, залежить від виду створюваної господарської організації, її організаційно-правової форми та способу її створення.

Також виникнення спеціальної господарської правосуб'єктності, пов'язаної із можливістю участі у певних господарських відносинах, може бути зумовлене виконанням деяких додаткових вимог. Так, додатково можуть вимагатися: 1) легалізація (отримання ліцензій, різних дозволів тощо) суб'єкта господарювання і призначення (обрання) директора (виконавчого органу); 2) отримання спеціальних дозволів для здійснення певного виду діяльності; 3) спеціальна державна реєстрація – внесення суб'єктів господарювання до відповідного реєстру суб'єктів господа-

рювання, що надає їм право здійснювати певний вид господарської діяльності.

Міністерством юстиції України також було здійснено спробу надати роз'яснення поняттю господарської правосуб'єктності. Так, у листі Міністерства юстиції України від 05.11.2004 № 19-45-1332 серед іншого було підкреслено, що Господарський та Цивільний кодекси України містять різні підходи до визначення правосуб'єктності суб'єкта господарювання. При цьому підприємства здійснюють свою діяльність відповідно до їхньої мети і предмета діяльності, вказаних у статуті. Водночас можливе виникнення інших прав та обов'язків, прямо не передбачених статутом, але за умови, якщо вони не суперечать чинному законодавству і цілям діяльності цього підприємства [14].

Розвиток ринкової економіки у поєднанні із поступовою глобалізацією світових економічних процесів зумовили появу у вітчизняній економічній системі великої кількості різноманітних господарських організацій, створених не лише в межах України, але й за її межами. Особливу категорію суб'єктів господарювання становлять офшорні компанії. Такі суб'єкти господарювання (за загальним правилом зі статусом юридичної особи) створюються в межах світових офшорних юрисдикцій згідно із національним законодавством відповідних офшорних територій для здійснення господарської діяльності за їхніми межами. Господарська правосуб'єктність офшорних компаній має низку особливостей, що не притаманні іншим господарюючим суб'єктам.

Виникнення господарської правосуб'єктності офшорної компанії зумовлене її створенням та реєстрацією відповідно до законодавства певної держави чи території, що належить до світових офшорних зон. Зміст конкретного юридичного складу, що призводить до створення офшорної компанії, залежить від конкретної офшорної країни чи території та визначається її національним законодавством. Загалом порядок створення офшорної компанії є значно спрощеним порівняно із порядком створення звичайної юридичної особи у неофшорних країнах. Задля залучення максимальної кількості інвестицій офшорні юрисдикції намагаються створити

найбільш сприятливі умови для реєстрації компаній, які в перспективі не будуть здійснювати господарську діяльність на їхній території. Водночас під тиском міжнародної спільноти, що прагне до боротьби з економічними злочинами на кшталт відмивання коштів, одержаних злочинним шляхом, фінансування міжнародного тероризму тощо офшорні юрисдикції поступово підвищують вимоги до компаній, що реєструються на їхній території.

Загалом господарська правосуб'єктність офшорних компаній у неофшорних державах і, зокрема, в Україні характеризується чітким обмеженням як щодо здійснення господарської діяльності в місці реєстрації самої компанії, так і обмеженнями, що пов'язані з офшорною належністю відповідної компанії. Офшорні компанії, зареєстровані на території однієї із світових офшорних зон, як правило, можуть здійснювати господарську діяльність лише поза межами юрисдикції місця реєстрації компанії. Дозволяючи пільгову реєстрацію компаній на своїй території, офшорні країни, однак, дбають про захист справжніх вітчизняних суб'єктів господарювання від суб'єктів, які лише формально – заради пільгового статусу – створюються на відповідній території. Фактично спрощений порядок утворення суб'єкта господарювання та його пільговий правовий статус надаються офшорними зонами лише в обмін на відмову від здійснення господарської діяльності на власній території. Не порушуючи внутрішній економічний режим, світові офшорні зони як би продають компанії «на експорт». Призначення компанії для здійснення господарської діяльності за межами місця реєстрації є необхідною визначальною ознакою офшорної компанії й охоплює кілька аспектів [15, с. 54]. Водночас держави, на території яких офшорні компанії фактично провадять господарську діяльність, також встановлюють низку обмежень щодо господарської правосуб'єктності офшорних компаній, прагнучи запобігти ймовірними економічним порушенням з боку офшорних компаній, а також захистити власну економічну систему, вітчизняних товаровиробників та споживачів.

Таким чином, господарська правосуб'єктність офшорних компаній хоча

і набувається у дещо спрощеному порядку, однак є обмеженою. Оскільки одержуваний офшорною компанією пільговий правовий статус може бути використаний у неправомірних цілях господарська правосуб'єктність офшорної компанії обмежується для захисту економічних систем і території місця реєстрації компанії і тих країн, в яких така компанія буде провадити свою діяльність. Обмеження господарської правосуб'єктності офшорної компанії є свого роду «платою» за спрощений порядок набуття такої правосуб'єктності та можливість одержання низки пільг, передбачених офшорними юрисдикціями.

Узагальнено, що серед найбільш специфічних ознак господарської правосуб'єктності офшорних компаній можливо назвати такі:

1) спрощений порядок виникнення – створення компаній з офшорним статусом здійснюється у спрощеному (пільговому) режимі, встановленому законодавством відповідної офшорної юрисдикції;

2) тотальне обмеження господарської правосуб'єктності у юрисдикції, у межах якої проведено створення та реєстрацію офшорної компанії – фактично у офшорної компанії відсутня можливість здійснювати господарську діяльність в межах місця її реєстрації; наявність обмеженої господарської правосуб'єктності в місці реєстрації, як правило, пов'язана лише із можливістю утримання певної господарської інфраструктури, розташування офісу компанії, ведення бухгалтерської звітності та інших дій, що спрямовані на забезпечення господарської діяльності в інших юрисдикціях;

3) наявність додаткових пільг та можливостей, зумовлених офшорним статусом компанії, – в обмін на заборону здійснення господарської діяльності в місці реєстрації офшорній компанії надається низка пільг і переваг порівняно з компаніями, які не мають офшорного статусу (спрощений порядок звітності, податкові пільги, вищий рівень захисту комерційної таємниці, конфіденційність інформації про засновників та кінцевих бенефіціарів компанії тощо);

4) обмеження господарської правосуб'єктності офшорної компанії у країні, в якій така компанія провадить свою господарську діяльність, – ступінь такого обмеження залежить від національного

законодавства конкретної країни; передусім для офшорних компаній можуть обмежуватися найбільш економічно важливі для країни операції, а також діяльність, яка, на думку законодавця відповідної країни, може використовуватися для відмивання доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансування міжнародного тероризму та інших злочинних дій (банківська, страхова тощо).

Остання ознака також може бути умовно розділена на дві відносно самостійні підознаки: 4.1) заборона для офшорних компаній здійснювати окремі види діяльності та господарські операції; 4.2) встановлення у зв'язку зі здійсненням господарської діяльності та господарських операцій додаткових вимог як для самої офшорної компанії, так і для її можливих контрагентів.

Обмеження стосуються господарської правосуб'єктності загалом. Обмеження господарської правосуб'єктності передбачає накладення законодавчих обмежень у сфері господарювання на окремі елементи, що входять до складу поняття правосуб'єктності. Насамперед зазнає безпосередніх обмежень господарська компетенція офшорної компанії. Така компетенція є вужчою порівняно з господарською компетенцією компаній неофшорних. Також обмеження стосуються й інших елементів, що можуть розглядатися як складники правосуб'єктності, таких як об'єктивні права й обов'язки, суб'єктивні права й обов'язки, повноваження, статусні права й обов'язки (правовий статус), поточні права й обов'язки, а також правоздатність.

Характер обмежень господарської правоздатності як одного з основоположних елементів правосуб'єктності буде залежати від змісту поняття правоздатності, яке буде взяте за основу аналізу і дослідження. Проте узагальнено, з певною часткою умовності можна стверджувати, що господарська правоздатність офшорних компаній, на відміну від господарської компетенції таких компаній, більшою мірою обмежується юрисдикцією місця створення офшорного суб'єкта господарювання, ніж юрисдикціями, в яких такий суб'єкт провадить свою діяльність.

Чинне законодавство України також передбачає низку заборон та обмежень

щодо можливості здійснення офшорними компаніями господарської діяльності. Зазвичай офшорні компанії розглядаються як ненадійні контрагенти та суб'єкти, від яких зі значною часткою імовірності можливо чекати порушень законодавства, тому для таких компаній може обмежуватися доступ до господарської діяльності в тих сферах, які національний законодавець вважає найбільш значущими та вразливими до порушень і зловживань. Так, для офшорних компаній може обмежуватися страхова, банківська та інша діяльність тощо.

Відповідно до статті 2 Закону України «Про страхування» [16] страховик-нерезидент має право здійснювати страхову діяльність в Україні лише за визначених умов. Серед іншого однією із необхідних умов за статтею 2 Закону України «Про страхування» (пункт 5) є невключення держави, в якій зареєстрований страховик-нерезидент до переліку офшорних зон, визначеного згідно із законодавством України. Незважаючи на те, що пункт 5 вищезазначеної статті прямо забороняє здійснювати страхову діяльність в Україні страховикам-нерезидентам, зареєстрованим на території офшорних зон, перелік яких визначено законодавством України, проте й інші вказані вище пункти спрямовані, серед іншого, на недопущення до здійснення страхової діяльності в Україні суб'єктів господарювання – нерезидентів, зареєстрованих на території світових офшорних зон (у тому числі таких офшорних зон, які не визнані вітчизняним законодавством як офшорні, але за міжнародними стандартами та по факту такими є).

Аналогічно статтею 2 Закону України «Про страхування» [16] також встановлено обмеження, які не дозволяють офшорним суб'єктам господарювання – страховикам відкривати в Україні свої філії. Зокрема, страховик-нерезидент має право на відкриття філії в Україні лише за відповідності визначеним умовам. Так, передбачено, що держава, в якій зареєстрований страховик-нерезидент, не має належати до держав, які не беруть участі в міжнародному співробітництві у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, і фінансуванню тероризму, а також співпрацює із

Групою з розроблення фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей (FATF); за страховою діяльністю відповідно до законодавства країни реєстрації страховика-нерезидента має здійснюватися державний нагляд; між Україною та країною, в якій зареєстрований страховик-нерезидент, повинно бути укладено міжнародний договір про запобігання податковим ухиленням та уникнення подвійного оподаткування; страховик-нерезидент розташований на території країн або окремих територій, які не мають офшорного статусу згідно з рішенням Організації економічного співробітництва та розвитку ООН, або на території інших країн, якщо неофшорний статус такого страховика підтверджений висновком відповідної торгово-економічної місії тощо.

Встановлена Законом України «Про страхування» [16] сукупність вимог, лише за умови відповідності яким страховик-нерезидент може здійснювати в Україні страхову діяльність, у тому числі через відкриття філії, безпосередньо обмежує господарську правосуб'єктність офшорних компаній у відповідній сфері. Під такі обмеження підпадають і компанії, створені в межах територій, що фактично є офшорними зонами, але законодавством України до офшорних зон не віднесені.

Закон України «Про банки і банківську діяльність» [17] хоча і не містить безпосередньої прив'язки до терміна «офшор», проте визначає низку обмежень фактично саме для офшорних суб'єктів господарювання. Так, статтею 24 Закону України «Про банки і банківську діяльність» [17] серед умов, за яких іноземний банк має право на відкриття в Україні філії, передбачає, що (1) до держави, в якій зареєстровано іноземний банк, мають бути відсутні суттєві застереження з боку відповідних міжнародних органів щодо виконання нею міжнародних стандартів у сфері запобігання та протидії легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, та фінансуванню тероризму; (2) банківський нагляд у державі, в якій зареєстровано іноземний банк, відповідає Основним принципам ефективного банківського нагляду Базельського комітету з питань банківського нагляду; (3) між Національним банком України та орга-

ном банківського нагляду держави, в якій зареєстровано іноземний банк, укладено угоду про взаємодію у сфері банківського нагляду, гармонізації їх принципів та умов. Відповідні умови також безпосередньо обмежують можливості класичних офшорних компаній щодо здійснення банківської діяльності в Україні.

Прикладом непрямого обмеження щодо офшорних компаній може слугувати передбачене чинним Законом України «Про запобігання та протидію легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» [18] встановлення високого ризику ділових відносин та фінансових операцій без встановлення ділових відносин за участі офшорних суб'єктів. Відповідно до частини 5 статті 7 Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» [18] суб'єкт первинного фінансового моніторингу зобов'язаний встановити високий ризик ділових відносин (фінансової операції без встановлення ділових відносин), зокрема стосовно клієнтів, місцем проживання (перебування, реєстрації) яких є держава, віднесена Кабінетом Міністрів України до переліку офшорних зон; клієнтів, місцем проживання (перебування, реєстрації) яких є держава (юрисдикція), що не виконує чи неналежним чином виконує рекомендації міжнародних, міжурядових організацій, задіяних у сфері боротьби з легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванням тероризму чи фінансуванням розповсюдження зброї масового знищення; іноземних фінансових установ з якими встановлюються кореспондентські відносини (крім фінансових установ, зареєстрованих у державах – членах Європейського Союзу, державах – членах Групи з розроблення фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей) тощо.

Встановлення високого ризику ділових відносин або окремої фінансової операції без встановлення ділових відносин також за своїм змістом є обмежувальним заходом щодо офшорних суб'єктів господарювання.

Висновки. Офшорна компанія як особливий різновид господарської організації характеризується низкою особливостей господарської правосуб'єктності. Господарська правосуб'єктність офшорних компаній передбачає: а) позитивні для самої компанії заохочувальні елементи – додаткові пільги та можливості (надаються країною місця реєстрації з метою приваблення інвестицій у власну економіку); б) негативні для компанії обмежувальні елементи (по-перше, встановлюються країною місця реєстрації для

захисту вітчизняних суб'єктів господарювання, по-друге – також встановлюються країнами в яких офшорна компанія фактично здійснює господарську діяльність для запобігання економічним втратам, зумовленим розмиванням національної податкової бази та виведенням коштів із країни, а також для запобігання вчиненню економічних злочинних дій – незаконного ухилення від сплати податків, відмивання коштів, одержаних злочинним шляхом, фінансування міжнародного тероризму тощо).

ЛІТЕРАТУРА:

1. Загальна теорія держави і права: підручник/ За ред. М.В. Цвіка, О.В. Петришина. Харків: Право, 2009. 584 с.
2. Гарагонич О.В. Господарська правосуб'єктність акціонерних товариств: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.04. Київ, 2020. 466 с.
3. Мілаш В.С. Господарське право: курс лекцій: у 2 ч. Ч 1. Харків: Право, 2008. 496 с.
4. Січевлюк В. А. Еволюція категорії «правова суб'єктність» (теоретико-прикладні заходи): монографія. Київ: Вид-во «Юридична думка», 2020. 462 с.
5. Господарське право: підручник / За ред. О.П. Подцерковного. Одеса: Фенікс, 2018. 612 с.
6. Ментух Н.Ф. Поняття господарської правосуб'єктності. *Адвокат*. 2011. № 2 (125). С. 39–41.
7. Щербина В.С. Суб'єкти господарського права: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2008. 264 с.
8. Господарське право України: підручник: у 2 ч. Ч 1 / О.Б. Андреева та ін. Харків: : Харків. нац. ун-т внутр. справ, 2016. 324 с.
9. Господарський кодекс України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15/print> (дата звернення 25.05.2021).
10. Гарагонич О.В. Поняття та ознаки господарської компетенції. *Порівняльно-аналітичне право*. 2016. № 3. С. 93–96.
11. Грудницкая С.Н. Структура хозяйственной правосуб'єктности предприятий в современной экономике. *Правова держава*. 2011. № 13. С. 51–58.
12. Цивільний кодекс України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15/print> (дата звернення 25.05.2021).
13. Гарагонич О.В. Юридичний склад, що є підставою виникнення господарської правосуб'єктності при заснуванні акціонерних товариств. *Вісник Академії адвокатури України*. 2015. Том 12. Число 1 (32). С. 21–35.
14. Міністерства юстиції України від 05.11.2004 № 19-45-1332 «Щодо надання роз'яснення стосовно правосуб'єктності підприємства». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1332323-04#Text> (дата звернення 25.05.2021).
15. Єремеев А.В. Пільговий господарсько-правовий статус в обмін на нездійснення господарської діяльності в місці реєстрації – визначальна ознака офшорної компанії. *Правовий часопис Донбасу*. 2020. № 1 (70). С. 64-71.
16. Закон України «Про страхування». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/85/96%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення 25.05.2021).
17. «Про банки і банківську діяльність». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2121-14#Text> (дата звернення 25.05.2021).
18. Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» від 06.12.2019 № 361-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/361-20#Text> (дата звернення 25.05.2021).

ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА МІЖНАРОДНИХ МЕХАНІЗМІВ ЗАХИСТУ ПРАВ

Іваницький Андрій Миронович,

асистент кафедри цивільного права та процесу

Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова,

адвокат

У статті констатовано, що в основі поняття «форма захисту» прав знаходиться особа або уповноважений суб'єкт, який безпосередньо буде застосовувати способи захисту, що спрямовані на відновлення порушеного, невизнаного чи оспореного права особи. Також встановлено, що форма захисту прав у наукових колах визначається з різних суб'єктивних сторін та базується на розумінні, що саме є в основі «форми захисту» та який критерій класифікації для аналізу беруть за основу. Встановлено, що класифікації за тим чи іншим критерієм недостатньо відтворюють правовий вибір особи щодо порядку та суб'єкта захисту його порушеного, невизнаного або оспорюваного права. Зокрема, захист міжнародними органами, до прикладу Європейським судом із прав людини, несправедливо був залишений поза межами класифікацій, а також неможливо зі впевненістю віднести його до тієї чи іншої форми захисту за вищезазначеними критеріями.

Проаналізовано класифікацію форм захисту за характером зв'язку юрисдикційного органу зі сторонами, між якими є спір, виділяючи при цьому: вирішення спору юрисдикційним актом однією із сторін спірного правовідношення; вирішення спору актом органу, який не є учасником спірного правовідношення, але пов'язаного з одним чи обома учасниками спірного правовідношення відповідними правовими чи організаційними відносинами; вирішення спору органом, який не є учасником спірного правовідношення і який не пов'язаний правовими чи організаційними правовідносинами, окрім процесуальних.

Запропоновано класифікацію форм захисту прав залежно від ієрархії юрисдикцій, а саме: виділено національну та міжнародну форму захисту, до якої віднесено захист, який здійснюється міжнародними установами, організаціями або безпосередньо, або через відповідні судові установи. Виділено щодо міжнародної форми захисту прав специфічні ознаки, такі як наднаціональність, найвища та остаточна юридична сила рішення суб'єкта, який знаходиться в основі такої форми захисту. Зазначено, що звернення особи до міжнародної форми захисту прав може бути підставою для перегляду судових рішень у зв'язку із виключними обставинами, навіть тих, які набрали законної сили. Цей факт демонструє, що за рівнем ієрархії міжнародна форма захисту має превалюючу позицію порівняно із національними судами як формою юрисдикційного захисту національного рівня.

Ключові слова: захист прав, форма захисту прав, класифікація форм захисту, міжнародна форма захисту прав, національна форма захисту прав, правова характеристика, Європейський суд із прав людини, наднаціональність.

Ivanytskyi Andrii. Legal characteristics of international mechanisms of protection of rights

The article states that the concept of «form of protection» of rights is based on a person or an authorized entity that will directly apply the methods of protection aimed at restoring the violated, unrecognized or disputed rights of the person. Also, it was found that the form of protection of rights in scientific circles is determined by various subjective parties and is based on the understanding of what is the basis of the «form of protection» and what classification criteria for analysis are taken as a basis. It has been established that classifications according to one or another criterion do not sufficiently reproduce a person's legal choice regarding the procedure and subject of protection of his violated, unrecognized or disputed right. In particular, protection by international bodies, such as the European Court of Human Rights, has not been rightly left out of the classifications, and it is not possible to classify with certainty any form of protection according to the above criteria.

The classification of forms of protection according to the nature of the relationship of the jurisdiction with the parties between which there is a dispute is analyzed, highlighting: the resolution

of the dispute by a jurisdictional act by one of the parties to the dispute; settlement of a dispute by an act of a body that is not a party to the disputed legal relationship, but is related to one or both parties to the disputed legal relationship by the relevant legal or organizational relations; dispute resolution by a body that is not a party to the disputed legal relationship and which is not related by legal or organizational legal relations other than procedural.

It was proposed to classify the forms of protection of rights depending on the hierarchy of jurisdictions, namely: the national and international forms of protection, which included protection provided by international institutions, organizations, either directly or through relevant judicial institutions. There are specific features of the international form of protection of rights – supranationality, the highest and final legal force of the decision of the entity that is the basis of this form of protection. It is stated that a person's application to the international form of protection of rights may be a ground for review of court decisions in connection with exceptional circumstances, even those that have entered into force. This fact demonstrates that, according to the level of hierarchy, the international form of protection has a predominant position in comparison with national courts as a form of jurisdictional protection at the national level.

Key words: *protection of rights, form of protection of rights, classification of forms of protection, international form of protection of rights, national form of protection of rights, legal characteristics, European Court of Human Rights, supranationality.*

Розпочинаючи своє дослідження щодо правової характеристики міжнародної форми захисту цивільних прав, варто зазначити, що як поняття «захист», так і категорія «форма захисту» не знайшли свого легального та чіткого визначення як на національному, так і на міжнародному рівні. Також у правовій доктрині відсутнє одностайне їхнє розуміння, адже нині присутня жвава дискусія щодо розуміння та змістовного насичення вказаних понять. Водночас, не вдаючись до характеристики основних концепцій щодо розуміння «захисту» як поняття в аспекті цивільних прав, вважаємо, що без окреслення його меж неможливе подальше дослідження щодо його елементу – «форми» – в аспекті міжнародного рівня. Тому зазначаємо, що, на нашу думку, захист прав можливо визначити як вид правового впливу на суспільні відносини, що полягає у застосуванні особою або іншим уповноваженим суб'єктом визначених правовими нормами (квазіправовими нормами) способів захисту, які має право застосовувати така особа або інший уповноважений суб'єкт, спрямованих на відновлення порушеного, невизнаного чи оспореного права особи у разі його порушення або протиправного на нього посягання.

Переходячи до дослідження «форми захисту» прав, зауважимо та звернемо увагу на значення терміна «форма» у тлумачних словниках [1, с. 1328], [2, с. 693–694], [3, с. 284]. Так, під «формою» слід розуміти тип, будову, спосіб організації чого-

небудь; зовнішній вияв якого-небудь явища, пов'язаний із його сутністю, змістом; сукупність прийомів, способів, елементів техніки виконання тощо.

На основі цих визначень можна сформувати спільні характерні ознаки, які закріплюються за терміном «форма» як певною категорією, яка має однорідну будову та організацію, що відображає сам процес його здійснення, зовнішній вияв явища, пов'язаний із його сутністю, змістом, та певні виняткові прийоми, способи та елементи техніки, які визначають його індивідуальність, вирізняють його серед інших подібних.

Розуміння поняття «форма захисту» прав серед науковців визначається з різних суб'єктивних сторін та базується на розумінні, що саме є в основі «форми захисту» та який критерій класифікації для аналізу той чи інший дослідник бере за основу.

Зокрема, В.В. Болгова [4, с. 14] стверджує про необхідність відмежувати категорію «форма захисту суб'єктивного права» від суміжних категорій – «процесуальна форма», «юридичний процес», «механізм захисту права», «спосіб захисту», «форма правового захисту», «форма вирішення спорів» – для того, щоби внести певну ясність і впорядкувати понятійний апарат теорії права в розглянутій сфері. Як стверджують Г.А. Свердлик і Е.Л. Страунінг [5, с. 37], форма захисту вказує на суб'єкта, що здійснює заходи захисту, тим самим визначаючи його як основну, кваліфікуючу ознаку однієї форми щодо інших.

Тобто можна зробити висновок, що в базисі поняття «форма захисту» прав перебуває особа або уповноважений суб'єкт, який безпосередньо буде застосовувати способи захисту, спрямовані на відновлення порушеного, невизнаного чи оспореного права особи.

Варто зазначити, що більшість науковців, коли досліджують, аналізують «форму захисту» прав, ставлять в основу суб'єктний критерій, який приводить до «класичної» класифікації форм захисту на юридичну та неюридичну форму [6, с. 165]. Різні науковці по-різному визначають, які саме суб'єкти входять до юридичної, а які – до неюридичної форми захисту. Існують такі правові позиції з цього питання: юридична форма захисту – це лише форма захисту, яка притаманна суду, а до неюридичної відносяться усі інші уповноважені суб'єкти та сама особа [7, с. 115]; юридична форма захисту визначається як сукупність способів захисту, що здійснюється органами влади та посадовими особами, відповідно неюридичною формою захисту є сукупність способів захисту, що здійснюються особою, яка не здійснює свої владні функції чи посадові обов'язки [8, с. 153]; межами юридичної форми захисту охоплюється захист у судовому (загальний порядок) і в адміністративному порядку (спеціальний порядок), а до неюридичної форми належать усі інші суб'єкти, зокрема і сама особа.

Водночас неможливо не погодитися із Т.М. Підлубною [9, с. 41], що розуміння форми захисту прав як певного порядку захисту прав тим чи іншим юридичним органом не виправдано звужує зміст форми захисту, оскільки ці поняття є самостійними за змістом, а порядок – поняття більш процесуальне.

Також у наукових колах [10, с. 113] стверджується думка, що використання терміна «юридичний захист» в аспекті форми захисту є не завжди коректним. Якщо такою формою захисту охоплюються всі випадки несамоїтного захисту прав, зокрема і нотаріальний захист прав, то є не зовсім вдалим використання поняття «юридичність» щодо діяльності приватних нотаріусів, наприклад, у довідкових виданнях «юридичність» розглядається як

коло повноважень суду або іншого адміністративного органа із правової оцінки конкретних факторів, серед них – вирішення спорів та застосування передбачених законом санкцій.

Тому варто звернути увагу також на інші спроби класифікації форм захисту прав, яку здійснюють у правовій доктрині.

Також варто зазначити про класифікацію форм захисту за характером зв'язку юридичного органа зі сторонами, між якими є спір, виділяючи при цьому: 1) вирішення спору юридичним актом однією із сторін спірного правовідношення; 2) вирішення спору актом органу, який не є учасником спірного правовідношення, але пов'язаного з одним чи обома учасниками спірного правовідношення відповідними правовими чи організаційними відносинами; 3) вирішення спору органом, який не є учасником спірного правовідношення і який не пов'язаний правовими чи організаційними правовідносинами, окрім процесуальних.

Ґрунтуючись на вищезазначеному критерії, Ю.К. Осипов [11, с. 93–99] виділяє державну, громадську, змішану та третейську форми захисту (вирішення юридичних справ). При цьому державну форму дослідник поділяє на адміністративну, арбітражну та судову; громадську – на профспілкову, колгоспну та кооперативну; змішану – на паритетну (орган, який розглядає спір про право, складається з однакової кількості представників зацікавлених сторін) і спільну (спір розглядається декількома самостійними органами одночасно), третейську – вирішення справ судом, які створені за домовленістю між громадянами.

Як зазначає І.В. Венедіктова [12, с. 27], під час аналізу форм захисту на предмет захисту ними охоронюваних законом інтересів можливо виділити такі: 1) захист цивільних інтересів судом; 2) захист цивільних інтересів Президентом України, органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим або органами місцевого самоврядування; 3) захист цивільних прав нотаріусом; 4) самозахист цивільних прав.

Водночас, на наше переконання, вищезазначені класифікації за тим чи іншим критерієм недостатньо відтворюю-

ють правовий вибір особи щодо порядку та суб'єкта захисту його порушеного, невизнаного або оспорюваного права. Зокрема, захист міжнародними органами, до прикладу Європейським судом із прав людини, несправедливо був залишений поза межами таких класифікацій, а також неможливо зі впевненістю віднести його до тієї чи іншої форми захисту за вищезазначеними критеріями.

Проте погоджуємось із думкою [6, с. 165], що калейдоскоп індивідуальних юридичних інтересів суб'єктів правовідносин є тим об'єктивним фактором, що визначає існування різних форм захисту суб'єктивного права та інтересу. При цьому індивідуальні юридичні інтереси громадян мають індивідуальний особистий характер, тому що їхній інтерес спрямований на задоволення власних потреб, а індивідуальний юридичний інтерес підприємств, організацій і установ має державний характер, тому що в цьому разі інтереси суб'єктів спрямовані на задоволення потреб загальнодержавного значення.

Тому вважаємо, що необхідно визначити власну класифікацію форм захисту прав, при цьому критерій має максимально широко визначити всі можливі форми юридичного захисту, зокрема і міжнародному форму захисту прав.

Так, варто зазначити, що Ю.В. Желіховська [6, с. 166], здійснюючи класифікацію форм захисту цивільних прав, залежно від порядку їх захисту виділила: судовий захист; адміністративний захист; захист нотаріусом; самозахист; захист за допомогою інших громадських, державних та міжнародних інституцій. Водночас не дуже зрозуміло, чому науковець визначає саме таку класифікацію, залежно від порядку, послідовності звернення, як: суд, державні та інші уповноважені органи, нотаріус, самозахист, інші інституції, зокрема міжнародні – адже перед зверненням до суду за захистом особа не обмежена звернутися до державних або інших уповноважених органів, нотаріуса або застосувати самозахист.

Відповідно до наукової позиції Є.О. Харитонова [13, с. 183], останній виділяє судову, адміністративну, нотаріальну, самозахисну та громадську форми захисту, залежно від природи юрисдикційного органа, що здійснює захист, також відносить до органів захисту міжнародні інституції. О. Лаврін [14, с. 58] зазначає, що міжнародний захист як особлива форма захисту може виражатися у визначенні заходів із метою захисту сторін за зовнішньоекономічним договором та у звертанні в міжнародний комерційний арбітраж. Варто зазначити, що О.О. Посикалюк [15, с. 127] відносить захист прав міжнародними судовими органами до різновиду юрисдикційної форми захисту, яка, на його думку, є судовою формою захисту.

Тому, на нашу думку, доречно здійснити класифікацію форм захисту прав залежно від ієрархії юрисдикцій, а саме виділити національну та міжнародну форму захисту цивільних прав. До національної форми захисту віднесемо всі можливі форми захисту, які передбачені у положеннях національного законодавства, а до міжнародної відповідно – захист, який здійснюється міжнародними установами, організаціями або безпосередньо, або через відповідні судові установи.

Наш критерій, окрім іншого, ґрунтується на статті 55 Конституції України [16], яка закріплює, що кожен має право після використання всіх національних засобів юридичного захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна.

Зокрема, одним із проявів такої міжнародної форми захисту є Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, яка була ратифікована Законом України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» [17] та набрала чинності для України з 11.09.1997 року, а тому Європейський суд із прав людини, згідно зі статтею 34 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, може приймати заяви від будь-якої особи, неурядової організації або групи осіб, які вважають себе потерпілими від допущеного, зокрема, Україною порушення прав, викладених у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод або протоколах до неї.

Захист прав Європейським судом з прав людини є складовою частиною змісту пра-

вомочності щодо захисту останнім конвенційних прав особи, яке полягає в можливості звернення ним до Європейського суду із прав людини з приводу порушення його права, викладеного у положеннях Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та визнання Європейським судом із прав людини його порушенням і надання сатисфакції. Така форма захисту, на нашу думку, справедливо визначається однією із форм захисту прав, яке має свої особливості, такі як: суб'єкт застосування (Європейський суд із прав людини), засіб захисту та способи захисту.

Також варто зазначити, що результат захисту Європейським судом із прав

людини цивільних прав особи є підставою для перегляду судових рішень у зв'язку з виключними обставинами, навіть тими, які набрали законної сили. Цей факт демонструє, що за рівнем ієрархії міжнародна форма захисту має превалюючу позицію порівняно з національними судами.

Отже, на підставі вищенаведеного зазначаємо, що міжнародна форма захисту прав визначається як самостійна форма захисту права, яка володіє певними характерними лише для неї ознаками, такими як: наднаціональність, найвища та остаточна юридична сила рішення суб'єкта, який знаходиться в основі такої форми захисту.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Ірпінь : ВТФ «Перун», 2004. 1440 с.
2. Новий тлумачний словник української мови: у 4 т. / уклад.: В. Яременко, О. Сліпушко. Київ : Аконіт, 2001. Т. 4. 941 с.
3. Тлумачний словник української мови / за ред. Д.Г. Гринчишина. Київ : Освіта, 1999. 299 с.
4. Болгова В.В. Формы защиты субъективного права: теоретические проблемы : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Уфа, 2000. 38 с.
5. Свердлык Г.А. Защита и самозащита гражданских прав : учеб. пособие / Г. А. Свердлык, Э. Л. Страунинг. Москва : Лекс-Книга, 2002. 208 с.
6. Желіховська Ю.В. Нотаріальна форма захисту цивільного права та охоронюваного законом інтересу. *Університетські наукові записки*. 2011. № 2 (38). С. 163–171.
7. Бондар Т.В. Деякі проблеми захисту цивільних прав у договірних зобов'язаннях. *Університетські наукові записки*. 2007. № 2 (22). С. 113–118.
8. Стецюк Л.Л. Самозахист як форма захисту цивільних прав. *Університетські наукові записки*. 2008. № 3. С. 151–158.
9. Підлубна Т.М. Право на захист цивільних прав та інтересів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2009. 20 с.
10. Голосніченко І.П. Адміністративна діяльність органів внутрішніх справ. Загальна частина: підручник / І.П. Голосніченко. Київ : Укр. акад. внутр. справ, 1995. 268 с.
11. Осипов Ю.К. Подведомственность юридических дел. Свердловск, 1973. 124 с.
12. Венедіктова І.В. Форми захисту охоронюваних законом інтересів. *Підприємство, господарство і право*. 2011. № 10. С. 26–29.
13. Харитонов Є.О. Цивільне право України : підручник / Є.О. Харитонов, Н. О. Саніахметова. Київ : Істина, 2003. 776 с.
14. Лаврін О. Захист прав суб'єктів господарювання, його форми та способи. *Підприємство, господарство і право*. 2002. № 11. С. 56–59.
15. Посикалюк О.О. Захист особистих немайнових прав фізичної особи Європейським судом із прав людини. *Університетські наукові записки*. 2008. № 3. С. 124–128.
16. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 року № 254к/96-ВР / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 03.06.2021).
17. Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів N 2, 4, 7 та 11 до Конвенції : Закон України від 17.07.1997 року № 475/97-ВР / Верховна рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/475/97-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 03.06.2021).

УДК 349.3

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.45>

СТАНДАРТИ ПРАВА ПРАЦІВНИКІВ НА ПРОФЕСІЙНУ (СЛУЖБОВУ) КАР'ЄРУ В АКТАХ РАДИ ЄВРОПИ ТА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Ломей Дмитро Володимирович,

аспірант кафедри трудового права та права соціального забезпечення
Національного університету «Одеська юридична академія»

У статті досліджуються стандарти права працівників на професійну (службову) кар'єру, закріплені в актах Ради Європи та Європейського Союзу.

Установлено, що поетапне узгодження актів національного трудового законодавства з європейськими стандартами права працівника на професійну (службову) кар'єру є його адаптацією. Формами адаптації нормативно-правових актів України в досліджуваній сфері є прийняття нових актів законодавства й унесення змін до чинних, що відбувається з урахуванням європейських стандартів права працівника на професійну (службову) кар'єру. Саме ефективна адаптація трудового законодавства України до європейських стандартів прав людини є однією з гарантій успішного завершення євроінтеграції та входження України до складу Європейського Союзу.

З'ясовано, що європейські стандарти права працівників на професійну (службову) кар'єру поділяються на загальні та спеціальні. Загальні стандарти досліджуваного права визначають його структуру, гарантії здійснення й загалом механізм забезпечення (реалізації, охорони та захисту). Досліджено зміст стандартів права працівника на професійну (службову) кар'єру, закріплених у Європейській соціальній хартії (переглянутій) від 9 травня 1996 року, Хартії Співтовариства про основні соціальні права працівників від 9 грудня 1989 року, Хартії основних прав Європейського Союзу від 7 грудня 2000 року.

Спеціальні стандарти права на професійну (службову) кар'єру стосуються окремих категорій працівників, які, як правило, мають відношення до реалізації окремих функцій держави (здійснення правосуддя, забезпечення правопорядку тощо) і закріплюють спеціальні правомочності відповідних категорій працівників щодо задоволення своїх потреб та інтересів майнового й немайнового характеру, пов'язаних із професійним зростанням і/або просуванням (підвищенням) по роботі (службі).

Ключові слова: європейські стандарти, права працівника, право працівника на професійну (службову) кар'єру, євроінтеграція, адаптація.

Lomey Dmytro. Standards of employees' right to a professional (official) career in the acts of the Council of Europe and the European Union

The article examines the standards of employee's right to a professional (official) career, enshrined in the acts of the Council of Europe and the European Union.

It is established that the gradual harmonization of acts of national labour legislation with European standards of the employee's right to a professional (official) career is its adaptation. Forms of adaptation of legal acts of Ukraine in the research area are the adoption of new legislation and amendments to existing ones, which takes into account European standards of the employee's right to a professional (official) career. It is the effective adaptation of Ukraine's labour legislation to European human rights standards that is one of the guarantees for the successful completion of European integration and Ukraine's accession to the European Union.

It is established that European standards of employees' right to a professional (professional) career are divided into general and special. The general standards of the studied law determine its structure, guarantees of implementation and in general the mechanism of provision (implementation, protection and defense). The content of the standards of the employee's right to a professional (official) career enshrined in the European Social Charter (revised) of 9 May 1996, the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers of 9 December 1989, and the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 7 December 2000 year.

Special standards of the right to a professional (official) career apply to certain categories of workers, which, as a rule, are related to the implementation of certain functions of the state

(administration of justice, law and order, etc.) and enshrine special powers of relevant categories of workers to meet their needs and interests of property and non-property nature, associated with professional growth and/ or promotion of work (service).

Key words: European standards, employee rights, employee right to professional (official) career, European integration, adaptation.

Постановка проблеми. Європейська інтеграція є вибором українського народу, який ґрунтується на усвідомленні історичної ідентичності та спільності з європейськими країнами, водночас є каталізатором реформ, в основі яких перебувають демократичні цінності й соціальна справедливість.

У рамках зближення українського та європейського законодавств узгодженість має бути досягнута в усіх без винятку сферах, а не лише в окремих. Тому важливим напрямом євроінтеграційного курсу є визначення стандартів права працівника на професійну (службову) кар'єру, закріплених в актах Ради Європи та Європейського Союзу, як складника національного соціального законодавства України.

Аналіз публікацій. Наукові дослідження стандартів соціальних та економічних прав людини, у т. ч. й трудових прав, закріплених в актах Ради Європи та Європейського Союзу, проводилися такими науковцями-представниками науки трудового права, як Н.Б. Болотіна, К.В. Бориченко, О.С. Кайтанський, В.Л. Костюк, Л.Ю. Малюга, С.М. Прилипко, Д.І. Сіроха, С.М. Синчук, Т.М. Слінько, Н.М. Хуторян, Г.І. Чанишева, М.М. Шумило, О.М. Ярошенко й інші. Водночас, з огляду на те що правомочності у сфері професійної (службової) кар'єри стали порівняно нещодавно визнаватися самостійним суб'єктивним правом працівника та ще не дістали належного нормативного закріплення в законодавстві України, а європейські стандарти прав людини характеризуються високим ступенем динамічності, пов'язаним із постійним їх підвищенням з урахуванням рівня розвитку суспільства, економіки та держави загалом, досліджувана проблема не втрачає своєї актуальності.

Таким чином, **метою** статті є теоретико-правове дослідження стандартів права на професійну (службову) кар'єру працівника, закріплених в актах Ради Європи та Європейського Союзу.

Вклад основного матеріалу. Ураховуючи визнання людиноцентризму

основним напрямом розвитку правових систем світу, ключовим завданням сучасного трудового права стає забезпечення трудових прав, свобод і законних інтересів учасників індивідуальних і колективних трудових відносин, гарантованих на міжнародному рівні. При цьому нормативний характер більшості суб'єктивних прав у сфері праці пов'язує їх із таким поняттям, як «стандарти суб'єктивних прав», що набувають усе більшого значення. Саме стандартизація суб'єктивних прав, зокрема, людини є ключовою підставою визнання тієї чи іншої правової системи такою, що відповідає чи не відповідає демократичним прагненням розвитку людства. Стандартизація трудових прав працівника спрямована насамперед на забезпечення йому мінімальних правових засобів захисту тією мірою, якою забезпечується можливість безперешкодно й максимально ефективно реалізувати особистий потенціал у сфері праці.

Як зазначає Т.М. Слінько, «міжнародні стандарти в галузі прав людини – це загальноновизнані міжнародно-правові норми, які закріплюють на загальнолюдському рівні статус особистості й установлюють перелік основоположних прав і свобод, обов'язок держав дотримуватися цих прав і свобод, а також межі можливого або припустимого їх обмеження» [1, с. 31]. Учена виокремлює універсальні та європейські стандарти прав людини.

На думку Л.Ю. Малюги, європейські соціальні стандарти – це впорядкований між державами-учасницями ЄС комплекс єдиних вимог щодо забезпечення для громадян соціальної безпеки й можливостей соціального розвитку з метою реалізації ними соціальних прав та свобод [2, с. 72]. Варто погодитися з ученою, що саме стандарти прав людини, імплементовані в законодавство кожної конкретної держави, забезпечують їй правову визначеність щодо гарантованого на міжнародному рівні обсягу правомочностей у відповідній сфері, який має бути спря-

мований не лише на збереження наявного становища особистості, а і його неухильне підвищення. Водночас дещо обмеженою видається позиція Л.Ю. Малюги щодо визнання європейськими соціальними стандартами виключно нормативних положень актів Європейського Союзу (далі – ЄС), тоді як вони ґрунтуються, зокрема, на актах інших інституцій європейського рівня, зокрема Ради Європи.

В.Л. Костюк, своєю чергою, пропонує визначати європейські соціальні стандарти в широкому та вузькому значеннях. Так, на думку науковця, у широкому значенні європейські соціальні стандарти – це «сукупність норм, положень і стандартів концептуального характеру, які містяться в міжнародно-правових актах, ухвалених уповноваженими європейськими інституціями, та спрямовані на розвиток ефективної моделі соціального захисту». У вузькому значенні європейські соціальні стандарти, на переконання В.Л. Костюка, – це «сукупність визнаних і закріплених відповідно до основоположних європейських міжнародно-правових актів соціальних прав людини» [3, с. 69–70]. Така позиція вченого є виваженою та заслуговує на підтримку.

Варто також погодитися з твердженням К.В. Бориченко, що «європейські стандарти прав людини є лише одним із видів міжнародних стандартів відповідного права. Водночас особливістю стандартів досліджуваного виду є сфера їх поширення, яка обмежується виключно державами, які належать до Європи як частини світу. Однією з таких держав якраз і є Україна, якою при розробці програм економічного й соціального розвитку обов'язково враховуються європейські стандарти прав людини» [4, с. 109] з метою досягнення відповідності її правової системи правовій системі ЄС з урахуванням критеріїв, що висуваються ЄС до держав, які мають намір вступити до нього.

Поняттям, яке в змозі охопити всю діяльність щодо приведення законодавства України до європейських стандартів, є термін «адаптація» (з англ. adaptation – пристосувати, переробляти). Буквальне розуміння цього терміна дає можливість сприймати його як «пристосування чинних внутрішньодержавних норм до між-

народних зобов'язань держави шляхом внесення змін до її законодавства», або в більш широкому розумінні, як це сформульовано в Постанові Кабінету Міністрів України «Про Концепцію адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 16 серпня 1999 року № 1496, як «процес зближення та поступового приведення законодавства України у відповідність до законодавства ЄС».

У Великому юридичному енциклопедичному словнику за загальною редакцією Ю.С. Шемшученка йдеться, що адаптацією законодавства є «форма правової гармонізації, сутність якої полягає в узгодженні та пристосуванні нормативно-правових актів національного законодавства до міжнародних, європейських або внутрішньодержавних правових стандартів» [5, с. 15]. Доцільно наголосити, що формами такого пристосування можуть бути не лише внесення змін до чинного національного законодавства, а й прийняття нових нормативно-правових актів, у зв'язку з чим варто погодитися з думкою Л.Ю. Малюги, що адаптація законодавства України до європейського законодавства є «процесом тривалого поетапного узгодження шляхом прийняття нових і внесення змін до існуючих актів національного законодавства України, розроблених з урахуванням європейських стандартів, наслідком якого є зближення вітчизняної системи права з сучасною європейською згідно з критеріями та стандартами, відображеними в актах Ради Європи, інших інституцій європейського рівня, чинному законодавстві ЄС» [6, с. 123].

Таким чином, дослідження європейських стандартів права працівника на професійну (службову) кар'єру неможливе без характеристики положень окремих положень актів Ради Європи ЄС у цій сфері.

Як відзначає в праці І.В. Новосельська, «на сьогодні Рада Європи ухвалила більше 150 актів із питань прав людини, у тому числі й тих, що містять соціальні стандарти. Відповідно до основних стандартів у соціальній сфері дослідницею віднесено стандарти, закріплені в наступних нормативно-правових актах: 1) Європейській соціальній хартії (переглянутій) (ETS № 163) від 3 травня 1996 року;

2) Хартії Європейського співтовариства про основні соціальні права працівників від 9 грудня 1989 року; 3) Хартії основних прав Європейського Союзу від 7 грудня 2000 року» [7, с. 96].

На переконання Н.Б. Болотіної та М.М. Феськова, «однією з особливостей Європейської соціальної хартії (переглянутої) є те, що у змісті цього міжнародно-правового акту права, назви яких винесені в назву статті, поділяються на більш конкретні права, що закріплені в окремих пунктах зазначених статей. У такий спосіб і за рахунок такої конкретизації перелік прав значно розширено. При цьому при ратифікації держава сама визначає, які саме пункти конкретної статті вона обирає для ратифікації» [8, с. 40]. Саме тому Україна приєдналася не до всіх статей Хартії, а лише до 27 статей і 74 пунктів станом на момент ратифікації та до пунктів 3, 4 статті 12 згодом згідно із Законом України «Про внесення зміни до пункту 2 Закону України «Про ратифікацію Європейської соціальної хартії (переглянутої)» від 17 травня 2017 року.

Цікаво зазначити, що в тексті Хартії жодного разу не згадується така категорія, як «професійна (службова) кар'єра», проте висновок, що стандарти відповідного права працівника нею не визначені, був би передчасним.

Так, уже в преамбулі Європейської соціальної хартії (переглянутої) зазначено, що «держави-члени Ради Європи домовилися забезпечити для свого населення визначені соціальні права з метою підвищення життєвого рівня та соціального добробуту свого населення шляхом оновлення та адаптування основного змісту Європейської соціальної хартії з метою врахування, зокрема, основних соціальних перетворень, які відбулися після прийняття її тексту».

Зокрема, ще ст. 1 Європейської соціальної хартії гарантовано працівнику право на вільний вибір форм зайнятості, що, по суті, є підґрунтям для реалізації його права на професійну (службову) кар'єру, що передбачає його професійне зростання та/або просування (підвищення) по роботі (службі) шляхом набуття більш високого кваліфікаційного розряду чи зайняття більш високої та відповідальні-

шої посади й виконання більш широкого кола обов'язків чи роботи більш високої кваліфікації.

Положеннями Європейської соціальної хартії (переглянутої) відповідні стандарти права працівника на професійну (службову) кар'єру істотно розширені. Так, у ст. 9 Хартії визначено, що з метою надання безоплатної допомоги особам у вирішенні проблем, пов'язаних із вибором професії та набуттям професійних навичок, із належним урахуванням здібностей кожного й потреби в ньому на ринку праці Сторони зобов'язуються створювати відповідні служби та сприяти їх діяльності; сприяти професійно-технічній підготовці всіх осіб, а також створити умови для доступу до вищої технічної та університетської освіти виключно на основі особистих здібностей (ст. 10).

Вагоме значення мають також антидискримінаційні положення Хартії, які стосуються забезпечення рівності працівників у можливості здійснення й однакового змісту права на професійну (службову) кар'єру незалежно від особистісних якостей працівника. Мова йде про гарантії, закріплені ст. 20 Європейської соціальної хартії (переглянутої), відповідно до яких чоловікам і жінкам гарантується право на рівні можливості та рівне ставлення у вирішенні питань професії, які забезпечуються, зокрема, заходами, спрямованими на усунення дискримінації за ознакою статі у сфері професійного зростання, включаючи просування по службі (п. d) ст. 20 Хартії).

Рівні можливості в побудові професійної (службової) кар'єри гарантуються також працівникам із сімейними обов'язками, які мають забезпечуватися гарантіями, спрямованими на забезпечення їм можливості влаштування на роботу і працювати, повертатися до роботи після відсутності, зумовленої такими обов'язками, включаючи можливість скористатися заходами в галузі професійного орієнтування та підготовки. У забезпеченні безперешкодної реалізації права на професійну (службову) кар'єру працівників із сімейними обов'язками важливу роль також відіграють зобов'язання договірних сторін щодо створення або розширення мережі державних чи приватних служб, зокрема

закладів по догляду за дитиною вдень та інших форм догляду за дитиною (ст. 27 Хартії).

Рівність чоловіків і жінок у сфері розвитку кар'єри гарантована також п. 16 Хартії Співтовариства про основні соціальні права працівників від 9 грудня 1989 року.

Названим міжнародно-правовим актом також закріплено, що кожний працівник повинен мати можливість доступу до професійного навчання й користування таким навчанням протягом усього періоду своєї трудової діяльності з метою поліпшення своїх професійних навичок або набуття нових професійних навичок, що є важливою передумовою для здійснення права на професійну (службову) кар'єру.

На розвиток відповідного стандарту спрямовані положення й ст. 14 Хартії основних прав Європейського Союзу від 7 грудня 2000 року, якими закріплено право кожної людини на освіту, а також на доступ до професійної підготовки та підвищення кваліфікації, яке має бути реалізоване без будь-якої дискримінації, зокрема, за ознаками статі, раси, кольору шкіри, етнічного чи соціального походження, генетичних характеристик, мови, релігії чи віри, політичних та інших переконань, належності до національних меншин, майнового стану, походження, обмеженої працездатності, віку чи сексуальної орієнтації.

Водночас право працівника на професійну (службову) кар'єру є не однорідним і відрізняється за змістом і механізмом реалізації, засобами захисту залежно від трудово-правового статусу самого працівника, його трудової функції тощо. Мова йде про осіб, прирівняних до найманих працівників: суддів, прокурорів, співробітників правоохоронних органів тощо. Стандарти їхнього права на професійну (службову) кар'єру закріплені спеціальними міжнародно-правовими актами, у т. ч. і європейського рівня.

Так, наприклад, одним із заходів забезпечення, захисту й посилення незалежності суддів Рекомендацією № 94 (12) Комітету Міністрів Ради Європи «Незалежність, дієвість і роль суддів» від 13 жовтня 1994 року передбачена процедура здійснення професійної кар'єри суддів, яка повинна ґрунтуватися виключно на врахуванні таких об'єктивних критеріїв, як

заслуги судді, його кваліфікація, чесноти, здібності та результати праці. Рекомендацією закріплено, що орган, який уповноважений приймати рішення щодо кар'єри суддів, повинен бути незалежним від уряду й адміністративних органів (принцип I). Принципом III Рекомендації також передбачено, що здійснення суддею права на професійну (службову) кар'єру неможливе без забезпечення йому на безоплатній основі необхідної професійної підготовки, зокрема шляхом стажування в судах і за можливості (необхідності) в інших органах та інстанціях влади в європейських та інших зарубіжних країнах.

Цілком очевидно, що з плином часу положення Рекомендації № 94 (12) втратили свою актуальність і потребували суттєвого оновлення для посилення дії всіх заходів, необхідних для сприяння незалежності суддів, підвищення ефективності їхньої роботи, зміцнення ролі суддів і судової системи загалом, які стосувалися в т.ч. й істотного підвищення стандартів права судді на професійну (службову) кар'єру.

Так, п. 44 Рекомендації CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки від 17 листопада 2010 року вже передбачено, що об'єктивні критерії, які підлягають урахуванню при здійсненні суддею права на професійну (службову) кар'єру, включають заслуги, кваліфікацію, уміння та потенціал, необхідні для вирішення справ при застосуванні закону, зберігаючи повагу до людської гідності, які мають бути попередньо визначені законом чи компетентними органами влади. Навчання судді також є невід'ємною гарантією його кар'єри, яке має включати не лише навички із застосування закону, а й предмети з економічної, соціальної та культурологічної тематики, пов'язані з виконанням суддівських функцій. Інтенсивність і тривалість такого навчання мають визначатися з огляду на попередній професійний досвід.

Схожі за змістом стандарти права на професійну (службову) кар'єру закріплені європейськими міжнародно-правовими актами щодо прокурорів. Так, за висновками Венеціанської комісії, усі рішення щодо відбору прокурорів і здійснення їхньої кар'єри повинні ґрунтуватися на

об'єктивних критеріях, які офіційно встановлені та застосовуються в прозорий і обґрунтований спосіб.

У Рекомендації (2000) 19 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам щодо ролі прокуратури в системі кримінального правосуддя від 6 жовтня 2000 року закріплено, що критерії об'єктивності в здійсненні кар'єри прокурором повинні включати професійні якості, навички або компетентність, ефективність і досвід роботи (п. 5).

Висновки. Таким чином, європейські стандарти права працівника на професійну (службову) кар'єру є різновидом міжнародних стандартів відповідного права, закріпленим в актах Ради Європи, ЄС, інших інституцій європейського рівня, які мають застосовуватися державами Європи (країнами-підписантами), з метою адаптації національного законодавства у відповідній сфері.

Європейські стандарти права працівників на професійну (службову) кар'єру можна поділити на загальні та спеціальні. Загальні стандарти досліджуваного права визначають його структуру, гарантії здійснення й загалом механізм забезпечення (реалізації, охорони та захисту).

Одним із загальних міжнародно-правових актів, якими закріплені європейські стандарти права працівників на

професійну (службову) кар'єру, є Європейська соціальна хартія (переглянута) (ETS № 163) від 3 травня 1996 року, яка характеризується такими особливостями: 1) є основою, у якій формуються та відображаються європейські стандарти досліджуваного права працівника; 2) містить норми, які визначають гарантії відповідного права; 3) є складником національного трудового законодавства України з огляду її ратифікацію в установленому законом порядку; 4) має пріоритет у застосуванні перед положеннями національного трудового законодавства у відповідній сфері; 5) містить положення, які неповною мірою впроваджені в національне трудове законодавство у сфері забезпечення права працівника на професійну (службову) кар'єру.

Спеціальні ж стандарти права на професійну (службову) кар'єру стосуються окремих категорій працівників, які, як правило, мають відношення до реалізації окремих функцій держави (здійснення правосуддя, забезпечення правопорядку тощо) і закріплюють спеціальні правомочності відповідних категорій працівників щодо задоволення своїх потреб та інтересів майнового й немайнового характеру, пов'язаних із професійним зростанням і/або просуванням (підвищенням) по роботі (службі).

ЛІТЕРАТУРА:

1. Слінько Т.М. Міжнародно-правові стандарти в галузі прав людини та їх відображення в Конституції України. *Права людини і демократія* : збірник наук. ст. за матеріалами наук. конф., м. Харків, 15 трав. 2018 р. Харків, 2018. С. 30–34.
2. Малюга Л.Ю. Європейські соціальні стандарти: сучасний стан та шляхи імплементації у соціальне законодавство України. *Журнал східноєвропейського права*. 2018. № 48. С. 70–76.
3. Костюк В.Л. Європейські соціальні стандарти в контексті сучасної моделі джерел права соціального забезпечення: науково-теоретичний аспект. *Наукові записки НаУКМА. Серія «Юридичні науки»*. 2018. Том 1. С. 68–73.
4. Бориченко Е.В. Европейские стандарты права на социальную защиту: теоретико-правовой аспект. *Jurnalul juridic national: teorie și practică*. 2019. № 3 (37). С. 107–110.
5. Великий енциклопедичний юридичний словник / за редакцією акад. НАН України Ю.С. Шемшученка. Київ : ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2007. 1017 с.
6. Малюга Л.Ю. Теоретико-правові основи адаптації соціального законодавства України до законодавства Європейського Союзу : монографія. Херсон : Видавничий дім «Гельветика». 2019. 406 с.
7. Новосельська І., Котул В. Основне значення міжнародних соціальних стандартів у законодавстві України. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 3. С. 95–97.
8. Болотіна Н.Б., Феськов М.М. Європейська соціальна хартія (переглянута) і Україна. *Юридична наука*. 2011. № 3. С. 36–47.

УДК 343.424

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.46>

СВОБОДА СОВІСТІ ТА СВОБОДА ВІРОСПОВІДАННЯ ЯК ОБ'ЄКТ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ

Лук'янченко Сергій Олегович,

аспірант кафедри кримінального права

Національного університету «Одеська юридична академія»

У статті досліджуються особливості понять «свобода совісті» та «свобода віросповідання» як об'єктів кримінально-правової охорони в кримінальних правопорушеннях, пов'язаних із реалізацією релігійних потреб особи. Констатується, що в правовому вжитку є два терміни, які можуть виступати як суспільні відносини, що становлять об'єкт кримінально-правової охорони в кримінальних правопорушеннях, пов'язаних із реалізацією релігійних потреб особи (релігійно мотивованих), – це «свобода совісті (світогляду)» та «свобода віросповідання». Свобода совісті – це природне право на вільне самовизначення особистості у філософській, політичній, морально-етичній, естетичній та інших сферах життя, а також можливість безперешкодного вибору світогляду як для власного самовизначення, так і самоствердження. В основі свободи совісті (світогляду) покладено визнання гідності людини, повага до її духовного суверенітету, вільного світоглядного й духовного вибору, адже свобода совісті включає все різноманіття форм систем світоглядної орієнтації, світоглядних свобод, а свободі віросповідання варто розглядати як складову частину свободи совісті (світогляду). Однак при цьому свобода совісті (світогляду) є поняттям скоріше узагальненим, філософським, етичним, слабо пристосованим до вжитку в правозастосовній практиці. З точки зору можливості застосування цього поняття в кримінально-правовій теорії та практиці свобода віросповідання – це законодавче гарантоване право особистості вільно, без зовнішнього примусу обирати, сповідувати будь-яку релігію, вільно змінювати свої релігійні уподобання, задовольняти свої релігійні потреби, здійснювати інші культові дії відповідно до своєї релігійної орієнтації. Свобода віросповідання дає право не лише обирати будь-яку релігію, а й не обирати жодної. Тобто право вибору передбачає і право відмови від вибору. Перешкоджання реалізації наведених вище потреб, у тому числі релігійно мотивованих, і становлять сутність суспільної небезпеки такого кримінального правопорушення, як те, що передбачене статтею 161 Кримінального кодексу України.

Ключові слова: кримінальне право, релігійний мотив, свобода совісті, свобода віросповідання.

Lukyanchenko Serhii. Freedom of conscience and freedom of religion as an object of criminal law protection

The article examines the features of the concepts of "freedom of conscience" and "freedom of religion" as objects of criminal law protection in criminal offenses related to the realization of the religious needs of the individual. It is stated that there are two terms in legal use that can act as public relations that constitute the object of criminal law protection in criminal offenses related to the implementation of a person's religious needs (religiously motivated) – these are "freedom of conscience (worldview)" and "freedom religion". Freedom of conscience is a natural right to free self-determination of an individual in the philosophical, political, moral-ethical, aesthetic and other spheres of life, as well as the possibility of an unhindered choice of worldview both for one's own self-determination and self-affirmation. Freedom of conscience (worldview) is based on the recognition of human dignity, respect for his spiritual sovereignty, free worldview and spiritual choice. After all, freedom of conscience includes all the variety of forms of systems of worldview orientation, worldview freedoms, and freedom of religion should be considered as an integral part of freedom of conscience (worldview). However, at the same time, freedom of conscience (worldview) is a rather generalized, philosophical, ethical concept, poorly adapted for use in law enforcement practice. From the point of view of the possibility of using this concept in criminal law theory and practice, freedom of religion is a legislative guaranteed right of an individual freely, without external coercion to choose, profess any religion, freely change his religious preferences, satisfy his religious needs, and carry out other cult actions in accordance with

their religious orientation. Freedom of religion gives the right not only to choose any religion, but also not to choose any. That is, the right to choose also presupposes the right to refuse a choice. Obstruction of the implementation of the above needs, including those religiously motivated, constitutes the essence of the public danger of such a criminal offense as that provided for by Article 161 of the Criminal Code of Ukraine.

Key words: *criminal law, religious motive, freedom of conscience, freedom of religion.*

Стаття 35 Конституції України наголошує: «Кожен має право на свободу світогляду і віросповідання. Це право включає свободу сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати ніякої, безперешкодно відправляти одноособово чи колективно релігійні культи і ритуальні обряди, вести релігійну діяльність» [1]. Закон України «Про свободу совісті та релігійні організації» від 21 квітня 1991 року в статті 3 використовує більш широке поняття щодо свободи совісті та свободи віросповідання: «Кожному громадянину в Україні гарантується право на свободу совісті. Це право включає свободу мати, приймати і змінювати релігію або переконання за своїм вибором і свободу одноособово чи разом з іншими сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати ніякої, відправляти релігійні культи, відкрито виражати і вільно поширювати свої релігійні або атеїстичні переконання. Ніхто не може встановлювати обов'язкових переконань і світогляду. Не допускається будь-яке примушування при визначенні громадянином свого ставлення до релігії, до сповідання або відмови від сповідання релігії, до участі або неучасті в богослужіннях, релігійних обрядах і церемоніях, навчання релігії» [2].

При цьому серед наукової спільноти певний час точиться дискусія з приводу того, чи є ідентичними поняття свободи совісті та свободи віросповідання [3]?

Свобода – явище поліструктурне. Скажімо, за сферою суспільного вияву свобода постає як економічна, політична, духовна, моральна, світоглядна. У її структурі виділяють такі важливі складники, як свобода думки, свобода совісті, свобода слова, свобода релігії, свобода творчості тощо. Найважливішим компонентом, системотвірним елементом свободи є індивідуальна свобода. Вона розглядається як головна свобода. Усі інші види свободи є лише модифікацією її вияву, розширення останньої, скоріше всього, її застосування або її гарантією [4, с. 83].

Свобода совісті нерозривно пов'язана з духовністю, яка є її основою. У контексті філософського й релігієзнавчого осмислення свободи совісті важливою є рефлексія якісної визначеності духовної сфери людського буття, здатності людини до трансцендування, яке структурує всю мережу її ціннісних орієнтацій [5, с. 17].

На думку сучасного вітчизняного дослідника М.Ю. Бабія, у релігієзнавчому аспекті свобода совісті виявляє себе через такі елементи своєї структури, як «свобода віросповідання», «свобода релігії», «свобода в релігії», «віротерпимість», хоча, як уже зазначено, аналіз наявних уявлень про свободу совісті свідчить, що акцент робиться на виборі особистістю свого ставлення до релігії чи релігійного світогляду, можливості відкрито й вільно виявляти свої атеїстичні чи релігійні переконання [6, с. 13]. Учений переконаний, що поняття «свободи віросповідання» означає, що кожна особистість може вільно без будь-якого світського чи релігійного примусу (в усіх формах вияву) вибирати й вільно сповідувати ту релігію, яку вона вважає потрібною, прийнятою за велінням своєї совісті. При цьому ми маємо взяти до уваги, що в ході свого самовизначення індивід вибирає не релігію загалом, а конкретну парадигму конкретного віросповідання, тим більше що це поняття характеризує цілком визначене сповідання віри в контексті конфесійної диференціації релігії [6, с. 13].

Свобода віросповідання є важливим компонентом структури свободи релігії. Складником архітектоники останньої є також поняття «свобода церкви» і «свобода в церкві» або «свобода в релігії». «Свобода совісті» й «свобода віросповідання» – поняття тісно взаємопов'язані але не тотожні. «Свобода совісті» є родовою щодо «свободи віросповідання» поняття. Вона, як уже відзначено, охоплює своїм змістом, виявом широку сферу духовного, світоглядного, морального, політичного

буття людей, у якій вони самовизначаються й самореалізуються. Свобода ж релігії постає лише як свобода вибору й самоствердження індивіда в системі релігійних координат. Разом із тим свобода релігії виявляє себе як на особистісному рівні, так і на рівні релігійних спільнот [7, с. 11].

Отже, свобода совісті – це можливість безперешкодного вибору світогляду у сфері духовного життя, вираження релігійних та атеїстичних поглядів і, нарешті, свобода релігії, що передбачає вчинення релігійних обрядів, богослужінь, свободу церкви [8, с. 13]. Дослідник М.О. Кривич свободу совісті визначає як атрибут особистості, її право бути самою собою, бути автором як свого самовизначення, так і самоствердження [9, с. 30]. Дослідниця У.М. Олійник переконана, що свобода совісті є широким спектром особистих переконань людини у філософській, політичній, морально-етичній, естетичній та інших сферах життя [10, с. 124]. Ще один вітчизняний правник – О.М. Биков – підкреслює, що, незважаючи на більшість визначень, які свободу совісті характеризують як сам процес релігійного вибору, у правовому аспекті її не можна ототожнювати лише із самим процесом, оскільки справжнє духовне самовизначення й обрання релігії відбувається лише тоді, коли його не спричинили якісь зовнішні сили або спонукальні чинники. Свобода совісті людини охоплює сфери її духовного життя, включає низку окремих можливостей, зокрема свободу вираження думок, переконань, віри, їх реалізації тощо [11, с. 71].

Щодо свободи віросповідання, то академік П.М. Рабинович вважає, що вона є можливістю вільного вибору об'єкта віри, який не можна попередньо обмежувати формальними властивостями, рамками [12, с. 179]. Порівнюючи її зі свободою совісті, свого часу професор В.В. Клочков визначив, що свобода віросповідання, постаючи одним із важливих складників структури свободи совісті, «стосується того, що є благом людського духу, передусім усього того, що стосується вільного функціонування релігії» [13, с. 56]. Аналіз конституційних положень дав можливість вітчизняним ученим зробити висновок, що «свобода віросповідання як загальносоціальне (природне) право людини, є можли-

вістю людини вчиняти певні дії або утримуватися від їх учинення, за допомогою чого об'єктивується її віровизнання. Це можливість людини вчиняти такі діяння, за допомогою яких приймаються, змінюються та сповідуються релігійні або інші переконання. Можливість сповідання віри в будь-що – ось засаднича, стрижнева ідея коментованого припису» [14, с. 142]. Елементами свободи віросповідання є право сповідувати віровчення тієї чи іншої релігії, право відправляти релігійний культ і право утворювати релігійну організацію чи входити до утвореної раніше (але при цьому варто зазначити, що релігійна організація має право з певних причин відмовити людині у відправленні релігійного культу та «членстві», також вона встановлює правила входження до її ієрархічної системи) [15, с. 26]. Досить цікавою є думка професора С.Я. Лихової, яка звертає увагу на те, що поняття «свобода віросповідання» є більш широким за змістом, ніж релігійні права, і вказує, що значення визнання цієї свободи державою полягає в установленні системи правових гарантій його забезпечення [16, с. 306].

Дослідник О.В. Брянцева вважає, що «свобода совісті та віросповідання є однією фундаментальною свободою, але розглянутою у двох різних аспектах, які діалектично пов'язані між собою і невіддільні один від одного, співвідносяться як загальне і приватне, утворюючи єдиний правовий інститут» [17, с. 6–7]. Певною мірою таку позицію підтримує дослідник В.В. Новіков, для якого «поняття інституту свободи совісті й віросповідання варто визначити як сукупність правових норм, що регулюють суспільні відносини у сфері прав людини приймати або не приймати, вільно обирати, змінювати, розповсюджувати й висловлювати будь-які світоглядні системи, не бути підданим переслідуванням з боку держави» [18, с. 74]. Учений переконаний, що свобода совісті включає все різноманіття форм систем світоглядної орієнтації, світоглядних свобод, а свободу віросповідання варто розглядати не тільки як складову частину свободи совісті, а і як ту, що поглинається нею [18, с. 74].

Доволі цікавими є думки представників теології, які, аналізуючи особу віруючої людини та її свободу в релігійному контек-

сті, звертають увагу саме на поняття «свободи віросповідання», «право на свободу віросповідання». На їхню думку, структурно свобода віросповідання включає:

свободу вибору людиною конкретного віросповідання;

свободу мислити, вірити, як того бажає особистість;

свободу мати, приймати й змінювати віросповідання;

свободу сповідувати свою релігію як приватно, так і публічно, індивідуально чи разом зі своїми одновірцями;

свободу здійснення релігійних обрядів, культу, ритуалів, нормативних приписів свого віросповідання;

свободу шукати, отримувати й використовувати релігійну інформацію;

свободу одержувати релігійну освіту, забезпечувати навчання й виховання своїх дітей згідно з власними релігійними переконаннями [19, с. 13–14].

Окремо треба сказати, що сучасні релігієзнавці, осмислюючи сутність поняття «свобода віросповідання» через поняття «свобода релігії», звертають увагу ще на одне поняття, таке як «свобода в релігії». Це специфічне релігієзнавче поняття (яке практично не вживається в науковому вжитку) «характеризує міру (межу) свободи, яку допускає, скажімо, те чи інше православне, протестантське або католицьке віросповідання для своїх адептів у справі реалізації віросповідної практики, тлумачення тих чи інших положень релігійного вчення. Тобто йдеться про рівень свободи віруючого в організаційно оформленому просторі його релігійного вибору. Свобода в релігії є важливим аспектом свободи совісті віруючої особистості в предметному полі «церква-віруючі». Практично вона виявляє себе в можливості для віруючого індивіда вільно самореалізовуватися в релігійному колективі в рамках певних приписів без втручання як одновірців, так і керівників цієї общини, віросповідного напрямку» [19, с. 8].

Радикальну точку зору висловлює дослідниця Ю.Є. Федотова, яка вважає, що свобода совісті де-факто зовсім не є об'єктом кримінально-правової охорони. «Наявність такого суб'єкта права, як «віруючі особи», порушує принцип рівності прав громадян незалежно від їх став-

лення до релігії, який також порушується відсутністю правової визначеності в диспозиції статті, стосовно «образи релігійних почуттів» і «публічних дій, що виражають явну неповагу до суспільства». Відповідна кримінально-правова норма не відповідає наданому праву сповідувати будь-яку релігію індивідуально або спільно, так як від незаконного перешкоджання реалізації права на свободу совісті й віросповідання кримінальний закон охороняє лише релігійні організації, залишивши без уваги релігійні групи, а також окремих громадян. Цей факт суперечить принципу світськості держави, відповідно до якого релігійні об'єднання рівні перед законом. Кримінальний закон охороняє лише деякі форми реалізації свободи віросповідання» [20, с. 201]. На нашу думку, рівноправність не означає одноманітність людей, усі люди різні, а рівність передбачає рівну можливість для кожної людини реалізувати свої права, свободи й інтереси, у тому числі в релігійній сфері.

Отже, зважаючи на викладені позиції та оцінки, ми можемо констатувати, що в правовому вжитку є два терміни, які можуть виступати як суспільні відносини, що становлять об'єкт кримінально-правової охорони в кримінальних правопорушеннях, пов'язаних із реалізацією релігійних потреб особи (релігійно мотивованих), – це «свобода совісті (світогляду)» та «свобода віросповідання».

Свобода совісті – це природне право на вільне самовизначення особистості у філософській, політичній, морально-етичній, естетичній та інших сферах життя, а також можливість безперешкодного вибору світогляду як для власного самовизначення, так і самоствердження. В основі свободи совісті (світогляду) покладено визнання гідності людини, повага до її духовного суверенітету, вільного світоглядного й духовного вибору, адже свобода совісті включає все різноманіття форм систем світоглядної орієнтації, світоглядних свобод, а свободу віросповідання варто розглядати як складову частину свободи совісті (світогляду).

Однак при цьому свобода совісті (світогляду) є поняттям, скоріше, узагальненим, філософським, етичним, слабо пристосованим до вжитку в правозастосовній

практиці. На відміну від «свободи совісті», поняття «свобода віросповідання» закріплено в багатьох правових документах, міжнародних і національних, зокрема в Конституції України.

З точки зору можливості застосування цього поняття в кримінально-правовій теорії та практиці свобода віросповідання – це законодавче гарантоване право особистості вільно, без зовнішнього примусу обирати, сповідувати будь-яку релігію, вільно змінювати свої релігійні уподобання, задовольняти свої релігійні потреби, здійснювати інші культові дії відповідно до своєї релігійної орієнтації. Свобода віросповідання дає право не лише обирати будь-яку релігію, а й не обирати жодної. Тобто

право вибору передбачає й право відмови від вибору. Перешкоджання реалізації наведених вище потреб, у тому числі релігійно мотивованих, і становлять сутність суспільної небезпеки такого кримінального правопорушення, як те, що передбачене статтею 161 Кримінального кодексу України.

Ця позиція є актуальною також для статей 178 Кримінального кодексу України «Пошкодження релігійних споруд чи культових будинків», 179 Кримінального кодексу України «Незаконне утримування, осквернення або знищення релігійних святинь», 180 Кримінального кодексу України «Перешкоджання здійсненню релігійного обряду».

ЛІТЕРАТУРА:

1. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр> (дата звернення: 25.01.2021).
2. Про свободу совісті та релігійні організації : Закон України від 23 квітня 1991 р. № 987-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/987-12> (дата звернення: 05.03.2021).
3. Новіков В.В. Свобода совісті і віросповідання – конституційне право людини. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки»*. 2016. Вип. 1 (1). С. 71–74. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvkhdu_jur_2016_1\(1\)_20](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvkhdu_jur_2016_1(1)_20) (дата звернення: 12.03.2021).
4. Некрасова Н.А. Феномен духовности, бытие и ценность : дисс. ... докт. филос. наук : 09.00.01 / Рос. международн. акад. туризм. Иваново, 2002. 313 с.
5. Тульчинський Г.Л. Проблема либерализма и эффективная социальная технология. *Вопросы философии*. 2002. № 7. С. 17–26.
6. Бабій М.Ю. Свобода совісті та свобода релігії: теоретичний аспект. *Софія. Гуманітарно-релігієзнавчий вісник*. 2014. № 2 (2). С. 10–14.
7. Романец В.Л. Жизнь и смерть в научном и религиозном истолкованиях. Киев : Здоровье, 1989. 192 с.
8. Рудинский Ф.М., Шапиро М.А. Свобода совести и религий: международно-правовые пакты и национальное законодательство. *Государство и право*. 1992. № 5. С. 11–21.
9. Кривич М.О. Правові гарантії свободи совісті в Україні. *Науковий вісник Чернівецького університету*. 2007. Вип. 402 : Правознавство. С. 30–36.
10. Олійник У.М. Право на свободу думки, совісті та релігії у філософсько-правовому вимірі : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.12 / Хмельницьк. ун-т управління та права. Хмельницький, 2018. 204 с.
11. Биков О.М. Свобода совісті та свобода віросповідання: співвідношення понять. *Право і суспільство*. 2011. № 2. С. 69–73. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pis_2011_2_15 (дата звернення: 12.03.2021).
12. Рабинович П. Право людини на свободу віровизнання та проблеми його державного забезпечення. *Свобода віровизнання. Церква і держава в Україні* : матер. Міжнар. наук. конф. Київ, 1996. С. 179–183.
13. Ключков В.В. Религия, государство, право. Москва : Мысль, 1978. 287 с.
14. Конституція України : науково-практичний коментар / В.Б. Авер'янов та ін. ; ред. кол. В.Я. Тацій, Ю.П. Битяк, Ю.М. Грошевой та ін. Харків : Право ; Київ : Видавничий дім «Ін Юре», 2003. 808 с.
15. Мінка П.П. Теоретико-правова природа поняття «свобода совісті». *Право і суспільство*. 2009. № 3. С. 23–28.

16. Лихова С.Я. Злочини у сфері реалізації громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина (розділ V Особливої частини КК України) : монографія. Київ : Київський університет, 2006. 573 с.

17. Брянцева О.В. Реализация конституционного права на свободу совести в Российской Федерации (на примере Волгоградской области) : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. Волгоград, 2005. 24 с.

18. Новіков В.В. Свобода совісті і віросповідання – конституційне право людини. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки»*. 2016. Вип. 1 (1). С. 71–74. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvkhdu_jur_2016_1\(1\)__20](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvkhdu_jur_2016_1(1)__20) (дата звернення: 12.03.2021).

19. Бабій М.Ю. Свобода совісті та свобода релігії: сучасна парадигма. *Релігійна свобода*. 2010. № 15. С. 10–16.

20. Федотова Ю.Е. Свобода совести и вероисповедания как объект уголовно-правовой охраны : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. ФГБОУ ВО «Урал. гос. юрид. ун-т», 2018. 229 с.

УДК 347

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.47>

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПОЛІТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ У СФЕРІ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ НА ПРОДОВОЛЬЧОМУ РИНКУ

Пономаренко Марія Вікторівна,

аспірантка I курсу юридичного факультету

Дніпровського національного університету імені Олеся Гончара

Статтю присвячено дослідженню історичної ретроспективи законодавства Європейського Союзу у сфері захисту прав споживачів на продовольчому ринку. Розглянуто методи підвищення якості правотворчої та правозастосовної діяльності ЄС у сфері захисту прав споживачів на продовольчому ринку. Регламенти й директиви, які прийняті Європейською Комісією, стали першими документами ЄС, у яких захист прав споживачів визначались як окрема сфера компетенції ЄС. У Європейській моделі політика захисту прав споживачів у сфері здоров'я та безпеки – це не тільки встановлення й захист прав на отримання якісних товарів, робіт і послуг, а й захист здоров'я та безпеки споживачів; надання достатньої інформації про товар і його виробника, надання додаткових прав при укладенні споживчих угод і гарантії реалізації цих прав. Система продовольчого законодавства ЄС включає загальну й особливу частини. До загальної частини відноситься Регламент (ЄС) № 178/2002, який, на наш погляд, є єдиним правовим актом, що встановлює основні принципи законодавства про харчові продукти ЄС у цілому. Загалом законодавство про безпеку продукції здійснює правове регулювання захисту здоров'я та безпеки споживачів при виробництві, випуску на ринок і споживанні непродовольчих товарів. Держави-члени ЄАЕС здійснюють скоординовану політику у сфері захисту прав споживачів, ураховуючи законодавство держав-членів, шляхом укладання міжнародних угод, розробки рекомендацій та інших методів, прийнятих у міжнародній практиці. Ми можемо зробити висновок, що розвиток законодавства ЄС у цій сфері зумовлено багатьма факторами, серед яких вважаємо за необхідне особливо виділити науково-технічний прогрес і зміну в загальному підході Європейського Союзу до здійснення правового регулювання. Існує необхідність упровадження концепції повної гармонізації, яка має суттєвий вплив на нові й перероблені правові акти. Такий підхід до зближення законодавств пояснюється необхідністю досягти однаковості правового регулювання щодо продукції, яка надходить на внутрішній ринок, що, на думку законодавця, сприятиме підвищенню загального рівня безпеки продукції та захисту здоров'я споживачів.

Ключові слова: Європейський Союз, захист прав споживачів, захист прав споживачів на продовольчому ринку, регламенти, директиви ЄС, історична ретроспектива законодавства.

Ponomarenko Maria. Legal regulation of the European Union policy in the field of consumer rights in the food market

The article is devoted to research of the historical retrospective of the legislation of the European Union in the field of health and safety of consumers. Methods for improving the quality of EU law-making and law enforcement activities in the field of consumer health and safety are considered. Regulations and directives adopted by the European Commission became the first EU documents in which consumer protection was defined as a separate area of EU competence. In the European model, the policy of consumer protection in the field of health and safety is not only the establishment and protection of the right to receive quality goods, works and services, but also the protection of health and safety of consumers; providing sufficient information about the product and its manufacturer, granting additional rights when concluding consumer agreements and guaranteeing the realization of these rights. The EU food law system includes general and special parts. The general part includes Regulation (EU) № 178/2002, which in our opinion is the only legal act that establishes the basic principles of EU food law in general. In general, product safety legislation regulates the protection of the health and safety of consumers in the production, placing on the market and consumption of non-food products. EU member states pursue a coordinated policy in the field of consumer protection, taking into account the legislation of the member states, by concluding international agreements, developing recommendations and other methods adopted in international practice. We can conclude that

the development of EU legislation in this area is due to many factors, among which we consider it necessary to highlight the scientific and technological progress and change in the general approach of the European Union to the implementation of legal regulation.

There is a need to implement the concept of full harmonization, which has a significant impact on new and revised legal acts. This approach to the approximation of legislation is explained by the need to achieve uniform legal regulation of products entering the domestic market, which in the opinion of the legislator will help improve the overall level of product safety and consumer health.

Key words: *European Union, consumer protection, consumer protection in the food market, regulations, EU directives, historical retrospective of EU legislation.*

Вступ. Компетенція ЄС у сфері захисту прав споживачів на продовольчому ринку полягає головним чином у здійсненні правотворчої діяльності, установленні однакових правил і норм на європейському рівні, відповідно до яких держави-члени ЄС зобов'язані приводити своє національне законодавство у відповідність (директивам як актам гармонізації). Правотворча діяльність ЄС у сфері захисту прав споживачів, як і в інших сферах, реалізується насамперед його законодавчими інститутами – Європейським Парламентом і Радою, які, у свою чергу, можуть доручати Європейській комісії як виконавчому інституту ЄС уживати додаткових заходів у формі виконавчих або делегованих актів. Правотворча діяльність Європейського Союзу проводиться його інститутами за допомогою прийняття законодавчих актів, що регулюють суспільні відносини у сфері захисту прав споживачів.

У зв'язку з цим зазначимо, що термін «законодавство» в ЄС застосовується в широкому й вузькому сенсах. У широкому сенсі термін «законодавство» застосовується до всього вторинного права ЄС. До вступу в силу Лісабонського договору термін «законодавство» використовувався в документах Союзу тільки в широкому сенсі. Зміни, які вироблені Лісабонським договором у цьому відношенні, полягають у новому тлумаченні терміна «законодавство ЄС», під яким варто розуміти не все вторинне право, а тільки законодавчі акти. Термін «законодавчі акти» вперше включений до установчих документів Лісабонським договором і, відповідно до статті 289, Договір про функціонування Європейського союзу (далі – ДФЄС) означає правовий акт, який має обов'язкову юридичну силу, прийнятий Радою і Європейським парламентом, відповідно до зви-

чайної законодавчої процедури або спеціальної законодавчої процедури [1, с. 142].

Постановка проблеми. У Європейській моделі політика захисту прав споживачів у сфері здоров'я та безпеки – це не тільки встановлення й захист прав на отримання якісних товарів, робіт і послуг, а й захист здоров'я та безпеки споживачів; надання достатньої інформації про товар і його виробника, надання додаткових прав при укладенні споживчих угод і гарантії реалізації цих прав. Це регулювання не тільки внутрішньодержавних, але і транскордонних взаємовідносин між споживачами й підприємцями. Так як ЄС – інтеграційна організація, необхідно брати до уваги, що реалізація захисту прав споживачів відбувається на території 27 держав-членів, а не на території однієї держави. Це також створює необхідність прийняття додаткових заходів і надання споживачам у ЄС додаткових гарантій захисту своїх прав. Тому вважаємо доцільним дослідити окремі аспекти регулювання політики ЄС у сфері захисту здоров'я та безпеки прав споживачів.

Аналіз останніх досліджень. В останні роки в науковій літературі багато приділяється уваги аналізу механізмів застосування політики Європейського Союзу для реалізації адаптації норм європейського права в законодавстві України, зокрема це спостерігається в працях Т. Дудаш, В. Туманова, М. Буроменського, М. Бирюкова, А. Капустіна, С. Кашкіна, Ю. Юмашева, Г. Дейвіса, Х. Миклітца та ін. Основними джерелами дослідження є різні нормативно-правові акти європейського права: універсальні та регіональні міжнародні договори, у тому числі установчі договори Європейського Союзу, Хартія Європейського Союзу про основні права, законодавчі акти й інші джерела вторинного права Європейського

Союзу, що видаються на базі установчих договорів ЄС, судова практика Суду Європейського Союзу.

Метою статті є проведення аналізу історичного розвитку продовольчого законодавства ЄС, організаційно-правових механізмів застосування законодавства й інших актів ЄС у сфері захисту продовольчого законодавства, включаючи механізми координації співробітництва держав-членів, що діють на європейському рівні.

Розвинена система мереж, які забезпечують координацію національних і наднаціональних органів щодо захисту споживачів, які на адміністративному рівні запобігають потраплянню й поширенню на ринку товарів, що можуть завдати шкоди здоров'ю та безпеці споживачів. Наявність таких особливостей пов'язана з тим, що в Європі спочатку права людини, не тільки особисті, а й соціально-економічні ставляться вище всіх інших законодавчо закріплених положень. Прикладом у цьому випадку може бути Хартія Європейського Союзу про основні права, яка в розділі IV «Солідарність» передбачає ст. 38, що названа «Захист споживачів» і встановлює, що «в політиці Союзу забезпечується високий рівень захисту споживачів» [2].

Як указано в роз'ясненнях до Хартії про основні права, цей принцип заснований на ст. 169 ДФЄС. Також ст. 12 ДФЄС закріплює необхідність дотримуватися інтересів споживачів при прийнятті актів, що відносяться до всіх політиків Європейського Союзу. Таким чином, право на високий рівень захисту прав споживачів установлено на рівні установчих документів Європейського Союзу. Одним із найважливіших завдань, що стоять перед Європейським Союзом у цій сфері, є сприяння охороні не тільки економічних інтересів споживачів, а і їхнього здоров'я та безпеки. При цьому у формулюванні ст. 169 ДФЄС на перше місце поставлені саме завдання з охорони здоров'я і безпеки, що може свідчити про їх відносну пріоритетність перед захистом економічних прав та інтересів споживачів [1, с. 101].

Говорячи про історичний розвиток продовольчого законодавства, можна відзначити такі етапи його формування:

1. 60–70-і роки: прийняття актів щодо окремих продовольчих товарів, найбільш численні акти щодо м'ясних продуктів.

2. У 1975 році Попередня програма Європейського економічного співтовариства про захист прав споживачів та інформаційної політики проголосила право на здоров'я і безпеку споживачів, а також уперше в праві ЄС увела принципи, необхідні для встановлення заходів щодо захисту здоров'я споживачів.

3. У 1985 році прийнята Директива 85/374/ЄЕС про відповідальність за неякісну продукцію. Цей документ установив осіб, які за відповідних обставин можуть бути відповідальними за неякісну продукцію, а також увів конкретні процедури залучення таких осіб до відповідальності [5].

4. Далі серед нормативно-правових актів, що мають ключове значення для розвитку сфери правового регулювання захисту здоров'я споживачів, вважаємо за необхідне виділити Директиву 87/357/ЄЕС від 25 червня 1987 року про зближення законодавств держав-членів щодо продукції, яка не є тією, за яку її приймають, що наражає на небезпеку здоров'я та безпеку споживачів. Директива 87/357/ЄЕС увела загальну заборону на ввезення й розповсюдження такої продукції на території ЄС [8, с. 49–50].

5. У період з 1988 по 2002 роки приймалися акти в різних сферах продовольчого законодавства, їх мета – прийняття торгових стандартів і необхідність запобігання потраплянню на внутрішній ринок продуктів харчування, які можуть негативно впливати на здоров'я споживачів. Серед них – Директива 89/108/ЄЕС від 21 грудня 1988 року про зближення законодавств держав-членів щодо швидкозаморожених продуктів харчування [4].

Сучасну основу продовольчого законодавства ЄС становить акт – Регламент (ЄС) № 178/2002 про встановлення загальних принципів і приписів продовольчого права, про заснування Європейського органу з безпеки продуктів харчування і про закріплення процедур щодо безпеки продовольчих товарів. Регламент (ЄС) № 178/2002 містить основоположні принципи й цілі, а також терміни та визначення, що застосовуються до всього масиву законодавства про харчові продукти. На наш погляд, Регламент (ЄС) № 178/2002 виступає як *lex generalis* щодо інших актів, що приймаються у сфері захисту здоров'я

споживачів. Таким чином, при систематизації законодавчих актів Регламент (ЄС) № 178/2002 становить загальну частину продовольчого законодавства ЄС, тоді як інші акти у сфері продовольчого законодавства є актами, віднесеними до особливої частини [3].

Регламент (ЄС) № 178/2002 у ст. 2 визначає поняття «продовольче законодавство» як «законодавчі, регламентарні й адміністративні положення, що регулюють продовольчі товари в цілому й, зокрема, їх безпеку на рівні ЄС або на національному рівні. Продовольче законодавство поширює дію на всі етапи виробництва, переробки і збуту продовольчих товарів, а також кормів, що призначаються або даються тваринам-виробникам продовольчих товарів». Під продовольчими товарами розуміються не тільки всі товари, правове регулювання покупки і споживання яких здійснюється за допомогою продовольчого законодавства ЄС. Окремою категорією продовольчих товарів законодавець виділяє корми для тварин-виробників продовольчих товарів [3].

Таким чином, законодавець підкреслює необхідність охопити весь ланцюжок виробництва і споживання продовольчих товарів з метою захисту здоров'я споживача.

Статті 5–10 Регламенту (ЄС) № 178/2002 закріплюють загальні принципи, що застосовуються до відносин у сфері продовольчого права. До них відносяться:

1. Загальні цілі (ст. 5). До загальних цілей Регламент відносить, по-перше, високий рівень захисту життя, здоров'я й інтересів людей. По-друге, продовольче законодавство ЄС націлене на реалізацію свободи пересування товарів на внутрішньому ринку. По-третє, мета продовольчого законодавства – відповідність європейського законодавства визнаним у ЄС міжнародним стандартам.

2. Аналіз ризиків (ст. 6). Продовольче законодавство базується на оцінці ризиків, які можуть виникнути при споживанні продовольчих товарів. Процедури аналізу ризиків повинні базуватися на наукових знаннях, а також на принципах незалежності, об'єктивності й прозорості.

3. Принцип обережності (ст. 7). За наявності можливості настання неспри-

ятливих наслідків ЄС залишає за собою право застосовувати тимчасові обмежувальні заходи. Такі заходи повинні бути розумними з точки зору небезпеки, ризику настання несприятливих наслідків. Особливо наголошується, що обмеження на торгівлю повинні бути пропорційними можливим несприятливим наслідкам і не виходити за рамки допустимого.

4. Захист інтересів споживачів (ст. 8). Продовольче законодавство прагне захищати інтереси споживачів і, відповідно, спрямоване на запобігання: а) шахрайським діям; б) підробці продовольчих товарів; с) будь-яким іншим практикам, здатним вводити споживача в оману.

5. Принципи прозорості (ст. ст. 9–10). Ці принципи винесені в розділ 2 глави 2. Під прозорістю мається на увазі надання громадянам достатньої інформації з продовольчого законодавства, а також обов'язкове проведення консультацій з громадянами при підготовці нових актів, що входять у продовольче законодавство.

Далі законодавці встановлюють загальні обов'язки, які повинні дотримуватися на внутрішньому ринку, а також загальну заборону на випуск на ринок небезпечних продуктів і кормів, перелік ознак, що характеризують небезпечні продукти й корми, вводить заборону на введення споживача в оману за допомогою вказівок помилкових відомостей на упаковках товарів, а також установлює загальні обов'язки підприємців та обов'язки, що накладаються на окремі групи підприємців [3].

Регламент не визначає заходи відповідальності підприємців за вказівку неправдивої інформації про склад і якість продукції, так як це питання повною мірою розкрито в Директиві 85/374/ЄЕС про зближення законодавчих, підзаконних та адміністративних положень держав-членів з питань відповідальності за неякісну продукцію [5].

Одним із найважливіших досягнень Регламенту (ЄС) № 178/2002, на наш погляд, є установа Європейського органу з безпеки продуктів харчування (далі – Орган). Основна діяльність Органу – забезпечення органів та інститутів ЄС експертною думкою щодо продовольчих товарів. У рамках своєї діяльності Орган проводить

наукові дослідження у сфері продовольчих товарів і кормів, розробляє методичку оцінки ризиків, координує й забезпечує функціонування організацій, що належать до мережі, яка займається іншими продовольчими товарами і правовим регулюванням у цій сфері. Регламент приділяє особливу увагу системі швидкого попередження (Rapid Alert System of Food Safety – РАСФФ). Ця система дає змогу її учасникам – державам-членам та іншим учасникам Конвенції, швидко отримувати й ефективно реагувати на інформацію про неякісну продовольчу продукцію на всій території ЄС [3].

Основні цілі роботи системи швидкого попередження – повідомлення про прямі й непрямі ризики для здоров'я людей, що спричиняються продовольчими товарами або кормами. Система об'єднує в єдину мережу всіх держав-членів ЄС, Європейську комісію та Орган з безпеки продуктів харчування. Суть роботи системи полягає в тому, що інформація про продовольчі продукти, які знаходяться в групі ризику, передається від національного органу, уповноваженого координувати роботу системи, Європейській комісії, яка негайно надсилає цю інформацію всім іншим членам системи, щоб вони могли вжити необхідних заходів.

Щодо застосування на практиці положень Регламенту (ЄС) № 178/2002 прикладом судової практики може слугувати справа «Karl Berger v Freistaat Bayern» («Карл Бергер проти Баварії») [6].

Суть справи полягала в такому: компанія Berger Wild виробляла м'ясні продукти, які після проведеної німецькими органами із санітарії перевірки виявилися непридатними для споживання. Ця інформація була доведена до відома громадськості, після чого компанія Wild Berger зазнала чималих збитків і розорилася. Засновник компанії Карл Бергер уважав, що дії влади щодо доведення інформації до відома громадськості є перевищенням посадових повноважень, так як, на його думку, ст. 10 передбачає випадок доведення інформації про продукцію і виробника до відома громадськості тільки в разі наявності небезпеки для здоров'я, якої, на його думку, у продуктах компанії Wild Berger не було. У преюдиціальному запиті Земельний суд

Мюнхена вказав, що виявлені порушення в технології виробництва і зберігання м'ясних продуктів не були небезпечні для здоров'я, а були непридатними для вживання в їжу. Сумніви Земельного суду Мюнхена полягали в наявності необхідності доведення інформації до відома споживачів у разі, якщо продукти не є небезпечними для здоров'я [6].

Відповідно до ст. 14 Регламенту (ЄС) № 178/2002, продукція є небезпечною в разі, якщо вона визнана непридатною до вживання в їжу. Така продукція визначається в п. 5 ст. 14 Регламенту й, отже, може розцінюватися як загрозна для здоров'я споживачів. Суд ЄС також звернув увагу на те, що ст. 10 Регламенту (ЄС) № 178/2002 не забороняє державам-членам і їх органам приймати інші інформаційні заходи на свій розсуд. Таким чином, дії баварської влади не можуть бути класифіковані як перевищення повноважень, так як були спрямовані на встановлення належного рівня захисту здоров'я споживачів і не суперечили чинному законодавству ЄС і Німеччини [3].

Так, наприклад, Регламент (ЄС) № 1169/2011 установлює принципи законодавства про продовольчу інформацію, серед яких можна виділити такі: відповідність продовольчої інформації нормам законодавства про продовольчу інформацію, заборона вводити в оману продовольчою інформацією, відповідальність за продовольчу інформацію особи, зазначену як виробника продукту, принцип повної гармонізації [7].

З метою здійснення правового регулювання надання продовольчої інформації законодавець поділяє весь масив продовольчої інформації на обов'язкову продовольчу інформацію і додаткову продовольчу інформацію, установлює правила надання кожного зазначеного виду інформації. Стосовно реалізації в законодавстві про продовольчу інформацію принципу повної гармонізації необхідно відзначити, що Регламент (ЄС) № 1169/2011 передбачає загальну заборону на введення державами-членами інших заходів, ніж передбачені законодавством про продовольчу інформацію, а також установлює перелік вилучень щодо загальної заборони прийняття інших заходів. Відповідно

до ст. 45 Регламенту (ЄС) № 1169/2011, інші заходи можуть бути введені тільки після отримання позитивної відповіді від Європейської комісії, яка уповноважена вирішувати такого роду питання [7].

Висновки. На підставі проведеного аналізу історичного розвитку продовольчого законодавства ЄС можна зробити висновок, що система продовольчого законодавства ЄС включає загальну й особливу частини. До загальної частини відноситься Регламент (ЄС) № 178/2002, який, на наш погляд, є єдиним правовим актом, що встановлює основні принципи законодавства про харчові продукти ЄС у цілому. Правовим актом, на підставі якого здійснюється регулювання надання споживачам інформації про продукти, є Регламент (ЄС) № 1169/2011. Віднести його до загальної частини продовольчого законодавства ми вважаємо неправильним, так як сфера правового регулювання Регламенту (ЄС) № 1169/2011 звужена до інформаційного права. Виходячи з проаналізованих правових актів, ми можемо зробити висновок, що законодавство про продовольчу інформацію в найближчому майбутньому може стати підгалуззю продовольчого законодавства ЄС, загальні принципи якого будуть закріплені в Регламенті (ЄС) № 1169/2011, а особливу його частину становитимуть інші нормативно-правові акти, що конкретизують положення законодавства про продовольчу інформацію [7].

Ураховуючи вище проаналізоване, можна виділити основні тенденції розвитку продовольчого законодавства ЄС на сучасному етапі:

1. Суворість заходів щодо продовольчих продуктів.

Застосування до небезпечної продовольчої продукції суворих заходів є свого роду обмеженням волі вибору для споживачів. Однак таке обмеження свободи вибору засноване на відсутності професіоналізму споживача в галузі продуктів харчування й неможливості споживача достовірно оцінити ризики, які становить для нього небезпечна продукція. Необхідність обмеження споживача в цій сфері характеризується відсутністю свободи вибору продукції, є необхідним заходом, що застосовується з метою захисту його здоров'я

та не може розцінюватися як обмеження споживача в його правах.

2. Виділення в окрему категорію законодавства про продовольчу інформації. Інформація про продукти, яка вказується на упаковці, відноситься до будь-яких продуктів харчування й охоплює продовольчі продукти будь-якого типу та призначення. Виділяти окрему сферу продовольчої інформації не потрібно, так як ця сфера належить до спільної частини продовольчого права, тоді як спеціальне законодавство охоплює правове регулювання окремих категорій продовольчих продуктів, а не окремі категорії суспільних відносин.

3. Принцип обережності вперше законодавчо встановлений у ст. 7 Регламенту (ЄС) № 178/2002 як загальний принцип продовольчого права. Уніфікація норм щодо принципу обережності – одне з найважливіших досягнень продовольчого права, так як застосування принципу обережності може викликати негативні наслідки для внутрішнього ринку у вигляді встановлення тимчасових обмежень. У зв'язку з цим досягнення однаковості в застосуванні принципу обережності в продовольчому праві ЄС направлено як на захист прав споживачів, так і на гарантію належного функціонування внутрішнього ринку [3, с. 1–24].

Загалом законодавство про безпеку продукції здійснює правове регулювання захисту здоров'я та безпеки споживачів при виробництві, випуску на ринок і споживанні непродовольчих товарів. Держави-члени ЄАЕС здійснюють скоординовану політику у сфері захисту прав споживачів, ураховуючи законодавство держав-членів, шляхом укладання міжнародних угод, розробки рекомендацій та інших методів, прийнятих у міжнародній практиці. Комісія ЄС, у свою чергу, має право давати лише рекомендації державам-членам [9].

З одного боку, сфера захисту прав споживачів вимагає посилення єдиного регулювання з метою підвищення довіри споживачів до загального (єдиного) ринку ЄС, ступенів їх захисту у зв'язку з інтеграційними процесами. Тому в майбутньому необхідно проводити наближення законодавства в частинах: ідентичність термінології для всіх держав-членів; рівного захисту споживання. З іншого боку, кра-

їни ЄС повинні зберігати свої традиції нормативно-правового регулювання з метою стимулювання конкурентного середовища. Отже, процес наближення законодавчих актів потребує чітких науково обґрунтованих підходів [10].

Провівши аналіз законодавства Європейського Союзу щодо безпеки продукції та поінформованості громадян щодо реклами й достовірної інформації про якість продукції, ми можемо зробити висновок, що розвиток законодавства ЄС у цій сфері зумовлено багатьма факторами, серед яких уважаємо за необхідне особливо виділити науково-технічний прогрес і зміну в загальному підході Європейського Союзу до здійснення правового регулювання. Зміна загального підходу мінімальної гармонізації на максимальну гармонізацію впливає на форму вираження норм права.

У наш час відбувається перегляд прийнятих раніше правових актів у сфері

законодавства про безпеку продукції, основна мета такого перегляду полягає в приведенні правового регулювання у відповідність до науково-технічних досягнень останніх 20 років. Відзначимо, що багато актів у сфері непродовольчої продукції приймалися ще в кінці 70-х – на початку 80-х років, у зв'язку з цим вони застаріли й потребують прийняття нових актів, які будуть здійснювати сучасне правове регулювання захисту здоров'я та безпеки споживачів непродовольчої продукції. Однак важливою є й необхідність упровадження концепції повної гармонізації, яка має суттєвий вплив на нові й перероблені правові акти. Такий підхід до зближення законодавств пояснюється необхідністю досягти однаковості правового регулювання щодо продукції, яка надходить на внутрішній ринок, що, на думку законодавця, сприятиме підвищенню загального рівня безпеки продукції та захисту здоров'я споживачів.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Основи права Європейського Союзу: нормативні матеріали / М.В. Буроменський, Т.М. Анакіна, Т.В. Комарова та ін. ; за заг. ред. М.В. Буроменського. Харків : Право, 2015. 328 с.
2. Хартія основних прав Європейського Союзу від 07.12.2000 / Європейський Союз. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_524.
3. Regulation (EC) № 178/2002 of the European Parliament and of the Council of 28 January 2002 laying down the general principles and requirements of food law, establishing the European Food Safety Authority and laying down procedures in matters of food safety. *OJ L 31*. 1 February 2002. P. 1–24. URL: <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2002R0178:20080325:en:PDF>.
4. Council Directive 89/108/EEC of 21 December 1988 on the approximation of the laws of the Member States relating to quick-frozen foodstuffs for human consumption. *OJ L 40*. 11 February 1989. P. 34–37.
5. Про наближення законів, постанов та адміністративних положень держав-членів щодо відповідальності за неякісну продукцію : Директива Ради Європейського Співтовариства від 25 липня 1985 р. № 85/374/EEC. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_348#Text.
6. Case C-636/11 Karl Berger v Freistaat Bayern URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT?qid>.
7. Regulation (EU) № 1169/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on the provision of food information to consumers, amending Regulations (EC) № 1924/2006 and (EC) № 1925/2006 of the European Parliament and of the Council. URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2011/1169/oj>.
8. COUNCIL DIRECTIVE № (87/357/EEC) of 25 June 1987 on the approximation of the laws of the Member States concerning products which, appearing to be other than they are, endanger the health or safety of consumers. URL: <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0018:0063:en:PDF>.
9. Энтин Л.М. Право Европейского Союза. Новый этап эволюции: 2009–2017 годы. Минск : Аксиом, 2009. 304 с. URL: www.eurocollege.ru.
10. Горупа Т.А. Защита прав потребителей в аспекте интеграционных процессов (на примере Европейского Союза и Евразийского экономического союза). *Право.by*. 2014. № 4. URL: <http://www.brsu.by/div/gorupa-tatyana-aleksandrovna>.

УДК 349.3

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.3.48>

МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД РЕАЛІЗАЦІЇ СОЦІАЛЬНОЇ ПОЛІТИКИ ДЕРЖАВИ

Слободян Ірина Юріївна,

ORCID: 0000-0001-8217-2997

старший викладач кафедри права

Івано-Франківської філії

Відкритого міжнародного університету розвитку людини «Україна»

Судак Ірина Михайлівна,

ORCID: 0000-0002-1011-8710

старший викладач кафедри права

Івано-Франківської філії

Відкритого міжнародного університету розвитку людини «Україна»

Мета. Проаналізувати міжнародний досвід реалізації соціальної політики держави, з'ясувати основні шляхи удосконалення сучасної моделі соціального розвитку України.

Методика. Методика включає комплексний аналіз та узагальнення наявного науково-теоретичного матеріалу та формулювання відповідних висновків та рекомендацій. Під час дослідження використовувалися такі **методи** наукового пізнання: термінологічний, логіко-семантичний, функціональний, системно-структурний, логіко-нормативний. **Результати.**

У процесі дослідження визнано, що вивчений міжнародний досвід забезпечення реалізації соціальної політики держави є підтвердженням нагальної потреби щодо необхідності побудови в Україні правової, соціальної держави, громадянського суспільства, а також реального забезпечення соціальної орієнтації національної економіки в контексті здійснення важливих державних реформ. **Наукова новизна.** У процесі дослідження встановлено, що захист праці та боротьба з безробіттям, стійкий соціально-економічний розвиток, соціальне страхування, планування сім'ї, рівне ставлення до чоловіків та жінок, захист природного середовища людини, догляд за дітьми, раціональне формування населених пунктів тощо має суттєве програмне значення не лише для діяльності цих організацій, але і для окремих країн. **Практична значущість.** Результати дослідження можуть бути використані під час розроблення положень, висновків та рекомендацій щодо соціальної політики України, для підвищення рівня прийняття відповідних державних рішень у цій галузі, а також для удосконалення Концепції соціальної політики України.

Ключові слова: соціальна політика, концепція соціальної політики, механізми соціальної політики, соціальний капітал, соціальний захист, соціальна згуртованість.

Slobodian Iryna, Sudak Iryna. International experience in implementing a social policy of state

Purpose. Analyze the international experience of implementing the social policy of the state, to find out the main ways to improve the modern model of social development of Ukraine.

Methodology. The methodology includes a comprehensive analysis and a synthesis of available scientific and theoretical information. It includes the formulation of relevant conclusions and recommendations. Such **methods** of scientific knowledge were used: terminological, logical-semantic, functional, systemic-structural, logical-normative. **Results:** it was determined, that the international experience of ensuring the implementation of social policy of the state is a confirmation of the urgent need for the necessity of building Ukraine of a legal, social state, civil society, as well as real support of the social orientation of the national economy in the context of important state reforms. **Originality.** It is relevant labor protection and unemployment control, sustainable socio-economic development, social insurance, family planning, equal attitude to men and women, protection of the natural environment, child care, rational formation of settlements that, has significant software value not only for the activities of these organizations, but also for individual countries. **Practical significance.** The results of the research can be used during the development of provisions, conclusions and recommendations for social

policy of Ukraine, to increase the level of adoption of relevant state decisions in this area, as well as to improve the concept of social policy of Ukraine.

Key words: *social policy, social policy concept, mechanisms of social policy, social capital, social protection, social cohesion.*

Постановка проблеми. Найважливіше завдання, яке стоїть перед державами світу в ХХІ ст., полягає в досягненні такого розвитку, вихідною і кінцевою метою якого була б людина з усіма її різноманітними потребами та інтересами. Це означає визнання провідної ролі соціальних факторів у вирішенні глобальних проблем людства, а відтак – соціальної політики. У ринкових умовах необхідність та можливості реалізації соціальної політики, безперечно, визначаються економічною політикою. Водночас дієвість соціальної політики визначає параметри економічного розвитку.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. В українському науковому просторі вона стала предметом дослідження таких науковців, як: Л. Баранник, Л. Безтелесна, О. Беляєв, М. Головатий, С. Горянська, О. Гупало, В. Дерєга, С. Качула, О. Кириленко, Л. Клівіденко, А. Крупнік, О. Крюков, Е. Лібанова, Г. Лопушняк, М. Мальований, В. Никифоренко, С. Онишко, М. Панченко, Н. Пігуль, А. Сіленко, В. Скуратівський, О. Тулай, М. Туленков, А. Шевчук, С. Юрій, А. Ягодка та інші.

Серед зарубіжних авторів, що досліджують проблеми забезпечення соціальної політики, варто виділити праці таких науковців, як У. Беверідж, О. фон Бісмарк, Ф. Вільямс, В. Джордж, Г. Еспінг-Андерсен, М. Кшеужопольські, С. Лейбфрід, У. Лоренц, Р. Мішра, Т. Тілтон, Р. Тітмусс, А. Сіаров, Р. Уїлдінг, Н. Фернісс, М. Феррер та інші.

У контексті курсу на євроінтеграцію сьогодні є потреба у дослідженні новітніх тенденцій модернізації соціальної політики та можливих наслідків адаптації вітчизняної нормативно-правової бази відповідно до європейських стандартів.

Постановка завдання. Проаналізувати міжнародний досвід реалізації соціальної політики держави, з'ясувати основні шляхи удосконалення сучасної моделі соціального розвитку України.

Виклад основного матеріалу дослідження. Нині ми маємо справу з міжна-

родною соціальною політикою в регіональному масштабі. Інститути, що діють у рамках міжнародних організацій, розробляють концепції та програми дій у галузі широких соціальних проблем.

Ці установи просувають такі ідеї та рішення, як, наприклад, захист праці та боротьба з безробіттям, стійкий соціально-економічний розвиток, соціальне страхування, планування сім'ї, рівне ставлення до чоловіків та жінок, захист природного середовища людини, догляд за дітьми, раціональне формування населених пунктів тощо, що має суттєве програмне значення не лише для діяльності цих організацій, але і для окремих країн.

15 травня 2018 р. ОЕСР організувало в Монреалі міністерську зустріч, на якій зібралися міністри соціальних справ з більш ніж 35 країн-членів ОЕСР. Під час цієї міністерської зустрічі міністри та представники країн – членів ОЕСР також мали змогу обговорити виклики, можливості та найкращі практики у галузі соціального захисту в таких країнах, такі як:

- модернізація систем соціального захисту;
- різноманітність та соціальна інтеграція для всіх (особливо людей з інвалідністю, меншин або ЛГБТІ);
- проблеми старіння населення;
- рівні можливості, особливо для дітей та молоді;
- гендерна рівність.

Наприкінці цієї міністерської зустрічі міністри взяли на себе зобов'язання щодо спільної декларації, сформульованої навколо 4 пріоритетів, таких як:

- розроблення соціального захисту для інклюзивного зростання;
- люди у центрі соціальної політики;
- прихильність до майбутнього; сучасна соціальна політика щодо нового світу праці;
- обмін передовим досвідом за допомогою міжнародної співпраці [1].

США. Основними напрямками соціальної політики Сполучених Штатів Америки є запобігання соціальному вибуху

та встановлення в суспільстві соціальної справедливості, які втілюються в боротьбі держави з бідністю і здійснюється шляхом механізму соціальної допомоги громадянам, які не мають коштів на задоволення своїх основних (первинних) потреб [2].

Соціальна допомога в США націлена на посилення соціальної захищеності громадян держави і здійснюється на базі державної системи соціального забезпечення. Соціальне забезпечення США є децентралізованим і реалізується через соціальні федеральні, штатні та місцеві програми [3, с. 72].

Встановлення соціальної справедливості, яка в США пов'язується з вирівнюванням можливостей різних верств населення, базується на вирівнюванні рівнів соціально-економічного розвитку штатів. У системі державного регулювання соціально-економічного розвитку регіонів США можна виділити три рівні: загальнодержавний, відомчий, регіональний.

На загальнодержавному рівні здійснюється формування національної політики розвитку держави, програм регіонального розвитку, відбувається його координація та прийняття законодавчих актів, що забезпечують єдність дій різних рівнів влади у країні за різних форм управління соціально-економічним розвитком штатів та держави взагалі. На відомчому рівні здійснюється розподіл федеральних коштів, що були виділені на проведення програм соціально-економічного розвитку регіонів. На регіональному рівні втілюються у життя напрями соціально-економічного розвитку [4].

Великобританія. Пріоритетом соціальної політики Великобританії є гарантування своїм громадянам мінімального рівня цивілізованого існування. Засобом забезпечення гідного рівня життєдіяльності населення є метод прямого перерозподілу доходів (для Великобританії характерним є високий, більш 40%, рівень перерозподілу ВВП через бюджетну систему держави). Мета соціальної політики досягається на базі системи соціального забезпечення через надання соціальної допомоги найбільш малозабезпеченим прошаркам населення [4].

Четверо засновників LSE (Беатріс і Сідні Вебб, Грем Уоллас і Джордж Бернард Шоу)

прагнули створити більш справедливе суспільство шляхом вивчення причин бідності та аналізу нерівності. Ці проблеми є суттю соціальної політики LSE сьогодні. Сам відділ соціальної політики LSE займається питаннями соціального забезпечення, нерівності та політики вирішення соціальних проблем із 1912 року. У 1999 році він був перейменований у Департамент соціальної політики [5].

Загальне управління у вирішенні соціальних проблем у Великобританії здійснює Департамент соціального захисту, який досліджує процес соціального розвитку, оцінює його тенденції, вдосконалює заходи щодо вирішення соціальних проблем, керує наданням грошової допомоги через центральні, регіональні та міські бюро [6, с. 25].

Управління вирішенням конкретних соціальних проблем здійснюється відповідними департаментами (Департаментом охорони здоров'я, Департаментом із питань зайнятості, Департаментом винагород соціального захисту тощо), які знаходяться у підпорядкуванні Департаменту соціального захисту. Держава лише здійснює контроль за діяльністю місцевих органів влади і має право на коригування їх діяльності за допомогою фінансових важелів.

Франція. Соціальна політика враховує потреби окремих людей та потреби людей, які потребують допомоги. З огляду на це, в індустріальну епоху було прийнято багато законів. Таким чином, робочі години дітей були обмежені, дозволили асоціації та спілки, години відпочинку тощо.

Соціальний захист, що фінансується за рахунок податків, повинен покривати основні соціальні ризики людей. За цю соціальну політику відповідає держава соціального забезпечення, яка уповноважує державу допомагати людям. Франція запровадила систему соціального забезпечення в 1945 році [7].

Завдання соціальної політики Франції вирішуються за допомогою системи соціального регулювання, яка складається із систем соціального забезпечення та соціального страхування. Державна система соціального забезпечення передбачає дію соціальних програм, спрямованих на

відшкодування втрати заробітної плати, пов'язаної з виходом на пенсію та непрацездатністю. Ці програми фінансуються за рахунок податку на заробітну плату, який сплачується робітниками.

Система соціального страхування передбачає також відшкодування втрат заробітної плати у зв'язку з виходом на пенсію, непрацездатністю та безробіттям, але це відбувається завдяки дії соціальних програм, фінансування яких здійснюється через фонди соціального страхування. Основне навантаження за формування фондів соціального страхування покладено на підприємців [8, с. 30].

У 2005 р. було проведено середньо-строковий огляд досягнень імплементації Лісабонської стратегії, що було визнано недостатнім. Європейська рада також заявила, що на рівні окремих держав-членів існує високий ступінь нерівномірності у сфері досягнення поставлених перед ними цілей.

Більше того, наголошувалося на необхідності посилення зусиль для реалізації її припущень, зокрема в контексті трансформацій в економічній та соціальній сферах, що виникли внаслідок глобалізації, підвищення конкурентоспроможності, пов'язаних із зростанням безробіття.

Крім фінансової підтримки цілей Співтовариства у сфері зайнятості та соціальної згуртованості, вона також охоплює питання рівних можливостей. Це інтегрована програма на 2007–2013 роки, яка замінила чотири програми, що діяли до 2006 року, щодо боротьби з дискримінацією, сприяння рівним правам жінок і чоловіків, заходів щодо зайнятості та боротьби із соціальними постановами. В основному він спрямований на фінансування проектів у сферах зайнятості, соціальної інтеграції та захисту, умов праці, боротьби з дискримінацією та рівності жінок та чоловіків [9].

Німеччина. Соціальна політика в Німеччині проводиться згідно з припущеннями мотиваційної, консервативно-корпоративної моделі, оскільки вона визначається відповідно до іншої типології – континентальної. Німеччина також вважається прикладом держави соціального забезпечення, вказуючи на її ключове значення у створенні основ функціонування цієї моделі.

Вважається, що її витоки полягають у політиці, яку проводив канцлер Отто фон Бісмарк, якому приписують один із установчих актів держави, не тільки захисний, але й, безумовно, соціальний. Він ініціював запровадження перших соціальних прав, які хоча вже з'явилися в середньовічній Німеччині, але лише в його час охоплювали більшість професійних груп [10–11].

Описуючи загальні характеристики німецької соціальної держави, К. Заморська вказала на такі основи її функціонування:

- соціальна держава є різновидом соціального договору та допомогою, яку громадяни не тільки приймають, але й очікують, отже, більшість послуг та пільг є виплатами;

- існує міцний взаємозв'язок між соціальними правами та ставленням до праці;

- в основному можливість використання основних пільг, соціальний добробут тісно пов'язані з участю на ринку праці; для тих, хто не має статусу працівника, допомога є необов'язковою;

- витрати на оплату праці відносно високі і значною мірою зумовлені високими пенсійними виплатами та інвалідністю [12].

Норвегія. Значна увага вирішенню соціальних проблем громадян приділяється у Норвегії. Фінансування соціальної сфери та сфери охорони здоров'я в цій країні становить третю частину від загального доходу держави, хоча має місце тенденція скорочення витрат на соціальний захист населення.

Соціальне управління у Норвегії здійснюється на трьох рівнях: державному, регіональному та муніципальному. На державному рівні Міністерством здоров'я та соціальних справ формуються основні напрями національної соціальної політики. У межах державного регулювання соціального розвитку виконуються: програма регіонального розвитку Норвегії, програми виплат пенсіонерам (після 67 років), вдовам, дітям (до 18 років), непрацездатним, під час хвороби, під час вагітності та пологів, щотижневі виплати по безробіттю, за виробничі травми тощо.

Виконання програм регіонального розвитку вирішення соціальних проблем

покладається на обласні ради з подальшим проведенням соціальної роботи з організації і фінансування діяльності інститутів охорони здоров'я. Реалізація державних соціальних програм здійснюється соціальними службами на муніципальному рівні [13, с. 354].

Фінляндія. Система соціального забезпечення Фінляндії спрямована, з одного боку, на профілактику виникнення соціальних проблем, з іншого – на забезпечення гарантованого рівня доходу та підвищення рівня всебічного добробуту її громадян.

Система управління соціальними процесами у Фінляндії має три рівні: загальнодержавний, провінційний та місцевий. Керівним загальнодержавним органом управління соціально-економічними процесами є Міністерство з соціальних справ і охорони здоров'я. Воно визначає основні напрями соціального розвитку держави, розробляє заходи щодо їх реалізації, готує соціальні реформи, спрямовує і забезпечує їх виконання, здійснює необхідну координацію соціального розвитку [14].

Провінційне управління здійснюють структури із соціального забезпечення й охорони здоров'я. До їхніх функцій належить розподіл державних субсидій, координація і контроль відповідної соціальної роботи місцевих органів. На місцевому рівні управління соціальними процесами здійснюється місцевими управліннями соціального забезпечення, які розподіляють кошти і визначають соціальну регіональну політику, збирають місцеві податки, а також координують надання соціальних послуг громадянам [15].

Чехія. Для соціальної політики Чехії пріоритетними напрямами є:

- адаптація особистості до умов ринкової економіки та формування суспільної поведінки з орієнтацією на власні сили і можливості;
- перенесення акцентів соціальної політики на регіональний рівень;
- застосування активних заходів соціальної політики; зменшення тиску соціальних виплат на державний бюджет тощо [16].

Її особливістю є поширена взаємодія державних органів соціального захисту з благодійними організаціями. При цьому

діяльність державних органів обмежується здійсненням організації, координації, фінансової підтримки та контролю. Офіційним документом, який враховує проблеми соціальної політики Чехії в контексті національної безпеки, є Стратегія безпеки Чеської Республіки.

Вона визначає національні інтереси, ризику та загрози національній безпеці за сферами, встановлює цілі та пріоритети державної політики з погляду забезпечення її зовнішньої та внутрішньої безпеки. У соціальній сфері питання безпеки стосуються насамперед забезпечення прав та свобод громадян країни, охорони їхнього життя, майна, матеріальних і духовних цінностей та життєвого середовища.

Румунія. У Румунії регулювання соціальних процесів у контексті національної безпеки визначає Стратегія національної безпеки Румунії. Проте цей документ спрямований більшою мірою на забезпечення демократії і стабільності в державі, сталості її економічного розвитку, а соціальні питання враховує досить обмежено.

Головним чином це стосується забезпечення загальної суспільної злагоди на території держави, досягнення гідних умов та рівня життя населення, дотримання державних соціальних гарантій, реалізації прав і свобод румунських громадян, забезпечення їхньої безпеки, а також підтримки мовної, релігійної та культурної самобутності румун, які проживають поза межами Румунії, тощо.

Завдання щодо зростання соціального благополуччя громадян Румунії та забезпечення національної безпеки держави покладається на прискорення структурних реформ в економіці, здійснення ефективних заходів макроекономічної стабілізації, залучення іноземних інвестицій, підтримку малого і середнього бізнесу, ефективне управління людським капіталом, необхідним для розвитку високотехнологічної галузей промисловості, підтримку належного рівня освіти і науки [17].

Висновки. Таким чином, аналіз міжнародного досвіду державного регулювання соціальної політики в країнах із різними моделями соціального розвитку держави дає змогу встановити можливість його використання та адаптації до сучасної соціально-економічної ситуації в Україні.

Офіційним документом, який враховує проблеми соціальної політики Чехії в контексті національної безпеки, є Стратегія безпеки Чеської Республіки. Вона визначає національні інтереси, ризики та загрози національній безпеці за сферами, встановлює цілі та пріоритети державної політики з погляду забезпечення її зовнішньої та внутрішньої безпеки. У соціальній сфері питання безпеки стосуються насамперед забезпечення прав та свобод громадян країни, охорони їхнього життя,

майна, матеріальних і духовних цінностей та життєвого середовища.

Вважаємо, що вивчений міжнародний досвід забезпечення реалізації соціальної політики держави є підтвердженням нагальної потреби щодо необхідності побудови в Україні правової, соціальної держави, громадянського суспільства, а також реального забезпечення соціальної орієнтації національної економіки в контексті здійснення важливих державних реформ.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Politiques sociales: pour une prospérité mieux partagée: la France représentée lors de la réunion ministérielle de l'OCDE à Montréal. URL: <https://travail-emploi.gouv.fr/actualites/l-actualite-du-ministere/article/politiques-sociales-pour-une-prosperite-mieux-partagee-la-france-representee/>. (дата звернення: 20.03.2021). Назва з екрану.
2. National Security Council. The National Security Strategy of the United States of America. Washington, DC: US Government Printing Office, 2002. 346 p.
3. Снігова О.Ю. Механізми державного та регіонального управління соціальною безпекою: дис. на здобуття наук. ступеня канд. екон. наук: 08.02.03 / О. П. Снігова. Донецьк, 2006. 272 с.
4. The National Security Strategy of the United Kingdom. A Strong Britain in an Age of Uncertainty. London, October 2010. 300 p.
5. What is social policy? URL: <https://www.lse.ac.uk/social-policy/about-us/What-is-social-policy>. (дата звернення: 20.03.2021). Назва з екрану.
6. Кіндратець О.В. Механізм збереження стабільності в соціально орієнтованих державах. *Людина і політика*. 2003. № 5. С. 23-29.
7. Семігіна Т.В. Традиційні моделі соціальної політики в умовах глобалізації. *Людина і політика*. 2004. № 1. С. 10-20.
8. Швець В.Я. Концептуальні підходи до вдосконалення системи міжбюджетних відносин. *Фінанси України*. 2005. № 3. С. 23-31.
9. Kowalik T. Społeczna gospodarka rynkowa – konstytucyjnym wyzwaniem dla Polski, w: M. Kabaj i in. Czowiek – rynek – sprawiedliwość. Szkice, Warszawa 2001. 346 s.
10. Гриценко Е.В. Немецкие концепции о соотношении местного самоуправления и государства: история и современность. *Журнал российского права*. 2001. № 6. С. 137-144.
11. Ткаченко А. А. Система социальных выплат в Германии. *Труд за рубежом*. 1999. № 3. С. 88-99.
12. Zamorska K. Polityka społeczna Niemiec. Od Bismarckowskich oświadczeń socjalnych po Agendę 2010. 300 s.
13. Turay Julian. Germany's New Security Strategy. URL: [http://blog.ic\(ds.ee/article/89/germanys\(new\(security\(strategy](http://blog.ic(ds.ee/article/89/germanys(new(security(strategy). (дата звернення: 20.03.2021). Назва з екрану.
14. Visek P. Sociální politika a sociální systém. URL: <https://www.czso.cz/documents/10180/46203820/Recenze.pdf/9a57c314-8c8e-4968-893d-052b2e8b3a97?version=1.0>. (дата звернення: 20.03.2021). Назва з екрану.
15. Торлопов В. Основные модели социального государства. *Человек и труд*. 1998. № 6. С. 4-8.
16. Sosiaalipolitiikka. URL: <https://thl.fi/fi/web/sote-uudistus/talous-ja-politiikka/sosiaali-politiikka>. (дата звернення: 20.03.2021). Назва з екрану.
17. Chasard Yves & Preda, Marian. Politici sociale în Europa, Institutul European din România, București: 2000. 370 s.

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПОРЯДКУ ВПРОВАДЖЕННЯ ТА ФУНКЦІОНУВАННЯ СИСТЕМИ CUSTODY RECORDS У ДІЯЛЬНІСТЬ ОРГАНІВ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ УКРАЇНИ

Шаповалова Катерина Іванівна,

ORCID: 0000-0001-6151-2139

лейтенант поліції,

ад'юнкту відділу докторантури та ад'юнктури

Національної академії внутрішніх справ

Розбудова України як незалежної демократичної, правової держави та як повноцінного члена європейського співтовариства неможлива без утвердження міжнародних стандартів дотримання прав і свобод людини. Враховуючи останні тенденції практики Європейського суду з прав людини та рекомендації, надані Радою Європи, одним із пріоритетних для України визначено напрям реформування правоохоронної системи в частині, що стосується дотримання прав та свобод людини під час виконання поліцією своїх повноважень. Сьогодні органами Національної поліції України спільно з недержавними громадськими організаціями здійснюється комплекс заходів, спрямованих на реформування правоохоронної системи, ключовим серед яких визначено впровадження системи обліку та фіксації дій щодо затриманої особи – Custody Records.

Незважаючи на те, що пілотні проекти системи вже активно функціонують на базі ізоляторів тимчасового тримання в декількох регіонах України, а найближчим часом планується запуск системи у всіх підрозділах (установах) поліції на території країни, численні питання адміністративно-правового регулювання впровадження та функціонування системи залишаються відкритими. Отже, актуальність теми дослідження зумовлена нагальною необхідністю усунення прогалин адміністративно-правового регулювання впровадження та функціонування системи Custody Records в Україні.

Мета дослідження полягає у висвітленні сутності та значення належного рівня адміністративно-правового регулювання системи Custody Records для дотримання прав та свобод людини в діяльності органів Національної поліції України. З огляду на що за результатами проведеного дослідження сформовано дефініцію адміністративно-правового регулювання впровадження та функціонування системи Custody Records в Україні, як одного з різновидів державного та правового регулювання, і яке пропонується визначити як впорядкований за допомогою нормативно-правових актів, цілеспрямований вплив держави на суспільні відносини, що виникають між державними та громадянськими інституціями під час впровадження та подальшого її функціонування.

Висвітлено сучасний стан нормативно-правового регулювання впровадження та подальшого функціонування системи Custody Records як складову частину її адміністративно-правового регулювання. Констатовано, що прийняття відомчих нормативно-правових актів, спрямованих на врегулювання питань функціонування системи, свідчить про позитивні зрушення, проте є недостатнім, у зв'язку із чим надано пропозиції щодо вдосконалення досліджуваної сфери суспільних відносин.

Ключові слова: затримання, державне регулювання, нормативне регулювання, облік, права затриманих, правоохоронні органи.

Shapovalova Kateryna. Administrative and legal regulation of the procedure for implementation and functioning of the Custody Records system in the activities of the bodies of the National Police of Ukraine

Development of Ukraine as an independent democratic state governed by the rule of law and as a full member of the European community is impossible without the approval of international standards of respect for human rights and freedoms. Given the recent trends of the European Court of Human Rights and the recommendations provided by the Council of Europe, one of the priorities for Ukraine is to reform the law enforcement system in terms of respect

for human rights and freedoms in the exercise of police powers. Today, the National Police of Ukraine together with non-governmental organizations are carrying out a set of measures aimed at reforming the law enforcement system, the key of which is the introduction of a system of accounting and recording actions against the detainee – Custody Records.

Despite the fact that the pilot projects of the system are already actively operating on the basis of temporary detention facilities in several regions of Ukraine, and in the near future it is planned to launch the system in all police units (institutions), numerous issues of administrative and legal regulation of the system remain open. Thus, the relevance of the research topic is due to the urgent need to eliminate gaps in the administrative and legal regulation of the implementation and operation of the Custody Records system in Ukraine.

The purpose of the study is to highlight the nature and importance of the appropriate level of administrative and legal regulation of the Custody Records system for the observance of human rights and freedoms in the activities of the National Police of Ukraine.

In view of this, the results of the study formed a definition of administrative and legal regulation of the implementation and operation of Custody Records in Ukraine as one of the types of state and legal regulation, and which is proposed to be defined as regulated by regulations, targeted state influence on social relations that arise between state and civil institutions during the implementation and further functioning.

The current state of legal regulation of the introduction and further functioning of the Custody Records system as a component of its administrative and legal regulation is highlighted. It was stated that the adoption of departmental regulations aimed at regulating the functioning of the system indicates positive changes, but is insufficient, in this regard, proposals were made to improve the studied area of public relations.

Key words: detention, state regulation, normative regulation, accounting, rights of detainees, law enforcement agencies.

Повноваження поліції здійснювати затримання, доставлення, а також подальше обмеження свободи затриманих осіб є необхідними елементами механізму підтримання правопорядку в суспільстві. Утім, здійсненню цих повноважень внутрішньо притаманні ризики залякування затриманого та фізичної наруги над ним [5]. Для працівників поліції також існують ризики. Зокрема, перебування із потенційними правопорушниками може бути ризиком для життя та здоров'я працівників поліції. В українських умовах затримані досить часто скаржаться на правоохоронців щодо порушення їхніх прав, наприклад, у застосуванні протиправних методів досудового розслідування (катування, побиття, психологічний тиск), щодо порушення права на захист, погіршення стану здоров'я тощо. Водночас весь тягар доведення лежить саме на поліції, тому належне документування та фіксація дій щодо затриманих осіб є важливим засобом захисту поліцейських від необґрунтованих звинувачень [7, с. 6].

Щоб забезпечити гарантії базових прав затриманих та унеможливити безпідставні звинувачення працівників поліції, починаючи з грудня 2017 року, в Україні було розпочато процес впровадження

в діяльність органів Національної поліції пілотного проекту обліку дій щодо затриманих осіб – Custody Records [1, с. 4]. За словами Голови Національної поліції України Ігоря Клименка: «Упровадження «Custody Records» вивело систему забезпечення прав затриманих у державі на новий рівень» [6]. Під час колегії Міністерства внутрішніх справ України Ігор Клименко зазначив, що система «Custody Records» дозволить попереджати факти неправомірних дій поліцейських та водночас захистить їх від можливих провокацій. Відтак уже зараз систему відеомоніторингу поступово вводять у кожному підрозділі поліції. Глава відомства наголосив, що чіткий контроль сприятиме попередженню неналежної поведінки поліцейських щодо затриманих чи відвідувачів підрозділів поліції. Проте водночас це захистить і самих правоохоронців від можливих провокацій та навіть може допомогти врятувати життя.

«Custody Records» – система забезпечення безпеки затриманих та персоналу ізоляторів тимчасового тримання (далі – ІТТ), яка має уможливлувати фіксацію усіх дій, які відбуваються із затриманими особами, в такий проміжок часу: з моменту фактичного затримання до обрання судом

запобіжного заходу і направлення особи до слідчого ізолятора або до звільнення особи з під варту [1, с. 5]. Саме таке визначення містить Аналітичний звіт за результатами моніторингу і оцінки системи Custody Records в ІТТ Національної поліції України.

Впровадження інформаційно-телекомунікаційної системи «Custody Records» (далі – ІП «Custody Records») інформаційно-телекомунікаційної системи «Інформаційний портал Національної поліції України» в діяльність органів Національної поліції України, а також забезпечення її подальшого функціонування є пріоритетним напрямком діяльності органів Національної поліції загалом та Управління дотримання прав людини Національної поліції України (далі – УДПЛ) – зокрема.

Так, з огляду на основні завдання Національної поліції, а також урахування положення Указів Президента України від 30.09.2019 № 722/2019 «Про Цілі сталого розвитку України на період до 2030 року», від 14.09.2020 № 392/2020 «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 14 вересня 2020 року «Про Стратегію національної безпеки України», Програми діяльності Кабінету Міністрів України (постанова КМУ від 12.06.2020 № 471) та інших стратегічних документів і напрямів соціально-економічного розвитку України, шляхи їх досягнення та відповідні ключові показники ефективності їх реалізації, одним із пріоритетів Національної поліції України на 2021 рік має стати цифровізація поліцейської діяльності, яка забезпечує неупередженість прийняття управлінських та процесуальних рішень.

З огляду на що було поставлено завдання щодо розроблення та впровадження нової інформаційної підсистеми ІПНП, яка підвищить якість і ефективність поліцейської діяльності, забезпечить захист прав і свобод громадян – «Custody Records». На виконання вказано завдання УДПЛ було розроблено : 1) інструкцію про «Забезпечення режиму тримання та охорони осіб, які тримаються в ізоляторах тимчасового тримання територіальних органів Національної поліції», 2) «Порядок використання систем відеоспостереження в ізоляторах тимчасового тримання територіальних органів Національної поліції»,

3) «Правила внутрішнього розпорядку в ізоляторах тимчасового тримання територіальних органів Національної поліції». Крім того, УДПЛ спільно із підрозділами НПУ розроблено відповідні алгоритми роботи поліцейських з автоматизованою електронною системою обліку затриманих осіб «Custody Records» та дій поліцейських при затриманні осіб в адміністративному та кримінально-процесуальному порядку. Вищевказані підзаконні акти було затверджено наказами НПУ та надіслано підпорядкованим підрозділам відповідно до компетенції [3]. Відповідно до Положення про УДПЛ (затвердженого наказом Національної поліції України від 16 березня 2020 року № 215 (із змінами та доповненнями відповідно до наказу Національної поліції України від 18 листопада 2020 року № 890), до основних завдань УДПЛ належать зокрема: забезпечення реалізації в органах (підрозділах) поліції принципів дотримання прав людини під час застосування поліцейських заходів; здійснення організаційного забезпечення діяльності та контролю за роботою ІТТ, що включає надання практичної та методичної допомоги щодо організації роботи ІТТ та здійснення координації роботи підрозділів з організації їх діяльності в Головних управліннях Національної поліції.

За офіційними даними УДПЛ, на сьогодні на території України нараховується 133 ІТТ територіальних органів поліції з лімітом наповнення 2906 місць. Діяльність 15 ІТТ тимчасово призупинено через неналежні умови тримання. Несправність охоронно-попереджувальної сигналізації та засобів відеоспостереження, необхідність проведення ремонтно-будівельних робіт. Станом на 07 грудня 2020 року в ІТТ утримувалось 45,1 тис. осіб (із них – 12,9 тис. затриманих; 23,0 тис. взятих під варту; 6,0 тис. засуджених; 2,9 тис. підданих адміністративному арешту). Середньодобове наповнення в ІТТ становить 549 осіб (або 18,8%).

Незважаючи на те, що пілотні проекти системи вже активно функціонують на базі ізоляторів тимчасового тримання в декількох регіонах України, а найближчим часом планується запуск системи у всіх підрозділах (установах) поліції на території країни, численні питання адміні-

стративно-правового регулювання впровадження та функціонування системи залишаються відкритими, що може негативно сплунути на її ефективність. Так, аналіз наукових джерел свідчить про відсутність у вітчизняній правовій доктрині комплексних ґрунтовних досліджень, присвячених порядку впровадження та подальшого функціонування системи Custody Records. У зв'язку з цим вбачається за необхідне з'ясувати сутність адміністративно-правового регулювання порядку впровадження та подальшого функціонування системи Custody Records в Україні як одного з різновидів державного та правового регулювання.

До питань адміністративно-правового регулювання діяльності державних та громадських інституцій у свій час зверталися науковці різних галузей права, тому немає єдиного підходу до розуміння сутності цього поняття. Спробуємо розкрити його зміст через визначення державного та правового регулювання.

Юридична енциклопедія за редакцією Ю.С. Шемшученка містить визначення «державного регулювання» як здійснення державою комплексних заходів (організаційних, правових, економічних тощо) у сфері соціальних, економічних, політичних, духовних та інших суспільних процесів з метою їх упорядкування, встановлення загальних правил і норм суспільної поведінки, а також запобігання негативним явищам в суспільстві [8].

У загально-правовій доктрині поняття «правове регулювання» розуміють як цілеспрямований результативний вплив права на конкретні суспільні відносини з метою їх впорядкування та вдосконалення за допомогою виключно правових засобів. Під предметом правового регулювання розуміють конкретні суспільні відносини, що потребують урегулювання саме нормами права, а не іншими соціальними нормами [2, с. 256]. Отже, для усвідомлення сутності «адміністративно-правового регулювання» необхідно чітко виокремити його предмет. В нашому випадку предметом адміністративно-правового регулювання виступають суспільні відносини, що виникають у процесі впровадження та подальшого функціонування системи Custody Records між дотичними до

неї державними та громадянськими інституціями.

З огляду на вищесказане адміністративно-правове регулювання порядку впровадження та діяльності системи Custody Records можна визначити як впорядкований за допомогою нормативно-правових актів, цілеспрямований вплив держави на суспільні відносини, що виникають між державними та громадянськими інституціями під час впровадження та подальшого її функціонування.

Отже, державне регулювання, так само як вужче за змістом поняття – державне управління, не може здійснюватися без чітко визначеного законодавством порядку його здійснення та способів захисту об'єктів регулювання від неправомірних рішень суб'єктів такого регулювання. Отже, основою адміністративно-правового регулювання є належне нормативне закріплення всіх взаємовідносин, що виникають у процесі функціонування його об'єкту.

Принцип правової визначеності є одним із загальних принципів, що впливають із Конвенції про захист прав людини та на яких ґрунтується практика Європейського суду з прав людини, на рівні із принципом верховенство права, принципом пропорційності і принципом захисту від свавілля (рішення про неприйнятність у справі «Сімонс проти Бельгії» (Simons v. Belgium (dec.)), § 32) [4, с. 15]. На значенні дотримання загального принципу правової визначеності в ситуаціях з позбавленням волі особливо наголошують експерти Ради Європи у висновках, зроблених за результатами аналізу практики Європейського суду з прав людини щодо застосування статті 5 Європейської конвенції з прав людини (Право на свободу та особисту недоторканість).

На сьогодні запровадження пілотних проектів системи Custody Records вже розпочато на базі ІТТ в містах: Дніпро, Кропивницький, Сарни, Херсон та Харків. Що стосується нормативного регулювання діяльності системи, можна спостерігати ситуацію, подібну до стану наукового дослідження цієї проблематики, оскільки вказане нормативне регулювання здійснюється на рівні відомчих нормативно-правових актів Національної поліції України, за

відсутності спеціальних нормативних актів на рівні законодавства, які б безпосередньо та цілеспрямовано регулювати діяльність цієї системи.

Відсутність в Україні чіткого правового регулювання порядку впровадження та подальшого функціонування системи Custody Records є серйозною прогалиною, яка потребує свого усунення. Так, на рівні законодавства відсутнє чітке визначення поняття системи Custody Records та її основних компонентів. Незважаючи на те, що система вже стала обов'язковою складовою частиною процесу фіксації затримання в деяких регіонах України, а найближчим часом має бути впроваджена на території всієї країни, питання функціонування системи не знайшли свого відображення в чинному кримінально-процесуальному та адміністративно-процесуальному законодавстві.

Із метою впровадження системи в діяльність територіальних органів поліції було розроблено відповідне Технічне завдання, яким визначено загальну мету та особливості функціонування системи, врегульовано деякі вимоги до основних її елементів [7].

Процедуру використання системи Custody Records закріплено Методичними рекомендаціями щодо формування інформаційної підсистеми «Custody Records» інформаційно-телекомунікаційної системи Інформаційний портал Національної поліції України» (далі – Методичні рекомендації), затверджених Головою Національної поліції України від 28 грудня 2020 року.

Методичними рекомендаціями визначено, що ІП «Custody Records» призначена для покращення стандартів захисту прав затриманих осіб, внаслідок запровадження обов'язкового опитування (інтерв'ю) під час доставлення до органу поліції, електронної фіксації всіх дій щодо затриманого (фіксація, накопичення, зберігання) та пошуку інформації про затриманих осіб, які перебувають під контролем поліції з моменту фактичного затримання. На наш погляд, беззаперечного важливого значення для дотримання прав затриманої особи набуває факт закріплення обов'язку поліцейського здійснити внесення первинної інформації про затриману особу вже в момент фактичного затримання, що

здійснюється через планшетний пристрій або, у разі його відсутності через автоматизоване робоче місце користувача, відповідно до наданого рівня доступу.

Методичними рекомендаціями закріплено одне із нововведень ІП «Custody Records», а саме: розподіл її користувачів на три категорії з метою визначення відповідного рівня доступу до інформації. Ми вважаємо, що обмеження рівня доступу певними користувачами до інформації є необхідною умовою гарантування дотримання права на приватність, що у свою чергу, включає належний захист персональних даних, конфіденційної та чутливої інформації про затриманих осіб.

Першим кроком на шляху до усунення прогалин нормативного регулювання ІП «Custody Records» стало розроблення проекту Закону України «Про правила відбування адміністративного арешту», яким передбачено внесення змін до частини першої статті 23 Закону України «Про Національну поліцію», в частині визначення функцій поліції щодо утримання в ізоляторах тимчасового тримання осіб, затриманих за вчинення кримінальних та адміністративних правопорушень, узятих під варту, а також обвинувачених і засуджених. Над цим законопроектом працювали співробітники УДПЛ спільно із заінтересованими структурними підрозділами центрального органу управління поліції. На сьогодні вказаний законопроект погоджено з МВС та надіслано до заінтересованих органів для погодження та висловлення своєї позиції.

Водночас Комітетом Верховної ради України з питань правоохоронної діяльності зареєстровано та внесено на розгляд Верховної ради України проекти Законів України «Про правила відбування адміністративного арешту» та «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення у зв'язку з прийняттям Закону України «Про правила відбування адміністративного арешту» (р. № 3047а та 3048а від 31 серпня 2020 року). 03 грудня 2020 року вказані законопроекти прийнято в першому читанні.

За результатами проведеного дослідження нормативно-правових основ функціонування системи Custody Records в Україні дійшли таких висновків. Визна-

чено, що впровадження системи Custody Records в діяльність органів Національної поліції України стало рішучим кроком України на шляху до підвищення міжнародних стандартів забезпечення прав та свобод людини, водночас ефективність пропонуваніх нововведень напряду залежить від рівня їх адміністративно-правового регулювання. У зв'язку із чим сформульовано дефініцію адміністративно-правового регулювання порядку впровадження та функціонування системи Custody Records в Україні, яке пропонується визначити як впорядкований за допомогою нормативно-правових актів, цілеспрямований вплив держави на суспільні відносини, що виникають між державними та громадянськими інституціями під час впровадження та подальшого її функціонування.

Безперечно, прийняття відомчих нормативно-правових актів, спрямованих на врегулювання питань функціонування системи, свідчить про позитивні зрушення, проте, на нашу думку, є недостат-

нім. Водночас для досягнення головної мети впровадження ІП «Custody Records» в діяльність органів Національної поліції України, яка полягає у підвищенні стандартів захисту прав затриманих осіб та прав поліцейських, необхідне належне нормативно-правове регулювання всіх процесуальних моментів функціонування цієї системи. Зокрема, виникає необхідність закріплення на рівні законодавства визначення системи «Custody Records» як комплексної системи обліку дій щодо затриманої особи, виділення основних компонентів системи, суб'єктів реалізації завдань цієї системи та інших учасників правовідносин, об'єктів правового регулювання системи. Ураховуючи, що система «Custody Records» включає вужче за змістом поняття ІП «Custody Records», доцільним буде надати розмежування цих визначень задля усунення юридичної невизначеності понять, що становить платформу для наших подальших наукових досліджень за даним напрямом.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Аналітичний звіт за результатами моніторингу і оцінки системи Custody Records в ізоляторах тимчасового тримання Національної поліції України. URL : <https://ecpl.com.ua/news/custody-records-systema-scho-zapobihatyme-porushennyu-prav-lyudyny-v-izolyatorah-tymchasovoho-trymannya/> (дата звернення: 05.06.2021).
2. Гусарев С.Д., Тихомиров О.Д. Теорія держави та права: Навчальний посібник. Київ, 2017. 316 с. URL : https://www.naiu.kiev.ua/files/kafedru/tdp/navch_pos_tdp.pdf (дата звернення: 05.06.2021).
3. План основних заходів Національної поліції України на 2021 рік, затверджений Міністром внутрішніх справ України 28 грудня 2020 року. URL : https://www.npu.gov.ua/assets/userfiles/files/plan/2021/Plan_NPU_na_2021.pdf (дата звернення: 05.06.2021).
4. Право на свободу та особисту недоторканість : посібник по застосуванню статті 5 Європейської конвенції з прав людини. Оновлено 31 грудня 2019 року. 75 с. URL : https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_UKR.pdf (дата звернення: 05.06.2021).
5. Розвиток стандартів КЗК щодо тримання під вартою співробітниками правоохоронних органів CPT/Inf(2002)15-part URL : <https://rm.coe.int/16806cd1ec> (дата звернення: 05.06.2021).
6. Система «Custody Records» дозволить попереджати факти неправомірних дій поліцейських та водночас захистить їх від можливих провокацій, – Ігор Клименко. URL : <https://www.kmu.gov.ua/news/sistema-custody-records-dozvolit-poperedzhati-fakti-nepravomirnih-dij-policejskih-ta-vodnochas-zahistit-yih-vid-mozhlivih-provokacij-igor-klimenko> (дата звернення: 05.06.2021).
7. Технічне завдання із впровадження системи Custody Records у територіальних органах поліції. URL : <https://ecpl.com.ua/news/custody-records-systema-scho-zapobihatyme-porushennyu-prav-lyudyny-v-izolyatorah-tymchasovoho-trymannya/> (дата звернення: 05.06.2021).
8. Юридична енциклопедія – Шемшученко Ю.С. URL : https://leksika.com.ua/10150608/legal/derzhavne_regulyuvannya (дата звернення: 05.06.2021).

ПЕРСОНАЛІЇ

ДОРОГИЕ ДРУЗЬЯ!

Коллектив Киевского регионального центра Национальной академии правовых наук Украины поздравляет с юбилеем доктора юридических наук, профессора, члена Международной академии сравнительного права (IACL), партнера «K&T Partners», члена редакционной коллегии журнала «Новое украинское право»

ФАРХАДА СЕРГЕЕВИЧА КАРАГУСОВА

Изучение проблем гражданского, коммерческого, корпоративного права, работа над Гражданским кодексом Республики Казахстан и рядом модельных законов, совершенствование гражданского законодательства, написание монографий и учебников, многочисленные выступления на различных конференциях, ответственные должности, а главное – большая человечность, уважение к учителям, умение быть настоящим другом – все это о **Фархаде Сергеевиче Карагусове**.

Наделенный по-настоящему большим талантом, Фархад Сергеевич с готовностью присоединяется ко всем инновационным процессам как в области научных исследований, так и на законодательном поприще. Глубинное доктринальное и системное мышление профессора Ф.С. Карагусова дает возможность четко видеть и чувствовать место той или иной проблемы в научной системе, а его философская мысль, человеческие качества и цивилистическое мировоззрение, являющееся гармоничным во всех проявлениях жизни, служат основой для покорения новых вершин науки частного права.

С удовольствием вспоминая годы дружбы с Фархадом Карагусовым, искренне радуемся тому, что судьба в свое время подарила нам встречу с таким прекрасным человеком – коллегой, профессионалом, единомышленником в нашей совместной работе. Опыт Фархада Сергеевича – это источник эмоционального стимула мысли и радости познания неизведанного, ценный путеводитель в эволюции нашей научной жизни.

Поэтому, уважаемый Фархад Сергеевич, примите от нас самые искренние поздравления! Счастья Вам, вдохновения в нелегкой заботе о развитии науки частного права. Знаем, что Ваш юбилей является не только личной датой, но и большим праздником казахстанской школы цивилистики: будучи одним из лидеров этой уважаемой и традиционно сильной цивилистической школы, Вы продолжаете ее научное развитие, вдохновляете своими неординарными идеями и замыслами. Ваша работа является надежной основой и отличным примером для нас, коллектива Киевского регионального центра Национальной академии правовых наук Украины.

Желаем Вам мира, крепкого здоровья и жизненных сил, вдохновения, счастья и благополучия в семье. Пусть каждый Ваш новый день будет щедрым на достижения и победы, богатым на радостные известия, приятные события и благодатные дела.

Высоко ценим Ваш вклад в развитие украинской доктрины частного права. Успеха Вам во всех начинаниях, осуществления надежд и ожиданий!

С глубоким уважением и наилучшими пожеланиями – Алексей КОТ



НОТАТКИ

НОВЕ УКРАЇНСЬКЕ ПРАВО

Випуск 3

Коректура • Ірина Миколаївна Чудеснова

Комп'ютерна верстка • Наталія Сергіївна Кузнєцова

Формат 60x84/8. Гарнітура Times New Roman.
Папір офсет. Цифровий друк. Ум. друк. арк. 39,99. Замов. № 0721/238. Наклад 300 прим.

Видавництво і друкарня – Видавничий дім «Гельветика»
03150, м. Київ, вул. Велика Васильківська 74, оф. 7
Телефон +38 (048) 709 38 69,
+38 (095) 934 48 28, +38 (097) 723 06 08
E-mail: mailbox@helvetica.ua
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи
ДК № 6424 від 04.10.2018 р.