

01
/ 19

ReOS

Recht der Osteuropäischen Staaten

01/19

ReOS

Recht der Osteuropäischen Staaten

Recht der Osteuropäischen Staaten (ReOS)



Recht der Osteuropäischen Staaten (ReOS) –
scientific journal of legal sciences founded
by University of Göttingen (Germany)
with the purpose of knowledge sharing between
Western and Eastern Europe.

Publisher:

Doctor of Juridical Sciences, Professor Thomas Mann, Institute of Public Law,
Administrative Law Department, University of Göttingen.

Editorial board:

Dr. jur. **Bernhard Schloer** – Übersetzung der Zusammenfassung München

Bastian Lorenz – Layout, Bearbeitung & Druck

Partners



Netzwerk Ost-West



**Deutsch-ukrainischer
rechtswissenschaftlicher Dialog e.V.**

Rechtsdialog.org

www.ReOS.uni-goettingen.de

01/2019

ISSN 2199-6245

ReOS 01 / 2019

Inhaltsverzeichnis

Definition of notion “musical work” as an object of civil-law relations <i>Berezhna Aliona</i>	5
About the professional legal issues of female judges and male judges <i>Bobrova Yulia</i>	9
Case law of international justice institutions <i>Boyko Inna</i>	14
Modern problems of statistical analysis of juvenile offences <i>Veselov Mykola, Murakhovska Hanna</i>	19
Legal status of special purpose vehicle company within cross-border securitization projects <i>Vygovskyy Oleksandr</i>	24
Peculiarities of transparency and openness principles during cassation of court decision in criminal proceeding in Ukraine <i>Vilgushynskiy Volodymyr</i>	28
Place of economic knowledge in the investigation of crime in the field financing of social targeted programs <i>Viter Dmytro</i>	33
Distance employment in Ukraine: the theoretical and legal aspect <i>Hnidenko Viktoriia</i>	38
Territorial division of the subject of jurisdiction in criminal proceedings <i>Horodetska Maryna</i>	43
To the issue of law enforcement and legal qualification in private international law <i>Gramatskiy Ernest</i>	47
Some aspects of international and national legal provision of seafarers’ certification system <i>Yelezarov Oleksandr</i>	52
Specificity of international legal regulation of protection of objects of copyright and related rights expressed in digital form <i>Zhoghov Victor, Foros Anna</i>	57
Powers of the chairman of the committee of the Verkhovna Rada of Ukraine: legal nature and contents <i>Zozulia Oleksandr</i>	62
Features of the legal status of the subjects of administrative and legal regulation of the management of industrial waste <i>Karnaukh Elena</i>	67
Demand reducing strategies for human smuggling in Ukraine: meaning and components <i>Kibalnyk Stanislav</i>	72
Core and elements of the mechanism for the provision of extension rights <i>Kosytsia Olha</i>	77
Regulatory measures to ensure trade secrets in Ukraine <i>Kravchenko Oleksander</i>	82
European experience of the interaction of prison chaplains with custodial facilities <i>Kuz Iryna</i>	90
Legal status of a testator’s grandson at legal succession in the inheritance law of Ukraine <i>Kukhariev Oleksandr</i>	94

Forms of realization of the rights of the public in the implementation of the state regulatory policy <i>Matviychuk Anatoliy</i>	99
Basic concepts of public management and their application to transitional states <i>Melnichenko Bogdana</i>	104
Factors of spreading organized crime and counteracting it in Ukraine <i>Minaiilo Nina</i>	108
Implementation of Directive 2008/48/EC on credit agreements for consumers in Ukrainian legislation <i>Myroslava Muliar</i>	113
Types of labor contract under the legislation of certain foreign countries as positive experience for the legislation of Ukraine <i>Nanieva Maria</i>	118
Peculiarities of Agreement between Ukraine and Denmark on the readmission of persons <i>Naumenko Nataliia</i>	123
Forms of implementation of administrative discretion in the activity of public administration <i>Omelian Viktoriia</i>	128
Reflection of the essence of state sovereignty: political and legal analysis <i>Pivnev Yaroslav</i>	133
The place of legal norms that regulate the payment systems activity in the system of law <i>Pozhydaeva Maria</i>	137
Persons who can not be representatives in the administrative process (legal proceedings) <i>Prykhodko Oleksandr</i>	142
The constitutional foundations of the organization and activities of the intelligence agencies of Ukraine <i>Proshayev Vladimir</i>	148
Doctrinal approaches of international law to determine the concept of “international terrorism” <i>Reznik Yuliia</i>	152
Fundamental rights as a general principle of the European Union law <i>Rym Olena</i>	157
Legal support of the child’s right to protection from all forms of violence in Ukraine: theoretical and legal issues <i>Simonenko Tatiana</i>	162
A measure of adequacy of the legal subjectivity volume acquired by the abstract subject of law <i>Sichevliuk Volodymyr</i>	167
Civil liability of an air carrier for luggage loss <i>Soloviov Borys</i>	172
Some issues of public administration activity on the realization the right to free elections: practice of the European Court of Human Rights <i>Solodova Kateryna</i>	176
Philosophical foundations of the apprenticeship of invalidity transactions <i>Tashian Roman</i>	182
Legal doctrine as the form of realization of constitutional and legal policy <i>Ternavska Viktoriia</i>	187
Canada experience in forming crime counteraction programs: opportunities for Ukraine <i>Tytarenko Oleksii</i>	192
Some aspects of the legalization of orphan works <i>Tokareva Vira</i>	197
Application of order procedure in the economic legal process of Ukraine: advantages and disadvantages <i>Fakas Ilona</i>	202
Success fee as a form of advocate’s remuneration: the prospect for implementation <i>Fomina Oksana</i>	206
Principles of the judicial ethics: features of training <i>Shevtsova Yana</i>	210

Definition of notion "musical work" as an object of civil-law relations**Berezhna Aliona***Postgraduate Student of the Department of Intellectual Property Rights and Corporate Law
National University "Odessa Law Academy", Ukraine*

In the context of music industry active development and general tendency to globalization of the world social processes, a range of relationships is being widespread that arise from realization of property rights to musical work by people. Musical works are both the result of creative activity and objects of copyright and related rights that in commercial relations act as a subject of sale and have their price equivalent, therefore, their illegal use causes not only moral damage but also considerable material damage to the copyrighters. In a modern world musical work is not just a high-value product of human activity from moral and spiritual point of view, but from economic as well. Improvement of legislative control of social relations that arise at creation and usage of corresponding specific object of copyright and music authors copyright should begin with definition of piece of music and form, in which this content shall be implemented to satisfy the requirements that are applied towards objects of legal protection. As this issue is not statutory regulated, there arises a general necessity to distinguish at the modern stage of social science development and practice the questions connected with definition of notion of "musical work" as an object of civil-law relations. Norms of the Law of Ukraine in the sphere of copyright generally respond to the principal international instruments. However, further development of implementation mechanisms of statutory provisions continues to be relevant both for ensuring of viable defense of authors' rights and for their equal and correct implementation by judicial authorities, including newly created intellectual property court.

The aim of this article is exploration of notion "object of civil-law relations", "copyright object" and definition of "musical work" notion with its specific characteristics as an object of copyright protection. The author of the article having analyzed doctrinal regulations, norms of law of Ukraine and other countries defines piece of music as object of civil-law relations.

Визначення поняття музичного твору як об'єкта цивільних правовідносин**Бережна Альона Олександрівна***аспірант кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права
Національного університету «Одеська юридична академія», Україна***Вступ**

Норми законодавства України у сфері авторського права загалом відповідають основним міжнародним стандартам. Водночас важливим залишається подальше вдосконалення механізмів застосування відповідних законодавчих положень як для забезпечення ефективного захисту прав авторів, так і для однакового і правильного їх застосування судовими органами, зокрема й новоутвореним судом із питань інтелектуальної власності.

В умовах активного розвитку музичної індустрії та загальної тенденції до глобалізації світових суспільних процесів розширюється коло стосунків, які виникають під час реалізації особами майнових прав на музичні твори. У сучасному світі музичний твір вже є не тільки цінним продуктом діяльності людини з морально-духовного погляду, а й так само з економічного. Вдосконалення законодавчого регулювання суспільних відносин, що виникають під час створення та використання відповідного специфічного об'єкта авторського права та охорони прав авторів музичних творів має починатися з визначення поняття музичного твору та форми, в

якій цей твір має бути втілений для того, щоб відповідати вимогам, які висуваються до об'єктів правового захисту. Оскільки нормативно це питання не врегульовано, то виникає нагальна необхідність розглянути на сучасному етапі розвитку цивільної науки і практики питання, пов'язані з визначенням поняття музичного твору як об'єкта цивільних правовідносин.

Мета статті – дослідження понять «об'єкт цивільних правовідносин», «об'єкт авторського права» та визначення поняття музичного твору з його специфічними ознаками як об'єкта авторсько-правової охорони.

Виклад основного матеріалу

Питання про об'єкт правовідносин (зокрема, про об'єкт цивільно-правових відносин) є дискусійним як у теорії права, так і в цивілістичній науці. Зокрема, найзагальніше та одне з перших у вітчизняній літературі визначень поняття «об'єкт» знаходимо у працях Г.Ф. Шершеневича, який уважав, що кожен конкретні правовідносини виникають з приводу певного інтересу, який переслідують члени суспільства:

«Об'єктом юридичних відносин є засіб здійснення інтересу. Такими засобами є: а) речі як частини зовнішнього світу, б) дії інших осіб»¹.

Термін «об'єкт» використовується в літературі в різних інтерпретаціях і вживається частіше як «об'єкт права», «об'єкт правовідносин» або «об'єкт правового регулювання». Р.О. Халфіна, аналізуючи ці категорії, справедливо вказує, що насправді мова йде про різні поняття, які належить позначати різними термінами. «Застосування одного і того ж терміна до понять, що лежать у різних площинах, мають відмінний зміст, завжди є джерелом теоретичних і практичних труднощів»².

«Об'єкт права» і «об'єкт правовідносин» є тотожні, фактично поняття, що збігаються; на відміну від них, «об'єкт правового регулювання» як наукова категорія зачіпає сферу об'єктивного права і позначає предмет правового регулювання як певну сукупність відносин, врегульованих правом. У зв'язку з цим правильнішим буде говорити не про об'єкт, а про предмет правового регулювання³.

Щодо поняття об'єкта правовідносин, О.О. Ізбаш у своїй дисертації «Організаційні цивільні правові відносини, що виникають під час здійснення авторських прав» узагальнила три основні позиції з цього питання, які використовувалися в юридичній науці.

Згідно з першою із них, об'єктом цивільних правовідносин є те, на що спрямовані або впливають цивільні правовідносини: у сучасній літературі, а також у роботах радянського періоду, зокрема, наголошується, що під об'єктом права слід розуміти те, на що спрямовані права і обов'язки суб'єктів правовідносин.

Згідно з іншою позицією, під об'єктом цивільних правовідносин розуміється те, з приводу чого виникають відповідні права та обов'язки учасників правовідносин та з приводу чого складається певний правовий зв'язок між особами.

Відповідно до третьої позиції, що має комбінований характер, об'єкти цивільних правовідносин розуміються як блага, з приводу яких суб'єкти вступають у правовідносини, або блага, на які спрямовані права та обов'язки з метою задоволення інтересу уповноваженої особи⁴.

Загалом, об'єкти цивільних правовідносин можуть бути визначені як матеріальні та (або) нематеріальні блага, з приводу яких складаються цивільні правовідносини⁵.

¹ Шершеневич Г.Ф. Общее учение о праве и государстве. URL: <https://www.booksite.ru/fulltext/obchee1/text.pdf>.

² Чеговадзе Л.А. Структура и состояние гражданского правоотношения. Москва : Статут, 2004. С. 240–275.

³ Алексеев С.С. Проблемы теории права : Курс лекций в двух томах. Том первый. С. 330.

⁴ Ізбаш О.О. Організаційні цивільні правові відносини, що виникають при здійсненні авторських прав: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2013.

⁵ Цивільне право : посібник для підготовки до іспиту / Є.О. Харитонов, Н.Ю. Голубева. 2-е вид., переробл. та доповн. Ч. I. Харків : Одесь, 2011. 248 с.

Сукупність правовідносин, що виникають у зв'язку зі створенням і використанням творів науки, літератури і мистецтва, віднесено до сфери авторського права.

Слід зазначити, що в країнах з англо-американськими юридичними традиціями («common law») авторське право називають «copyright», що буквально можна перекласти як право на копію і розглядають як можливість використовувати авторське право шляхом відтворення створених творів. А в країнах континентальної юридичної традиції, яку ще називають латинською, або заснованою на римському праві, або романо-германською, здебільшого переважає концепція «droit d'auteur» авторського права, згідно із якою авторське право належить суб'єкту права, творцеві і визнає за ним юридичні прерогативи, що мають майновий і немайновий характер. У країнах із латинською юридичною традицією, крім терміна «droit d'auteur», авторське право ще називають «літературна і мистецька власність» – «propriete litteraire et artistique» або «propriete intellectuelle»⁶.

Об'єктами авторського права є, відповідно, твори у галузі науки, літератури і мистецтва, виражені в будь-якій об'єктивній формі. Поняття «твір» у відчитаному законодавстві не надається. За змістом статей 421, 433, 435 ЦК України, статей 7, 8 Закону України «Про авторське право і суміжні права» в їх взаємозв'язку, твір – це результат інтелектуальної (розумової) діяльності автора, який створено творчою працею та виражено в об'єктивній формі. Можна повністю погодитися з наявною позицією в теорії авторського права, згідно із якою твір розглядається як такий, що має нематеріальну сутність, а форма його втілення є матеріальним носієм.

Відповідно до Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів термін «літературні і художні твори» охоплює всі твори в галузі літератури, науки і мистецтва. Твори – як оприлюднені, так і не оприлюднені, – виражені у будь-якій об'єктивній формі, незалежно від призначення і обсягу твору, є об'єктами авторського права.

У наведеному положенні сформульовані чотири ознаки об'єктів авторського права:

– ознака творчого характеру твору означає, що твір може бути об'єктом правової охорони, якщо він є результатом інтелектуальної (розумової), творчої діяльності його автора;

– ознака об'єктивної форми вираження твору означає, що твір може бути об'єктом правової охорони, якщо він виражений в доступній для сприйняття формі;

– ознака змісту твору означає, що твір будь-якого змісту може бути об'єктом правової охорони з деякими обмеженнями, що визначаються законодавством;

⁶ Право інтелектуальної власності: Акад. курс : підруч. для студ. вищих навч. П68 закладів / О.П. Орлюк, Г.О. Андрощук, О.Б. Бутнік-Сіверський та ін.; за ред. О.П. Орлюк, О.Д. Святоцького. Київ : Видавничий дім «Ін Юре», 2007. 696 с.

– ознака оприлюднення твору означає, що твір може бути об'єктом правової охорони незалежно від того, виведений він із приватної сфери чи ні⁷.

Національне законодавство України у сфері авторського права і суміжних прав застосовує ще й ознаку завершеності твору. Твір є об'єктом правової охорони незалежно від того, завершений він чи не завершений. При цьому незавершений твір підлягає правовій охороні у такому ж обсязі, як і завершений твір. Це положення випливає зі змісту статті 433 ЦК України та статті 8 Закону України «Про авторське право і суміжні права».

Окремо звернемо увагу на першу ознаку, а саме – творчий характер об'єкта авторського права. Поняття творчості не визначається в законодавстві, оскільки творчість – це загальнолюдська категорія. Законодавство не розкриває творчих ознак об'єкта, однак саме поняття творчості передбачає створення чогось нового. Творчий характер твору характеризується його оригінальністю чи новизною, при цьому новизна й оригінальність можуть виявлятися як у змісті твору, так і в його формі. Оригінальність твору означає, що він невідомий суспільству, не є повторенням вже відомого.

Творчою визнається будь-яка розумова діяльність, а її результат охороняється авторським правом, якщо не доведено, що він є наслідком прямого копіювання, «піратства», плагіату, або він законом визнаний таким, що не може бути об'єктом авторського права⁸.

Закон України «Про професійних творчих працівників та творчі спілки» визначає творчу діяльність, як індивідуальну чи колективну творчість, результатом якої є створення або інтерпретація творів, що мають культурну цінність⁹.

Перелік об'єктів авторського права закріплено в статті 433 ЦК України та статті 8 Закону України «Про авторське право і суміжні права», відповідно до якого одним із об'єктів є музичний твір.

Визначення самого поняття музичного твору не закріплене на законодавчому рівні, зазначається лише, що об'єктом авторського права є музичні твори з текстом або без тексту.

Для того, щоб бути об'єктом авторського права музичний твір має відповідати встановленим законом вимогам: мати творчий характер; бути вираженим в об'єктивній формі.

Музичний твір як об'єкт авторського права має представляти собою насамперед результат творчої діяльності. Він складається зі сполучень звуків, створених музичними інструментами і (чи) голосом. У поєднанні цих складових елементів полягає оригінальність музичного твору.

Відповідно до частини 3 статті 8 Закону правова охорона поширюється тільки на форму вираження твору і не поширюється на будь-які ідеї, теорії, принципи, методи, процедури, процеси, системи, способи, концепції, відкриття, навіть якщо вони виражені, описані, пояснені, проілюстровані у творі¹⁰.

Для того щоб твір був доступним іншим людям без посередництва автора, він повинен бути виражений у такій об'єктивній формі, що може сприйматися людськими відчуттями, тобто за допомогою зору і слуху, а за відсутності зору – за допомогою дотику (твори, створені спеціальними способами, для сліпих). При цьому твір може бути виражений або у статичній матеріальній формі, втілений, наприклад, у вигляді його оригіналу, копії чи екземпляра, або в динамічній виконавській формі, втілений, наприклад, у виконанні твору у визначеному місці, просторі і часі¹¹. Об'єктивна форма вираження музичний твору – це нотний запис, звукозапис, публічне виконання, публічне сповіщення.

Особливе місце серед форм закріплення музичних творів на матеріальному носії займає їх письмова фіксація у вигляді нотного запису. Така фіксація є найбільш зручною формою для забезпечення відтворення його надалі. Проте зміст музичного твору як об'єкта авторського права не можна зрозуміти без урахування подвійного характеру його об'єктивної форми. Ця особливість тягне за собою різноманітні правові наслідки, зокрема, вона має значення для визначення порядку використання музики під час створення нового, творчо самостійного твору¹².

Для того, щоб сформулювати визначення поняття музичного твору, необхідно звернутися до одного з його складників – поняття «музика».

Музика (від грец. *musika* – мистецтво муз) – це вид мистецтва, у якому засобами втілення художніх образів певною мірою організовані музичні звуки. Основними музичними елементами є мелодія, гармонія і ритм. Мелодія – широке поняття, яке передбачає всі можливі комбінації звуків, що слідує один за одним. Гармонія є поєднанням різних, але узгоджених між собою одночасно відтворених звуків. Ритм – це тимчасова організація музичних звуків та їх сполучень. Авторське право визнає виключне право лише на мелодію, що за аналогією прирівнюється до композиції і до розвитку ідеї в літературних творах, а не до самої ідеї. Неможливо отримати правову охорону в межах авторського права на гармонію, оскільки вона являє собою поєднання акордів, кількість яких обмежена. Так само не можна отримати

⁷ Право інтелектуальної власності: Акад. курс : підруч. для студ. вищих навч. П68 закладів / О.П. Орлюк, Г.О. Андрощук, О.Б. Бутнік-Сіверський та ін.; за ред. О.П. Орлюк, О.Д. Святоцького. Київ : Видавничий дім «Ін Юре», 2007. 696 с.

⁸ Право власності : навч. посібник. / С.О. Харитонов, О.І. Харитонова, К.Г. Некіт. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2018. 256с.

⁹ Закон України «Про професійних творчих працівників та творчі спілки». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/554/97-%D0%B2%D1%80>.

¹⁰ Закону України «Про авторське право і суміжні права» : Закон від 23 грудня 1993 р. № 3792-ХІІ. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1994. N 13. Ст. 64.

¹¹ Право інтелектуальної власності: Акад. курс : підруч. для студ. вищих навч. П68 закладів / О.П. Орлюк, Г.О. Андрощук, О.Б. Бутнік-Сіверський та ін.; за ред. О.П. Орлюк, О.Д. Святоцького. Київ : Видавничий дім «Ін Юре», 2007. 696 с.

¹² Дозорцева М.В. Особенности музыкального произведения как объекта авторского права. Правоведение. -1981. № 5. С. 36–44.

ти охорону на ритм музичної мелодії. Оскільки одна і та ж мелодія може стати об'єктом різних способів побудови гармонії і зміни ритму, встановити наявність або відсутність порушення авторського права без музичного фахівця неможливо¹³.

Як уже зазначалося, вітчизняний законодавець визначив об'єктом авторсько-правових відносин музичні твори з текстом або без тексту. Аналогічне визначення відповідного об'єкта правовідносин передбачено і законодавством США, а саме: «musical works, including any accompanying words»¹⁴.

Однак таке визначення за своєю суттю має змішаний характер, а саме: музичний твір (музика) та літературний твір (художній твір, виражений в словесній формі – текст). Задля правової визначеності доцільніше обмежити визначення музичного твору виключно поняттям музика за прикладом законодавства Сполученого Королівства Великої Британії та Північної Ірландії, а саме: «musical work means a work consisting of music, exclusive of any words or action intended to be sung, spoken or performed with the music»¹⁵. Тобто поняття «музичний твір» охоплює будь-який твір, який складається з музики, за винятком слів або дій, які передбачені

для співу, проголошення або виконання під цей музичний супровід.

На підставі вищенаведеного поняття музичний твір можна сформулювати так: сукупність ідей та образів, отриманих завдяки творчому процесу, що виражені для об'єктивного сприйняття за допомогою музичних інструментів, комп'ютерних програм, нотного запису або (та) звуків людського голосу (за винятком слів).

Висновки

Музичний твір становить окремий об'єкт авторського права, який має свої специфічні ознаки та особливості використання. Вдосконалення законодавчого регулювання суспільних відносин, що виникають під час створення та використання відповідного специфічного об'єкта авторського права та охорони прав авторів музичних творів має починатися з визначення поняття музичного твору та форми, в якій цей твір має бути втілений для того, щоб відповідати вимогам, які висуваються до об'єктів правового захисту. Ці питання повинні бути первісним елементом для розроблення нових механізмів правового урегулювання вказаних суспільних відносин. Загалом поняттю «музичний твір» можна надати таке визначення: «Музичний твір – це сукупність ідей та образів, отриманих завдяки творчому процесу, що виражені для об'єктивного сприйняття за допомогою музичних інструментів, комп'ютерних програм, нотного запису або (та) звуків людського голосу (за винятком слів).

¹³ Липчик Д.М. Авторское право и смежные права / пер. с фр.; предисловие М.А. Федотова. Москва : Ладомир; Издательство ЮНЕСКО, 2002. С. 64.

¹⁴ Copyright Law of the United States. Title 17 of the United States Code, including all amendments enacted by Congress through June 30, 2016. URL: <https://www.copyright.gov/title17>.

¹⁵ 1988 Copyright Designs and Patent Act. URL: <https://www.copyrightservice.net/ru/copyright/gb>.

About the professional legal issues of female judges and male judges**Bobrova Yulia**

*Candidate of Juridical Sciences (PhD in Law), Judge,
Associate Professor of the Department of Legal Support
of the Military Institute
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine*

The article deals with a complex of problematic issues in the activities of judges in the gender aspect. It has been established that there are a lot of problematic issues in the judicial system and around it, as a result of which the daily professional activities of each judge face a number of professional legal problems (and although the traditional gender-role approach demonstrates the opposite of business styles, ways of resolving disputes, differences in organization of work of female judges and male judges) most of which are common to both gender.

It was determined that the main problems arising in the work of judges are related to the lack of clear and well-established judicial practice, its instability; the presence of gaps in the domestic legal regulation, the imperfection of the legislation, the contradictory norms of the law, as well as the need to strengthen authority and respect for the judiciary, justice, ensure their independence (the inadmissibility of the evaluation of court decisions, the full text of which has not yet been published; discrimination in pay, in enrollment of judicial experience and staff hunger; the exorbitant legal burden and brevity of the procedural time limits for the trial; proper working conditions and logistics of the courts (halls, equipment, difficulties in using modern information technologies) and the provision of official housing to judges; effective judicial self-government and active participation in it of judges of all levels and regions; the safety of judges and the judiciary; legal ignorance, low level of knowledge of persons involved in the trial, and the like. Of course, in the perception and search for ways to solve them, the judges trace the gender aspect, confirming our message that it is extremely important to take into account the gender of the judge in his judicial activities.

Про професійно-правові проблеми суддів-жінок та суддів-чоловіків**Боброва Юлія Юрїївна**

*кандидат юридичних наук, суддя,
доцент кафедри правового забезпечення
Військового інституту
Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Україна*

Вступ

Нині в Україні чимало проблемних питань як у судовій системі, так і навколо неї, внаслідок чого у щоденній професійній діяльності кожен суддя стикається із низкою професійно-правових проблем (і хоча традиційний статево-рольовий підхід демонструє протилежність ділових стилів, способів вирішення спорів, розходження в прийомах організації роботи суддів-жінок і суддів-чоловіків), більшість із яких має спільний для обох статей характер.

Основні проблеми, що виникають у роботі суддів, пов'язані з відсутністю чіткої та усталеної судової практики, її нестабільністю; наявністю прогалин у вітчизняному правовому регулюванні, недосконалістю законодавства, суперечливістю норм закону, а також із необхідністю зміцнення авторитету та поваги до судової влади, правосуддя, забезпечення їх незалежності (недопустимості оцінки рішень суду, повний текст яких ще не опубліковано; висловлювань, що принижують цей орган); дискримінацією в оплаті праці, в зарахуванні суддівського стажу та кадровим голодом; непомір-

ним судовим навантаженням і стислістю процесуальних строків судового розгляду; належними умовами праці та матеріально-технічним забезпеченням судів (зали, техніка, труднощі із використанням сучасних інформаційних технологій) і питанням надання суддям службового житла; дієвим суддівським самоврядуванням та активною участю у ньому суддів усіх рівнів і регіонів; безпекою суддів і судовою охороною; правовою необізнаністю, низьким рівнем знань осіб, які беруть участь у судовому процесі тощо. Звісно, у сприйнятті та пошуку шляхів їх вирішення суддями прослідковується гендерний аспект, що підтверджує наш меседж про те, що вкрай важливо враховувати належність судді до статі у його суддівській діяльності.

Мета статті – дослідження комплексу професійно-правових проблеми, які виникають у діяльності суддів через призму гендеру.

Виклад основного матеріалу

Для сучасних суддів найбільш гострим є питання надмірного непропорційного судового наван-

таження та пов'язаного з ним браку часу для належного вивчення справ, що надійшли на розгляд і підготовки до їх слухання; можливості самовдосконалення та підвищення кваліфікації.

Вказана проблема детермінована нестачею суддів, адже у більшості місцевих загальних судах працює троє, а то й менше суддів, якщо хтось із них у відпустці чи на лікарняному, то відправляти правосуддя стає надзвичайно важко, що впливає на оперативність та якість здійснення судочинства. Досить давно ведуться дискусії щодо необхідності розроблення єдиних нормативів навантаження на суддів загальних судів, які дали б змогу за певною формулою визначити максимальну кількість справ, які суддя має змогу розглянути у встановлений законом строк із дотриманням вимог процесуального й матеріального закону.

Принагідно слід зазначити, що надмірне навантаження призводить до тяганини, наслідком якої стає вкрай неефективне витрачання як трудових ресурсів суддів і працівників апарату суду, так і фінансових ресурсів держави (кажучи простіше, коштів платників податків на повторні виклики учасників процесу (поштові витрати), доставку обвинувачених із слідчого ізолятора, (кошти на пальне) тощо), що в умовах досить складної економічної ситуації в країні взагалі є неприпустимим.

Дослідження навантаження на суддів в Україні відбулось у 2012–2014 роках. Рада суддів України рішенням № 46 від 9 червня 2016 року схвалила результати дослідження – звіт «Основні методологічні підходи та результати дослідження щодо визначення коефіцієнтів навантаження на суддів та складності справ спеціалізованих судів та судів апеляційної інстанції», затвердила Рекомендовані показники середніх витрат часу на розгляд справ та коефіцієнтів складності справ за категоріями, а також рекомендувала Державній судовій адміністрації України під час ухвалення управлінських рішень застосувати Рекомендовані показники середніх витрат часу на розгляд справ і коефіцієнтів складності справ за категоріями¹. «Зміни у процесуальному законодавстві, реорганізація українських судів, скорочення кількості суддів засвідчують, що виникла необхідність визначити актуальні нормативи суддівського навантаження. 183 справи на суддю на рік – це цифра, якою можна було оперувати у 2016–2017 роках, і вона, на жаль, далека від реальності. У Раді ми знаємо, що в окремих судах судді розглядають від півтори до двох з половиною тисяч справ, і це не правильно, це не відповідає фізичним можливостям людини, а також повністю спростовує колишні висновки щодо віро-

гідності «модельних справ» і «модельного навантаження», – зазначає Голова Ради суддів України О.С. Ткачук².

У п. 2 Рекомендації № (86)12 Комітету міністрів Ради Європи «Про заходи щодо недопущення і скорочення надмірного робочого навантаження на суддів» зазначається, що слід не збільшувати, а поступово зменшувати кількість завдань, покладених на суддів, що не стосуються судового розгляду, покладаючи ці завдання на інших осіб або органи³.

Важливість цього аспекту для суддів-жінок пов'язана з тим, що вони поряд із виконанням професійних обов'язків також повинні виконувати й сімейні ролі, які, у свою чергу, діляться на подружні й батьківські; бути як гарною дружиною, матір'ю, господинею, так і ефективним працівником; намагаються поєднувати сімейне життя та професійну діяльність. При цьому домашня праця – це своєрідна «друга зміна», яка не оплачується, на яку потрібно витратити час і яка дуже часто не отримує подяки, оскільки суспільні стереотипи, сформовані щодо жіночої ролі, передбачають виконання більшості домашніх обов'язків саме жінкою. Зауважимо, що хатня робота виконується ними незалежно від їхнього статусу на ринку праці. Отож, незважаючи на те, що в подружжі два партнери, домашні турботи лежать, як правило, на жінці. До слова, жінки не здатні розділяти своє особисте й професійне життя в емоційному плані, тоді як чоловіки на роботі здатні відключитися від своїх особистих проблем, а в приватному житті – забути про роботу.

З огляду на вказане за надмірного судового навантаження судді-жінці просто не вистачає фізичних і психологічних ресурсів, щоб відповідати ролі як берегині сімейного вогнища, так і гарного професіонала, що часто призводить до психологічного дисбалансу чи дисгармонії, почуття провини, ось чому вирішення проблеми із визначенням суддівського навантаження для них є таким актуальним, що не можна сказати щодо суддів-чоловіків.

Труднощами, що виникають через значне суддівське навантаження, є порушення процесуальних строків судового розгляду, внаслідок чого на суддю може бути покладено ряд стягнень. Логічним у цьому випадку буде риторичне запитання про те, як їх дотримуватися, якщо немає фізичної можливості призначати справи на коротший термін чи розглядати більше справ, а життя заходів щодо оперативного розгляду заяви чи скарги не є можливим фізично. Указана проблема досить негативно впливає на ефектив-

¹ Рішення Ради суддів України від 9 червня 2016 року № 46 «Рекомендовані показники середніх витрат часу на розгляд справ та коефіцієнтів складності справ за категоріями». URL: <http://www.rsu.gov.ua/en/events/risenna-rsu-no-46-vid-09062016-sodo-viznacenna-koeficientiv-navantazenna-na-suddiv> (дата звернення: 05.05.2019).

² В Україні визначають реальне навантаження на суддів. URL: <http://ukrainepravo.com/news/ukraine/v-ukrayini-vyznachat-realne-navantazhennya-na-suddiv/> (дата звернення: 05.05.2019).

³ Рекомендація № R (86) 12 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам щодо заходів з попередження і зменшення надмірного робочого навантаження в судах: ухвалена Комітетом міністрів Ради Європи на 399 засіданні заступників міністрів 16 вересня 1986 року. URL: <https://www.vkksu.gov.ua/userfiles/doc/perelik-dokumentiv/rek-86.doc> (дата звернення: 05.05.2019).

ність правосуддя та авторитет судової влади. Матеріали судової практики свідчать про те, що основними причинами порушення процесуальних строків є недоліки в діяльності судів, пов'язані насамперед із незадовільною організацією судового процесу і такими негативними факторами, як значне навантаження, перш за все, на суддів першої інстанції, незадовільне матеріально-технічне забезпечення судів, недоліки в роботі підрозділів органів внутрішніх справ, несвоєчасне виконання ухвал суду про привід осіб у кримінальному провадженні і у справах про адміністративні правопорушення, неможливість забезпечити участь адвокатів у судових процесах, тривалість часу, необхідного для доставки судових повісток про дату судового засідання тощо⁴.

При цьому питанням дотримання процесуальних строків судового розгляду, своєчасного виготовлення повного тексту судового рішення, внесення останнього до Єдиного реєстру судових рішень більше переймаються судді-жінки, що характерно для них через жіночу скрупульозність, працездатність та відповідальність й дисциплінованість, оскільки стратегія їхньої ділової поведінки вирізняється меншою амбіційністю й непередбачуваністю. Вони навряд чи раніше підуть з роботи, тільки тому що подруга запропонувала випити кави, а обов'язково доведуть розпочату справу до кінця. Тому дотримання процесуальних строків у списку професійно-правових проблем відводимо суддям-жінкам.

Належний рівень матеріально-технічного, організаційного забезпечення в роботі для суддів-чоловіків є питанням номер один, оскільки для них їх успішність, досягнення та статус вимірюється розміром власного заробітку та успіхами в професійній діяльності, величиною та ремонтом службового кабінету, найновішою моделлю комп'ютера і так далі.

Що ж стосується питання рівня матеріально-технічного, організаційного забезпечення для суддів-жінок, то їх радше цікавить створення таких умов роботи, які б відповідали категорії балансу «робота – життя» (у загальному розумінні означає позитивне поєднання професійної, родинної та інших сфер життя працівника), яка є одним із важливих параметрів гендерної рівноваги у професійній сфері та організаційній площині, чинником формування гармонійних гендерних взаємин у роботі суду. І хоча в суспільстві панує думка про те, що коли людина переступає поріг суду, вона перестає бути жінкою чи чоловіком; це професійний суддя, й тут не має значення настрої особи, її характер чи емоційність, не мають значення особливості жіночої чи чоловічої статі – на нашу думку, такий розклад речей не відповідає дійсності, адже взаємодія роботи та сім'ї була і залишається

центральною проблемою для суддів-жінок, тому що вони – матері. Чи свідчить наведене про те, що вона має свій особливий погляд на світ, обумовлений її жіночою сутністю? Чи можна говорити про те, що голос жінки звучить по-іншому? Не завжди. Якщо у суддів-жінок виникає відмінна від суддів-чоловіків думка, то це не завжди через те, що вони жінки. Суддям апіорі характерне різноманіття думок із приводу правозастосування.

Аналіз наукової літератури свідчить про те, що відданість чоловіків роботі підвищує їх інтерес до сім'ї, тоді як для жінок час, витрачений на родину, зменшує кількість часу, витраченого на роботу. Чоловіки частіше використовують стратегію сегментації та чіткого розділення, а жінки – стратегію інтеграції роботи й сім'ї. Для останніх вік дітей не має значення у взаємодії «робота – життя», оскільки жінки з дітьми дошкільного віку, як і з дітьми підліткового віку, однаково можуть відчувати рольовий стрес, перенавантаження, конфлікт «робота – сім'я».

Що ж стосується інших проблемних питань, то відсутність сталої судової практики є великою проблемою не тільки суддів, але й всіх українських правників. Ми впевнені, що з нами погодяться всі без винятку українські юристи, що за наявності сталих правових позицій у правозастосуванні буде простіше розуміти перспективу вирішення спорів, їх прогнозованість, а за таких умов передбачити, чи варто витрачати час і нести судові витрати на такий судовий процес. Звісно, сталість та єдність судової практики зменшать надходження справ до суду, а отже – допоможе вирішити питання надмірного судового навантаження.

Не можна не зазначити і про проблемний для суддів-жінок феномен «скляної стелі», який не дає їм просуватися кар'єрними щаблями та обійняти посаду управлінського рівня в суді. А й справді, як свідчить статистика, жінки рідше отримують призначення, що сприяють швидкому просуванню службовими сходами, ніж чоловіки⁵. Відомості вітчизняних досліджень свідчать⁶ про те, що чим вищим є посадовий щабель, тим нижча частка жінок у загальному числі зайнятих на ньому. На думку Ш.М. Берн, головним чинником формування феномена «скляної стелі» виступають гендерні стереотипи, які стверджують, що жінки – погані лідери⁷ та те, що жінки багато часу приділяють дітям, і на їх повну самовіддачу роботі не можна розраховувати або ж у жінок внаслідок їх фемінних рис відсутній будь-який організаційний досвід для керівництва судом тощо. Але найважливішим чинником, який посилює феномен «скляної стелі», є неявні зусилля чоловіків, спрямовані на збереження суто чо-

⁴ Постанова Пленуму Вищого Спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 17 жовтня 2014 року № 11 «Про деякі питання дотримання розумних строків розгляду судами цивільних, кримінальних справ і справ про адміністративні правопорушення». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0011740-14> (дата звернення: 05.05.2019).

⁵ Оксамитна С.М. Гендерні ролі та стереотипи : навч. посібник. Київ, 2004. С.156–180.

⁶ Карамушка Л.М., Ткалич М.Г. Самоактуалізація менеджерів у професійно-управлінській діяльності (на матеріалі діяльності комерційних організацій) : монографія. Запоріжжя, 2009. 262 с.

⁷ Берн Ш.М. Гендерная психология. Санкт-Петербург, 2001. 320 с.

Таблиця 1

Кількість разів, коли вносилися зміни до кодексів України

Рік	Зміни до КПК України	Зміни до КК України	Зміни до ЦПК України	Зміни до ЦК України	Зміни до ГПК України	Зміни до ГК України	Зміни до КАС України
2012	1	10	11	11	8	17	16
2013	3	6	2	4	3	5	4
2014	16	25	8	8	5	11	15
2015	19	17	9	10	8	7	5
2016	10	9	3	6	1	4	7
2017	8	13	9	8	7	5	4
2018	10	10	3	7	1	6	3
Разом	67	90	45	54	33	55	54

Джерело: підраховано автором за даними <https://zakon.rada.gov.ua>

ловічої атмосфери організаційної ієрархії⁸. Усе це, на нашу думку, є наслідком того, що гендерна структура суду щодо суддівського корпусу вважається асексуальною, нейтральною, в якій ігнорується статевая належність.

Наступним, на що звертаємо увагу, це питання нестабільності законодавства та його недосконалість (особливо процесуальних норм), що є основною причиною проблем у правозастосуванні суддів, скасування судових рішень, суддівських помилок, дисциплінарних проваджень щодо суддів. Указана проблема полягає не лише в кількості внесення змін, але й в частоті їх внесення та періоді їх імплементації. Л. Фуллер у своїй праці «Мораль права» виділяє вісім типів порушень, поява будь-якого з них має наслідком не просто погану правову систему, а щось таке, що взагалі не можна назвати правовою системою. Одним із цих порушень є внесення таких частих змін до правил, що особа не може орієнтуватися на них у своїй поведінці. На думку дослідника, не може бути раціональної підстави у твердженні, що людина має моральний обов'язок підкорятися правовій нормі, яка є незрозумілою, або суперечить іншій нормі тієї самої системи, або щохвилини змінюється⁹.

Зрозуміло, що на зорі власної державності в Україні вказана проблема мала місце внаслідок установлення правової системи. На жаль, тенденція нестабільності законодавства характерна для права й нині, вона зумовлена існуванням одночасно декількох законів, а ще великої кількості нормативно-правових актів, які регулювали ту чи іншу сферу; не обходиться без колізій у законодавстві, що створює додаткову потребу внесення змін і зумовлює його нестабільність. Такі висновки підтверджуються даними таблиці 1, де відображена загальна кількість змін, які вносилися до матеріальних і процесуальних кодексів України за період з 2012 по 2018 роки. Дані засвідчують, що за проаналізовані 7 років до відповідного законодавства зміни вносилися 398 разів.

На жаль, проблема нестабільності вітчизняного

правового середовища, яка бере свій початок ще з набуття Українською державою незалежності, залишається актуальною й сьогодні як для чоловіків-суддів, так і для їх колег жінок практично однаковою мірою, однак зауважимо, що для останніх усе ж є гострішою. Ми пов'язуємо це з фемінною рисою стабільності, яка більше притаманна представницям прекрасної статі, та тим, що чоловіки легше сприймають новачки, а жінки схильні до традицій; чоловіки швидше вирішують проблему загалом, жінки уважніші до деталей.

На важливості питання належної професійної підготовки та достатніх фахових знань для суддів навряд чи потрібно додаткового наголошувати; воно турбує практично всіх суддів, урахувавши той факт, що охоплює не лише базові знання та навички, але й розуміння соціального контексту здійснення правосуддя. Статистика свідчить, що нині більше половини новопризначених суддів не має жодного досвіду роботи в судді, розпочинає професійну діяльність із розгляду всіх категорій справ, зокрема складних, і питання професійної кваліфікації постає перед ними надзвичайно гостро.

Як впливає з Висновку № 4 (2003) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету міністрів Ради Європи про належну початкову підготовку та підвищення кваліфікації суддів на національному та європейському рівнях незалежність судової влади наділяє суддів усіх рівнів та юрисдикцій правами, але також покладає етичні обов'язки. Останні включають обов'язок виконувати суддівську роботу професійно та старанно, що передбачає, що судді повинні мати високу професійну кваліфікацію, котра здобувається, підтримується та покращується за допомогою навчання, щодо проходження якого вони мають обов'язок, а також право. Довіра, яку громадяни мають до системи правосуддя, буде посилюватися, якщо судді матимуть глибокі та розгалужені знання, які виходять за межі технічних знань права та поширюються на сфери важливого соціального значення, а персональні й суддівські навички та розуміння допомагатимуть їм управляти справами та працювати з усіма особами-учасниками належно та поважно.

⁸ Ткалич М.Г. Психологія гендерної взаємодії персоналу організацій : дис. ... докт. психол. наук. Київ, 2016. 440 с. (С. 123).

⁹ Фуллер Л.Л. Мораль права / пер. с англ. Лон Л. Фуллер. Київ, 1999. 232 с. (С. 43).

Указаний нормативно-правовий акт наголошує, що окремо від базових знань, які необхідні їм до того, як вони обіймуть свої посади, судді «приречені на постійне навчання та підготовку». Важливо організувати підвищення кваліфікації, оскільки суспільство має право на переваги, які дає йому висококваліфікований суддя, також необхідно поширювати в суддівському корпусі культуру постійного навчання. Пропонована підготовка повинна бути досить привабливою, щоб у судді виникло бажання брати в ній участь, оскільки добровільна участь є найкращою гарантією ефективності. Цьому також має сприяти забезпечення того, щоб кожен суддя усвідомлював, що його етичним обов'язком є підтримання та оновлення своїх знань. В усіх випадках, коли це доцільно, на одній навчальній сесії повинні бути представлені судді всіх рівнів, що дає можливість обміну ідеями та думками між ними. Це допомагає зламати ієрархічні тенденції, підтримує поінформованість усіх рівнів судової системи про проблеми одне одного та сприяє більшому гуртуванню суддів і послідовному підходу в межах усієї судової системи¹⁰.

Звісно, стратегія професійної самореалізації, зокрема, шляхом підвищення кваліфікації у суддів залежить від формування індивідуального стилю діяльності та особистісно-професійного потенціалу. Саме суддям-жінкам притаманні наполегливість, терпіння, здатність вчитися, розвиватися, бути більш гнучкими до реалій життя, оскільки вони більш стресостійкі та менше стурбовані самоствердженням, ніж їх колеги-чоловіки, але при цьому сильніше налаштовані на досягнення самовдосконалення. Вони вміють швидко збиратися з думками і приймати правильні рішення. Чоловіки, як правило, сильніше переживають невдачі, які здатні за хвилину вивести їх з колії.

Ще однією гендерно забарвленою професійно-правовою проблемою суддів є обрання і діяльність слідчих суддів. З приводу правового врегулювання звернемося до приписів п. 18 перехідних положень КПК України, де визначено, що не пізніше трьох місяців з дня опублікування цього Кодексу у місцевих загальних судах проводяться збори суддів із метою обрання слідчих суддів у порядку, встановленому Законом України «Про судоустрій і статус суддів», а у разі якщо у зазначений строк слідчого суддю не було обрано, його повноваження, передбачено виконує найстарший за віком суддя цього суду до дня обрання слідчого судді¹¹. Утім, через пряму

дію норми ст. 22 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» статус слідчого судді набувається шляхом його обрання з-поміж суддів певного суду іншими суддями цього ж суду¹². З огляду на викладене у випадку, якщо колектив проголосує за певного суддю, не враховуючи його бажання бути слідчим суддею, останній стає заручником ситуації й буде змушений виконувати обов'язки слідчого судді «примусово», адже відмова від виконання таких функцій розцінюватиметься як ухилення від здійснення правосуддя, що може мати наслідком притягнення судді до дисциплінарної відповідальності.

Загальновідомим є той факт, що у зв'язку з необхідністю прийому та розгляду клопотань органів досудового розслідування та інших учасників кримінального провадження у практичній діяльності місцевих загальних судів виникають питання щодо організації роботи слідчих суддів і працівників апарату суду в неробочий (вихідні та святкові дні) та надурочний час, адже такий судовий розгляд може бути продовжено після завершення робочого часу з метою дотримання принципів безперервності та розумних строків судового розгляду.

За наведених обставин, вважаємо, обрання на посаду слідчого судді-жінки повинно відбуватися тільки за її згодою, адже допущення такої ситуації, коли зборами суддів відбудеться таке призначення поза її волю, на наше переконання, порушуватиме гендерний баланс, мова про який велася нами вище, не відповідатиме принципу гендерної рівності та спричинятиме дисфункцію у категорії балансу «робота – життя».

Висновки

Зрештою, множинність професійно-правових проблем у судовій системі загалом та у щоденній діяльності суддів зокрема є свідченням того, що виклики сучасного українського суспільства не знаходять своєчасної реалізації у правовому полі через ті чи інші об'єктивно-суб'єктивні обставини. Звісно, у сприйнятті та пошуку шляхів їх вирішення суддями прослідковується гендерний аспект, що підтверджує наш меседж про те, що вкрай важливо враховувати належність судді до статі у його суддівській діяльності. При цьому саме поєднання чоловічого та жіночого досвіду суддів, сприйняття та розуміння проблемних питань і ситуацій принесуть немало користі для їх збалансованого вирішення.

¹⁰ Висновок № 4 (2003) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету міністрів Ради Європи про належну початкову підготовку та підвищення кваліфікації суддів на національному та європейському рівнях. URL: [http://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014/58f4a4dd76aacfd0c2257d87004971a6/\\$FILE/%D0%92%D0%B8%D1%81%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D0%BA_04.pdf](http://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014/58f4a4dd76aacfd0c2257d87004971a6/$FILE/%D0%92%D0%B8%D1%81%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D0%BA_04.pdf) (дата звернення: 05.05.2019).

¹¹ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/print> (дата звернення: 05.05.2019).

¹² Закон України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 року № 1402-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19> (дата звернення: 05.05.2019).

Case law of international justice institutions

Boyko Inna

*Candidate of Political Sciences, Associate Professor,
Associate Professor of the Department of Maritime Law
of the National University "Odessa Maritime Academy", Ukraine*

The author believes that the modern theory and practice of international law requires qualitatively new approaches to the basic concepts, categories and processes, one of which is the judicial law-making activity of the bodies of international justice.

Based on the methodology of non-classical gnoseology, the author tries to solve the problem of determining the legal force of decisions of international judicial bodies. The purpose of the article is to systematize the varieties of social relations in respect of which the bodies of international justice (the International Court of Justice, the European Court of Human Rights, the European Court of Justice, international criminal tribunals) have established case law.

The bodies of international justice, performing the law-applying function, are faced with situations that are the consequence both of a rule, or the norm is not clearly defined and requires normative interpretation. These factors determine the necessity of judicial law-making. International justice institutions take decisions of a precedent nature, which supplement the mandatory provisions of international content of humanitarian law, human rights law, environmental law, criminal law, the principle of estoppel, the notion of jurisdiction in international law.

The author calls the judicial precedent such a decision of international courts, which contains a legal position (positions), clarifying the content of the current norm, or formulating a new norm. Such decisions are taken into account by the courts, taken by them, or other judicial bodies when considering a similar case; they are binding on the parties to the disputes, as well as politically binding on third countries.

A legal position may exist as a formula that initially is a binding requirement of the reasoning part of the judgment, but if such a legal position is repeated in the course of making subsequent decisions, then it becomes an international custom and it becomes legally binding for an indefinite number of individuals for the future, or such a legal position is included in the text of the international treaty, giving it the form of the standard of international treaty law.

Прецедентна практика органів міжнародного правосуддя

Бойко Інна Семенівна

*кандидат політичних наук, доцент,
доцент кафедри морського права
Національного університету «Одеська морська академія», Україна*

Вступ

Сучасна теорія та практика міжнародного права потребує якісно нових підходів щодо базисних понять, категорій та процесів, одним з яких є правотворчий процес і, зокрема, судова правотворча діяльність органів міжнародного правосуддя.

Визначальними характеристиками неklasичної гносеології вважаються релятивізм, множинність, альтернативність, що дають змогу аналізувати складні діалектичні взаємозв'язки між необхідними, жорстко детермінованими правовими подіями і процесами, з одного боку, і нетиповими, нелінійними – з іншого. Такий підхід активізує проведення юридичних досліджень, зокрема, щодо розв'язання проблеми визначення юридичної сили рішень міжнародних судових органів.

Мета статті – систематизація родів (видів) суспільних відносин, щодо яких органи міжнародного правосуддя (Міжнародний суд ООН, Європейський суд з прав людини, Суд Європейського Со-

юзу, міжнародні кримінальні трибунали) створили прецедентне право.¹

Виклад основного матеріалу

Міжнародний суд ООН поступово вибудував прецедентну практику. У багатьох своїх рішеннях Суд відкрито заявляв, що він не може підмінити собою

¹ Серед наукових завдань відсутнє завдання «проаналізувати справи щодо делімітації морських просторів», оскільки воно автором статті вже розв'язане (див.: Inna Boyko. Case Law of the International Tribunal For the Law of the Sea. Lex Portus. No. 2. P. 27–40. URL: <https://doi.org/10.26886/2524-101X.2.2>; Бойко І.С. Прецедентна практика щодо морських територіальних спорів у рішеннях Міжнародного суду ООН. Вісник Національної академії правових наук України. 2016. № 2. С. 72–81; Бойко І.С. Арбітражна практика Постійної палати третейського суду щодо міждержавних морських спорів. Альманах міжнародного права. Вип. 17. С. 98–109; Бойко І.С. Правотворча функція органів міжнародного правосуддя (на прикладі прецедентної практики Міжнародного трибуналу з морського права). Публічне право України: пошук оптимальних моделей правового регулювання : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 9–10 листопада 2018 р. /ред. кол. Грищенко І.С., Мельник Р.С., ін. Київ : Видав. дім «Гельветика», 2018. С. 16–19).

законодавця і у нього немає зобов'язань слідувати раніше прийнятим рішенням. При цьому Суд завжди спирається на свій обов'язок стежити за єдністю судової практики, використовуючи для цього посилання на власні попередні рішення як на усталену практику (*established case law, jurisprudence constante*), одночасно підкреслюючи свою готовність переглянути практику.

Будучи основним судовим органом міжнародного публічного права, Суд робить свій внесок у розуміння основоположних цінностей міжнародного співтовариства, які отримали вираження в міжнародному гуманітарному праві. Прецедентна практика Суду пов'язує гуманітарне право з поняттям норм *jus cogens*. Наприклад, Суд, враховуючи правову позицію, сформульовану в рішенні по справі Нікарагуа проти США від 27 червня 1986 року доповнює зміст права на самозахист.² Оскільки стаття 53 Віденської конвенції містить певне обмеження змісту норм *jus cogens*, не закріплюючи зміст процесу, який дає змогу нормі загального міжнародного права стати нормою імперативною, МС ООН розвиває розуміння такого процесу, зокрема, розглядаючи справи, пов'язані з реалізацією положень гуманітарного права щодо застережень до Конвенції про запобігання злочину геноциду та покарання за нього (консультативний висновок від 12 травня 1951 року, рішення зі справи «Боснія і Герцеговина проти Югославії» від 11 липня 1997 року), та інші справи, в яких Суд розглядав питання про *jus cogens* та зобов'язання *erga omnes*, наприклад, у зв'язку з правами людини (рішення зі справи щодо компанії «Барселона Трекшн» від 5 лютого 1970 року), заборонаю погрози силою або її застосуванням (у рішенні зі справи «Нікарагуа проти США» від 27 червня 1986 року), правом народів на самовизначення (рішення у справі щодо Східного Тімору від 30 травня 1995 року). Оскільки Конвенція про запобігання злочинів геноциду та покарання за нього не містить спеціальних положень щодо зобов'язань *erga omnes*, МС ООН деталізує зміст поняття норми *jus cogens*, наприклад, під час розгляду питань, що стосуються зобов'язання видачі злочинців або здійснення судового переслідування, було вказано, що «заборона катувань становить частину звичасвого міжнародного права та стала імперативною нормою (*jus cogens*)».³

У справі щодо юрисдикційних імунітетів держав (спір між Німеччиною та Італією зі вступом до справи Греції) МС ООН розглядав різні аспекти норми *jus cogens*, зокрема її зв'язок із суверенним імунітетом. Висновок Суду містить важливі нормативні доповнення до змісту поняття «імунітет» та *jus cogens*

² Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Judgment of 27 June 1986, para. 176. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>.

³ Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment of 20 July 2012, para 99. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/144/144-20120720-JUD-01-00-EN.pdf>.

в праві збройних конфліктів, оскільки Суд наполягає на загальному розумінні того, що норми про імунітет та норми *jus cogens* в праві збройних конфліктів «мають різні завдання», але між ними немає протиріч; розмежовує так звану субстантивну заборону дій держав, що становлять *jus cogens*, та процедурний імунітет держави від національної юрисдикції (рішення від 3 лютого 2012 року).⁴

Вклад МС ООН у розвиток гуманітарного права доповнюється нормативним тлумаченням ст. 51 Статуту ООН про право на самооборону, яке Суд оприлюднив у рішенні від 19 грудня 2005 року щодо спору між Конго та Угандою, зокрема, Суд звернув увагу на необхідність розрізняти випадки збройного нападу, про які йдеться в ст. 51, та інші менш тяжкі форми застосування сили. Критерії необхідності та пропорційності відповідних дій пояснюються Судом.⁵

Завдяки прецедентній практиці МС ООН міжнародне співтовариство вважає співвідношення міжнародного гуманітарного права та права людини через взаємодію в умовах трьох можливих ситуацій: деякі права можуть бути виключно питаннями міжнародного гуманітарного права; інші можуть бути виключно питаннями прав людини; решта прав можуть бути питаннями обох цих галузей міжнародного права. Тому до уваги повинні братися обидві галузі міжнародного права, а саме – міжнародне право прав людини та міжнародне гуманітарне право. Право прав людини продовжує застосовуватися під час збройного конфлікту. Гуманітарне право як спеціальне право не передбачає, що права людини скасовуються під час війни.

Прецедентна практика Міжнародного суду ООН щодо територіальних спорів, вважаємо, надає докази створення міжнародними судовими установами міжнародних зобов'язань, які безпосередньо не випливають із норм міжнародного права. Прецедентні рішення МС ООН містять обґрунтування ситуації естопеля та необхідність застосування його в процесі розгляду справ.⁶ Суд наполягає на тому, що порушення принципу сумлінності в поведінці одного суб'єкта міжнародного права, що мало наслідком

⁴ Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening). Judgment of 3 February 2012, para.95. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf>.

⁵ Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda). Judgment of 19 December 2005, paras. 106-147. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-EN.pdf>.

⁶ Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, LTD. 20 June 1960. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/41/041-19600620-ORD-01-00-EN.pdf>.

Case concerning the temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand). Preliminary objections. Judgment of 26 May 1961. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/45/045-19610526-JUD-01-00-EN.pdf>.

Nuclear tests case (Australia v. France). Judgment of 20 December 1974. para. 45. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/58/058-19741220-JUD-01-00-EN.pdf>.

Nuclear tests case (New Zealand v. France). Judgment of 20 December 1974. para. 46. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/59/059-19741220-JUD-01-00-EN.pdf>.

завдання шкоди законним правам іншого суб'єкта, який сумлінно довірився поведінці першого, викликає ситуацію естопеля. Держава не має права заперечувати факт визнання з її сторони змін у міжнародно-правовій ситуації, що трапились унаслідок її поведінки. Принцип послідовності у формі *allegans contraria non audiendus est* зобов'язує таку лінію поведінки держав, що обумовлена їх тісною взаємозалежністю, тому держави повинні дотримуватись певного ступеня визначеності в манері своєї поведінки. Держави не мають права отримувати переваги з власної протиправної поведінки, яка призвела до шкоди іншій державі: *nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam*. При цьому принцип добросовісності передбачає необхідність дотримання певного рівня послідовності в поведінці держав, принцип естопеля передбачає санкцію за порушення. Якщо держава не дотримувалась таких принципів, вона не може через суд забезпечити захист своїх суб'єктивних прав. У такій ситуації суд визнає як неприпустимі будь-які позови щодо забезпечення юридичного права, які виникли з поведінки, що відрізнялася від попередньої активної (або пасивної) поведінки держави. В останні з актом визнання (через юридичний документ або через поведінку) принцип естопеля може бути застосований у всіх галузях міжнародного права, тобто із загального принципу права, яким він вважався багатьма юристами-міжнародниками, естопель у процесі судово-арбітражної практики сформувався в принцип прецедентного права, що дає змогу кваліфікувати цей принцип як універсальний звичай.

Розв'язання Міжнародним судом ООН спорів щодо регулювання постколоніальних міжнародних відносин значно доповнило міжнародне право. Наприклад, у рішенні у справі щодо територіального спору між Буркіна-Фасо та Республікою Малі від 22 грудня 1986 року Суд встановив, що принцип *uti possidetis* застосовується до новоутвореної держави з моменту отримання нею незалежності, але зворотної сили цей принцип не має: він заморожує право власності на територію. Посилання на ефективну окупацію («колоніальні *effectivites*») має місце під час заяви про наявність суверенітету на основі тривалості володіння, отже, якщо учасник спору заявляє про *effectivites*, він вказує на давність ефективного володіння. Такий висновок Суд поширив на всі справи щодо територіальних питань постколоніальних держав (рішення у справі щодо делімітації морських кордонів і територіальних питань («Катар проти Бахрейну») від 16 березня 2001 року; рішення у справі щодо сухопутного та морського кордону між Камеруном та Нігерією від 10 жовтня 2002 року; рішення у справі щодо суверенітету над островами Пулау-Лігітан, Пулау-Сіпадан («Індонезія проти Малайзії») від 17 грудня 2002 року; рішення у справі щодо територіального

та морського спору («Нікарагуа проти Колумбії») від 19 листопада 2012р.).

Практика розв'язання спорів Міжнародного суду ООН фактично продовжує практику Постійної палати міжнародного правосуддя, посилаючись на її рішення та запозичуючи правові позиції Палати, зокрема, в справах про Південно-Західну Африку (від 21 грудня 1962 року), значення яких в нормативному тлумаченні поняття «правовий спір». Нормативна цінність рішень початку 60-х років ХХ ст. перевірена часом і стала нормативним підґрунтям у рішеннях, що були винесені Судом 5 жовтня 2016 року щодо справ за зобов'язаннями, які стосуються переговорів про припинення гонки ядерних озброєнь і ядерне роззброєння (Маршаллові Острови проти Індії; Маршаллові Острови проти Пакистану; Маршаллові Острови проти Сполученого Королівства), в яких відповідачі висунули попередні заперечення щодо юрисдикції Суду через відсутність спору між сторонами на момент подачі клопотання. Суд, посилаючись на усталену прецедентну практику, зазначив: «... для визнання наявності спору повинні бути представлені докази того, що одна зі сторін недвозначно виступає проти претензії іншої сторони і що дві сторони мають протилежні думки з питання про виконання або відмову від виконання певних міжнародних зобов'язань»⁷.

Окрім своїх попередніх рішень, Міжнародний суд ООН посилається на рішення або консультативні висновки інших судово-арбітражних інституцій, наприклад, в екологічних справах. Зокрема, Суд встановив, що у зв'язку з діяльністю, котра може спричинити транскордонну шкоду, держави повинні проводити оцінку впливу на навколишнє середовище, а також визнав, що такий обов'язок може розглядатись як вимога звичаєвого міжнародного права, у разі, якщо існує небезпека того, що запланована діяльність у тій чи іншій місцевості буде мати значні негативні транскордонні наслідки⁸.

Рішення МС ООН щодо справи «Нікарагуа проти США» наділило поняття юрисдикції в міжнародному праві екстериторіальним характером, встановив, що присутність «ефективного контролю» може бути визнана або за наявності прямого наказу на вчинення протиправних дій, або за наявності примусу їх робити. Тобто суд пов'язав поняття юрисдикції не тільки з поняттям території, як це було прийнято раніше, але й з поняттям ефективного контролю. Отже, доктрина ефективного контролю (*the effective control doctrine*), яка складалася завдяки рішенням Міжнародного суду ООН

⁷ South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa) Preliminary objections. Judgment of 21 December 1962. 327 p. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/47/047-19621221-JUD-01-00-EN.pdf>.

⁸ Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment of 20 April 2010, paras.203-209. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-00-EN.pdf>.

у справах «Нікарагуа проти США» 1986 року⁹ та «Боснія і Герцеговина проти Сербії» 2007 року¹⁰, та доктрина загального контролю (the doctrine of common purpose, the common design doctrine), що вперше застосована Міжнародним кримінальним трибуналом щодо колишньої Югославії у справі Душко Тадича 1999 року¹¹ та передбачає певну роль іноземної держави в організації, озброєнні, фінансуванні військових угруповань, координації або плануванні їхніх дій, тому держава несе відповідальність за дії організованої групи, якщо вона здійснювала загальний контроль над нею, становлять прецеденту практику, яка може бути застосована під час вирішення спорів між Україною та Російською Федерацією.

Останні рішення Європейського суду з прав людини (як щодо міждержавних, так й індивідуальних спорів) нормативно доповнили зміст категорії «юрисдикція». Концепція ефективного контролю, початок формування якої заклав Міжнародний суд ООН, також прецедентно розвивається ЄСПЛ. Європейський суд з прав людини, посиляючись на рішення МС ООН, розширив зміст поняття «юрисдикція» в постанові від 23 березня 1995 року щодо справи «Лоїзиду проти Туреччини». Суд указав, що відповідальність Сторони може настати, якщо внаслідок військової операції – законної або незаконної – вона здійснює ефективний контроль за межами своєї національної території. Обов'язок забезпечити дотримання прав і свобод на цій території впливає з факту такого контролю, незалежно від того, чи здійснюється він безпосередньо, за допомогою збройних сил або через підпорядковану місцеву адміністрацію. Під час розгляду справи Банковіча, Велика Палата, провівши аналіз практики Суду, зокрема рішення у справах «Лоїзиду проти Туреччини», «Кіпр проти Туреччини», «Ілашку та інші проти Молдови та Росії», визначила обмежену низку винятків із територіального принципу. Основний виняток впливає з практики щодо Північного Кіпру і поширюється на ситуації, коли держава внаслідок військових дій здійснює ефективний контроль над певною територією поза межами своєї території. Якщо у справі Суд визнавав застосовність виняткового підходу до визначення юрисдикції, він наголошував, що з огляду на здійснення такого ефективного контролю ця держава несе відповідальність за забезпечення на території, про яку йдеться, всієї низки матеріальних прав за

⁹ Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Judgment of 27 June 1986, para.399. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>.

¹⁰ Case concerning application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) Judgment of 26 February 2007, para.400. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>.

¹¹ ICTY. Prosecutor v. Duško Tadić. Appeals Chamber. Judgement of 15 July 1999, paras. 212, 213, 220, 227. URL: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>.

Європейською конвенцією з прав та основоположних свобод людини¹².

У прецедентній практиці ЄСПЛ можливо виділити ряд інших категорій виняткових випадків, коли юрисдикція може здійснюватися державою поза межами її території і поза межами конвенційного простору. Наприклад, у справі Банковіча Велика палата послалася на інші справи, в яких йшлося про діяльність дипломатичних або консульських представників за кордоном і на борту суден, зареєстрованих у відповідній державі або здійснюючих рейси під її прапором. У справі «Хассан проти Сполученого Королівства» офіційне роз'яснення щодо концепції ефективного контролю доповнюється. Суд, зокрема, вказує, що вирішальним у таких ситуаціях є факт здійснення фізичної влади і контролю над відповідною особою¹³. У справі «Медведев та інші проти Франції» Суд встановив, що заявники перебували під юрисдикцією Франції з огляду на здійснення французькими представниками повного і виключного контролю над судном та його екіпажем з моменту його затримання в міжнародних водах¹⁴.

ЄСПЛ стверджує: питання того, чи здійснює договірна держава ефективний контроль над територією поза межами власної території, є питанням факту. Під час визначення того, чи існує ефективний контроль, Суд, насамперед, розглядає ступінь військової присутності держави на цій території. Інші індикатори також можуть бути важливими, наприклад те, якою мірою її військова, економічна та політична підтримка місцевій підпорядкованій адміністрації надає їй вплив і контроль над регіоном.

Особливість судових прецедентів, які створює Суд Європейського Союзу полягає в їх юридичній силі: рішення, що виносяться Судом ЄС, розглядаються як прецеденти і є обов'язковими для всіх держав-членів, особливо у тому разі, коли мова йде про тлумачення установчих актів та у разі прийнят-

¹² Case of Loizidou v. Turkey. Judgment (Preliminary Objection) | Court (Grand Chamber) | 23 of March 1995, para.62. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-57920%22%7D>.

Case of Cyprus v. Turkey | Judgment (Merits) | Court (Grand Chamber) | 10 of May 2001, paras.75-80. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-594%22%7D>.

Banković and Others v. Belgium and Others. Decision | Court (Grand Chamber) | 12 of December 2001, paras. 70–71. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%22Bankovi%C4%87%20and%20Others%20v.%20Belgium%20and%20Others%22%22sort%22%3A%22documentcollectionid%22%3A%22001-22099%22%7D>.

Case of Ilascu and Others v. Moldova and Russia. Judgment (Merits and Just Satisfaction) | Court (Grand Chamber) | 08 of July 2004, paras. 311–319; 314–316. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%22Ilascu%20and%20Others%22%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%22itemid%22%3A%22001-109229%22%7D>.

¹³ Case of Öcalan v. Turkey | Judgment (Merits and Just Satisfaction) | Court (Grand Chamber) | 12 of May 2005, paras. 91, 133. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%22%22Öcalan%20v.%20Turkey%22%22sort%3A%22EMPTY%22%22itemid%3A%22001-69022%22%7D>.

¹⁴ Case of Medvedev and others v. France. Judgment (Merits and Just Satisfaction) | Court (Grand Chamber) 29/03/2010, para. 67. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22>

тя рішень щодо запитів національних судових установ, які розглядаються на основі преюдиційної процедури. Невиконання рішень Суду тягне за собою застосування санкцій, передбачених установчими договорами. Ефективна діяльність Європейського Союзу у сфері запобігання забрудненню морського середовища можлива завдяки практиці Суду ЄС, рішення якого мають прецедентний характер¹⁵.

Прецедентна практика Суду ЄС склалася щодо регулювання сфери морського рибальства, зокрема, відповідно до прецедентних рішень Суду виключна компетенція Європейського Союзу щодо питань рибальства пов'язана з охороною природних ресурсів, яка зумовлює встановлення системи квот. Суд зазначив, що принцип відносної стабільності певною мірою являє собою відступ від загального правила рівних умов доступу до рибних ресурсів, але необхідність забезпечення відносної стабільності в умовах економічного стану рибної промисловості та залежності деяких прибережних громад від риболовлі є доцільним.¹⁶

Питання спільної зовнішньої політики, національної безпеки також розглядаються та вирішуються Судом ЄС, що утворюють певну частину прецедентного права Європейського Союзу.

З 1996 по 1999 рік були винесені рішення Міжнародним кримінальним трибуналом щодо колишньої Югославії з приводу елементів злочину проти людяності, які потім незмінно використовувалися як судові прецеденти. У 2001–2003 роках Міжнародний кримінальний трибунал щодо Руанди (в межах своєї предметної юрисдикції), прямо посилаючись на рішення Апеляційної камери МКТЮ, погодився застосовувати дефініцію злочину проти людяності відповідно до рішень МКТЮ.

Згідно з прецедентним правом, створеним органами міжнародного кримінального судочинства, злочин, скоєний проти однієї жертви або проти обмеженого числа жертв, можна кваліфікувати як злочин проти людяності, якщо дії злочинця були частиною широко-масштабних або / і систематичних нападів на цивільне населення. «Широкомасштабне» означає «масову, кількаразову дію великого масштабу і спрямована проти безлічі жертв». Такі дії мають бути частиною

державної політики. «Систематичний» характеризує організовану природу насильницьких дій, повторення яких має регулярний, а не випадковий характер. Індивід, що чинить злочин проти одиної жертви чи обмеженого числа жертв, може бути визнаний винним у злочині проти людяності, якщо його дії були частиною певного контексту та буде доведено, що акт стався в контексті акумуляції актів насильства, які можуть бути дуже різними за характером і ступенем тягаря. Суттєвий елемент матеріального права злочинів проти людяності полягає в тому, що вони мають бути вчинені з дискримінаційним наміром на національних, політичних, етнічних, расових чи релігійних підставах¹⁷.

Висновки

Органи міжнародного правосуддя, виконуючи правозастосовну функцію, стикаються з ситуаціями, які є наслідком або відсутності норми права, або норма не досить чітко сформульована та потребує нормативного тлумачення. Ці фактори зумовлюють необхідність судової правотворчості. Міжнародні судові інституції приймають рішення прецедентного характеру, які доповнюють загальнообов'язковими положеннями міжнародного змісту гуманітарне право, право прав людини, екологічне право, кримінальне право принцип естопеля, поняття юрисдикції в міжнародному праві.

Судовим прецедентом міжнародних судово-арбітражних інституцій називаємо таке рішення, яке містить правову (-і) позицію (-і), що або роз'яснюють зміст чинної норми, або формулюють нову норму. Такі рішення враховуються судом, який їх прийняв, або іншими судово-арбітражними органами під час розгляду подібної справи; вони є імперативно обов'язковими для сторін спору, а також політично обов'язкові для третіх держав. Правова позиція може існувати як формула, яка спочатку є обов'язковою вимогою мотивувальної частини судового рішення, але якщо така правова позиція повторюється під час прийняття наступних рішень, то вона стає міжнародним звичаєм, при цьому отримує юридичну обов'язковість для невизначеного кола осіб на майбутнє або таку правову позицію включають у текст міжнародного договору, надаючи їй форму норми міжнародного договірної права.

¹⁵ Case C-213/03, L'Etang de Berre. Judgment of 15.07.2004 // InfoCuria - Case-law of the Court of Justice. URL: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-213/03>; Commission v. Ireland. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 30 May 2006 in Case C-459/03. URL: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130de134925dbe8c042c3b72a9918695ea10f.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pb38Pe0?text=&docid=57551&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=423728>.

¹⁶ Справа C-216/87 Queen v Міністерство сільського господарства, рибного господарства та продовольства, ex parte Jaderow Ltd, Judgment of the Court of 14 December 1989. The Queen v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Jaderow Ltd. Case C-216/87. параграф 24. URL: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=95585&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9173002>.

Справа C-120/99 Італійська Республіка / Рада Європейського Союзу, пункт 63 Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 25 October 2001. Italian Republic v Council of the European Union. Case C-120/99. URL: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=46784&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9173002>.

¹⁷ ICTY Du[Ko Tadi]. Appeals Chamber Judgement of 15 July 1999, para. 248. URL: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>.

ICTY. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic. Trial Judgement of 22 February 2001, para. 434. URL: <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>.

ICTY. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic . Appeals Chamber. Judgement of 12 June 2002, para. 102 . URL: <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>.

ICTY. Stanislav Galij. Trial Judgement of 5 December 2003, para. 741. URL: <http://www.icty.org/x/cases/galic/tjug/en/gal-tj031205e.pdf>.

ICTY. Timomir Blaskic. Appeals Chamber Judgement of 29 July 2004, para.120. URL: <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/en/bla-aj040729e.pdf>.

Modern problems of statistical analysis of juvenile offences**Veselov Mykola**

*Candidate of Legal Sciences, Docent,
Associate Professor of the Department of Criminal Justice
Kryvyi Rih Faculty
of National University "Odessa Law Academy", Ukraine*

Murakhovska Hanna

*Master of Law
Kryvyi Rih Faculty
of National University "Odessa Law Academy", Ukraine*

Measures of opposition to juvenile offenses should be planned and conducted on the basis of a thorough analysis of the state and dynamics of juvenile tortness. World practice has some models for assessing the state of juvenile tortness. These data are a tool for studying the potential of the effectiveness of the functioning of various elements of juvenile justice, juvenile prevention. Today the statistical activity in the law-enforcement sphere of Ukraine goes to a new organizational and legal level.

At the same time, nowadays the statistical analysis of juvenile tortness in Ukraine is not deprived of a number of organizational and legal issues that hinder a thorough study of this negative phenomenon and the development of effective social, legal, economic and organizational measures to overcome it.

This article discusses the main gaps in the organization, methodology and legal regulation of the statistical analysis of juvenile tortness in Ukraine. During the researching of this topic, the main problems of organization of this activity in Ukraine were identified. A complex of general scientific and special methods of cognition was used. As the result of the researching of this topic, five main problems were identified: the lack of united automated information platform (system) of collection, storage, generalization and analytical processing of statistical information in the sphere of juvenile justice; the lack of consistent methods of mutual statistical analysis of juvenile criminal offenses and administrative misconduct; low relevancy of official statistical information on juvenile administrative violations; absence of relative indicators combined with demographic processes in the country; lack of statistics on temporarily annexed and occupied territories of Ukraine.

Сучасні проблеми статистичного аналізу ювенальних правопорушень в Україні**Веселов Микола Юрійович**

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінально-правових дисциплін
Криворізького факультету
Національного університету «Одеська юридична академія», Україна*

Мураховська Ганна Анатоліївна

*магістр права
Криворізького факультету
Національного університету «Одеська юридична академія», Україна*

Вступ

Правопорушення серед неповнолітніх є однією зі специфічних проблем сучасного суспільства не лише в Україні. Вони вважаються найбільш серйозною формою девіантної поведінки молоді¹, у багатьох аспектах це явище характеризується складною і специфічною формою негативного соціального

прояву². Злочинність неповнолітніх, також відома як «ювенальна злочинність», – це акт участі неповнолітніх осіб (тобто індивідуумів, молодших за встановлений законом вік досягнення повної дієздат-

¹ Stanić I. Maloljetnička delinkvencija – opasan socijalni fenomen [Juvenile delinquency – a dangerous social phenomenon]. Pedagoškastvarnost. 2006. No 52 (7-8). S. 650–670 [in Croatian].

² Šikman M. Kriminalitet maloljetnika u Republici Srpskoj, sa osvrtom na vršnjačko nasilje [Crime of juveniles in Republika Srpska, with reference to peer violence]. Zbornik radova: Vršnjačko nasilje (etiologija, fenomenologija, načini prevazilaženja i komparativna iskustva) – Proceedings: Peer violence (etiology, phenomenology, ways of overcoming and comparative experiences). Banja Luka: Visoka škola unutrašnjih poslova, 2013. S. 3–18. [in Bosnian].

ності)³ у протизаконних діях. Згідно з українським законодавством, залежно від виду юридичної відповідальності, ювенальні правопорушення поділяються на злочини (кримінальні правопорушення) та адміністративні правопорушення. Заходи протидії ювенальним правопорушенням мають плануватися та проводитися на підставі ґрунтовного аналізу стану та динаміки ювенальної деліктності.

Світова практика має непоодинокі моделі оцінки стану ювенальної деліктності та їх подальшого використання. Показовим прикладом організації та презентації цілеспрямованого статистичного аналізу є щорічна Статистика Ювенального суду – серія звітів, що є одними з багатьох таких, які підтримуються Архівом Національного Ювенального суду. Звіт поєднує інформацію про національні оцінки випадків злочинності. Державні та окружні установи, відповідальні за збір та/або поширення інформації про ювенальні злочини, використовують дані Статистики Ювенального суду, що надаються Архівом Національного Ювенального суду (Архів). Національні оцінки, представлені в такому звіті, розробляються з використанням сумісної інформації від усіх судів, які можуть надати дані до Архіву⁴. Ці дані є інструментом вивчення потенціалу ефективності функціонування різних елементів ювенальної юстиції, ювенальної превенції. Не так давно деякі американські фахівці запропонували до уваги Проект даних щодо ювенальної юстиції. Оцінка містить три секції: інфраструктуру, використання даних і поширення інформації, а також показники залучення до системи ювенальної юстиції⁵. Офіційні звіти Федерального бюро розслідувань про кількість здійснених арештів дітей віком до 12 років, їх відсоток у загальній кількості усіх ювенальних арештів (тобто арештів осіб віком до 18 років) становлять основу вивчення факторів ризику і перспектив раннього втручання і превенції ювенальних правопорушень⁶. Х. Гандара та Д.К. Джонс окреслюють п'ять шляхів використання правоохоронними органами даних про підлітків⁷. Повнота та диференціація статистичної інформації дають можливість не лише планувати та оцінювати ефективність системи ювенальної юстиції, але і проводити предметні аналітичні спостереження взаємозв'язків ювенальної деліктності з

іншими соціальними процесами, що впливають на дітей, наприклад, обумовленість спорту та ювенальної злочинності (Gardner, Roth, & Brooks-Gunn, 2011⁸; Spruit, van Vugt, van der Put et al., 2016⁹; Spruit, van der Put, van Vugt & Stams, 2017¹⁰) та ін.

Статистичний аналіз ювенальної деліктності в Україні ще не має такої системності та організації, як у США чи країнах Європейського Союзу.

Мета статті – окреслення основних прогалин в організації, методології та правовому регулюванні статистичного аналізу ювенальної деліктності в Україні. Під час дослідження очікується визначити основні проблеми в організації цієї діяльності в Україні.

Основні гіпотези дослідження: 1) наявні форми та критерії звітності про кримінальні та адміністративні правопорушення не створюють повної картини процесів ювенальної деліктності в Україні; 2) така діяльність має низку проблем правового, організаційного та соціально-політичного характеру.

Виклад основного матеріалу

Аналіз статистичних даних Генеральної Прокуратури України свідчить, що за п'ять років (з 2014 до 2018 року) кількість зареєстрованих кримінальних правопорушень, учинених неповнолітніми або за їх участю, сягнула понад 29 тис. випадків¹¹. Кількість злочинів, учинених неповнолітніми особами або за їх участю, серед усіх облікованих в Україні у 2018 році кримінальних правопорушень становить близько 1%. Але якщо переглянути цю саму кількість ювенальних злочинів у відношенні на 100 тис. населення відповідного віку (від 14 до 18 років), то можна побачити, що цей показник (4 тис.) вже сягатиме 35% від загальної кількості зареєстрованих у країні злочинів на 100 тис. населення, яка становить 11,4 тис.¹². У такій інтерпретації стан ювенальної злочинності має викликати небезпідставну стурбованість.

На відміну від злочинів, кількість і характер скоєних неповнолітніми особами адміністративних

⁸ Gardner M., Roth J., & Brooks-Gunn J. Sports participation and juvenile delinquency: The role of the peer context among adolescent boys and girls with varied histories of problem behavior. *Sport, Exercise, and Performance Psychology*. 2011. No 1(S). P. 19–37. DOI: <https://dx.doi.org/10.1037/2157-3905.1.S.19>.

⁹ Spruit A., van Vugt E., van der Put C. et al. Sports Participation and Juvenile Delinquency: A Meta-Analytic Review. *Journal of Youth and Adolescence*. 2016. No 45. P. 655–671. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10964-015-0389-7>.

¹⁰ Spruit A., van der Put C., van Vugt E., Stams G.J. Predictors of Intervention Success in a Sports-Based Program for Adolescents at Risk of Juvenile Delinquency. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*. 2017. No 62(6). P. 1535–1555. DOI: <https://doi.org/10.1177/0306624X17698055>.

¹¹ Prosecutor General's Office of Ukraine. (n.d.). Uniform Reports on Criminal Offenses (2014–2018). URL: https://www.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=113653&libid=100820&c=edit&c=fo#.

¹² Databank is in the stage of filling up and testing. (n.d.). Distribution of permanent population by sex, by age groups and type of settlements (0,1,2): Table: 02041. URL: http://database.ukrcensus.gov.ua/Mult/Dialog/varval.asp?ma=000_02041&ti=02041.

³ Siegel L.J.; Welsh B. *Juvenile Delinquency: The Core* (4th ed.). Belmont, CA: Wadsworth/cengage Learning.

⁴ Hockenberry S., & Puzanchera C. *Juvenile Court Statistics 2016*. Pittsburgh, PA: National Center for Juvenile Justice. URL: <https://www.ojjdp.gov/ojstatbb/njcda/pdf/jcs2016.pdf>.

⁵ Deal T., Schiller W., Taylor M., & Boc J. *Model Data Project 3D Data Capacity Assessment: Infrastructure*. Pittsburgh, PA: National Center for Juvenile Justice, 2018. URL: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ojjdp/grants/252012.pdf>.

⁶ Loeber R., Farrington D.P., Petechuk D. (May, 2003). *Child Delinquency: Early Intervention and Prevention*. *Child Delinquency: Bulletin Series*. U.S. Department of Justice. 19. URL: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ojjdp/186162.pdf>.

⁷ National Center for Juvenile Justice. (2018). *5 Ways Law Enforcement Agencies Can Use Juvenile Data*. Pittsburgh, PA: National Center for Juvenile Justice. URL: <https://www.ojjdp.gov/pubs/252070.pdf>.

правопорушень визначити набагато складніше. Серед даних про адміністративні правопорушення та прийняті за їх розглядом рішення у щорічних статистичних бюлетенях Державна служба статистики України дає відокремлені показники лише кількості рішень суду про застосування до неповнолітніх заходів впливу, передбачених статтею 24-1 Кодексу України про адміністративні правопорушення (зобов'язання публічно або в іншій формі попросити вибачення у потерпілого; попередження; догана тощо). Втім, такі статистичні показники не надають повної картини ювенальної адміністративної деліктності. Необхідно підкреслити, що, по-перше, до адміністративної відповідальності можуть бути притягнуті лише особи, які досягли 16 років (отже, облік вчинків, що кваліфікуються як адміністративні правопорушення, але скоєні особами, які не досягли віку адміністративної відповідальності, взагалі залишаються поза статистикою). По-друге, за деякі адміністративні проступки закон передбачає можливість застосування до неповнолітніх правопорушників і конкретних адміністративних стягнень, а відповідно, ці показники увійшли до загальної статистики притягнутих до адміністративної відповідальності осіб, і виділити їх із наявних статистичних даних не видається можливим. Крім того, статистичні бюлетені, які готуються Державною службою статистики України, публічно оприлюднюються із значним (фактично річним) запізненням, що зменшує актуальність їх значення для оперативного реагування.

За 2014–2017 роки заходи впливу, передбачені статтею 24-1 Кодексу України про адміністративні правопорушення, було застосовано до 66,2 тис. неповнолітніх осіб¹³. Навіть наведених даних досить для того, щоб побачити більшу ніж двократну різницю у кількості зафіксованих адміністративних проступків в злочинів, учинених неповнолітніми. До того ж слід додати, що для ювенальних адміністративних проступків властива значно більша (порівняно зі злочинами) латентність. На жаль, ані Державна служба статистики, ані судова влада в Україні не виокремлюють обліки ювенальних адміністративних правопорушень за різноманітними показниками, які б давали уявлення про низку характерних ознак цього негативного явища, як-от: вікова періодизація дітей-правопорушників, стать, соціальний стан, час скоєння, повторність тощо.

Межа між адміністративним проступком з злочином виявляється у ступені суспільної небезпеки. З об'єктивної сторони деякі правопорушення цілком ідентичні і вирізняються лише спричиненими наслідками чи розміром такого елементу, як предмет правопорушення (наприклад, стаття 44 КУпАП «Незаконні виробництво, придбання, зберігання,

перевезення, пересилання наркотичних засобів або психотропних речовин без мети збуту в невеликих розмірах»). Враховуючи це, внутрішній зв'язок, що поєднує особу дитини-правопорушника в кримінальній чи адміністративно-правовій кваліфікації, часто видається дуже близьким, а риси, що характеризують ці особистості, є надто подібними. Недостатня увага органів державної влади та громадськості до детермінантів адміністративних правопорушень, учинених дітьми, надалі дуже часто призводить до вчинення подібних за характером, але більш суспільно небезпечних ювенальних злочинів. І, навпаки, своєчасне виявлення та превенція суб'єктивних і об'єктивних причин ювенальної адміністративної деліктності, виховання і ресоціалізація правопорушників дають змогу запобігти стійкій деморалізації та криміналізації цих дітей.

Диференціація облікових критеріїв і поглиблений статистичний аналіз ювенальної деліктності в будь-яких її проявах дають можливість більш об'єктивно вивчати це асоціальне явище, обґрунтовувати на підставі аналітичних оглядів запровадження правових, соціальних, економічних та організаційних заходів на державному та регіональних рівнях, робити висновки їх ефективності.

Водночас єдиної та окремої бази даних, яка б включала інформацію про ювенальні правопорушення, в Україні сьогодні немає. Наявна практика формування статистичної інформації органами Державної служби статистики та ведення інформаційно-аналітичних та облікових баз даних правоохоронними органами України містять первинну інформацію про ювенальні правопорушення до різних облікових систем чи щорічних статистичних бюлетенів.

Первинна інформація про кримінальні правопорушення (провадження) та облік прийнятих під час досудового розслідування рішень, осіб, які їх учинили, та результатів судового провадження вносяться та накопичуються в Єдиному реєстрі досудових розслідувань. На підставі цих даних Генеральна Прокуратура України формує статистичну інформацію у вигляді щомісячних і щорічних звітів. У звітах про зареєстровані кримінальні правопорушення та результати їх досудового розслідування можна отримати інформацію про кримінальні правопорушення, вчинені неповнолітніми чи за їх участю, за якими провадження скеровані до суду. Крім загальної кількості подій за участю неповнолітніх, за цією позицією можна отримати більш диференційовану інформацію про характер цих злочинів, об'єкт посягання тощо. Втім, скерування кримінального провадження щодо неповнолітньої особи до суду констатує лише наявність факту обвинувачення, але ще не означає ухвалення обвинувального вироку, тобто визнання особи злочинцем. До цих статистичних відомостей обов'язково потрапляє той відсоток справ, за якими кримінальні провадження будуть закриті на підставі

¹³ Sudova vlada Ukrainy [Judiciary of Ukraine]. (n.d.). Ohliad danykh pro stan zdiisnennia pravosuddia u 2017 rotsi – Overview of the state of justice in 2017. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/2017_analytical_report [in Ukrainian].

положень статті 284 Кримінального процесуального кодексу України або ухвалені виправдувальні вирoki. Дані ж про кримінальні правопорушення, у яких провадження було закрито, надаються у звітних даних лише щодо загальної кількості кримінальних проваджень. Отже, наведені вище статистичні дані не можуть бути абсолютними показниками.

У єдиних звітах про осіб, які вчинили кримінальні правопорушення, можна отримати більш детальну інформацію про характеристику виявлених осіб, які вчинили кримінальні правопорушення. Зокрема, серед позицій цієї звітності є поділ осіб за віком на час вчинення кримінального правопорушення (до 14 років, 14–15 років, 16–17 років); відомості про зайнятість осіб, які вчинили кримінальні правопорушення (учні та студенти навчальних закладів); відомості про осіб, які вчинили кримінальні правопорушення в групі, в стані сп'яніння та повторно, зокрема: за участю неповнолітніх (змішаної групи), тільки неповнолітніми тощо. Попри все, наявна інформація містить лише абсолютні показники якісної характеристики ювенальної злочинності та самостійно не створює уявлення про динаміку кримінологічних процесів у поєднанні їх з демографічними змінами (в частині неповнолітньої частини населення країни чи регіону). Це ускладнює об'єктивне оцінювання ефективності превентивних заходів, що здійснюються органами державної влади та громадськими формуваннями у сфері боротьби з ювенальною злочинністю та прогнозування подальшої динаміки цього асоціального явища.

Узагальнена офіційна інформація про адміністративні правопорушення розміщується у річних статистичних бюлетенях «Адміністративні правопорушення в Україні», які формуються Державною службою статистики України. Джерелами такої інформації стають первинні та статистичні дані органів державної влади, уповноважених розглядати справи про адміністративні правопорушення, надані Державній службі статистики України за встановленою цією службою формою звітності¹⁴. Відповідно до українського законодавства справи про адміністративні правопорушення розглядаються: адміністративними комісіями при виконавчих комітетах сільських, селищних, міських рад; виконавчими комітетами таких рад та їх посадовими особами; районними, районними у місті, міськими чи міськрайонними судами (судьями); органами Національної поліції, органами державних інспекцій та іншими органами (посадовими особами), уповноваженими на те Кодексом України про адміністративні правопорушення (у загальній кількості 49 державних органів).

Форма статистичного звіту не передбачає такого критерію диференціації первинних даних про результати розгляду адміністративних правопорушень, як вік правопорушників. Максимально наближеною є лише інформація про застосування заходів впливу, передбачених статтею 24-1 КУпАП, які застосовуються виключно до неповнолітніх правопорушників. Але, як зазначалося вище, такі статистичні дані не охоплюють усіх можливих ювенальних адміністративних правопорушень. До того ж, крім відомостей про застосування заходів впливу, передбачених статтею 24-1 КУпАП, певна частина первинної інформації про ювенальні адміністративні правопорушення за звітний період (рік) може розпорошуватися, потрапляючи до загальних відомостей про кількість справ, не розглянутих на початок звітнього періоду, а також закритих справ у зв'язку із звільненням правопорушників від адміністративної відповідальності за малозначністю з оголошенням усного зауваження або закінченням строків накладення адміністративного стягнення.

Згідно з положеннями статті 221 КУпАП усі справи про адміністративні правопорушення, вчинені особами віком від шістнадцяти до вісімнадцяти років, в Україні розглядаються виключно судами. Враховуючи це, логічним було б вважати, що статистичний аналіз ювенальних адміністративних правопорушень більш зручно здійснювати саме судовій системі. Втім, ознайомлення з Оглядом даних про стан здійснення правосуддя у 2017 році переконує нас у тому, що цьому питанню не приділяється увага з боку судів. Єдина інформація, яка має стосунок до ювенальної деліктності в цьому аналітичному огляді, – це зазначення кількості неповнолітніх осіб, до яких було застосовано заходи впливу, передбачені статтею 24-1 КУпАП, порівняно з минулим роком¹⁵. У категорії «Судова статистика» серед аналітичних таблиць щодо стану здійснення правосуддя за 2017 рік є такі таблиці, як «5.1. Розгляд місцевими судами справ про адміністративні правопорушення», «5.2. Кількість осіб, щодо яких розглянуто справи про адміністративні правопорушення»¹⁶, але вони також не містять детальної інформації, керуючись якою, можна було б зробити деліктологічну характеристику ювенальних адміністративних проступків.

Статистичні спостереження щодо демографічних явищ і процесів в Україні, розподіл населення за статтю, віком та іншими критеріями проводить Державна служба статистики України¹⁷. За її даними,

¹⁵ Sudova vlada Ukrainy [Judiciary of Ukraine]. (n.d.). Ohliad danykh pro stan zdiisnennia pravosuiddia u 2017 rotsi – Overview of the state of justice in 2017. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/2017_analytical_report [in Ukrainian].

¹⁶ Sudova vlada Ukrainy [Judiciary of Ukraine]. (n.d.). Analitichni tablytsi shchodo stanu zdiisnennia pravosuiddia za 2017 rik – Analytical tables on the state of justice for 2017. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/porivn_tabl_17 [in Ukrainian].

¹⁷ Regulation on the State Statistics Service of Ukraine: Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine, № 481/2014. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/481-2014-%D0%BF#n19>.

спостерігається стала тенденція зменшення чисельності населення України. До того ж ситуація ускладнюється так званім «старінням» українського народу. В Україні сформувалася структура населення, для якої характерна висока питома вага осіб старшого віку і низька – молодшого. На 1 січня 2018 року чисельність осіб у віці 0–15 років становила 16,3% загальної чисельності постійного населення¹⁸. Отже, можна уявити, що навіть позитивна динаміка зменшення кількості ювенальних правопорушень, порівняно з минулими роками, щодо наявної кількості населення віком до 18 років буде виглядати не такою вже оптимістичною або мати взагалі негативний баланс. Проте наявні статистичні звіти про правопорушення не враховують цієї особливості.

Ще одним аспектом, який сьогодні впливає на об'єктивність статистики в Україні та статистичного аналізу ювенальної делікатності, зокрема, є той факт, що інформація в офіційних оглядах і звітах наводиться без урахування тимчасово анексованої території Автономної Республіки Крим, м. Севастополя та частини територій Донецької та Луганської областей – зони проведення Операції Об'єднаних сил (антитерористичної операції).

Висновки

Слід констатувати, що статистична діяльність у правоохоронній сфері України сьогодні виходить на принципово новий організаційно-правовий рівень. Цьому сприяє активне впровадження до інформаційної системи органів державної статистики та правоохоронних органів технічних, програмних, комунікаційних та інших засобів, які забезпечують процес збирання, накопичення, опрацювання, поширення, збереження, захисту та використання статистичної інформації про різні соціально-правові процеси в суспільстві.

Водночас статистичний аналіз процесів ювенальної деліктності в Україні сьогодні не позбавлений низки організаційно-правових проблем.

Проблема 1. В країні немає єдиної автоматизованої інформаційної платформи (системи), яка б забезпечувала цілеспрямоване збирання, зберігання, узагальнення та аналітичне опрацювання статистичної інформації у сфері ювенальної юстиції. Наявна первинна та статистична інформація, яка стосується

ювенальних правопорушень, розпорошена у низці державних звітів, що готуються різними органами державної влади.

Проблема 2. Досі не склалося сталих методик взаємного статистичного аналізу ювенальних кримінальних злочинів та адміністративних проступків, враховуючи їх обумовленість та схожі соціальні детермінанти. Здебільшого ці два соціальні явища, які мають єдину чи схожу природу, розглядаються відокремлено в межах кримінологічних та адміністративно-правових досліджень.

Проблема 3. Релевантність офіційної статистичної інформації про адміністративні правопорушення є надто низькою, щоб здійснювати якісний статистичний аналіз ювенальних адміністративних проступків. На відміну від статистичних звітів про злочини, інформація про адміністративні правопорушення, яка міститься у базах даних судової статистики чи Державної служби статистики України, не передбачає поглибленої диференціації статистичних показників залежно від вікової категорії особи-правопорушника.

Проблема 4. Відсутність серед статистичних даних у сфері правоохоронної діяльності (кількість злочинів та адміністративних правопорушень) відносних показників у поєднанні з демографічними процесами в країні впливає на об'єктивність сприйняття та прогнозування стану деліктності суспільства.

Проблема 5. Сьогодні повнота збору та обліку статистичної інформації в масштабах держави в Україні ускладнюється негативними соціально-політичними процесами на сході країни (збройний конфлікт) та анексією Криму і м. Севастополя.

Актуальність проблематики ювенальної деліктності як для України, так і для інших країн світу вимагає вжиття дієвих наукових, правових і практичних заходів реагування з боку держави та суспільства. Запровадження будь-яких програмних заходів для впливу на соціальні процеси потребує об'єктивної аналітичної інформації. Це наводить на думку, що статистичну інформацію про ювенальні делікти (кримінальні та адміністративні правопорушення) має бути виокремлено до самостійних форм (таблиць) звітності у відповідних державних статистичних обліках. Вважаємо, що подальшого обговорення потребує статистична методологія правильного та раціонального збору та обробки первинної інформації щодо вивчення соціально-правових процесів ювенальної деліктності.

¹⁸ State Statistics Service of Ukraine. (n.d.). Demohrafichna sytuatsiia v Ukraini u 2017 rotsi [The demographic situation in Ukraine in 2017]. URL: <http://www.ukrstat.gov.ua/> [in Ukrainian].

Legal status of special purpose vehicle company within cross-border securitization projects

Vygovskyy Oleksandr

Doctor of Juridical Sciences,

Associate Professor at Department of Private International Law

of the Institute of International Relations

of Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine

The author of the article has studied the distinctive features of the legal status of a special purpose vehicle company (SPV) as one of the principal participants of classic securitisation projects. In particular, it considers various approaches to choice of legal form for establishment of the SPV which is extremely significant for attaining the main objective of creation of the SPV – to insulate the holders of the asset-backed securities from the insolvency risk and any other risks related to the originator. It is established that creation of the SPV in the form of a public company is the most advantageous option in terms of asset-backed securities offering, but feasibility of this option for the SPV should be assessed with reference to the law of the place of incorporation. The article also highlights the main characteristic features of the SPV, such as its full independence from the originator for elimination the risk of piercing the corporate veil and the risk of re-characterization of the whole transaction; limited scope of legal capacity of the SPV suitable only for the intended purpose of the SPV within a securitisation project; insulation of the assets acquired by the SPV from the credit risk of the originator, when the originator does not bear the risk of insolvency of the SPV, and investors do not bear the risk of insolvency of the originator; absence of prior business history or commitments not related to the securitisation project. The author of the article also examines the issues of choice of jurisdiction for incorporation of the SPV and compliance with local regulatory requirements. Finally, the author considers the legal nature of the SPV and reaches a conclusion on its principal difference from other types of financial institutions, such as credit institutions, insurance companies, investment firms and collective investment undertakings.

Introduction

Securitisation is an innovative technique of raising finance in the international capital markets which rapidly evolved in the last few decades. It was invented to satisfy the needs of the financial institutions in additional capital, as well as in compliance with the capital adequacy and other regulatory requirements enabling a bank to transfer the assets from its balance sheet. By means of securitisation illiquid financial assets can be effectively transformed into a form more desirable for the investors, namely debt securities, whereby they can be further freely transferred to a multitude of investors. Generally speaking, securitisation is the process of pooling and repackaging loans into asset-backed securities, which are then sold to the investors, rearranging the cash flows and transferring the risks related to the real financial assets from the bank to the investors.

A special purpose vehicle company (SPV) which is typically created *ad hoc* for a particular securitisation project plays a pivotal role within such transactions. The bank (originator) shall sell receivables to this shell company, commonly incorporated in a tax haven, with no creditworthiness in itself. Once the project is completed, the SPV is liquidated. The key role of the SPV is to insulate the holders of the asset-backed securities from the insolvency risk and any other risks related to the originator. In order to attain this paramount goal, the SPV shall be incorporated and exist as an insolvency remote entity in every sense of the word.

During securitisation a special attention should be paid to the legal status of the SPV. Such company should

normally be fully separated from the originating bank with no risk of lifting the corporate veil by courts and re-characterization of the sale of underlying receivables as a secured transaction which may ruin the whole transaction. Painstaking analysis of every legal aspect related to incorporation and operation of the SPV is indispensable when structuring the classic securitisation project. It should be admitted that legal issues pertaining to SPV have not been examined by legal scholars in complex, which gives the reasons for our present research of this problematic area.

The **purpose of this article** is to discuss various approaches to choice of legal form for establishment of the SPV and consider the most appropriate solution of this issue. Furthermore, we will examine the legal nature of the SPV by comparing it with similar legal entities and establish the distinctive features of such company caused by its specific role and function within securitisation projects.

Presentation of the main material

As observed in legal doctrine, the SPV has three major functions in securitisation: (1) it is a pass-through vehicle that allows the originator's assets to be securitized and sold to investors; (2) it provides protection against the SPV becoming insolvent for investors of the securitized assets; and (3) it protects the securitized assets from the originator's creditors¹.

¹ Pearce J.A., Lipin I.A. Special Purpose Vehicles in Bankruptcy Litigation. *Hofstra Law Review*. 2011. Vol. 40. Issue 1. P. 183–184.

In terms of a legal form the SPV may be established in the form of partnership, trust, corporation, fund, limited liability company, joint-stock company or in other legal form stipulated by the laws of the state of incorporation for such entities. In particular, in the United States an SPV generally takes the form of a limited liability corporation (“LLC”), a trust, or a limited liability partnership (“LLP”). In Europe an SPV can be organized as an LLC, a limited purpose corporation under domestic or offshore law with a charitable trust owner, while in Canada an SPV may take the form of a charitable trust². In Luxembourg a securitisation company can be set up as a public limited liability company (*société anonyme*), a partnership limited by shares (*société en commandite par actions*), a private limited liability company (*société à responsabilité limitée*), a co-operative organised as a public limited company (*société cooperative organisée sous forme de société anonyme*)³. More commonly, the SPV is formed as a joint stock company, the shares of which are legally or beneficially held not by the originating bank, but by a neutral entity, wholly distinct from the bank, or held on trust for charitable purposes. Alternatively, it may also be incorporated as a limited liability company (in the civil law jurisdictions) or a trust (in English-based countries).

In general, the legal form of the SPV should be best suited for public issue of asset-based securities in order to attract the widest range of investors. The SPV is formed as a public company, so as to be able to issue securities non-privately⁴. From this perspective, creation of the SPV in the form of a public company, with no restrictions on capital raising from unlimited range of investors, may be considered as the best alternative, subject to mandatory statutory requirements of the local jurisdiction. However, it should be borne in mind that a public company is in the focus of the most stringent corporate law regulations, especially in terms of disclosure of corporate information, formation of governing bodies, external audit of financial statements etc. In this context in Ukraine, for example, it is highly inadvisable to create an SPV in the form of a public joint-stock company, and other corporate forms (such as private joint stock company or limited liability company) should be considered.

The originating bank should not have any share capital in the issuer of the asset-backed securities or otherwise have a proprietary interest in or control over the issuer. The issuer’s name should not include the name of the bank or contain any reference to it. The SPV should have separate financial statements, wholly distinct budget and documentation, no overlapping of positions of key management and personnel. The point is that the

SPV should not be regarded as an affiliate or subsidiary of or a person somehow associated with the originator, which may be consolidated upon the originator’s balance sheet. Otherwise, the holders of the asset-backed securities may be tempted to induce the court to pierce the corporate veil and recover the outstanding debt under these securities directly from the originator. Since the SPV is a separate and distinct legal entity, the originator bears no responsibility for its obligations. Ideally, the originating bank should have no excessive involvement in the SPV, in particular, in the form of a participating share in the capital of the SPV or representatives in its governing bodies. It should not provide additional guarantees (except for contractual warranties regarding quality of the underlying assets acquired by the SPV) or loans (except for a subordinated loan sometimes granted by the originator to keep the project afloat). It is submitted that “in order to ensure the perception of a ‘true sale’ by the regulatory authorities, the SPV must be “ring-fenced” from the originating bank or mortgage originator. That is, the SPV structure must be legally separated from the originating lender and its management”⁵. Also the bank should not provide any external services to the SPV, including underwriting services during securities offering. Overall, the SPV must observe all appropriate third-party formalities with the originator⁶. However, in practice the originator’s involvement in continuing process of servicing the SPV’s debt may appear in different forms. In particular, the originator may step in to protect investors in securities issued by the SPV if default levels on the underlying assets prove to be higher than expected⁷. Insolvency remoteness may be further enhanced by establishing a chain of multiple SPVs with receivables going successively through this circuit. It is alleged that “because this “true sale” quality is of utmost importance, originators often structure the transfer among multiple SPVs to ensure a bankruptcy court will not negate the sale later”⁸.

The securitization process enables precise distribution and transfer of credit risk from banks to other investors⁹. In essence, the main incentive for creating of a separate SPV is to ensure a high level of insolvency remoteness: the originator does not bear the risk of insolvency of the SPV, and investors in the securities issued by the SPV do not bear the risk of insolvency of the originator. In practice, “various arrangements attempt to ensure that

² Ibid. P. 195–194.

³ Zanev V., Barchman A. Structured finance and securitization in Luxembourg: overview. URL: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-6242615?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-6242615?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1).

⁴ Wood Ph. Project Finance, Securitizations, Subordinated Debt. London : Sweet & Maxwell, 2007. P. 120.

⁵ Rajapakse P.J. An Analysis of the Concept of Mortgage-Backed Securities : An Economic and Legal Perspective. The Journal of Law and Financial Management. 2011. Vol. 10. Issue 1. P. 25.

⁶ Dasgupta P., Vachha N. Multi-Jurisdictional Framework of International Securitization: Understanding the Various Facets of this Transnational Process. University of Miami Business Law Review. 2004. Vol. 13:91. P. 95.

⁷ Albrecht T.W., Smith S.J. Corporate Loan Securitization: Selected Legal and Regulatory Issues. Duke Journal of Comparative & International Law. 1998. Vol. 8:411. P. 422.

⁸ Hoffman S. The Uncertainty of “True Sale” Analysis in Originator Bankruptcy [unpublished]. 2012. P. 20. URL: http://works.bepress.com/stephen_hoffman/6/.

⁹ Zuckerman A.M. Securitization Reform : A Coasean Cost Analysis. Harvard Business Law Review. 2011. Vol. 1. P. 306.

the SPE will be “bankruptcy remote”, i.e., that the SPE will not itself become subject to a bankruptcy proceeding and that, if the originator enters bankruptcy, the SPE and the originator will not be substantively consolidated and treated as a single entity”¹⁰. However, complete insolvency remoteness can hardly be achieved. It is submitted that “in a traditional securitization structure, the SPV will not have any credit risk exposure to the originator, unless the originator’s own independent debt rating at least matches the debt rating of the most senior tranche of debt issued by the SPV”¹¹.

Due to insulation of the assets acquired by the SPV from the credit risk of the originator the SPV may obtain a much higher credit rating, as compared to the originator issuing the same securities secured by the same assets. Such economic effect becomes possible entirely due to “non-contamination” of the underlying assets by the originator’s inherent business risks. It is for this reason that securitization can enable companies to access capital markets directly, in most cases at lower cost than the cost of issuing direct debt (such as bonds or commercial paper)¹².

It is submitted that the special purpose company is better suited to achieve insolvency remoteness in terms of creating a definite divide between the originator and the SPV¹³. In order to remove the risk of insolvency of the SPV to the maximum extent possible, the SPV should not incur excessive liabilities and should not undertake such obligations which are not explicitly related to the securitisation project. Being a newly-established entity, the SPV has no prior business history or commitments occurred before commencement of a securitisation project. Furthermore, the constitutional documents of the SPV may envisage restrictions on the commercial dealings in which this company can be engaged with third persons. Business activities of the SPV are specifically narrowed to those transactions which are effected within the securitisation project, namely purchase of the receivables, issue of securities and performance of obligations under this issue due to investors. It is reasonably argued that “although it is important to keep the SPV and its receivables out of the originator’s bankruptcy estate, it is also necessary to implement a structure that prevents the SPV from voluntarily filing its own bankruptcy petition”¹⁴. It is evident that the SPV needs procedural protections against bankruptcy to maintain the desirability of its securities¹⁵.

Generally speaking, “SPVs are institutional intermediaries. They issue their own obligations to investors, and invest the money they receive from investors in the obligations of others”¹⁶. Upon acquisition of the underlying receivables, “the SPV issuer finances the acquisition of the pooled assets by issuing tradable interest-bearing asset-backed securities which are sold to institutional investors via global capital markets”¹⁷. The securities issued by the SPV are structured as limited recourse securities. It means that in case of default of the SPV under the asset-backed securities recourse of the holders of securities is limited to the receivables encumbered for the benefit of these holders and held on trust by the security trustee. If these assets are not enough to satisfy their claims, the investors may not resort to other assets of the SPV (if any) or originator. This condition should be precisely established in the terms and conditions of the issue which shall unequivocally state that when the underlying assets are completely exhausted for the purpose of repayment to the investors, the obligations of the SPV under the securities issue owed to the holders of securities and the security trustee shall be fully discharged.

Terms and conditions of the issue may also contain a “no-action clause” disabling the investors to file a petition for bankruptcy proceedings against the SPV even in case of an outstanding debt owed by the SPV under the securities issue. However, such a clause may prove to be unenforceable in a range of jurisdictions as depriving the investor of its right to sue (in particular, such risk exists in Ukraine, since under Art. 4 (1) of the *Code of Commercial Procedure of Ukraine* dated 6 November 1991, nobody may be deprived of its right for consideration of its case before commercial court having jurisdiction to consider it¹⁸, and Ukrainian courts tend to construe this rule in a rather conservative way).

Choice of a jurisdiction for incorporation of the SPV is predominantly determined by tax considerations and cost of incorporation. Taxation of the profit to be generated by the SPV shall be of major concern when forming the SPV. It is usually domiciled in a tax haven jurisdiction, such as the Cayman Islands, Gibraltar, the British Virgin Islands, Bermuda, Guernsey and Jersey, as well as low tax jurisdictions such as Ireland, the Netherlands and Luxembourg (common home jurisdictions for the SPVs involved in the European securitisation projects). It is observed that “establishing the SPV in a tax haven jurisdiction is desirable. This will both minimize withholding tax on any interest payments made by the SPV and avoid mainstream tax

¹⁰ Harris S.L., Mooney Ch.W., Jr. When Is a Dog’s Tail Not a Leg? : A Property-Based Methodology for Distinguishing Sales of Receivables from Security Interests That Secure an Obligation. *University of Cincinnati Law Review*. 2014. Vol. 82. P. 1033.

¹¹ Albrecht T.W., Smith S.J. Op. cit. P. 417–418.

¹² Schwarcz S.L. *Securitization, Structured Finance, and Covered Bonds*. *The Journal of Corporation Law*. 2013. Vol. 39. P. 132.

¹³ Locke N. *Aspects of Traditional Securitisation in South African Law*. Thesis submitted for the degree of Doctor of Laws. University of South Africa. 2008. P. 38.

¹⁴ Cohn M.J. *Asset Securitization: How Remote Is Bankruptcy Remote?* *Hofstra Law Review*. 1998. Vol. 26. Issue 4. P. 932.

¹⁵ *Ibid.* P. 933.

¹⁶ Frankel T. *Securitization: The Conflict Between Personal and Market Law (Contract and Property)*. *Annual Review of Banking Law*. 1999. Vol. 18. P. 214.

¹⁷ Dinca S.E. *Covered Bonds vs. Assets Securitization*. *Theoretical and Applied Economics*. 2014. Vol. XXI. No. 11. P. 77.

¹⁸ Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 р. №1798-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст. 56.

on the net income of the SPV – assuming it is an entity subject to such tax¹⁹.

Furthermore, local regulatory requirements should be taken into consideration when choosing the appropriate jurisdiction for incorporation of the SPV. In particular, national legislations may provide for obtaining a valid license of a financial institution for a company buying loan receivables. It is reasonably emphasized that “if the SPV is subject to regulation or licensing requirements, compliance with these requirements may increase its funding costs to an extent that renders it economically unsustainable”²⁰.

There are different doctrinal approaches towards determination of legal nature of the SPV within securitization projects. It may be regarded as a credit institution (based on similarity of the activities of a bank and of the SPV)²¹ or an insurance undertaking (“just make the periodical payments be the premium, and the amount drawn be the compensation, and the securitization SPV could go as an insurance company”²²), or as an investment firm and collective investment undertaking²³. However, in our opinion, an SPV cannot be qualified as a credit institution due to its limited functional role in securitization projects, *ad hoc* creation and distinctive features of legal status described above. Rendering banking services is not the function of the SPV for which it is established, and gaining profit out of banking transactions does not belong to a very narrow scope of objects of such entity. Even acquisition of receivables cannot be characterized as a financial service rendered by the SPV, just in common with a factoring company. We have even fewer grounds for consideration of the SPV as an insurance undertaking or an investment company – provision of insurance services obviously falls outside the scope of its activities, and investment transactions sporadically performed by the SPV in order to preserve the value of assets available for future repayments for investors under securities will not

suffice for qualification of the SPV as a collective investment scheme. Rather, the SPV should be considered as a specific *ad hoc* legal entity with a limited legal capacity and very restricted scope of activities specifically tailored for the needs of a particular securitization project. Any similarities of SPV and its operations with various types of financial institutions (banks, factoring companies, investment companies, insurance companies, collective investment schemes etc.) should be recognized as purely coincidental, having no implications for determination of the legal status of the SPV.

Conclusion

1. Legal form chosen for the establishment of the SPV should be best suited for public issue of asset-based securities in order to attract the widest range of investors. Creation of the SPV in the form of a public company, with no restrictions on capital raising from unlimited range of investors, may be considered as the best alternative, subject to mandatory statutory requirements of the local jurisdiction.

2. Distinctive features of the SPV are caused predominantly by the principal objective of availability of the SPV within a securitisation project – to ensure a high level of insolvency remoteness. The most important feature is complete segregation of the originating bank and the SPV – the bank should have no (at least excessive) further involvement in the SPV and should not be affiliate with it.

3. From the standpoint of its legal nature, the SPV cannot be qualified as a credit institution or other financial company due to its limited functional role in securitization projects, *ad hoc* creation and distinctive features of legal status. The SPV should be considered as a specific *ad hoc* legal entity, separate and fully independent from the originator, with a limited legal capacity and very restricted scope of activities specifically tailored for the needs of a particular securitization project and aimed at acquiring the underlying receivables from the originator and issuing the asset-backed securities.

¹⁹ Dasgupta P., Vachha N. Op. cit. P. 117.

²⁰ Albrecht T.W., Smith S.J. Op. cit. P. 451.

²¹ Ramos-Muñoz D. Living on the Edge: Securitization Supervision and Characterization Problems. European Company Law. 2009. № 5. P. 221.

²² Ramos-Muñoz D. Op. cit. P. 222.

²³ Ramos-Muñoz D. Op. cit. P. 222.

Peculiarities of transparency and openness principles during cassation of court decision in criminal proceeding in Ukraine

Vilgushynskiy Volodymyr

Post-graduate student Department of Justice of Taras Shevchenko National University of Kyiv

The article is devoted to clarification of the transparency and openness principles implementation during the cassation appeal of court decisions in criminal proceedings, due to the peculiarities of the procedural form of cassation procedure organization in criminal proceedings.

The significant feature of the cassation appeal of court decisions in the criminal justice system of Ukraine is outlined, which is to standardize the possibility of written cassation proceeding.

Stand up for position that rule of the simplified cassation appeal procedure in criminal proceeding in the form of written cassation proceeding causes absentee cassation hearing, which contradicts the specifics of the control of this judicial review form and the correction of court errors. This fact led to a significant restriction of the implementation of the principles of transparency and openness of criminal proceedings in the court of cassation. The realization of the principles of transparency and openness in the cassation instance is due to the peculiarities of judicial proceedings at this stage of criminal proceedings. The court of cassation instance is not authorized to make new decisions, and the scope of the grounds for changing or canceling judgments compared with the court of appeal is rather narrowed. The latter, however, is empowered to adopt a new sentence. Apparently, the term “cassation appeal” covers the activities of authorized representatives of the court proceedings and other persons, whose interests are related to the appealed decision in making a cassation appeal and lodging it with the court of cassation. It also includes the activities of the cassation court to verify the validity of the cassation appeal and to decide on the opening of cassation proceedings or refusal in such an opening. Therefore, the proposal regarding the need for reconstruction of the relevant norms of the CPC of Ukraine about obligatory participation of parties and other participants in criminal proceedings during the cassation proceedings, except when they unambiguously refused to participate in the cassation proceeding, will be considered quite appropriate.

Problem statement

Since the adoption of the Law of Ukraine “On the Judiciary and Status of Judges” in 2016 and the introduction of the amendments to the Criminal Procedure Code of Ukraine (hereinafter – the CPC of Ukraine) in November 16, 2017, the issue of protecting the rights and legitimate interests of an individual and a citizen by the independent court became especially relevant in public and open criminal proceedings. In accordance with the adoption of these normative acts, the legislator began to apply more carefully the principles of transparency and openness of judicial review and creation of conditions for their full functioning in the exercise of judicial power, which ultimately determines the availability of justice, on which the effectiveness of judicial protection of the rights guaranteed by the Constitution of Ukraine directly depends. At the same time, certain aspects of the criminal procedural legislation of Ukraine in terms of observance of the principles of transparency and openness of criminal proceedings, especially in the stage of cassation appeal of court decisions, remain unresolved in terms of international standards and require more thorough scientific analysis and removal of restraining factors in the implementation of the above principles of criminal justice.

The relevance of the research topic is confirmed by the degree of non-disclosure of the theme and the lack of a common view among the processualists on the

implementation of the principles of transparency and openness during the cassation appeal of court decisions in criminal proceedings. At the same time, differences in their views are connected, first of all, with different approaches to the definition of the procedural form of the implementation of cassation proceedings in the criminal process, which is controversial in the current Ukrainian criminal procedural law and significantly influences on the implementation of the principles of transparency and openness of criminal justice.

Analysis of recent researches and publications

The study of the problems of ensuring transparency and openness of legal proceedings in the science of criminal procedural law are of great importance to national scholars such as Yu.M. Groshevyi, O.V. Kaplina, V.V. Horodovenko, V.V. Korol, V.V. Leonenko, M.I. Siryi, I.E. Marochkina, L.M. Moskvych, V.T. Nor, O.P. Kuchynska, V.T. Malyarenko, O.M. Ovcharenko, V.M. Bednarska, M.A. Pogoretskyi, N.V. Sibilyova, O.G. Shilo, V.P. Shibiko, M.E. Shumylo, O.G. Yanovska, N.R. Bobechko, A.M. Evmin and others. Simultaneously, the works of mentioned scientists, with some exceptions, do not disclose the problems of realization of the principles of transparency and openness of criminal proceedings in the court of cassation.

The aim of the article is to conduct a scientific analysis of the principles of publicity and openness dur-

ing the cassation appeal of court decisions in criminal proceedings. It is also crucial to identify problems of non-compliance with the procedural form of cassation proceedings and the normative content of the principles of transparency and openness, which leads to restrictions of the implementation of the latter in the modern criminal proceedings of Ukraine.

Results

In accordance with the general rule, the rules set out in Article 27 of the Criminal Procedure Code of Ukraine are applied to cassation review of court decisions in criminal proceedings, as well as to other stages of criminal proceedings. In particular, according to Part 2 of Art. 27 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, the cassation proceedings in the criminal procedure are carried out openly. Therefore, all participants in the proceedings, as well as individuals who did not participate in criminal proceedings, if the court has decided on their rights, freedoms, interests or obligations, cannot be limited in the right to receive in court both oral and written information on the outcome of the trial and the right to get acquainted with procedural decisions and obtain their copies (Part 1 of Article 27 of the Criminal Procedure Code of Ukraine)¹. At the same time, the realization of the principles of transparency and openness in the cassation instance is due to the peculiarities of judicial proceedings at this stage of criminal proceedings.

Thus, cassation proceedings are not a mandatory stage of the criminal process in Ukraine. It arises and exists only in case of the implementation by one of the representatives of the parties or victims of its dispositive right to appeal the decision of the court of first instance after its review in an appeal order. It also occurs after the decision of the court of appeal instance, raised on the relevant decision of the court of first instance². At the same time, it is precisely that the participants of the criminal proceedings play a specific role in the appeal of court decisions as only with their initiative may the activity of the court of higher instance be commenced in relation to the review of court decisions. Therefore, their participation in the cassation proceedings – the consideration of the materials of the criminal proceedings under cassation complaints – is due to the procedural activity that they carried out earlier³.

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI. Відомості Верховної Ради України. 2012. № 9-10, № 11-12, № 13. Ст. 88 / Веб-сайт Верховної Ради України. URL : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/print1487012800234384>; Кримінальний процес : підручник / за заг. ред. В.В. Коваленка, Л.Д. Удалової, Д.П. Письменного. Київ : «Центр учбової літератури», 2013. С. 77

² Кримінальний процес : підручник / за заг. ред. В.В. Коваленка, Л.Д. Удалової, Д.П. Письменного. Київ : «Центр учбової літератури», 2013. С. 358.

³ Бобечко Н.Р. Проблеми участі сторін в апеляційному та касаційному розгляді кримінальної справи. Вісник Львівського ун-ту. Серія юрид. 2010. Вип. 50. С. 328; Євмін А.М. Касаційне оскарження судових рішень у кримінальному провадженні : дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність». Київ, 2016. С. 72.

Unlike criminal proceedings of the first and appellate authority in the court, the court of cassation instance during the investigation of the correct application by the courts of the rules of substantive or procedural law and their legal assessment, is limited in establishing the actual circumstances of the case, since it is not authorized to examine evidence, establish and recognize proven circumstances that have not been investigated, established in the appeal court's decision, to decide on the authenticity of this or that evidence⁴. In addition, the court of cassation instance is not authorized to make new decisions, and the scope of the grounds for changing or canceling judgments compared with the court of appeal is rather narrowed. The latter, however, is empowered to adopt a new sentence.

Apparently, the term “cassation appeal” covers the activities of authorized representatives of the court proceedings and other persons, whose interests are related to the appealed decision in making a cassation appeal and lodging it with the court of cassation. It also includes the activities of the cassation court to verify the validity of the cassation appeal and to decide on the opening of cassation proceedings or refusal in such an opening⁵.

At the same time, in the science of the criminal procedure, great attention is devoted to the question of what presupposes the granting of the right to appeal a court decision to the participants of criminal proceedings. Some researchers point out that the existence of the institute of appeal “is a guarantee of the protection of the rights and legitimate interests of participants in a criminal judicial proceedings against a possible judicial mistake”⁶, others associate with the right of appeal to interested parties with the interest of the government to define the truth in a criminal case⁷.

Both positions are fair, but cover the different sides of one phenomenon.

The right to appeal a verdict is often referred to as “freedom of appeal”⁸. At the same time, the freedom of cassation appeal is attributed to the peculiarities of the cassation proceedings and is associated with the implementation of the general constitutional provision on the right of citizens

⁴ 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. Харків : Право, 2013. С. 605.

⁵ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI. Відомості Верховної Ради України. 2012. № 9-10, № 11-12, № 13. Ст. 88 / Веб-сайт Верховної Ради України. URL : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/print1487012800234384>; Кримінальний процес : підручник / за заг. ред. В.В. Коваленка, Л.Д. Удалової, Д.П. Письменного. Київ : «Центр учбової літератури», 2013. С. 357–376.

⁶ Смірнова В.В. Забезпечення прийняття правомірних рішень судом апеляційної інстанції в кримінальному судочинстві України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Харків, 2012. С. 13.

⁷ Строгович М.С. Курс уголовного процесса. Москва : Изд-во АН СССР, 1958. С. 116.

⁸ Євмін А.М. Касаційне оскарження судових рішень у кримінальному провадженні : дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність». Київ, 2016. С. 41-43; Воробейников М.А. Запрет преобразования к «худшему» в советском уголовном процессе. Ярославль, 1976. С. 16; Смирнов А.В. Модели уголовного процесса : монография. Санкт-Петербург : Наука, 2000. С.8; Перлов И.Д. Надзорное производство в уголовном процессе. Москва : Юридическая литература, 1974. С. 111.

to challenge the actions of state bodies and officials (Section 8, Part 2, Article 129 of the Constitution of Ukraine). The freedom of cassation appeal guarantees the rights and legitimate interests of the participants in the process and, to a certain extent, determines the effectiveness of the court of the second instance⁹. In the procedural sense, the subjective right as a form and a measure of possible behavior always determines the establishment in the legislative order of the mechanism of its implementation through the correspondent duty of another subject of legal relations. It means that in the case of presentation of a cassation complaint by relevant person, court has the duty to accept it. If the complaint filed in violation of the requirements established in the law, to give the opportunity to eliminate these violations, and to re-accept it, to consider in accordance with the procedural form all presented arguments and reasons simultaneously with the study of materials of criminal proceedings and to adopt a corresponding judicial decision¹⁰.

The concept of “appeal” in the professional legal sense is considered as the right of a person to file a complaint to the decision in the case to bodies empowered to change or cancel the appeal decision, the procedure of which is determined by law¹¹. In the Ukrainian language dictionaries, the term “appeal” is interpreted as: a complaint to a higher authority / to lodge a complaint¹²; to formally file a complaint to a higher instance, protesting against any decision, anybody’s actions¹³. Consequently, etymologically, the notion of “appeal” is often used as a synonym for the phrase “to file a complaint”.

Consequently, the court of cassation in accordance with part one of Art. 435 of the CPC of Ukraine has the right to adopt a court decision based on the results of the written proceedings (as a result of the study of the materials of the criminal proceedings, the cassation appeal and the documents attached thereto, objections to the cassation appeal). If all participants in the proceedings filed a petition for the conduct of proceedings in their absence¹⁴.

It is worth noting that the legislative consolidation of written cassation proceedings in the scientific doctrine is perceived ambiguously, although there is a part of scientists who are positively evaluating such an innovation. In particular, K.V. Lehkyh, A.M. Eumin believe that written cassation proceedings are a simplified form of cassation proceedings, with the help of which the principles of dispositive and adversarial criminal justice are more fully implemented. Arguing this position, the noted scholars emphasize that the main task of the written cassation appeal – to enable the economy of the process, the non-use of attributes of ordinary court sessions in written proceedings, save time of participants in proceedings and court, reduce the burden on the secretaries of the court and assistant judges¹⁵.

However, in some cases, the court of cassation instance may declare the participation of individuals in criminal proceedings compulsory. Thus, a convict is subject to a mandatory summons to participate in a cassation hearing if a cassation appeal raises the question of deteriorating his position (Part 4 of Article 428 of the Criminal Procedure Code of Ukraine). Alternatively, convicted detainee has received a petition for his desire to take participation in the appeal (part 4 of Article 430 of the CPC of Ukraine)¹⁶. In this way, in case of receipt from the convicted person who is being held in custody of a petition for a desire to participate in the cassation proceeding, the court takes measures to deliver the accused to the court session. If, however, the convicted, the accused, who are held in custody, have submitted applications for their participation in the cassation proceedings remotely, the judge-rapporteur, after considering such a petition, makes a decision on the satisfaction of the petition. Moreover, holding a remote court proceeding in accordance with the procedure established in Article 336 of the Criminal Procedure Code of Ukraine¹⁷.

In confirmation of this position, it seems to be convincing the practice of the European Court of Human Rights (hereinafter – the ECHR) which states: “No one

⁹ Євмін А.М. Касаційне оскарження судових рішень у кримінальному провадженні : дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність». Київ, 2016. С. 43.

¹⁰ Кримінальний процес : підручник / за заг. ред. В.В. Коваленка, Л.Д. Удалової, Д.П. Письменного. Київ : «Центр учбової літератури», 2013. С. 361-383.

¹¹ Костюченко О.Ю. Апеляційне оскарження судових рішень у кримінальному процесі : монографія. Київ : Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2006. С. 30.

¹² Універсальний словник-енциклопедія «Словopedia». URL : <http://slovopedia.org.ua/31/53406/28803.html>.

¹³ Всесвітній словник української мови. URL : <https://uk.worldwidedictionary.org/%D0%B0%D0%BF%D0%B5%D0%BB%D1%8E%D0%B2%D0%B0%D1%82%D0%B8>.

¹⁴ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI. Відомості Верховної Ради України. 2012. №9-10, №11-12, №13. Ст. 88 / Веб-сайт Верховної Ради України. URL : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/print1487012800234384>. Кримінальний процес : підручник / за заг. ред. В.В. Коваленка, Л.Д. Удалової, Д.П. Письменного. Київ : «Центр учбової літератури», 2013. С. 375–376; Євмін А.М. Касаційне оскарження судових рішень у кримінальному провадженні : дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність». Київ, 2016. С. 47

¹⁵ Євмін А.М. Касаційне оскарження судових рішень у кримінальному провадженні : дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність». Київ, 2016. С. 48; Легких К.В. Кримінальний процесуальний кодекс України: письмове касаційне провадження. Часопис Академії адвокатури України. 2012. № 3(16). URL : <http://archive.nbuv.gov.ua/e-journals/Chaau/2012-3/121kvpkrp.pdf>.

¹⁶ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI. Відомості Верховної Ради України. 2012. №9-10, №11-12, №13. Ст. 88 / Веб-сайт Верховної Ради України. URL : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/print1487012800234384>.

¹⁷ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI. Відомості Верховної Ради України. 2012. №9-10, №11-12, №13. Ст. 88 / Веб-сайт Верховної Ради України. URL : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/print1487012800234384>; Кримінальний процес : підручник / за заг. ред. В.В. Коваленка, Л.Д. Удалової, Д.П. Письменного. Київ : «Центр учбової літератури», 2013. С. 368; Євмін А.М. Касаційне оскарження судових рішень у кримінальному провадженні : дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність». Київ, 2016. С. 74.

can be found guilty without being listened to". This means that a person convicted by a verdict of the court of the first or appellate instance, who intends to defend his innocence, should be able to personally participate in the consideration of the case by a court of cassation¹⁸. Thus, for judgement in the case of "Chopenko vs. Ukraine" the ECHR reached the following conclusion: "... the refusal of the Supreme Court of Ukraine to satisfy the applicant's petition to call him to the session of the cassation court for explanation. This led to a disproportionate restriction of his right to protection, and given the presence of a representative of the prosecutor's office – to the violation of the principle of equality of the parties. Consequently, it did not meet the guarantees of a fair court, enshrined in paragraph 1 and clause 3 of the Art. 6 of the Convention". Similar violations in the absence of the applicant (convict). But in the presence of the prosecutor and the victim in criminal cases, in combination with some other violations, were noted in the decisions of the ECHR in cases of "Korobov vs. Ukraine", "Zhuk vs. Ukraine" "Pelevin vs. Ukraine". In which the European Court concluded that the applicants' right to access to a court, as well as the right to a fair trial, suffered from significant restrictions in connection with which there were complaints about the lack of access to the court under paragraph 1 of Article 6 of the Convention are admissible. However, ruled that there had been a violation of paragraph 1 of Article 6 of the Convention.

Therefore, we are entirely convinced of the correctness of the arguments of Bobechko N.R. that the Ukrainian criminal procedural legislation is rather controversial and generates an extracurricular cassation proceeding. It contradicts the specificity of the control of this form of judicial review – the correction of court errors both from the point of view of law and fact (*that substantially limits the implementation of the principles of transparency and openness during the cassation proceedings in criminal proceedings* – author V.V.)¹⁹.

All in all, we can consider the written cassation proceedings as legalizing the correspondence consideration of the case²⁰, and, taking into account the low level of modern criminal proceedings with the predominance of the "indictment" in judicial activity organs and negative experience of the Soviet era, we can assert that its introduction in the new CPC of Ukraine constrains the approach of our state to the European standards of the administration of justice.

¹⁸ Bobechko N.P. Проблеми участі сторін в апеляційному та касаційному розгляді кримінальної справи. Вісник Львівського ун-ту. Серія юрид. 2010. Вип. 50. С. 330; Євмін А.М. Касаційне оскарження судових рішень у кримінальному провадженні : дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність». Київ, 2016. С. 76;

¹⁹ Bobechko N.P. Проблеми участі сторін в апеляційному та касаційному розгляді кримінальної справи. Вісник Львівського ун-ту. Серія юрид. 2010. Вип. 50. С. 330.

²⁰ Євмін А.М. Касаційне оскарження судових рішень у кримінальному провадженні : дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність». Київ, 2016. С. 76.

Therefore, the opinions of those scientists who advocate the position that criminal procedural legislation should provide conditions for the mandatory participation of individuals during cassation proceedings in criminal proceedings is quite right, and exceptions may be only grave circumstances (illness, business trip, etc.)²¹.

And even if a person does not want to participate in the cassation proceedings, he/she must necessarily indicate this in a cassation appeal (Part 3 of Article 427 of the Criminal Procedure Code of Ukraine), a separate petition or objection to a cassation appeal (Part 3 of Article 431 of the CPC Ukraine)²². Therefore, when a person has not indicated anything about his participation in the court session, the court of cassation can not judge such "silence" of the scanner as his reluctance to participate in the cassation proceedings, and this consideration of the case must be verified by the procedure²³.

It is fully synchronized with the legal position of the ECHR, set forth in the judgment of "Borotyuk vs. Ukraine" which states: "... neither the letter nor the spirit of Article 6 of the Convention preclude a person voluntarily refusing – in an open or silent manner – his right of a guarantee to a fair judicial consideration. However, in order to such a refusal to be valid for the purposes of the Convention, it must be expressed in an unambiguous manner and be accompanied by minimum guarantees commensurate with the importance of such a refusal".

The law allows to limit the time of a person's appearance in the court of cassation, but cannot deprive a person of the right to self-statement in order to substantiate his position. Such legislative regulation directly contradicts the norm specified in clause 1 of art. 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights, according to which everyone has the right to determine his rights and obligations in any criminal proceedings

²¹ Bobechko N.P. Проблеми участі сторін в апеляційному та касаційному розгляді кримінальної справи. Вісник Львівського ун-ту. Серія юрид. 2010. Вип. 50. С. 328–339; Євмін А.М. Касаційне оскарження судових рішень у кримінальному провадженні : дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність». Київ, 2016. 215 с.; Bobechko N.P. Апеляційне та касаційне провадження у кримінальному судочинстві України : дис. на здобуття наук. ступеня докт. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність». Львів, 2016. 498 с.; Захаров В.И. Гражданские процессуальные гарантии субъективных сторон и третьих лиц при рассмотрении и разрешении гражданских дел : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук. Саратов, 1980. 23 с.; Bobechko N.P. Напрями удосконалення механізму захисту прав особи у стадії касаційного провадження згідно з КПК України. L'udske a občianske prava a slobody: mechanizmus ich implementacie a ochrany v roznych odvetviach prava: zbornik prispevkov z medzinarodnej vedeckej konferencie. Bratislava, 2014. 319 с.

²² Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI. Відомості Верховної Ради України. 2012. № 9-10, № 11-12, № 13. Ст. 88 / Веб-сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/print1487012800234384>; Кримінальний процес : підручник / за заг. ред. В.В. Коваленка, Л.Д. Удалової, Д.П. Письменного. Київ : «Центр учбової літератури», 2013. С. 363.

²³ Кримінальний процес : підручник / за заг. ред. В.В. Коваленка, Л.Д. Удалової, Д.П. Письменного. Київ : «Центр учбової літератури», 2013. С. 363.

for a fair and public hearing of a case by a competent, independent and impartial tribunal established by law²⁴. Therefore, the absence in criminal procedure legislation of the mandatory participation of persons in cassation proceedings is a significant problem of modern criminal justice in implementing of the principles of transparency and openness in criminal proceedings.

Conclusions

Summarizing all the above mentioned, we should highlight that the modern procedure for organizing a cassation appeal of judicial decisions in criminal justice in Ukraine does not contribute to the proper implementation of the principles of publicity and openness of court proceedings. Therefore, it inhibits the proper provision by the independent court of the right to protect a person in public and open criminal proceedings.

The author advocates the position of those scholars who believe that the introduction of the written cassation proceedings by new criminal procedure law of Ukraine generates out-of-court cassation proceedings. This in turn not only contradicts the specificity of the

control of this form of judicial review and correction of court mistakes, but also significantly limits the implementation of the principles of publicity and openness of criminal proceedings in the court of cassation. Therefore, the proposal regarding the need for reconstruction of the relevant norms of the CPC of Ukraine about obligatory participation of parties and other participants in criminal proceedings during the cassation proceedings, except when they unambiguously refused to participate in the cassation proceeding, will be considered quite appropriate. However, in this case, the court of cassation may declare their participation compulsory. It means that the court of cassation, even if there is a possibility to use written proceedings, should proceed from the necessity to hold a court session by calling the persons involved in the cassation proceedings. Such a doctrinal approach, in our opinion, will enable to improve the mechanism for the proper implementation of the principles of transparency and openness during the cassation appeal of judicial decisions in criminal justice, as well as to slow down the growth of negative trends and improve the European statistics on the assessment of court decisions made by the courts of Ukraine, which as yet proves disappointing dynamics of court errors, many of which remain unmanaged by higher courts.

²⁴ Свмін А.М. Касаційне оскарження судових рішень у кримінальному провадженні : дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність». Київ, 2016. С. 77.

Place of economic knowledge in the investigation of crime in the field financing of social targeted programs

Viter Dmytro

Postgraduate Student

of the Hon. Prof. M.S. Bokarius Kharkiv Research Institute of Forensic Examinations, Ukraine

The article notes that crimes in the field of financing of social targeted programs often have a latent in nature and committed by economic entities in the course of their professional management or financial and economic activities and have an expression of non-compliance with the rules and regulations that regulate it. More often, the traces of criminal activity are reflected in the relevant documents, which this activity is issued and is accompanied. That is why the leading place in the investigation of criminal proceedings on crimes in the field of financing social targeted programs are expert studies based on the use of techniques and methods for diagnosing the financial and economic status of the subject. The author stresses that in investigating crimes in the field of financing social targeted programs investigators, prosecutors, courts can involve both specialists and experts, and, in addition, specialists and experts can be specialists who are knowledgeable in a particular field of economic knowledge. Along with this are the differences between the specialist and the expert, which can be considered in different aspects or in different plane of the issues to be addressed, outlining the leading ones.

Pay attention that conducting of forensic economic examinations is one of the forms of using special economic knowledge in criminal proceedings, which is important for investigation of the criminal sphere of financing of social target programs. It is also emphasized that forensic examinations are a specific means of establishing the truth in criminal proceedings, their specific characteristics are indicated. It was emphasized that forensic examination, as a form of realization of special economic knowledge, is important for the characterization of the circumstances, already established in criminal proceedings, identifying new circumstances, as well as for investigating crimes and making well-founded decisions in court proceedings. The main tasks, which are solved by judicial economic examinations during investigation of crimes in the field of financing of social economic programs, are considered: examination of documents of accounting, tax accounting and reporting; examination of documents on economic activity of enterprises and organizations; examination of documents of financial and credit operations. Along with this, the tasks, which do not belong to the field of forensic economic expertise, are identified.

Місце економічних знань під час розслідування злочинів у сфері фінансування соціальних цільових програм

Viter Dmytro Vadimovich

аспірант

Харківського науково-дослідного інституту судових експертиз
імені заслуженого професора М.С. Бокаріуса, Україна

Вступ

Впровадження принципу змагальності у кримінальному процесі сприяло зростанню значущості використання судових експертиз під час розслідування злочинів різної спрямованості. Не винятком є і розслідування злочинів у сфері фінансування соціальних цільових програм, коли слідчий стикається з питаннями, що пов'язані з необхідністю доведення нецільового використання бюджетних коштів, неправомірного використання спеціальних фондів, порушеннями під час державних закупівель, розкраданням бюджетних коштів, хабарництвом тощо. Слід зауважити, що злочини у сфері фінансування соціальних цільових програм вчиняються суб'єктами господарювання в процесі здійснення ними професійної управлінської або фінансово-господарської діяльності та мають вираження у недотриманні норм і правил, що її регламентують. Найчастіше

сліди злочинної діяльності знаходять своє відображення у відповідних документах, якими ця діяльність оформлюється й супроводжується. Злочини у сфері фінансування соціальних цільових програм, як правило, латентні. Це пов'язано з тим, що досить часто вони маскуються зовнішньо звичайними та на перший погляд законними господарськими угодами. Поряд із цим необхідно враховувати також те, що такі правопорушення вчиняють із використанням прийомів, спрямованих на викривлення й фальсифікацію результатів діяльності суб'єкта господарювання. Саме тому провідне місце в розслідуванні кримінальних проваджень про злочини у сфері фінансування соціальних цільових програм посідають експертні дослідження, які базуються на використанні прийомів і методів діагностики фінансово-господарського стану суб'єкта.

У КК України були законодавчо визначені види протиправних дій у сфері господарської діяльності,

за які передбачена кримінальна відповідальність. Конкретизована диспозиція статей Кримінального кодексу зумовлює потребу використання спеціальних знань під час виявлення та розслідування окреслених злочинів, серед яких такі: незаконна дія з документами на перерахування грошових коштів, платіжними картками й іншими засобами доступу до банківських рахунків; порушення законодавства про бюджетну систему України; розкрадання бюджетних коштів; легалізація (відмивання) доходів, отриманих злочинним шляхом тощо.

Виявленню й розкриттю злочинів у сфері фінансування соціальних цільових програм сприяє правильне застосування суб'єктами кримінального провадження спеціальних економічних знань, серед яких знання в галузях: бухгалтерського, фінансового й податкового обліку; економіки та управління виробництвом; фінансів і кредиту; податків й оподаткування; банківської справи; аналізу фінансово-господарської діяльності; економіки праці; особливостей випуску, обігу цінних паперів тощо.

Мета статті – характеристика спеціальних економічних знань, які є підґрунтям судово-економічної експертизи, окреслення завдань і предмета судово-економічної експертизи, а також висвітлення її можливостей у практиці розслідування злочинів у сфері фінансування соціальних цільових програм.

Виклад основного матеріалу

Слід зауважити, що закономірності слідоутворення в окресленій сфері завжди пов'язані з виконанням операцій у галузі документообігу, банківськими операціями, функціонуванням технологій виробництва, обліку й звітності, організаційно-управлінської діяльності, несанкціонованого «скачування» інформації тощо. Закономірності виникнення слідів економічних злочинів, до яких також можна віднести злочини у сфері фінансування соціальних цільових програм, досліджені в наукових працях криміналістів С.П. Голубятнікова, М.К. Камінського, В.П. Кубанова, О.Ф. Лубіна, М.М. Лисова, В.В. Лисенка, П.В. Цимабала та інших.

Згідно із сучасною юридичною доктриною, спеціальні знання – це знання незагальновідомі, які не мають масового поширення і якими володіє обмежене коло фахівців. У широкому змісті терміна фахівець – це особа, яка володіє спеціальними знаннями та може набувати різного процесуального статусу, інакше кажучи, може брати участь у кримінальному процесі і як спеціаліст, і як експерт¹.

У криміналістичному аспекті спеціальні економічні знання є одним із засобів виявлення та розпізнавання ознак взаємодії події злочину з економіч-

ною системою та її окремими ланками. У сучасних умовах адаптація окремих положень конкретних економічних галузей знань, серед яких такі: бухгалтерський облік, банківська справа, фінанси і кредит; податки і оподаткування тощо до потреб розслідування злочинів у сфері фінансування соціальних цільових програм, а також інтеграція економічних і криміналістичних знань є обов'язковою передумовою підвищення ефективності протидії економічним злочинам узагалі та злочинам у сфері фінансування соціальних цільових програм зокрема. Щодо цього С.С. Чернявський зауважує, що спеціальні економічні знання експерта, які використовують для вирішення ключових питань у справах про злочини у сфері банківського кредитування, не можуть бути зведені винятково до бухгалтерських, а вимагають застосування можливостей усього виду економічних експертиз².

Під час розслідування злочинів у сфері фінансування соціальних цільових програм слідчі, прокурори, суди можуть залучати як спеціалістів, так і експертів, до того ж і спеціалісти, і експерти можуть бути тими фахівцями, які обізнані в конкретній галузі економічних знань. Крім того, кримінальне процесуальне законодавство України не забороняє залучати експерта у разі, якщо він раніше брав участь у цьому провадженні як спеціаліст.

Відмінності між спеціалістом і експертом можна розглядати в різних аспектах чи в різній площині вирішуваних завдань, серед яких необхідно виділити такі, як:

- мета залучення спеціаліста або експерта до досудового розслідування чи судового розгляду кримінального провадження;
- коло завдань, які ними розв'язуються;
- форми участі в кримінальному процесі;
- методи дослідження, які застосовують;
- фактичні підстави для прийняття рішення;
- процесуальний статус результатів роботи цих обізнаних осіб.

Проведення судово-економічних експертиз є однією з форм використання спеціальних економічних знань у кримінальному судочинстві, що є важливим для розслідування злочинів у сфері фінансування соціальних цільових програм. Це пов'язане з тим, що результати економічного дослідження, які містяться у висновку експерта, є одним із джерел доказів у кримінальному провадженні, оскільки мають об'єктивний характер і відображають кореляційні зв'язки для встановлення істини в конкретному кримінальному провадженні та впливають на його вирішення по суті.

Аналіз процесу доказування в судочинстві як окремого випадку пізнання доводить, що розв'язання переважної більшості проблемних ситуацій, які

¹ Чеберяк П.П. Завдання судових експертиз при розкритті й розслідуванні злочинів, вчинених в економічній сфері України. Наукові записки Львівського університету бізнесу і права. 2013. Вип. 10. С. 83–88. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nzlubp_2013_10_22.

² Чернявський С.С. Методика розслідування злочинів у сфері банківського кредитування : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09. Київ, 2002. 20 с. (С. 15).

виникають у процесі правового регулювання, має спиратись на ґрунтовні, сучасні знання. Збирання доказових фактів під час судового пізнання із залученням спеціальних економічних знань набуває все більшої авторитетності та надійності, особливо в тому разі, коли такі знання використовуються у формі експертизи. Крім того, необхідно підкреслити, що судово-економічна експертиза, як форма реалізації спеціальних знань, має велике значення для характеристики обставин, вже встановлених за кримінальним провадженням, виявлення нових обставин, а також для розслідування злочинів й прийняття обґрунтованих рішень під час судового розгляду.

Судові експертизи є специфічним засобом встановлення істини у кримінальному судочинстві та характеризуються специфічними ознаками, серед яких такі:

- використання спеціальних знань;
- проведення дослідження з метою встановлення обставин, які мають значення для вирішення провадження;
- процесуальна форма призначення та проведення експертизи;
- оформлення результатів у спеціальному процесуальному документі;
- безпосереднє дослідження об'єктів експертизи³.

Судова експертиза базується на ґрунтовному науковому дослідженні у різних сферах людської діяльності та регламентована законодавчо. Поряд із цим доцільним убачається необхідність окреслити коло судових експертиз, які мають значення для судових проваджень щодо злочинів у сфері фінансування соціальних цільових програм. Провідні науковці зауважують, що призначення судових експертиз є найбільш процесуально цінною формою використання спеціальних знань у кримінальному судочинстві⁴. Законодавчо визначено, що підставою для проведення експертизи у кримінальному провадженні відповідно до чинного законодавства є процесуальний документ про призначення експертизи, складений уповноваженою на те особою (органом), серед яких: слідчий суддя, суд або суддя⁵. Призначаючи судову експертизу, уповноважений орган чи особа мають враховувати ті завдання, які вона дає змогу вирішити. Відповідно до ст. 244 КПК, слідчий суддя за результатами розгляду клопотання має право своєю ухвалою доручити проведення експертизи експертній установі, експерту або експертам, якщо особа, що звернулася з клопотанням, доведе, що:

для вирішення питань, які мають істотне значення для кримінального провадження, необхідне залучення експерта⁶. До ухвали слідчого судді про доручення проведення експертизи включаються запитання, поставлені перед експертом особою, яка звернулася з відповідним клопотанням.

Як і за кримінальними провадженнями про злочини будь-якої категорії, під час розслідування злочинів у сфері фінансування соціальних цільових програм мають бути доведеними обставини, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, що передбачено ст. 91 КПК України, зокрема: подія кримінального правопорушення, вид і розмір шкоди ним завданої, обставини, які впливають на ступінь тяжкості вчиненого правопорушення, а також ті обставини, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності. Особливістю розслідування злочинів у сфері фінансування соціальних цільових програм є те, що значна частина з них може бути дослідженою і доказаною лише з використанням спеціальних знань.

Науковці-правники під час розроблення методик розслідування злочинів, пов'язаних із неправомірним використанням коштів, спрямованих на фінансування різних програм, особливу увагу приділяли доцільності використання низки експертиз, серед яких такі: економічні, експертиза матеріалів, речовин і виробів, технічна експертиза документів, почеркознавча, комп'ютерно-технічна, товарознавча, будівельно-технічна експертизи⁷. Крім того, процес розслідування злочинів у сфері фінансування соціальних цільових програм вимагає залучення й інших видів судових експертиз, серед яких не останнє місце посідають судові експертизи матеріалів, речовин і виробів та експертизи відео- та звукозапису для дослідження об'єктів у процесі викриття злочинців.

Поряд із цим аналіз наукових праць разом із слідчою практикою вказують на наявність низки проблем загального характеру щодо підготовки та призначення експертиз, які пов'язані з неоднозначним розумінням сутності та найменування відповідних експертних досліджень, помилками під час формулювання питань експерту, підготовки матеріалів для дослідження, недоліками організації та проведення цих експертиз. Можна погодитись із думкою науковців, що ці проблеми є причинами суперечностей у нормативно-правовій базі, а також у слідчій та експертній практиці, науково-методичних рекомендаціях із питань призначення та проведення експертиз та окремих методиках розслідування

³ Лисенко В.В. Криміналістичне забезпечення діяльності податкової міліції : (Теорія та практика) : монографія. Київ : Логос, 2004. 324 с. (С. 210).

⁴ Степанюк Р.І. Криміналістичне забезпечення розслідування злочинів, вчинених у бюджетній сфері України : монографія / за заг. ред. А.Ф. Волобуєва. Харків : Ніка нова, 2012. 382 с. С. 216.

⁵ Інструкція про призначення та проведення судових експертиз та Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень : Наказ Міністерства юстиції України від 8 жовтня 1998 р. № 53/5. (зі змінами та доповненнями). Офіційний вісник України. 1998. № 46.

⁶ Кримінальний процесуальний кодекс України (зі змінами та доповненнями) від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2013. № 9–10, № 11–12, № 13. Ст. 88.

⁷ Мудрецька Г.В., Методика розслідування викрадань бюджетних коштів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09; Нац. ун-т податк. служби України. Ірпінь, 2011. С. 14; Довбаш Р.С. Методика розслідування злочинів, пов'язаних з незаконним відшкодуванням ПДВ : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09; НАВС. Київ, 2011. С. 12.

злочинів⁸. Зокрема, науковці вважають дискусійним питання співвідношення експертиз, які відносять до виду економічних, коли в наукових дослідженнях розглядаються як окремі судово-економічна та судово-бухгалтерська експертизи⁹. Однак нормативними документами передбачена можливість призначення у межах економічної експертизи лише таких експертиз: бухгалтерського та податкового обліку; фінансово-господарської діяльності; фінансово-кредитних операцій¹⁰.

Розглянемо основні завдання, які вирішуються судовими економічними експертизами під час розслідування злочинів у сфері фінансування соціальних економічних програм.

Основними завданнями експертизи документів бухгалтерського, податкового обліку і звітності є визначення документальної обґрунтованості:

- розміру нестачі або надлишків товарно-матеріальних цінностей і грошових коштів, періоду і місця їх утворення;

- оформлення операцій з одержання, зберігання, виготовлення, реалізації товарно-матеріальних цінностей, зокрема грошових, основних засобів, надання послуг;

- відображення в обліку грошових коштів, цінних паперів;

- відображення в обліку операцій з нарахування та виплати заробітної плати, інших виплат;

Крім того, завдання цієї експертизи спрямовані на встановлення відповідності нормативно-правовим актам відображення в податковому обліку:

- доходів і витрат за фінансово-господарськими операціями, що підлягають оподаткуванню податком на прибуток;

- податкових зобов'язань і податкового кредиту з податку на додану вартість.

Слід зауважити, що проведення ревізійних дій (визначення експертами-економістами будь-яких економічних показників без попереднього проведення документальних перевірок фінансово-господарської діяльності суб'єктом контролю) не належить до завдань економічної експертизи. Відмінність судово-бухгалтерської експертизи від ревізії полягає в тому, що експертиза дає змогу перевірити правильність і обґрунтованість документального оформлення та відображення в обліках операцій, які вже відомі слідчому, та матеріалів, які слідчий надає експерту на дослідження. У свою чергу, за допомогою

ревізії можна виявити нові матеріали, які ще не були надані на розгляд слідчому.

Якщо експертиза призначається з метою перевірки висновків документальної ревізії, у документі про призначення експертизи (залучення експерта) зазначається, які саме висновки і з яких причин викликають сумнів (суперечать іншим матеріалам справи, непереконливо обґрунтовані фінансовими інспекторами тощо).

Основними завданнями експертизи документів про економічну діяльність підприємств й організацій є такі:

- проведення аналізу: показників фінансово-економічного стану (платоспроможності, фінансової стійкості, прибутковості тощо) підприємства/організації; структури майна та джерел його придбання;

- визначення документальної обґрунтованості: розрахунків із дебіторами і кредиторами; аналізу складу витрат; розрахунків у разі приватизації й оренди майна, що приватизується; розрахунків частки майна у разі виходу учасника зі складу засновників; розрахунків втраченого заробітку (від несвоєчасної виплати компенсації заподіяної шкоди у разі втрати працездатності та в інших випадках); цільового витрачання бюджетних коштів; розрахунків втраченої вигоди.

Поряд із цим необхідно враховувати, що не належить до завдань експертизи фінансово-господарської діяльності вирішення питань щодо:

- дотримання комітетами з конкурсних торгів вимог законодавства, що регламентує проведення закупівлі товарів (робіт, послуг) за державні кошти;

- документальної обґрунтованості збитків показниками фінансової звітності підприємства/організації за певний період (визнання поточної дебіторської заборгованості безнадійною).

Основними завданнями експертизи документів фінансово-кредитних операцій під час розслідування злочинів у сфері фінансування соціальних цільових програм є визначення документальної обґрунтованості:

- оформлення банківських операцій із відкриття рахунків, руху грошових коштів на рахунках;

- оформлення та відображення в обліку операцій із видачі, використання та погашення кредитів;

- оформлення та відображення в обліку банків їх фінансово-господарської діяльності;

- відповідності відображення фінансово-господарських операцій банків вимогам нормативних актів із ведення обліку і подання звітності;

- відображення фінансово-господарських операцій щодо нарахування та сплати банками податків та їх відповідності даним обліку та звітності, чинному законодавству;

- проведення операцій за депозитними вкладками у банківських та інших фінансових установах.

Обсяг наданих експерту матеріалів залежить від кожного конкретного випадку розслідуваної події

⁸ Степанюк Р.Л. Криміналістичне забезпечення розслідування злочинів, вчинених у бюджетній сфері України : монографія / за заг. ред. А.Ф. Волобуєва. Харків : Ніка нова, 2012. 382 с. С. 217.

⁹ Корж В.П. Теоретические основы методики расследования преступлений, совершаемых организованными преступными образованиями в сфере экономической деятельности : монография. Харьков : Изд-во Нац. ун-та внутр. дел, 2002. 412 с.

¹⁰ Інструкція про призначення та проведення судових експертиз та Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень : Наказ Міністерства юстиції України від 8 жовтня 1998 р. № 53/5. (зі змінами та доповненнями). Офіційний вісник України. 1998. № 46.

та питань, поставлених перед експертом. Необхідно зауважити, що через те, що останнім часом фінансові операції часто здійснюються за допомогою комп'ютерної техніки та електромереж, об'єктами таких експертиз можуть бути документи не лише на паперових, а й на електронних носіях. Якщо ведення бухгалтерського та податкового обліку здійснювалось в електронно-обчислювальному вигляді, експерту надаються реєстри бухгалтерського та податкового обліку у роздрукованому вигляді, обов'язково завірені в установленому порядку. Додатково вони можуть бути надані на вимогу експерта на електронних носіях інформації. Оригінальність такого документа спочатку встановлюється проведенням комп'ютерно-технічної експертизи.

На момент призначення судово-економічної експертизи в матеріалах кримінального провадження повинна міститися повна інформація щодо події, яку має дослідити експерт. До матеріалів, які надсилають експерту, додають всі дійсні та фіктивні документи; неофіційні записки матеріально відповідальних осіб; протоколи допиту всіх осіб, які можуть надати свідчення щодо події злочину; висновки експертиз, які проведені перед призначенням судово-е-

кономічної експертизи та можуть бути використані експертом-економістом тощо.

У разі потреби для визначення, які саме документи слід надати експерту на дослідження в кожному конкретному випадку, доцільно отримати консультацію експерта-економіста. Для проведення дослідження необхідно надати оригінали документів або належним чином завірені їх якісні копії.

Висновки

Отже, збирання й оцінка доказів за кримінальними провадженнями про злочини у сфері фінансування соціальних цільових програм зумовлює потребу широкого використання спеціальних економічних знань, а конкретний спосіб застосування таких знань і вибір певного підвиду судової економічної експертизи базуються на тих основних завданнях, які вона дає змогу вирішити. Виокремлено основні завдання, які вирішуються судовими економічними експертизами під час розслідування злочинів у сфері фінансування соціальних економічних програм і виокремлено завдання, які не належать до сфери судово-економічної експертизи.

Distance employment in Ukraine: the theoretical and legal aspect*Hnidenko Viktoriia**Assistant of the Department of Law**of Faculty of Law**of Volodymyr Dahl East Ukrainian National University, Ukraine*

The article is devoted to the problems of content analysis, the place and role of distance employment in the employment system of Ukraine. We have pointed out that jobs are undergoing certain transformations, depending on the introduction into the production process of digital technologies, and therefore immediately entail a change in the forms of employment and the use of workers' labor. On the one hand, the introduction into the workplace of technological innovations in the workplace is aimed at the direct improvement of working conditions and, as a consequence, an increase in the motivation of workers to qualitatively fulfill their labor functions. On the other hand, it becomes a certain threat to the employee, since part of his work functions (or even all) can be performed by an automated system or artificial intelligence.

The author pointed out that distance employment appeared in the process of transition to the information society, the development of communication technologies and innovations, which predetermined the possibility of "remote labor relations" between the employer and his employees. Despite the fact that distance employment has appeared relatively recently, its rapid development significantly affects the internal and external (international) labor market.

In addition, it is fairly noted that labor relations for distance employment are not regulated by labor legislation, there is an intensification of the role of individual labor contracts, which must take into account the features of this form of employment, while not depriving the employee of his social and labor guarantees, defined by labor legislation.

As a result, we have indicated that the introduction of a remote form of employment and its legalization should occur at several levels. The state's innovative labor policy should include discussion and legislative consolidation of flexible forms of employment, in particular, distance employment. The first level is the national (state), which is conditioned by the necessity of creating a single legal and regulatory framework that regulates the issue of the emergence, change and termination of employment relationships under the conditions of distance employment. The second level is sectoral, since, as already mentioned, the distance form of employment is characteristic only of certain types of professions and therefore should be included in the policy of branch development. The latter level is local, since the policy of organizational restructuring in the immediate workplace is a key element and is intended to ensure the actual realization of the right to work under the conditions of distance employment.

Дистанційна зайнятість в Україні: теоретико-правовий аспект*Гніденко Вікторія Ігорівна**асистент кафедри правознавства**юридичного факультету**Східноукраїнського національного університету імені Володимира Даля, Україна***Вступ**

Не можна заперечувати той факт, що наша країна стоїть на шляху інноваційного розвитку, вдосконалення та трансформації трудових правовідносин. Спираючись на здобутки світової ринкової економіки, технологій і вдосконалення нормативно-правового регулювання зайнятості, зазначимо, що зараз обрано інноваційний вектор розвитку трудового права загалом і у вирішенні питань щодо впровадження та використання гнучких форм зайнятості зокрема.

Зазначимо, що робочі місця зазнають певних трансформацій залежно від впровадження у виробничий процес цифрових технологій, а відтак невідкладно тягнуть за собою зміну форм зайнятості та використання праці працівників. З одного боку, впровадження у трудову сферу технологічних інновацій на робочому місці спрямоване на безпосе-

редне покращення умов праці і, як наслідок, підвищення мотивації працівників до якісного виконання своїх трудових функцій. З іншого – це стає певною загрозою для працівника, оскільки частину його трудових функцій (або навіть усі) може виконувати автоматизована система або штучний інтелект. Це, у свою чергу, змушує працівника адаптуватися до нових «викликів сьогодення» і по-інакшому виконувати свою роботу, зокрема використовувати таку форму зайнятості, як дистанційна.

Та все ж зауважмо, що впровадження технологічних інновацій у трудову сферу більшою мірою має позитивний вплив на цілий ряд факторів, таких як продуктивність та якість праці, ефективність організації трудової діяльності та конкурентоспроможність працівників на ринку праці. Та, незважаючи на такий помітний позитивний вплив використання дистанційної зайнятості, законодавець дотепер не

внів відповідних змін до чинного законодавства та остаточно не визнав і не легалізував дистанційну форму зайнятості, що є певною прогалиною. Все вищезазначене щодо впровадження інновацій у сферу трудових правовідносин і необхідності вдосконалення нормативно-правового регулювання свідчить про актуальність цього питання.

Проблеми теоретичного підґрунтя та нормативно-правового регулювання дистанційної зайнятості торкнувся у своїх дослідженнях ряд учених, зокрема такі: О.С. Арсентьєва, Г.О. Барабаш, Н.Б. Болотіна, В.С. Венедіктов, С.В. Венедіктов, О.М. Вінник, В.В. Жернаков, М.І. Іншин, Г.А. Капліна, І.Я. Кисельов, В.Л. Костюк, Л.В. Котова, В.П. Кохан, І.В. Лагутіна, А.М. Лушніков, В.М. Лушнікова, Р.З. Лівшиць, С.С. Лукаш, К.Ю. Мельник, М.М. Моцар, В.О. Носенко, О.М. Обушенко, П.Д. Пилипенко, О.С. Погорелова, С.М. Прилипо, В.І. Прокопенко, О.І. Процевський, Б.Г. Розовський, Я.В. Свічкарьова, Н.М. Хуторян, М.А. Шабанова, В.І. Щербина, О.М. Ярошенко та інші. Проте, незважаючи на такий значний науковий доробок, проблематика правового регулювання дистанційної зайнятості досліджена не повною мірою та потребує глибокого дослідження.

Мета статті полягає в тому, щоб з урахуванням доктринального доробку вітчизняних і закордонних учених, опрацювання міжнародних стандартів і національного та зарубіжного законодавства здійснити змістовну характеристику дистанційної форми зайнятості, з'ясувати місце та значення дистанційної зайнятості у системі гнучких форм зайнятості та сформулювати рекомендації, спрямовані на вдосконалення законодавства в цій сфері.

Виклад основного матеріалу

Протягом останніх декількох років збільшується частка працівників, які можуть працювати у віддаленому форматі (тобто за межами робочого місця у стандартному його розумінні) за допомогою використання цифрових технологій. Часто таких працівників називають «віртуальний, дистанційний або невидимий працівник»¹, такий тип зайнятості працівників став більш поширеним внаслідок прогресу в галузі цифрових технологій і появи нових форм організації праці та зайнятості.

Тож повністю зрозумілим є те, що зростання рівня використання всіх видів цифрових технологій і засобів масової інформації, головним чином смартфонів і планшетів, а також зростаюча доступність таких пристроїв і простота підключення до Інтернету² є ключовими факторами зростання мобільності працівників.

Ще до поширення інформаційних технологій була низка робіт, які не потребують безумовної прив'язки до конкретного робочого місця. Нині їх число множиться. У теорії трудового права з'явився термін «віддалена робота». Спочатку це були фрилансери – люди, що виконують разові роботи на замовлення, наприклад, сантехніки. Вперше подібні форми організації праці набули масового поширення і наукового обґрунтування в США, де вже в 1970-ті роки почався процес якісних змін у системі організації праці і трудових відносин. Закордоном сьогодні основну нішу дистанційної роботи зайняла інтелектуальна праця³.

Очевидно, що підвищення рівня використання цифрових технологій і трансформація робочих місць є категоріями взаємопов'язаними, оскільки вдосконалення процесу використання праці все частіше вимагає впровадження цифрових і технологічних інновацій у сфері управління трудовою діяльністю працівників, так званої «організаційної інновації». Зазначимо, що організаційні інновації містять такі категорії:

ділова практика (обмін знаннями та розвиток персоналу);

організація робочого місця (передача прийняття рішень працівникам щодо його використання);

зовнішні відносини (між працівниками в одній частині організації та з іншими відділами або зовні);

інші інновації (наприклад використання змінної системи оплати або нетипових (гнучких) трудових договорів)⁴. Отже, цілком закономірним є те, що робоче місце зазнає ряд трансформаційних впливів, зважаючи на рівень розвитку технологічних інновацій. Це, у свою чергу, заохочує у працівників розвивати у собі такі навички, як гнучкість, адаптивність і бажання змінюватися в професійному плані шляхом ефективного використання доступних цифрових технологій, тобто переходити від стандартної зайнятості до дистанційної.

Дистанційна зайнятість з'явилася в процесі переходу до інформаційного суспільства, розвитку комунікаційних технологій та інновацій, які зумовили можливість появи «дистанційних трудових відносин» між роботодавцем і його працівниками. Незважаючи на те, що дистанційна зайнятість з'явилася порівняно недавно, її стрімкий розвиток значно впливає на внутрішній і зовнішній (міжнародний) ринок праці, оскільки саме завдяки дистанційній зайнятості особи можуть бути працівниками компаній іноземних держав не виходячи з дому.

Звернемо увагу, що в деяких ситуаціях виникає певна плутанина у використанні поняття, яке б відображало суть і зміст цієї гнучкої форми зайня-

¹ Popma J. The Janus face of the 'New Ways of Work'. Rise, risks and regulation of nomadic work, ETUI, Working Paper 2013.07, Brussels.

² Holtgrewe U. New new technologies: The future and the present of work information and communication technology. *New Technology, Work and Employment*. 2014. Vol. 29. No. 1. P. 9–24.

³ Розовський Б.Г., Арсентьєва О.С. Праця створила людину... і на тисячоліття зупинила її розвиток. Актуальні проблеми права: теорія і практика : зб. наук. пр. 2018. № 2 (36). С. 16–42.

⁴ Gareis K., Lilischkis S. and Mentrup A. Mapping the mobile e workforce in Europe, in Andriessen J.H. and Vartiainen M. (eds.), *Mobile virtual work: A new paradigm?*, Springer, Berlin, 2006.

тості. Як зазначає Я.В. Свічкарьова, ні сучасне законодавство України, ні практика не містять розмежування понять «телепрацівник», «надомник» і «фрилансер»⁵. У доктринальному доробку вчених можна натрапити на такі поняття: дистанційна зайнятість, віддалена зайнятість, телеробота, телезайнятість тощо. Це насамперед пов'язане з особливостями перекладу англomовних термінів, оскільки в англomовній літературі використовується безліч синонімів для позначення дистанційної зайнятості, зокрема: telework, telecommuting, telejob, flexplace, work-at-home, home-based work, eWork та інші⁶.

На нашу думку, слід використовувати поняття дистанційна або віддалена зайнятість, оскільки робота, яка виконується за таких умов є фізично дистанційованою від головного місця роботи та, окрім того, завдяки сучасним технологіям працівник може або брати участь у засіданнях за допомогою сервісу Skype, або віддалено керувати автоматизованими процесами, або навіть отримати віддалений доступ до робочого комп'ютера за допомогою програми TeamViewer.

Дистанційна робота, телеробота (від грецької tele – «далеко») – форма виконання своїх трудових обов'язків працівником за вказівками роботодавця поза межами постійного місця знаходження роботодавця або виробничого приміщення, належного роботодавцеві, – вдома у працівника, у спеціально обладнаному приміщенні для виконання роботи або в будь-якому іншому місці, яке не перебуває у віданні роботодавця⁷.

Сутність дистанційної зайнятості чітко розкриває А.М. Колотом як нестандартна форма зайнятості, що застосована на гнучких соціально-трудових відносинах між працівником і роботодавцем та відбувається у віртуальному середовищі з використанням ІКТ⁸. Практика економічно розвинених країн показала, що дистанційна зайнятість збільшує гнучкість режиму виконання працівником своїх функцій, оскільки він може оптимізувати співвідношення робочого часу і часу, що витрачається на поїздки на роботу⁹.

М.М. Моцар зазначає, що дистанційна форма зайнятості веде до мінімізації витрат роботодавця,

зокрема, на офісні приміщення, на організацію робочого місця, проходження різних медоглядів, курсового навчання, забезпечення соціального пакета і т. д. При цьому роботодавець отримує більш ефективного співробітника, великий вибір персоналу, доступність технологій, дешевизну телекомунікаційної техніки (електронної пошти, дистрибутивного каналу для ділової інформації) і т. д.¹⁰. Отже, дистанційна зайнятість є гнучкою формою зайнятості, яка поєднує в собі два важливі принципи, з одного боку – гнучкості трудових правовідносин, зокрема трансформації робочого місця, а з іншого – підвищення рівня захищеності працівника та комфортності умов праці.

Водночас треба звернути увагу на той факт, що не можна ототожнювати дистанційну зайнятість лише з роботою вдома на одного роботодавця. Залежно від конкретних обставин, у яких перебуває працівник, дистанційна зайнятість може бути декількох видів, кожен з яких матиме власні особливості. Наприклад, на думку О.Ю. Гулевич, є п'ять основних видів дистанційної зайнятості:

1) дистанційна зайнятість, яка розподілена за кількома місцями: частково – вдома, частково – у приміщеннях, що є власністю роботодавця (на більшу частину робіт поширюється дія колективних договорів);

2) надомна робота, яка складається з одноманітних, часто повторюваних операцій, які не потребують високої кваліфікації (оплачується за кінцевим результатом);

3) позаштатна дистанційна робота, яка базується на надомній роботі і здійснюється позаштатними працівниками на основі договорів із роботодавцем (комп'ютерне програмування, дизайн тощо);

4) мобільна дистанційна робота, яка передбачає застосування можливостей нових технологій у традиційних формах мобільної діяльності (робота торгових представників, інспекторів тощо);

5) робота у спеціально обладнаному офісі, яка здійснюється телекомунікаційним зв'язком («телеробота» та «теледоступ»)¹¹.

Крім того, відповідно до висновків Європейської комісії за дистанційної форми зайнятості «робота здійснюється будь-де і в будь-який час. Таке виконання працівниками трудових функцій повинно повністю відповідати меті, завданням, графіку роботи і способу життя працівника, і не обов'язково виконується в певному місці, а також може виконуватися «в дорозі»¹². Як наслідок, дистанційна зайнятість,

⁵ Свічкарьова Я.В. Дистанційна робота як одна із форм атипової зайнятості. Держава та регіони. Серія: «Право». 2013. № 1 (39). С. 129–134.

⁶ Луданик М.В. Дистанционная занятость в России: перспективы развития и проблемы регулирования. Уровень жизни населения регионов России. 2007. № 8/9. С. 72–73.

⁷ Т. 11 : Трудове право / редкол.: С.М. Прилипко, М.І. Іншин, О.М. Ярошенко та ін.; Нац. акад. прав. наук України; Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. 2018. 776 с.

⁸ Колот А.М. Інноваційна праця та інтелектуальний капітал у системі факторів формування економіки знань. Україна: аспекти праці. 2007. № 4. С. 4–9.

⁹ Новак І.Н., Оверковский Б.Н. Нестандартная занятость в Украине: социальные риски и контрстратегии профсоюзов. Киев : Фонд им. Фридриха Эберта (FES), 2011. URL: <http://www.fes.kiev.ua/new/wb/media/publikationen>.

¹⁰ Моцар М.М. Проблеми формування дистанційних форм зайнятості в Україні. Наукові праці МАУП. 2013. Вип. 2 (37). С. 123–128.

¹¹ Гулевич О.Ю. Трансформація зайнятості у сфері послуг під впливом розвитку інформаційних технологій. Україна: аспекти праці. 2010. № 2. С. 10–13.

¹² European Commission (2010a), The increasing use of portable computing and communication devices and its impact on the health of EU workers, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2010. 116 p.

заснована на цифрових технологіях, відбувається в постійно мінливих ситуаціях, але обов'язково з урахуванням необхідності співпраці з іншими працівниками або клієнтами. Отже, можна стверджувати, що є одна важлива вимога – бути постійно на зв'язку з колегами, керівництвом, клієнтами для досягнення спільної мети.

На нашу думку, чудовим прикладом взаємодії дистанційних працівників і контролю за виконанням ними трудових функцій є компанія Apple, яка досягла великих успіхів у сфері результативності дистанційної роботи. Суть створеної в компанії моделі управління і міжособистісної комунікації полягає в жорсткому контролі і проходженні чотириденного інтенсивного тренінгу, протягом якого компанія прагне визначити, чи здатен працівник до дистанційної роботи. Факт наявності працівника на робочому місці компанія перевіряє за допомогою спеціального програмного забезпечення, крім того, співробітника в будь-який момент можуть попросити ввімкнути веб-камеру та вийти на відеозв'язок із головним офісом.

Дистанційна зайнятість часто використовується самозайнятими особами та пов'язана з іншими гнучкими формами зайнятості. Наприклад, краудсорсинг (як у Данії, Німеччині, Греції, Португалії та Іспанії), коворкінг та інші форми співробітництва серед самозайнятих осіб (як на Кіпрі, Німеччині, Італії, Литві та Іспанії) і портфоліо кар'єрного розвитку (як у Латвії та Норвегії).

Попри низку переваг, які надає дистанційна зайнятість, виникають і певні недоліки, які можуть призвести до зловживання правами або порушення норм законодавства. Одним із найбільш проблемних аспектів дистанційної зайнятості, виявляється, є ізоляція та відсутність доступу до неформального обміну інформацією, що відбувається на постійному місці роботи. Дистанційні працівники втрачають інтеграцію у весь процес ведення справ свого роботодавця, тому що вони працюють на власному фрагментованому завданні і менш задіяні в загальній діяльності. Електронна комунікація не відповідає багатству спілкування «віч-на-віч», а відсутність соціальних контактів може призвести до менш розвинених соціальних навичок (таких, як робота в команді або толерантність), частіше застосовувати більш негативний тон спілкування, який може включати мову ворожнечі і підвищене відчуття деперсоналізації. Зниження продуктивності та збільшення зусиль для підтримки ефективного обміну інформацією може призвести до невизначеності та неоднозначності, що може підвищити рівень стресу¹³.

Умови роботи дистанційних працівників залежать від домовленостей з їхнім роботодавцем

¹³ European Commission (2010a), The increasing use of portable computing and communication devices and its impact on the health of EU workers, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2010. 116 p.

щодо їх доступності. Деякі роботодавці очікують, що працівники будуть постійно доступні після основного робочого часу. У німецькому опитуванні 70% опитаних компаній очікують, що їхні співробітники будуть доступні за межами робочого часу фірми, навіть якщо в трудовому договорі говориться, що ніхто не зобов'язаний бути доступним цілодобово¹⁴.

Але існують і вдалі практики використання дистанційної зайнятості, наприклад, у Швеції, яка в кінці 1990-х років підтримувала роботу з цифровими пристроями (ІТ-керовані арбети), ця форма зайнятості повідомила про революцію у виробництві, споживанні та способах праці. Перехід до зростаючої залежності від цифрових технологій для організації роботи зменшив важливість традиційного фізичного робочого місця. Це призвело до набуття нових навичок, нової практики роботи та підвищення ефективності організації, посилення загальної конкурентоспроможності та сприяння росту (включно зі створенням робочих місць)¹⁵.

У Данії поширення дистанційної зайнятості вносить свої зміни у організацію роботи. Гнучкість, пов'язана з цією новою формою зайнятості, відрізняється від гнучкості більш традиційних форм, таких як змінна робота. Вона вимагає більшої самоорганізації та самоврядування та потенційної доступності всієї команди.

У Фінляндії очікується, що, якщо дистанційна зайнятість стане більш поширеною, організація роботи стане менш ієрархічною і більш гетерогенною, контекстуальною та індивідуалізованою. Індивідуальні робочі заходи та трудові відносини стають реальністю¹⁶.

Зазвичай більшість нововведень в Україні стикаються з проблемами низького рівня технічної та технологічної оснащеності нашої економічної й інформаційної сфер. Зокрема, у цьому випадку серйозною перешкодою для розроблення й реалізації на ринку праці дистанційних форм зайнятості є не лише відсутність законодавчого закріплення форм дистанційної зайнятості, але й брак регулювання електронних відносин.

Оскільки трудові відносини з дистанційної зайнятості не регулюються трудовим законодавством, відбувається посилення ролі індивідуальних трудових договорів, де мають бути враховані особливості такої форми зайнятості без позбавлення при цьому працівника його соціально-трудова гарантій, визначених трудовим законодавством.

¹⁴ Maschke M., Nies G. and Vogl G. Mobile Arbeit: zwischen Autonomie und Fremdbestimmung [Mobile work: Between autonomy and heteronomy], WSI-Mitteilungen. 2014. No. 2. P. 156–159.

¹⁵ Vinnova Användningsdriven utveckling av IT i arbetslivet, No. 2 [Application-driven development of IT in the workplace, 2007. No. 2], Vinnova, Stockholm.

¹⁶ Alasoini T., Järvensivu A. and Mäkitalo J. Suomen työelämä 2030. Miten ja miksi se on toisenaikoinen kuin tällä hetkellä [Finnish working life 2030: How and why it looks different from the present], Työ- ja elinkeinoministeriön raportteja, No. 14/2012, Helsinki, 2012.

Як зазначає О.С. Погорелова, «по-перше, має бути визначена форма дистанційної зайнятості, оскільки працівник може виконувати роботу поза межами приміщення роботодавця. По-друге, має бути визначено, яким чином за дистанційної зайнятості працівник надає результати виконаної роботи, відбувається контроль за виконанням такої роботи, визначаються час і спосіб зв'язку дистанційного працівника з роботодавцем. По-третє, мають бути враховані вимоги охорони праці під час виконання роботи вдома тощо»¹⁷.

Висновки

У процесі проведеного дослідження нами було здійснено змістовну характеристику дистанційної форми зайнятості. Зокрема, ми дійшли висновку, що така форма зайнятості стає все більш поширеною в останні роки. Можливість використовувати робочий час на власний розсуд знаходить все більше прихильників. Частка працівників, які зайняті дистанційно, щорічно збільшується, що веде до об'єктивно зумовлених трансформацій робочого місця під впливом цифрових технологій, розвитку робототехніки, автоматизованих систем і штучного інтелекту.

Та, незважаючи на низку переваг, які надає дистанційна форма зайнятості, ми змушені визнати, що така форма зайнятості не підходить для всіх робочих місць. Доходимо висновку, що потрібно мати можливість виконувати завдання, притаманні певному виду роботи (або принаймні її частині), поза примі-

¹⁷ Т. 11 : Трудове право / редкол.: С.М. Прилипко, М.І. Іншин, О.М. Ярошенко та ін. ; Нац. акад. прав. наук України ; Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України ; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. 2018. 776 с.

щенням роботодавця або іншого фіксованого робочого місця. Діяльність і завдання дистанційних працівників значно відрізняються залежно від сектору та професії. Крім того, такі працівники також повинні мати можливість доступу до систем зв'язку компанії та обміну відповідною інформацією незалежно від місця та часу. Для цього потрібна система хмарних обчислень для зберігання даних із віртуальним доступом із мобільних пристроїв і створення відповідної корпоративної мережевої інфраструктури (мережа комп'ютерів, ноутбуків, планшетів, мобільних телефонів тощо), а також узгоджені процедури комунікації та обміну інформацією.

На нашу думку, запровадження дистанційної форми зайнятості та її легалізація повинні відбуватися на декількох рівнях (національний, галузевий і локальний). Інноваційна трудова політика держави має включати обговорення та законодавче закріплення гнучких форм зайнятості, зокрема дистанційної зайнятості. Першим рівнем є національний (державний), що зумовлюється необхідністю створення єдиної нормативно-правової бази, яка регулюватиме питання виникнення, зміни і припинення трудових правовідносин за умов дистанційної зайнятості. Другий рівень – галузевий, оскільки, як уже було зазначено, дистанційна форма зайнятості притаманна лише певним видам професій, тому має бути включена в політику галузевого розвитку. Останній рівень – локальний, оскільки політика організаційної реструктуризації на безпосередньому робочому місці є ключовою ланкою та покликана забезпечити фактичну реалізацію права на працю в умовах дистанційної зайнятості.

Territorial division of the subject of jurisdiction in criminal proceedings*Horodetska Maryna**Candidate of Law Sciences, Doctoral Student**of Donetsk Law Institute of Ministry of Internal Affairs of Ukraine, Ukraine*

The article is devoted to the study of the territorial division of the subject of jurisdiction in criminal proceedings.

It is noted that for the purpose of the effectiveness of criminal proceedings, the distribution of the subject of jurisdiction is carried out. There are different criteria of distribution of the subject of jurisdiction, but the most common among them is the territorial criterion. It is based on the legislative separation of criminal procedural activities of state bodies and officials. At the same time, the territorial distribution of the subject of jurisdiction in the criminal process is not perfect in the part of territorial divisions, which are characterized by a certain specificity of infrastructure objects. This shortcoming in the subject of jurisdiction leads to problems with the achievement of the effectiveness of criminal justice, in particular the provision of the rights and freedoms of participants in criminal proceedings. Thus, the actual question is the scientific study of the territorial division of the subject of jurisdiction in criminal proceedings.

It is concluded that the subordination of the bodies conducting the criminal process to the agency regarding the territory of servicing of the proceeding leads to bias, the emergence of corporate interests, abuse, shelter of crimes and, in general, inefficiency in connection with this criminal proceedings in general.

It is concluded that a territorial division characterized by a certain distance and compact concentration of the population (within certain cities, districts, and the aggregate of small towns) provides an occasion for separating the subject of jurisdiction by the territorial criterion of the bodies of criminal justice within the limits of those departments within the structure of which is introduced specified criminal justice bodies on the basis of other criteria, such as: temporal, departmental, intradermal.

A territorial unit characterized by a certain specificity in connection with the existence of certain infrastructure objects on it, which affects those legal relationships and offenses that are connected with this territory, may be the reason for the application of the specialization of certain subjects of criminal proceedings in the existing system of criminal justice bodies.

Територіальний розподіл предмета відання у кримінальному судочинстві*Городецька Марина Сергіївна**кандидат юридичних наук,**докторант докторантури**Донецького юридичного інституту МВС України, Україна***Вступ**

З метою ефективності кримінального провадження здійснюється розподіл кримінального процесуального предмета відання. Останній диференціюється за різними критеріями, проте найпоширенішим серед них є територіальний критерій. Він покладений в основу законодавчого розмежування кримінальної процесуальної діяльності державних органів і службових осіб. Водночас територіальний розподіл предмета відання у кримінальному процесі не є досконалим у частині територіальних ділянок, що характеризуються певної специфікою інфраструктурних об'єктів. Цей недолік у предметі відання зумовлює проблеми щодо досягнення результативності кримінального судочинства, зокрема забезпечення прав і свобод учасників кримінального провадження. Отже, актуальним питанням є наукове дослідження територіального розподілу предмета відання у кримінальному судочинстві.

Деякі питання предмета відання у кримінальному судочинстві досліджувалися такими вченими, як І.В. Гловюк, Ю.М. Грошевий, В.С. Зеленецький, О.В. Капліна, І.М. Козьяков, Л.М. Лобойко, М.А. Погорецький, О.Ю. Татаров, та іншими. Водночас дослідження науковців не вичерпують усіх проблемних аспектів предмета відання у кримінальному судочинстві, зокрема, потребує з'ясування питання щодо територіальної диференціації предмета відання у кримінальному провадженні.

Мета статті – дослідження територіального розподілу предмета відання у кримінальному судочинстві.

Виклад основного матеріалу

Науковці у сфері економічних наук зазначають, що територіальний поділ праці може бути зумовлений особливостями певної території: наділенням країн природними ресурсами, ґрунтами, кліматом, лісними ресурсами, або наділенням країн іншими

факторами виробництва – капіталом, знаннями, працею, підприємницькими здібностями¹.

Особливості певної території також позначилися на територіальному розподілі предмета відання у кримінальному процесі. Щоправда, такий вплив помічається на рівні внутрішньовідомчого розподілу. Прикладом цього факту є здійснення розслідування слідчими підрозділами лінійних відділів Національної поліції. Створені для обслуговування території залізничних вузлів, аеропортів, річкових портів, метрополітенів, вказані підрозділи опрацьовують предмет відання, який має певну специфічність, зумовлену саме особливістю обслуговуваної території.

Варто зазначити, що певною специфікою відрізняється не лише територія розташування ліній транспорту. Наприклад, специфічною щодо вчинення кримінальних правопорушень і згодом для їх розслідування є територія певних промислових об'єктів, великих підприємств, медичних закладів, режимних об'єктів.

Наприклад, розуміючи специфічність правовідносин, що виникають на об'єктах гірничої промисловості, науковці здійснюють певну трансгалузеву систематизацію законодавства в цій сфері, укладають навчальну літературу з навчальної дисципліни «Гірниче право». Укладаючи такий збірник, професор Р.С. Кірін підкреслює, що метою юридичної відповідальності в гірничій справі є наявність можливостей безперешкодного здійснення суб'єктивних прав і досягнення правового результату правомірною поведінкою суб'єктів (учасників) надрових та гірничих відносин².

Отже, специфіка території та промислової діяльності, яка на ній здійснюється, особливість ландшафту та вміст природних копалин обумовлюють виникнення певних правовідносин – надрових і гірничих відносин. Усе це зумовлює певну специфіку правопорушень, зокрема кримінальних, які вчиняються на цій території.

І.М. Козьяков зазначає: «... знання, накопичені гірничою наукою і практичні навички та вміння, одержані внаслідок гірничодобувної діяльності (гірничої справи), не знаходять свого використання у кримінально-процесуальній практиці слідчих, які проводять досудове слідство у справах про злочини вказаної категорії. Ігнорування цього є однією з причин неповноти, однобічності та необ'єктивності дослідження обставин вчиненого злочину, що заважає встановленню об'єктивної істини у справі: не встановлюються вид корисної копалини і спосіб її видобування, характер і розмір негативних наслідків злочину. Питання залучення спеціалістів у порядку,

передбаченому КПК України на первинних етапах розслідування, розширення інформаційного та експертного забезпечення провадження у справах про кримінальне порушення правил охорони надр залишаються також поза увагою прокурорів, які здійснюють нагляд за додержанням законів органами дізнання та досудового слідства. Одним із шляхів вирішення цієї проблеми є залучення фахівців спеціально уповноважених органів державної влади, на які покладено здійснення контролю у сфері надрокористування»³.

Як зазначає І.М. Козьяков, відповідні державні відомства накопичують і володіють геологомаркшейдерською інформацією й іншими відомостями, що мають значення під час розслідування порушень правил охорони надр, які варто витребувати за запитом правоохоронних органів. Додатково вони можуть бути одержані, на думку автора, внаслідок процесуальних форм використання спеціальних пізнань у галузі геології і маркшейдерії. Цікавою є пропозиція автора щодо використання результатів несудових (відомчих, адміністративних) розслідувань, що проводяться органами державного контролю у сфері надрокористування⁴.

Отже, офіційному кримінальному розслідуванню злочинів на таких підприємствах зазвичай передують певне «несудове» розслідування, результати якого пропонує використовувати І.М. Козьяков. Також відомо, що на великих промислових підприємствах працівники служби безпеки у разі виявлення правопорушення або з метою такого виявлення проводять певні заходи, які нагадують процесуальні заходи щодо отримання доказової інформації уповноваженими органами кримінального судочинства.

Провадження таких «несудових» відомчих розслідувань наштотує на думку про те, що така специфічність місця вчинення кримінального правопорушення породжує специфічність у кримінальному провадженні вказаних правопорушень, а тому, можливо, становить певний специфічний предмет відання, для опрацювання якого необхідно запровадити окремих суб'єктів судочинства, наприклад «гірничих слідчих».

Також певною специфікою володіють правопорушення у сфері медицини, на території медичних закладів або вчинені медичними працівниками. До речі, Національним юридичним університетом ім. Ярослава Мудрого запроваджена та викладається програма «Медичне право»⁵. Також у Полтавському юридичному інституті Національного юридичного університету ім. Ярослава Мудрого досліджується медичне право та здійснюється навчання фахівців

¹ Кривенко Н.В. Міжнародний поділ праці: значення, розвиток та вплив. Стратегія розвитку України. 2016. № 1. С. 197.

² Гірниче право : систематизов. зб. нормативно-правових актів : Ч. 1. Юридична відповідальність у гірничій справі / уклад. Р.С. Кірін; М-во освіти і науки України, Нац. гірн. ун-т Дніпро : НГУ, 2016. С. 12.

³ Козьяков І.М. Проблеми протидії злочинам у сфері охорони та раціонального використання надр. Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). 2007. Вип. 16. С. 207. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/boz_2007_16_20 (дата звернення: 25.01.2019).

⁴ Там само.

⁵ Медичне право. Офіційний сайт Національного юридичного університету ім. Ярослава Мудрого. URL: <https://nlu.edu.ua/mapa-сайту>

у цьому напрямі. Наприклад, 27 листопада 2015 р. відбулася IV Всеукраїнська науково-практична конференція на тему «Теоретико-правові засади формування сучасного медичного права в Україні», на якій учасники звертали увагу на особливості кримінальної відповідальності у сфері медичної діяльності⁶. Отже, лікувальні заклади як місця скупчення осіб специфічного виду діяльності, місця провадження медичних правовідносин, можливо, становлять собою специфічну територію. У свою чергу, специфічність «місця» зумовлює набуття специфічності кримінальними правопорушеннями та кримінальними провадженнями з приводу них.

На думку В.І. Шишкіна, замість прив'язки до адміністративно-територіального поділу судову систему слід будувати за поділом на різні сфери правовідносин⁷. Аналогічно цю пропозицію можна пристосувати, окрім судів, до органів розслідування та запровадити «гірничі» та «медичні» суди, «гірничі» та «медичні» слідчі підрозділи.

Здається, що саме таким шляхом пішов законодавець у 2016 р., запровадивши слідчі підрозділи органів Державної кримінально-виконавчої служби України, так званих пенітенціарних слідчих, які мали здійснювати досудове розслідування злочинів, вчинених на території або в приміщеннях Державної кримінально-виконавчої служби України. Можна погодитись із тим, що таке місце вчинення злочину як установа виконання покарання, місце позбавлення волі – як режимний об'єкт мають певну специфічність, яка відображається у правовідносинах, які там виникають.

Проте вже 24 квітня 2018 р. Конституційний Суд України визнав такою, що не відповідає Конституції України (є неконституційною), частину шостої статті 216 Кримінального процесуального кодексу України, згідно з якою «слідчі органів Державної кримінально-виконавчої служби України здійснюють досудове розслідування злочинів, вчинених на території або в приміщеннях Державної кримінально-виконавчої служби України». Конституційний Суд підкреслив, що уповноваження слідчих органів Міністерства юстиції України здійснювати досудове розслідування злочинів, вчинених на території або в приміщеннях Державної кримінально-виконавчої служби України, уможливило зловживання з боку працівників пенітенціарних установ, неналежне поведіння з особами, які перебувають в установах виконання покарань чи слідчих ізоляторах, а також приховування таких зловживань та інших протиправних посягань відповідними службовими (посадовими) особами Міністерства юстиції України,

зокрема, за повідомленнями, заявами і скаргами потерпілих осіб. Тобто віднесення до компетенції органів вказаного Міністерства здійснення досудового розслідування, слідчі яких уповноважені розслідувати будь-які злочини, вчинені на території або в приміщеннях Державної кримінально-виконавчої служби, сприяє виникненню умов, що перешкоджають притягненню до кримінальної відповідальності працівників Державної кримінально-виконавчої служби України, які можуть бути причетними до вчинення злочинів проти життя, здоров'я та гідності осіб, які перебувають у місцях позбавлення волі. Конституційний Суд України зазначає, що функціонування слідчих органів Державної кримінально-виконавчої служби не здатне забезпечити здійснення ефективного розслідування порушень конституційних прав людини на життя та повагу до її гідності, що унеможливило виконання державою її головного конституційного обов'язку – утвердження і забезпечення прав і свобод людини⁸.

Отже, можна зробити загальний висновок, який стосується не тільки пенітенціарних слідчих або судів, але й суб'єктів кримінального процесу взагалі, які перебувають у службовій підлеглихості тому підрозділу, щодо території якого здійснюють кримінальне провадження. Висновок полягає у тому, що підлеглих органів, які ведуть кримінальний процес, тому відомству, щодо території обслуговування якого здійснюється провадження, призводить до упередженості, виникнення корпоративних інтересів, зловживань, укриття злочинів і до неефективності у зв'язку з цим кримінального провадження загалом.

Правопорядок зростає з фактичних суспільних відносин, як дерево з ґрунту, а роль суб'єкта зводиться до «похідного» буття наявних суспільних відносин. Тому порядок розглядається як дзеркальне відображення цих умов у свідомості пасивного суб'єкта⁹.

Можна зазначити, що право та його застосування є певним віддзеркаленням суспільного буття, його рефлексією. Оскільки у процесі правозастосування відбувається рефлексія – певне відображення реального життя, то суб'єкт, який є правозастосовником, не може бути учасником тих «реальних» подій, які згодом відображаються, рефлексуються під час застосування права, бо таким чином під час правозастосовної діяльності він «віддзеркалює» сам себе. Звідси можна вивести, що суб'єкт застосування права не може у процесі правозастосування «від-

⁶ Сучасне медичне право в Україні. Головний вектор – гармонізація із законодавством ЄС. Щотижневик «Аптека». 7 грудня 2015 р. № 47 (1018). URL: <https://www.apteka.ua/article/353484>. (дата звернення: 25.01.2019).

⁷ Шишкін В.І. Права людини як фактор реформування судової системи України. Україна: права людини у перехідний період / за ред. В.І. Євтинова. Київ : Сфера, 2001. С. 13–14.

⁸ Рішення Конституційного Суду України № 3-р/2018 у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини шостої статті 216 Кримінального процесуального кодексу України від 24 квітня 2018 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-18?find=1&text=%EC%B3%ED%B3%F1%F2%E5%F0%F1%F2#w12>. (дата звернення: 25.01.2019).

⁹ Максимов С.І. Правовая реальность: опыт философского осмысления. Харьков : Право, 2002. С. 58–59.

дзеркалювати» себе. Це правило деякою мірою відповідає загальноправовому принципу: «Ніхто не може бути сам суддею у своїй справі». Цей принцип підкреслює вимогу неупередженості суб'єкта, який застосовує право. Проте правило «не можна віддзеркалювати самого себе» підкреслює ще й логічну помилку у такій будові структури органів судочинства. Це твердження надає одне з правил формування предмета відання: «Не може входити до предмета відання суб'єкта та сфера суспільного буття, частиною якої є він сам».

Отже, можна зробити висновок, що на підставі специфічності суспільної сфери, у межах якої вчиняється кримінальне правопорушення, можна виокремити певний предмет відання. Проте такий предмет відання не є підставою створення окремого відомчого суб'єкта, який веде кримінальний процес, а скоріше є лише підставою спеціалізації такого суб'єкта у межах певного відомства. Наприклад, у слідчих підрозділах Національної поліції можна застосувати спеціалізацію слідчих щодо розслідування кримінальних правопорушень у медичній або промисловій сфері на прикладі того, як застосована спеціалізація слідчих лінійних підрозділів щодо кримінальних правопорушень, які вчиняються на території залізничного транспорту, залізничної дороги тощо. Проте запровадження посади слідчих у певних відомствах – охорони здоров'я чи важкої промисловості – пов'язане з багатьма негативними супутніми факторами, призводить до зловживань та неефективного розслідування.

Враховуючи викладене, можна помітити певні недоліки законодавчого врегулювання предмета відання слідчих підрозділів різних відомств за статтею 216 КПК України. Наприклад, у разі встановлення підрозділом внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України злочинів, передбачених статтями 354, 364–370 Кримінального кодексу України, які були вчинені службовою особою Національного антикорупційного бюро України (крім директора Національного антикорупційного бюро України, його першого заступника та заступ-

ника), такі злочини розслідуються детективами зазначеного підрозділу.

З огляду на вказані вище недоліки відомчого підпорядкування органів розслідування тому ж самому відомству, у якому працюють потенційні учасники кримінальних правопорушень, вчинення яких припускається, можна зазначити про неефективність такого кримінального процесуального регулювання. Розслідування кримінальних правопорушень, вчинених службовою особою Національного антикорупційного бюро України, обов'язково має бути віднесене до предмета відання слідчих підрозділів іншого відомства, наприклад Державного бюро розслідувань, можливо, із застосуванням спеціалізації та виокремлення певного підрозділу у межах цього відомства.

Отже, територіальна специфічність предмета відання є приводом для застосування спеціалізації суб'єктів кримінального провадження, проте не є підставою для запровадження нового суб'єкта судочинства.

Висновки

1. Територіальна ділянка, яка вирізняється певною віддаленістю та компактним зосередженням населення (у межах певних міст, районів, сукупності невеликих міст), дає привід для відокремлення предмета відання за територіальним критерієм суб'єктів кримінального судочинства у межах тих відомств, у структурі яких запроваджено вказані органи кримінального судочинства на підставі інших критеріїв, таких як: темпоральний, відомчий, внутрішньовідомчий.

2. Територіальна ділянка, яка вирізняється певною специфічністю у зв'язку з існуванням на ній певних інфраструктурних об'єктів, що позначається на тих правовідносинах і правопорушеннях, які пов'язані з цією територією, може бути приводом до застосування спеціалізації певних суб'єктів кримінального провадження в чинній системі органів кримінального судочинства.

To the issue of law enforcement and legal qualification in private international law*Gramatskiy Ernest**PhD in Law,**Assistant Professor of Civil Law Department**of Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine*

Nowadays the processes of democratization, liberalization, integration of Ukraine into European and world space take place. The undisputed significance for these processes is the signing of the Association Agreement between Ukraine and the European Union. Thus, the rapprochement of Ukraine with the European community, which has taken place in recent years, affects the sphere of private law relations, which are complicated by a foreign element – the legal relations that make up the subject matter of international private law.

Having analyzed current doctrine of international private law, the author can conclude that nowadays researchers are paying more attention to a deep understanding and study of the general provisions of this branch of law rather than to the analysis of individual sub-sectors and institutes of private international law.

To the author's mind, the issues relating to the qualification and enforcement of international private law deserve special attention taking into account their fundamental role in the analysis of the mechanism of legal regulation, its problems and the prospects for their solution within the framework of the global legal system.

It is crucial to stress that the most discussed issues of qualification and enforcement in private international law are considered to be conflict of qualification that is also known as conflict of characterization in foreign doctrine and mobile conflict.

The analysis of scientific sources and legislation of foreign countries gives grounds to make a generalization of cases when a conflict of qualification may potentially occur. It is important to emphasize that each of the approaches to qualification (*lex fore*, *lex causae*, method of autonomic qualification) has its own advantages and disadvantages. The problem of a mobile conflict occurs in cases when two different legal orders can be consistently applied to the legal relations as a result of a change in one of the elements of the norm of the conflict law.

До питання правозастосування та правової кваліфікації в міжнародному приватному праві*Грамацький Ернест Мірчевич**кандидат юридичних наук,**доцент кафедри цивільного права**Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Україна***Вступ**

На сучасному етапі розвитку доктрини та практики міжнародного приватного права можна констатувати позитивну динаміку у вирішенні проблемних питань правового регулювання окремих видів приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом. Мають місце процеси кодифікації, уніфікації міжнародних приватноправових норм, урахування світових тенденцій і міжнародної практики під час розроблення та вдосконалення національного законодавства у сфері міжнародного приватного права.

Водночас слід зазначити, що регулювання будь-яких правовідносин, що входять до предмета галузі міжнародного приватного права, неухильно пов'язане з такими юридичними категоріями, як правозастосування, правова кваліфікація, правотлумачення. Саме з них починається складний і багатоетапний процес регулювання міжнародних приватноправових відносин.

Безперечно, правова кваліфікація має місце в будь-якій галузі національної системи права. Однак саме у міжнародному приватному праві кваліфіка-

ція посідає особливе місце, даючи змогу, по суті, відповісти на питання вибору права, яке підлягає застосуванню для регулювання приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом. Саме вивчення загальних засад та окремих проблем правової кваліфікації у міжнародному приватному праві дає змогу визначити умови та процедуру реалізації екстериторіальної дії національного закону на території іноземної держави і навпаки.

Питаннями проблем кваліфікації та правозастосування в доктрині міжнародного приватного права займалися такі видатні вітчизняні та зарубіжні вчені, як Л.А. Лунц, В.В. Луць, В. І. Кисіль, А.С. Довгерт, Р.А. Майданик, В.Л. Чубарев, М.М. Богуславський, В.В. Балдинюк, І.В. Мироненко, С.Г. Кузьменко, О.М. Васильєв, Дж. Вестлейк, М. Вольф, Л. Лене, М. Лаббе, І. Лусуарн, У. Магнус, А. Батіфоль, П. Лагард, Дж. Сторі та інші видатні вчені. Однак, на жаль, сьогодні доктрина міжнародного приватного права не дає однозначної відповіді щодо місця, змісту та функції правової кваліфікації.

Водночас досить значна кількість питань, пов'язаних із проблемами правозастосування, особливостями

різних підходів до кваліфікації у міжнародному приватному праві, не були детально досліджені. На нашу думку, саме вони заслуговують на особливу увагу, адже дають можливість проаналізувати не лише механізм правового регулювання, а і його проблеми та перспективи їх розв'язання в межах глобальної правової системи.

Мета статті – висвітлення та аналіз окремих проблем правової кваліфікації та підходів до їх вирішення у міжнародному приватному праві.

Виклад основного матеріалу

Сьогодні вітчизняною правовою наукою досить детально досліджено питання правової кваліфікації як у загальнотеоретичному плані, так і на рівні окремих галузевих юридичних наук. Звертає на себе увагу те, що саме по собі міжнародне приватне право загалом можна визначити як науку про правозастосування у сфері приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом.

У теоретико-правовій науці усталеною є позиція, що правозастосування слід розглядати як процес, що складається з трьох основних етапів, до яких відносять такі: встановлення фактичних обставин справи, визначення юридично важливих обставин справи та пошук відповідної правової норми, вирішення справи по суті та фіксація цього вирішення¹.

Як бачимо, перші два етапи можуть бути об'єднані в поняття правової кваліфікації, що, на думку автора, є правильним, адже саме правова кваліфікація є найбільш змістовним і важливим складником процедури правозастосування.

Подібне вищенаведеному визначення пропонують В.І. Кисіль та А.С. Довгерт, які зазначають, що правозастосування – це складний процес, основними стадіями якого є встановлення фактичних обставин справи, аналіз фактів, що мають істотне значення для справи, пошук правової норми, яка відповідає юридичній природі цих правовідносин, винесення та належне оформлення судового рішення².

Легальне визначення поняття «правова кваліфікація» закріплено у ст. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право», у якій зазначається, що правова кваліфікація – визначення права, що підлягає застосуванню до правовідносин з іноземним елементом. Вважаємо, що вищенаведене визначення повною мірою не відображає змісту цього поняття та сприяє спрощеному уявленню про процес правової кваліфікації у міжнародному приватному праві, що сьогодні має місце у практичній площині.

Вважаємо за необхідне звернути увагу на доктринальні дефініції поняття правової кваліфікації. На думку таких зарубіжних дослідників, як

Дж. Чешир і П. Норт, процес кваліфікації – це віднесення до належної правової категорії питання, що постало з обставин справи, яку розглядає суд³. Наприклад, В.В. Балдинюк дотримується позиції, що під кваліфікацією у міжнародному приватному праві слід розуміти юридичну оцінку правової норми, яка спрямована на з'ясування мети правової норми, визначення її фактичного складу, який покладено в її основу законодавцем, і, відповідно, призначена для віднесення фактичних обставин чи їх певного елементу до сфери дії відповідного правового інституту, норми. Дослідник пропонує визначити кваліфікацію у міжнародному приватному праві як багатоаспектне поняття, яке передбачає як фактичну кваліфікацію, тобто дії, спрямовані на встановлення фактичних обставин відносин, ускладнених іноземним елементом, так і нормативну кваліфікацію, спрямовану на визначення правової мети норми права, спрямованої на регулювання відносин, ускладнених іноземним елементом⁴.

На жаль, повне та правильне здійснення правової кваліфікації приватноправових відносин не є запорукою їх ефективного врегулювання. Однією з найбільш обговорюваних проблем кваліфікації та правозастосування у міжнародному приватному праві є конфлікт кваліфікації, який також позначається поняттям «приховані колізії». Однією з основних причин виникнення конфлікту кваліфікації слід вважати різне розуміння та іменування однакових правових явищ у різних правових системах⁵. Ф. Кан та Е. Бартен, які вперше звернули увагу на проблему конфлікту кваліфікації, зазначали, що навіть у тих державах, де мають місце аналогічні підходи до вирішення тих чи інших колізійних питань, можуть виникати приховані колізії як наслідок різного підходу до визначення правових понять і категорій, надання неоднакового змісту правовим інститутам⁶.

На нашу думку, однією з основних причин виникнення конфлікту кваліфікації слід вважати самотність кожної правової системи, її унікальність і певною мірою неповторність. Незважаючи на зовнішні подібності більшості правових норм та інститутів в межах однієї правової сім'ї, національна правова система кожної держави характеризується сукупністю лише її властивих ознак. Саме тому під час аналізу кожної конкретної колізійної

³ Чешир Д., Норт П. Международное частное право. Москва : Прогресс, 1983. 725 с. С. 67.

⁴ Балдинюк В.В. Забезпечення застосування колізійної норми: кваліфікація, зворотне відсилання, обхід закону в міжнародному приватному праві : автореф. дис. ... канд. юр. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право». Київ, 2008. 15 с. С.5.

⁵ Lalive P.A. The Transfer of Chattels in the Conflict of Laws. 1955. URL: <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=130405>.

⁶ Martin E. La Doctrine des Qualifications et ses Rapports avec le Caractere National des Regles du Conflit de Lois URL: <https://scribd.com/document/258531666/Etienne-Bartin-La-Doctrine-Des-Qualifications-Et-Ses-Rapports-Avec-Le-Character-National-Du-Conflit-Des-Lois>.

¹ Лазарев В.В. Теория государства и права : учебник для бакалавров. Москва : Издательство Юрайт; ИД Юрайт, 2015. 634 с. С. 446.

² Міжнародне приватне право. Загальна частина : підручник / за ред. А.С. Довгерта і В.І. Кисіля. Київ : Алерта, 2012. 376 с. С. 98–101.

норми слід звертати увагу насамперед на аналіз змісту та значення правових термінів і понять, сфери їх застосування⁷.

Для здійснення правильної кваліфікації правовідносин, тобто для віднесення їх до правильного типу (статуту), насамперед необхідно здійснити правову кваліфікацію понять матеріального права, які закладені в обсязі колізійної норми з урахуванням «національної належності» колізійної норми⁸. Це пов'язано насамперед із тим, що під час конструювання колізійної норми, яка за своєю природою, як правило, є нормою національного законодавства, законодавець використовує властиву для внутрішньої (національної) правової системи термінологію та дефініцію понять.

Ця позиція активно критикувалася М.М. Богуславським, який зазначав, що під час розроблення колізійної норми, в її обсязі мають бути застосовані найбільш загальні правові поняття, спільні для багатьох правових систем. Водночас термінологія колізійної прив'язки має містити виключно правові поняття національної системи права⁹. Лише після визначення особливостей змісту та застосування обсягу колізійної норми аналогічна процедура має бути проведена з колізійною прив'язкою.

Безперечно, існування такого явища, як «національність» колізійної норми, створює істотні проблеми та складнощі у здійсненні правової кваліфікації та правозастосуванні у сфері міжнародного приватного права. На нашу думку, винятком можуть слугувати лише колізійні норми, закріплені у міжнародних договорах як джерелах міжнародного приватного права, адже під час укладення таких договорів враховуються особливості правових систем держав-учасниць договору. Однак, на жаль, доля таких норм залишається надзвичайно малою.

Аналіз наукових джерел і законодавства зарубіжних країн дає підстави зробити узагальнений висновок про випадки, коли потенційно може мати місце конфлікт кваліфікації, які умовно можна поділити на 3 групи. Наприклад, до першої та найбільш поширеної групи випадків слід віднести ситуацію, за якої правова кваліфікація за національним та іноземним правом відносить одні й ті самі правовідносини до різних інститутів або навіть галузей¹⁰. На нашу думку, цей різновид конфлікту кваліфікації досить легко усувається за допомогою здійснення кваліфікації за *lex fori*, що дає можливість однозначно визначити статут правовідносин.

⁷ Кох Х. Международное частное право и сравнительное правоведение / Х. Кох, У. Магнус, П. Вииклер фон Моренфельс. Москва : Международные отношения, 2001. 690 с. С. 101.

⁸ Forsyth C. Characterisation revisited: an essay in the theory and practice of the English conflict of laws. 1998. URL: <http://etheses.lse.ac.uk/1321/1/U062779.pdf>.

⁹ Богуславский М.М. Международное частное право. Москва, 2001. 650 с. С. 87.

¹⁰ Szászy. L'évolution des principes généraux du droit international privé dans les pays de démocratie populaire. 1969. URL: <http://www.idi-il.org/app/uploads/2017/05/4025-53-A-OCR-min.pdf>.

Другою групою слід вважати випадки, коли відносини, що врегульовані за національним правом, не можуть бути належно врегульовані нормами іноземного права у зв'язку з відсутністю відповідного правового інституту у правовій системі іноземної держави. Яскравим прикладом може бути інститут довірчої власності (трасту) у країнах англосаксонської правової сім'ї та відсутність його прямого відповідника у країнах романо-германської правової системи. У цій ситуації доцільно звернутися до кваліфікації за *lex causae*, внаслідок якої застосування судом норм іноземного права призведе до правильного врегулювання відповідних приватноправових відносин.

Водночас не завжди застосування норми іноземного права є єдиним варіантом усунення конфлікту кваліфікації у цьому випадку. Саме для таких ситуацій свого часу був запропонований метод автономної кваліфікації, який, встановлюючи узагальнений зміст норм та інститутів, дає можливість правильно визначити колізійну норму, яка підлягає застосуванню до конкретних правовідносин.

Звертаючи увагу на особливості підходів до подолання конфлікту кваліфікацій у міжнародному приватному праві, вважаємо за необхідне проаналізувати переваги та недоліки окремих із них. Зокрема, найбільш поширеним із наявних сьогодні підходів слід вважати *lex fori* (здійснення кваліфікації за законом країни суду), який знайшов своє закріплення у законодавстві більшості держав. Проаналізуємо його більш детально.

У доктрині міжнародного приватного права вважається, що першим дослідником, який ґрунтовно проаналізував підхід до кваліфікації, був Е. Бартен. Він звертав увагу на те, що колізійне право як складник міжнародного приватного права є складником національної правової системи. Як наслідок, має місце застосування відповідної термінології та правових понять, інститутів, властивих кожній окремій правовій системі. Тлумачення колізійної норми з урахуванням змісту норм іноземного права є недопустимим, адже здебільшого призводить до хибного вибору правопорядку, що підлягає застосуванню для регулювання конкретних приватноправових відносин. Е. Бартен акцентував увагу на необхідності розроблення загальної термінології, яка б застосовувалася у колізійному законодавстві усіх країн¹¹.

Одним із беззаперечних переваг підходу *lex fori* є термінологічний аспект, значення якого у вирішенні питання конфлікту кваліфікації важко перебільшити. Водночас цей підхід характеризується і іншими перевагами. Наприклад, у своїх працях В. Алларус звертає увагу на те, що застосування підходу *lex fori* сприяє забезпеченню ідеї єдності національно-

¹¹ Bartin E. La Doctrine des Qualifications et ses Rapports avec le Caractère National des Regles du Conflit de Lois. URL: <https://scribd.com/document/258531666/Etienne-Bartin-La-Doctrine-Des-Qualifications-Et-Ses-Rapports-Avec-Le-Caractere-National-Du-Conflit-Des-Lois>.

го правопорядку. Зокрема, враховуючи національну належність колізійних норм міжнародного приватного права, єдиним підходом, який може використовувати суддя як особа, уповноважена від імені держави здійснювати правосуддя, є саме підхід *lex fori*, враховуючи, що суддя уповноважений на прийняття юридично значущих рішень лише в межах власного, національного правопорядку. Питання застосування іноземного права на території іншої держави викликають обґрунтовані сумніви щодо компетенції та можливості суду це зробити. Не слід забувати і про те, що, здійснюючи фактичну кваліфікацію, тобто оцінюючи фактичні обставини справи, суд вдається до трактування таких обставин відповідно до норм і принципів національної правової системи¹². Випадки здійснення фактичної кваліфікації відповідно до *lex fori*, а нормативної кваліфікації згідно з *lex causae*, на нашу думку, видаються сумнівними та малоефективними.

Однак не слід забувати і про недоліки, що містить у собі підхід *lex fori*. На думку іноземних авторів, таких як, М. Рабел, Г. Батіфолд, *lex fori* сприяє існуванню юридичного ізоляціонізму, що в умовах інтеграції та наближення правових систем та економік різних країн є актуальною проблемою^{13,14}.

Що стосується таких підходів, як *lex causae* та метод автономної кваліфікації, зазначимо, що вони є менш поширеними. На нашу думку, це пов'язано з об'єктивною складністю їх застосуванню та відсутністю належної компетенції суб'єктів правозастосування.

Важливо звернути увагу на аналіз підходу до уникнення конфлікту кваліфікації, який закріплений у Законі України «Про міжнародне приватне право». Відповідно до ст. 7 Закону під час визначення права, що підлягає застосуванню, суд чи інший орган керується тлумаченням норм і понять відповідно до права України, якщо інше не передбачено законом. Якщо норми і поняття, що потребують правової кваліфікації, не відомі праву України або відомі під іншою назвою або з іншим змістом і не можуть бути визначені шляхом тлумачення правом України, то під час їх правової кваліфікації також враховується право іноземної держави¹⁵.

Як бачимо, має місце ситуація, коли загальним, основним для здійснення правової кваліфікації є підхід *lex fori*, а *lex causae* застосовується як додатковий у разі, коли відносини, що мають місце за національним правом, не мають відповідного пра-

вового інституту в іноземній державі або має місце застосування іншої термінології. Слід звернути увагу, що закріплений у ч. 2 ст. 7 Закону підхід *lex causae* є досить обмеженим, адже стосується не автентичного застосування норми права іноземної держави, а обмежується його врахуванням під час здійснення процедури правової кваліфікації. Ця норма кореспондує ст. 8 Закону, у якій передбачається процедура встановлення змісту норм права іноземної держави¹⁶.

Однією з проблем правової кваліфікації слід вважати мобільний конфлікт. Наприклад, на думку Г.В. Галуценка, сутність явища мобільного конфлікту зводиться до ситуації, коли внаслідок зміни одного з елементів прив'язки колізійної норми до правовідносин послідовно можуть застосовуватися два різні правопорядки¹⁷. Мобільний конфлікт, як правило, має місце у триваючих відносинах, наприклад у сімейних, спадкових тощо. Розглянемо на прикладі.

Чоловік і жінка, які були громадянами Республіки Чилі, уклали шлюб. Після укладення шлюбу вони переїхали до Республіки Польщі та отримали польське громадянство. Через деякий час подружжя вирішило розірвати шлюб, що прямо дозволено законодавством Польщі і водночас прямо заборонено у Республіці Чилі. З цього приводу виникає обґрунтоване питання: яке право підлягає застосуванню до відносин, що виникають у зв'язку з розірванням шлюбу (насамперед мова йде про наявність або відсутність потенційної можливості розірвати шлюб).

У вищеприписаній ситуації, мабуть, першим, що спадає на думку, є теза про визнання іноземними державами суб'єктивних прав осіб, набутих ними на законних підставах на території інших держав. Однак фабула справи дає підстави для висновку, що таке правило не є повним, адже стосується лише матеріального права держави, у якій таке суб'єктивне право виникло без урахування можливих змін ситуації. Єдиноможливим вирішенням цієї ситуації слід вважати точне дотримання колізійних норм з погляду предмета регулювання для відокремлення питання дійсності підстав виникнення правовідносин від дійсності правових наслідків таких відносин.

Отже, у зазначеній вище фабулі матеріальне право Польщі підлягає застосуванню до майбутніх наслідків шлюбних відносин, а матеріальне право Чилі може застосовуватися лише для вирішення питання щодо визначення дійсності або недійсності укладеного шлюбу та інших питань до моменту зміни колізійної прив'язки (в описаній фабулі – громадянства).

Водночас у ч. 2 ст. 61 Закону України «Про міжнародне приватне право» прямо передбачається, що

¹⁶ Про міжнародне приватне право : Закон України від 23 червня 2005 р. [станом на 22.08.2018 р.]. Відомості Верховної Ради України. 2005. № 32. Ст. 422.

¹⁷ Галуценка Г.В. Актуальні проблеми застосування колізійної норми в міжнародному приватному праві. Бюлетень Міністерства юстиції України : Офіційне видання. 2014/1. № 6. С. 162–171. С. 165.

¹² Мажорина М.В. Институт правовой квалификации в международном частном праве: современный взгляд и перспективы. Юридическая наука и практика. 2016. Т. 12. № 1. С. 98–110. С. 101.

¹³ Batiffol H. Aspects philosophiques du droit international privé. 1956. URL: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2522&context=lalrev>.

¹⁴ Rabel M.E. Le probleme de la qualification. URL: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/rvditp27&div=3&id=&page>.

¹⁵ Про міжнародне приватне право : Закон України від 23 червня 2005 р. [станом на 22.08.2018 р.]. Відомості Верховної Ради України. 2005. № 32. Ст. 422.

обране для регулювання майнових відносин подружжя право припиняє застосовуватися або змінюється за згодою сторін у разі зміни особистого закону або звичайного місця перебування того з подружжя, до особистого закону або звичайного місця перебування якого було прив'язане обране право. Це сприяє вирішенню проблеми мобільного конфлікту.

Погоджуємося з позицією, що проблема мобільного конфлікту у міжнародному приватному праві має декілька основних шляхів її розв'язання. Наприклад, Г.В. Галущенко пропонує використовувати один із чотирьох основних підходів: застосовувати правопорядок, який підлягав застосуванню на момент виникнення правовідносин; застосовувати норми права, що визначають вирішення проблеми конфлікту законів у часі; застосовувати норми правопорядку, у якому мають місце обставини, що закріплені в прив'язці колізійної норми; обирати правопорядок за принципом найбільш тісного зв'язку¹⁸.

¹⁸ Галущенко Г.В. Актуальні проблеми застосування колізійної норми в міжнародному приватному праві. Бюлетень Міністерства юстиції України : Офіційне видання. 2014/1. - № 6. С. 162–171. С. 166.

Висновки

На сучасному етапі розвитку міжнародного приватного права має місце велика кількість як теоретичних, так і практичних проблем, пов'язаних із правозастосуванням і правовою кваліфікацією. Одними з основних проблем правової кваліфікації слід вважати конфлікт кваліфікації та мобільний конфлікт. Конфлікт кваліфікації може виникати через такі причини: правова кваліфікація за національним та іноземним правом відносить одні й ті самі правовідносин до різних інститутів або навіть галузей; відносини, що врегульовані за національним правом, не можуть бути належно врегульовані нормами іноземного права у зв'язку з відсутністю відповідного правового інституту у правовій системі іноземної держави; в іноземному праві відсутній правовий інститут, до якого відсилає національна колізійна норма внаслідок її застосування до правовідносин. Проблема мобільного конфлікту має місце у випадках, коли внаслідок зміни одного з елементів прив'язки колізійної норми до правовідносин послідовно можуть застосовуватися два різні правопорядки.

Some aspects of international and national legal provision of seafarers' certification system*Yeleazarov Oleksandr**Candidate of Juridical Sciences,**Associate Professor at the Department of Navigation and Ship Management,**Dean of the Faculty of Shipping**of State University of Infrastructure and Technology, Ukraine*

The author of the article examines aspects of the legal regulation of the certification system for seafarers in Ukraine, both internationally and nationally. The article also discusses the current state of legal support of the certification system for seamen and river fleet seafarers. It is said that the legal framework includes legal mechanisms that exist at the national and international levels. The author analyzes the Ukrainian system of training and certification of seamen and concluded that in recent years the system of certification has undergone many reformal changes and in recent years has been modernized and brought in line with international standards. Yes, the modern organizational structure of the marine education system, training, assessment of competence and diploma, including the issuance of medical certificates of seamen includes three bodies of state authority: the Ministry of Infrastructure of Ukraine, the Ministry of Education and Science of Ukraine, and the Ministry of Health of Ukraine. But despite the achievements in the field of training specialists in the marine and river fleet, the author of the article noted certain shortcomings, among which indicates the lack of implemented regulatory acts. This means that Ukraine does not comply with the Convention for a long time. Thus, analyzing the current state of legal provision of the Ukrainian diploma system, taking into account the opinions of experts, the author of the article concluded that the Ukrainian system of certification of seafarers falls into the "black list". The "IMO Black List" is a list of countries that do not comply with or do not adequately meet the requirements of the Conventions. Another problem in Ukraine pointed out by the author of the article is the absence of official texts of the SOLAS and MARPOL conventions in Ukrainian. The problem of using the Ukrainian language is in the training centers. The question of using the Ukrainian language in marine education and in marine practice is very complicated.

Деякі аспекти міжнародного та національного правового забезпечення системи дипломування моряків*Єлеазаров Олександр Петрович**кандидат юридичних наук,**доцент кафедри судноводіння та керування судном,**декан факультету судноводіння**Державного університету інфраструктури та технологій, Україна***Вступ**

Нормативно-правове забезпечення – це правові механізми, які функціонують на національному та міжнародному рівнях. Вони можуть бути обов'язковими і примусовими (національні закони і правила, договірні зобов'язання) або добровільними (пакти про добросусудність, кодекси поведінки, угоди про контроль над озброєннями)¹. Разом вони утворюють юридичну основу, яка застосовується для функціонування системи дипломування працівників морського та річкового флоту. Українська система підготовки та дипломування моряків останніми роками пережила багато реформаційних змін, була модернізована і приведена у відповідність до міжнародних стандартів.

Виклад основного матеріалу

До сучасної організаційної структури системи морської освіти, підготовки, оцінки компетентності

та дипломування, включно з видачею медичних свідоцтв моряків, мають стосунок три органи державної влади: Міністерство інфраструктури України, Міністерство освіти і науки України і Міністерство охорони здоров'я України.

Виконання функцій, які визначені статтями 10 і 51 Кодексу торговельного мореплавства України, щодо здійснення державного і загального керівництва з питань підготовки та дипломування моряків покладено на Міністерство інфраструктури України.

Міністерство інфраструктури України (далі – Мінінфраструктури) є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України. Мінінфраструктури є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади у формуванні та забезпеченні реалізації державної політики в галузі морського і річкового транспорту. Згідно з пунктом 4, Положення про Міністерство інфраструктури, відповідно до покладених на нього завдань, крім іншого:

– бере участь у діяльності міжнародних організацій, розробляє та укладає міжнародні договори;

¹ Сайт Цілісність сектору безпеки. Прес-реліз. URL: <https://securitysectorintegrity.com/uk/>

– узагальнює практику застосування законодавства з питань, що належать до компетенції Міністерства, розробляє пропозиції щодо вдосконалення законів України, актів Президента України, Кабінету Міністрів України та в установленому порядку вносить їх на розгляд Президентів України та Кабінету Міністрів України.

Мінінфраструктури з метою організації своєї діяльності сприяє відповідно до законодавства забезпеченню виконання міжнародних договорів України, здійснює в межах своїх повноважень заходи щодо імплементації в національне законодавство положень міжнародних договорів, щодо яких є Україна².

Міністерство освіти і науки України (далі – МОН) несе відповідальність за виконання вимог Конвенції з Підготовки та дипломування моряків щодо освіти моряків у вищих і професійно-технічних морських навчальних закладах.

МОН відповідно до свого Положення формує і забезпечує реалізацію державної політики, здійснює нормативне регулювання, визначає перспективи і пріоритетні напрями розвитку у сфері освіти, а також у сфері державного нагляду (контролю) за діяльністю навчальних закладів незалежно від їх підпорядкування і форми власності; розробляє і затверджує стандарти з конкретних професій; здійснює нормативно-правове та навчально-методичне забезпечення функціонування навчальних закладів; здійснює ліцензування та акредитацію вищих навчальних закладів і закладів післядипломної освіти.

МОН несе відповідальність за розроблення державних стандартів освіти, за навчальні плани освітніх програм підготовки, кваліфікаційний рівень викладачів, а також за кваліфікаційний рівень, який може бути отриманий студентами, які навчаються, незалежно від рівня морського навчального закладу – академії, університету, коледжу або професійно-технічного училища.

Вимоги Конвенції ПДНВ з манільськими поправками на вимогу Міжнародної морської організації введені в навчальні плани всіх морських навчальних закладів. Державні стандарти освіти встановлюють вимоги до змісту, обсягу і рівня освітньої та фахової підготовки в Україні. Вони є основою оцінки освітнього та освітньо-кваліфікаційного рівня громадян незалежно від форм одержання освіти. Державні стандарти освіти розробляються окремо з кожного освітнього та освітньо-кваліфікаційного рівня і затверджуються Кабінетом Міністрів України. Галуzeві стандарти розробляються для кожного освітнього кваліфікаційного рівня підготовки фахівців для кожного напрямку та спеціальності підготовки фахівців, для кожної кваліфікації.

Міністерство охорони здоров'я України (далі – МОЗ) здійснює формування та забезпечення реалізації державної політики у сфері охорони здоров'я,

формування державної політики у сфері контролю якості медичних послуг.

МОЗ відповідно до свого Положення формує і забезпечує реалізацію державної політики у сфері охорони здоров'я, встановлює придатність моряка до роботи на судні за станом здоров'я. Статтею 52 Кодексу торговельного мореплавства України передбачено, що «... до роботи на судні допускаються особи, визнані придатними для цього за станом здоров'я. Висновок про придатність для роботи на судні за станом здоров'я здійснюється Міністерством охорони здоров'я України відповідно до правил, встановлених цим Міністерством»³.

МОЗ України відповідно до покладених на нього завдань, крім іншого:

– встановлює придатність моряка до роботи на судні за станом здоров'я;

– затверджує щороку переліки установ охорони здоров'я, які мають право проводити медичний огляд моряків і видачу медичних свідоцтв;

– здійснює контроль і нагляд за дотриманням законодавства про охорону здоров'я.

Державна служба морського та річкового транспорту (Морська адміністрація), відповідно до Положення, є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через Міністра інфраструктури, який реалізує державну політику у сферах морського та річкового транспорту, торговельного мореплавства, судноплавства на внутрішніх водних шляхах, навігаційно-гідрографічного забезпечення мореплавства, а також у сфері безпеки на морському та річковому транспорті.

Згідно з Переліком центральних органів виконавчої влади, інших державних органів, відповідальних за виконання зобов'язань, що випливають із членства України в міжнародних організаціях, Морська адміністрація разом із Мінінфраструктури несе відповідальність за зобов'язання, що випливають із членства України в ІМО. Морська адміністрація згідно з п. 40 Положення про Державну службу на морському та річковому транспорті здійснює загальне керівництво та контроль за дипломуванням спеціалістів морського флоту, а також контроль за проведенням підготовки, перепідготовки, підвищенням кваліфікації та дипломуванням членів екіпажів.

Інспекція з питань підготовки та дипломування моряків (далі – ІПДМ) є державною організацією і належить до сфери управління Міністерства інфраструктури України. ІПДМ здійснює підтвердження кваліфікації моряків у постійно діючих державних кваліфікаційних комісіях відповідно до вимог Конвенції ПДНВ та національних вимог для заміщення певних посад або виконання певних обов'язків на морських торгових судах.

² Сайт Міністерства інфраструктури. Прес-реліз. URL: <https://mtu.gov.ua/timeline/Zakonotvorcha-diyalnist.html>

³ Кодекс торговельного мореплавства України Кодекс від 23.05.1995 № 176/95-В

Свою діяльність ІПДМ здійснює на основі Положення про Інспекцію з питань підготовки та дипломування моряків. Основними завданнями ІПДМ є такі:

- аналіз міжнародного і національного досвіду в галузі підготовки, оцінки компетентності та дипломування членів екіпажів морських торговельних суден;
- підтвердження кваліфікації моряків у постійно діючих ГКК, а також підтвердження документів моряків, що засвідчують їх кваліфікацію;
- представлення та захист за дорученням Мінінфраструктури в ІМО інтересів України з питань підготовки, оцінки компетентності та дипломування моряків⁴.

Правило I / 10 Конвенції ПДНВ зобов'язує всіх моряків, які працюють на судах інших країн, мати підтвердження, яке засвідчує визнання диплома цією країною. Такі підтвердження видаються тільки в разі наявності Меморандуму про визнання дипломів між країною, що видала моряку диплом, і країною, яка визнає диплом моряка. Видача таких підтверджень від імені Морської адміністрації України проводиться ІПДМ. Робочий диплом моряка – один із найавторитетніших документів для отримання роботи на судні. Працевлаштування моряків на судні іноземних судовласників насамперед залежить від їх професійної підготовки та отриманих документів про освіту.

26 лютого набрав чинності Наказ Міністерства інфраструктури України від 1 лютого 2016 р. № 39 «Про внесення змін до деяких наказів Міністерства інфраструктури України», який спрощує процедуру дипломування моряків відповідно до вимог Міжнародної конвенції про підготовку і дипломування моряків та несення вахти 1978 року.

Документ удосконалює наявний порядок присвоєння звань особам командного складу морських суден, підтвердження кваліфікації моряків і видачі їм кваліфікаційних документів. Зокрема, передбачається таке:

- припинення оформлення окремих сертифікатів за функціями стандартів компетентності капітанів, членів палубної і машинної команди, встановлених Кодексом з підготовки та дипломування моряків та несення вахти (Кодекс ПДНВ);
- вилучення вимог про повторну підготовку капітанів, палубної і машинної команди з функцій стандартів компетентності Кодексу ПДНВ;
- перехід на скорочені види підготовки та ліквідація частини повторних підготовок персоналу танкерів, суден, а також за функціями в надзвичайних ситуаціях за наявності підтверженого стажу відповідної роботи на морських судах не менше 12 місяців протягом останніх 5 років;

⁴ Про затвердження Положення про Інспекцію з питань підготовки та дипломування моряків : Наказ Міністерства транспорту України від 17 жовтня 2001 р. № 693.

– припинення перевірки знань у державних кваліфікаційних комісіях осіб рядового складу, для яких Кодексом ПДНВ не передбачені кваліфікаційні вимоги;

– необов'язковість підвищення кваліфікації рефрижераторних механіків, а також персоналу суден портового, службово-допоміжного, технічного флоту, малотоннажних судів під час підтвердження диплома;

– виключення вимоги скласти іспити в судовласників перед присвоєнням чергових звань.

Наказ було попередньо оброблено з навчальними закладами, фахівцями галузі, громадськістю. Також нормативні вимоги наказів приведені у відповідність до чинної редакції Кодексу ПДНВ та нової редакції Закону України «Про вищу освіту»⁵.

Суб'єктами міжнародного права – учасниками міжнародних правовідносин, носіями правочинів та юридичних обов'язків є насамперед держави.

Так званий «Білий список» Міжнародної морської організації (International Maritime Organization, ІМО) – це перелік держав-сторін Міжнародної конвенції про підготовку і дипломування моряків і несення вахти (ПДНВ) 1978 року, з поправками, які надали інформацію про повне та всебічне виконання відповідних її положень. В основу процесу визначення «білого списку» покладено норми статті IV і Правила I / 7 Конвенції ПДНВ, що передбачають необхідність подання Генеральному секретарю ІМО зазначеної інформації щодо заходів, які вживаються державою для повного здійснення Конвенції.

Повний перегляд Конвенції ПДНВ 1978 року розпочався в січні 2006 року і завершився на Конференції держав-учасниць Конвенції ПДНВ, що відбулася в Манілі, Філіппіни, з 21 по 25 червня 2010 року, яка прийняла значну низку поправок до Конвенції ПДНВ та Кодексу ПДНВ. Цими поправками уточнюються необхідні стандарти компетентності, перш за все, у світлі нових технологій, вводяться нові вимоги і методології з підготовки та дипломування, поліпшуються механізми забезпечення виконання її положень і детально викладаються вимоги, що стосуються тривалості робочого часу і часу відпочинку моряків, запобігання зловживанню наркотиками та алкоголем, а також норм придатності моряків за станом здоров'я⁶.

Поправки до Конвенції ПДНВ вступили в силу з 1 січня 2012 року. Значний внесок Філіппін в організацію і успішне проведення Дипломатичної конференції очевидний. У Резолюції 3 конференції прийнято рішення називати ці поправки «манільськими». Вони спрямовані на досягнення і підтримання високих стандартів безпеки мореплавання, збереження людського життя та майна на морі, захист навколишнього середовища. Це передбачає

⁵ Сайт Укрпорт. Прес-реліз. URL: <http://ukrport.org.ua>.

⁶ Офіційний сайт Інспекції дипломування моряків. Прес-реліз. URL: <http://www.itcs.org.ua/ru/sistema-diplomirovaniya>.

значні зміни в системі освіти, підготовки, оцінки компетентності та дипломування моряків, а також визначення придатності членів екіпажів за станом здоров'я для роботи в морі. Манільські поправки внесли також зміни до вимог щодо несення вахти на морських суднах, однак ці питання виходять за предмет обговорення доповіді.

Слід зазначити, що Міністерством юстиції України в установленому порядку внесені до Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів України такі документи:

– Манільські поправки 2010 до додатка до Міжнародної конвенції про підготовку і дипломування моряків та несення вахти 1978 року, а також Манільські поправки 2010 до Кодексу з підготовки та дипломування моряків і несення вахти з реєстраційним кодом 60913/2012;

– Заключний акт Конференції Сторін Міжнародної конвенції про підготовку і дипломування моряків і несення вахти 1978 року з реєстраційним кодом 60914/2012⁷.

До формування державної політики щодо якості освіти, підготовки, дипломування і медичних оглядів моряків мають стосунок три органи державної влади: Міністерство інфраструктури України, Міністерство освіти і науки України і Міністерство охорони здоров'я України.

Виконання, визначених статтями 10 і 51 Кодексу торговельного мореплавства України, функцій щодо здійснення державного і загального керівництва з питань підготовки та дипломування моряків покладено на Міністерство інфраструктури України. Міністерство інфраструктури України є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України⁸.

Україна подала звіт до Міжнародної морської організації про виконання вимог міжнародного договору. І, як випливає з розміщеної в мережах попередньої відповіді, в частині системи управління якістю немає зауважень. Але водночас група ІМО не отримала доказів обліку Україною поправок до Міжнародної конвенції про підготовку і дипломування моряків і несення вахти (ПДНВ), прийнятих у 2015–2016 роках. Вони вже враховані і виконуються іншими державами, а Україна не змогла надати у звіті доказів їх імплементації в наше законодавство.

Однак фахівці в галузі морського права стверджують, що прагнення України стати впливовою морською державою схвальне, але доказів імплементації поправок за два роки немає. Це приводить до висновку, що поправки до Конвенції 2015–2016 року в наше законодавство не імplementовані. А це означає, що Україна протягом тривалого часу не виконує

поправок до конвенції. Так система дипломування українських моряків потрапляє в «чорний список»⁹.

За словами одного з фахівців, однією з основних причин зауважень групи ІМО є відсутність механізму імплементації документів ІМО до законодавства України. І це, на думку експертів, «відбувається з вини Міністерства інфраструктури України, яке не тільки не розробляє відповідних нормативних актів у супереч вимогам Закону «Про міжнародні договори України» та неодноразовим пропозиціям МЗС. МІУ навіть не моніторить змін до Конвенції. Як показує відповідь групи, люди, які потрапили в Інспекцію з дипломування, в МІУ і до Морської адміністрації України, навіть не розуміють правил проведення таких аудитів, не кажучи вже про виконання вимог міжнародних договорів, стороною яких виступає наша країна».

Україні загрожує попадання в «чорний список» Міжнародної морської організації (ІМО) у зв'язку з тим, що вона не надала доказів імплементації поправок до Міжнародної конвенції про підготовку і дипломування моряків та несення вахти (ПДНВ) 2015–2016 року в національне законодавство. «Чорний список» ІМО по ПДНВ – це список країн, в яких, як було встановлено, не виконуються або виконуються не належною мірою вимоги Конвенції ПДНВ.

Одна з проблем в українському законодавстві в галузі дипломування моряків – це відсутність передбаченого законом офіційного і оприлюдненого перекладу прийнятої Україною Міжнародної конвенції про підготовку і дипломування моряків і несення вахти (ПДНВ) 1978 року (набрала чинності 7 квітня 1997 року), а також резолюцій, курсів і інших документів, на підставі яких були внесені зміни, доповнення, уточнення до Конвенції ПДНВ.

Відповідно до Закону України «Про міжнародні договори», дія міжнародного документа на території країни вступає в силу тільки після його офіційного перекладу на національну мову. Виходить, що з 1997 року і по сьогодні міжнародний документ, прийнятий Україною, не має жодної сили всередині держави.

Слід зазначити, що в Україні не опубліковані офіційні тексти конвенцій СОЛАС і МАРПОЛ українською мовою. І морські офіцери проходять підготовку у вищих навчальних закладах і тренажерних центрах не українською мовою. Питання застосування української мови в морській освіті і в морській практиці дуже складне. Національне законодавство вимагає застосування української мови.

Одна з причин низької якості підготовки моряків є плата за позитивний результат іспиту на державних кваліфікаційних комісіях. Ще одна причина гальмування розвитку цієї галузі є неправомірність дій Інспекції під час організації роботи Єдиного дер-

⁷ Стаття. Імплементація Конвенції ПДНВ и госсистема управления безопасностью судоходства. URL: https://zn.ua/LAW/implimentaciya-konvencii-pdnn-i-gossistema-upravleniya-bezopasnostyu-sudohodstva-2_.html

⁸ Офіційний сайт Інспекції дипломування моряків. Прес-реліз. URL: <http://www.itcs.org.ua/ru/sistema-diplomirovaniya>.

⁹ Сайт журналу. Прес-реліз. URL: <http://www.seafarersjournal.com/marine-news/pryamo-po-kursu-chyornyj-spisok-imo-nepriznanie-dokumentov-ukrainskih-moryakov>.

жавного реєстру документів моряків. А саме: через Реєстр підтверджуються нелегітимні дипломи про освіту; за плату вноситься інформація про освітні документи і сертифікати про проходження підготовки в тренажерних центрах; підтверджуються документи, на які не поширена його дія¹⁰.

Отже, до основних проблем можна зарахувати такі:

- корупція і хабарництво;
- усунення професіоналів і не тільки із системи дипломування, а з морської галузі;
- нормативна база, яка застаріла і багато в чому суперечить законам;
- переклад Конвенції ПДНВ, зроблений виключно з російської мови без урахування її текстів на інших мовах, що не забезпечує його автентичність
- відсутність нормативно-правових актів Міністерства інфраструктури України, що встановлюють механізм отримання обов'язковості для України поправок, прийнятих до міжнародних конвенцій у межах ІМО;
- проведення Морською адміністрацією оглядів тренажерних центрів на предмет відповідності їхньої діяльності модельним курсам ІМО, офіційних перекладів яких немає;
- відсутність дієвого механізму для підтвердження моряками стажу плавання, який, по-перше, не всі капітани суден під іноземним прапором погоджуються підписувати в українських послужних книжках моряка, а по-друге, ці книжки дуже часто відсутні у філіях¹¹.

¹⁰ Сайт журналу. Прес-реліз. URL: <http://www.seafarersjournal.com/opinions/nad-propastyu-vo-lzhi-realii-ukrainskoj-sistemy-podgotovki-moryakov-i-otrasli-v-tselom-intervyyu>.

¹¹ Сайт журналу. Прес-реліз. URL: <http://www.seafarersjournal.com/opinions/nad-propastyu-vo-lzhi-realii-ukrainskoj-sistemy-podgotovki-moryakov-i-otrasli-v-tselom-intervyyu>.

Висновки

Фахівці Мінінфраструктури та Інспекції з питань підготовки та дипломування моряків розробили План першочергових заходів щодо вдосконалення системи дипломування моряків. Основною метою розроблених заходів є оптимізація та спрощення системи дипломування моряків шляхом приведення її до практики провідних морських країн.

План передбачає таке:

1. Деретуляцію системи дипломування моряків та введення системи «єдине вікно».
2. Підвищення об'єктивності оцінки кваліфікації моряків і запобігання потенційним корупційним явищам.
3. Підвищення прозорості та ефективності роботи Державної кваліфікаційної комісії та Державного реєстру документів моряків України.
4. Запровадження електронного документообігу між навчально-тренажерними закладами, де моряки отримують тренажерну підготовку, органами видачі професійних дипломів, підтверджень і свідоцтв, Державним реєстром документів моряків України, системою дистанційного тестування¹². Передбачається, що реалізація зазначених заходів повинна скоротити термін отримання моряками професійних дипломів, підтверджень і свідоцтв до трьох днів, необхідних на подання заяви, перевірку дійсності документів, комп'ютерне тестування і, власне, видачу документів.

¹² Сайт Міністерства інфраструктури України. Прес-реліз. Ел.ресурс/режим доступу: <https://mtu.gov.ua/news/666.html?PrintVersion>

Specificity of international legal regulation of protection of objects of copyright and related rights expressed in digital form

Zhoghov Victor

Adjunct

Odessa State University of Internal Affairs, Ukraine

Foros Anna

Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor,

Professor at the Department of Cyber security and information support

Odessa State University of Internal Affairs, Ukraine

The authors of the article, having studied the development trends and modern view on intellectual property, devoted to the study of the norms of international law on the protection of copyright and related rights expressed in digital form, namely the system of sources of national (Ukrainian) and international legislation that regulates this protection. The necessity to emphasize the necessity of using fundamentally new approaches to legal regulation in this area has been revealed and substantiated. On the basis of the study, the author proposes to highlight the principles that form the basis of all legal relations in the modern European information society, which are carried out with the use of electronic, including digital, ways of storing and transmitting information.

The transition in the civilization to the information society, the emergence of global information systems and digital technologies have put a number of fundamentally new issues facing the world community with regard to legal regulation in the field of protection of intellectual property in the modern digital world.

In analyzing the legal norms of foreign countries, it should be noted that the distribution of legal institutions in various branches of law is rather conditional, therefore there is a state-specific categorization of information and legal norms in the legislation of foreign countries. Information law as an independent industry, unlike national law of Ukraine, is not allocated to all countries in the world. In Germany, France and the USA, information and legal norms are often contained either in the media right or are divided on a specific subject of legal regulation, such as the Institute of Internet Law in the United States or their incorporation in the copyright law of the Federal Republic of Germany, where information law is not allocated to a separate branch of law. Information law in German law refers to the right of the media and to special laws, that is, distributed according to the subject of regulation. At the same time, the right of the media of the Federal Republic of Germany regulates a substantially broader segment of social relations than the analogous branch of the law of Ukraine.

Специфіка міжнародно-правового регулювання захисту об'єктів авторських і суміжних прав, виражених у цифровій формі

Жогов Віктор Сергійович

ад'юнкт

Одеського державного університету внутрішніх справ, Україна

Форос Ганна Володимирівна

кандидат юридичних наук, доцент,

професор кафедри кібербезпеки та інформаційного забезпечення

Одеського державного університету внутрішніх справ, Україна

Вступ

Сучасний етап розвитку України проходить в умовах значущості інноваційної сфери діяльності, підвищення ролі інтелектуального капіталу, інформаційних технологій. Одним із засобів динамічного розвитку науки, техніки та культури є правова охорона об'єктів авторського та суміжних прав, тобто результатів інтелектуальної та творчої діяльності в науковій, літературній, художній і

промислових сферах. За умови розроблення та реалізації відповідної довгострокової стратегії, покликаної забезпечити технологічні і економічні підвалини динамічного розвитку України, досягнення нею статусу високорозвиненої держави, конкурентоспроможної до інтегрування у світові економічні процеси, належного організаційно-правового забезпечення охорони цих об'єктів і подолання високого рівня тінізації в цій сфері Україна зможе посісти належне місце в Європі та світі.

Постановка проблеми

Відповідно до статті 9 Конституції України¹ та Закону України «Про міжнародні договори»² укладені і належним чином ратифіковані Україною міжнародні договори становлять невіддільну частину національного законодавства України і застосовуються в порядку, передбаченому для норм національного законодавства. У зв'язку з цим у національний інститут захисту авторських і суміжних прав на об'єкти, виражені у цифровій формі, входять як норми національного права, так і норми міжнародного.

Перехід у цивілізаційному розвитку до інформаційного суспільства, поява глобальних інформаційних систем і цифрових технологій поставили перед світовою спільнотою ряд принципово нових питань, пов'язаних із правовим регулюванням у сфері захисту інтелектуальної власності в сучасному цифровому світі.

Мета статті – комплексне дослідження міжнародно-правового досвіду захисту об'єктів авторських і суміжних прав, виражених у цифровій формі.

Виклад основного матеріалу

У межах захисту авторських і суміжних прав такі питання вирішуються прийняттям відповідних міжнародних договорів, положення яких є основою для модернізації національного законодавства кожної з країн-учасниць цих угод. До таких договорів належать, перш за все, Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності (далі – ВОІВ) з авторського права³ та Договір ВОІВ про виконання і фонограми⁴, прийняті в Женеві 20 грудня 1996 року.

Зазначені міжнародні угоди ВОІВ регулюють авторські правовідносини, «визнаючи глибокий вплив розвитку та зближення інформаційних і комунікаційних технологій на створення та використання літературних і художніх творів».

На нашу думку, найбільш значущими положеннями Договору ВОІВ з авторського права є визначення права на розповсюдження серед широкої публіки (стаття 8), обов'язку країн-учасників договору ввести відповідну правову охорону та ефективні засоби правового захисту від обходу наявних технічних засобів, що використовуються авторами для захисту творів (стаття 11), а також зобов'язання з

імплементування в національне законодавство положень про захист інформації щодо управління правами як інформації, яка ідентифікує твір, автора твору, власника будь-якого права на твір, або інформації про умови використання твору, так і будь-яких цифр або кодів, в яких представлена така інформація, коли будь-який із цих елементів інформації прикладений до примірника твору або з'являється у зв'язку з повідомленням твору для загального відома.

Договір ВОІВ про виконання і фонограми регламентує порядок здійснення спеціальних охоронних заходів щодо зазначених в його назві об'єктів і суб'єктів авторського права. До них, зокрема, належать право зробити записані виконання доступними по дротах або засобами бездротового зв'язку так, що представники публіки можуть здійснювати доступ до них із будь-якого місця і в будь-який час за їх власним вибором (стаття 10), право на винагороду за ефірне мовлення і сповіщення для загального відома (стаття 15), зобов'язання щодо інформації про управління правами та технічних засобів захисту фонограм (статті 19 і 18), які аналогічні зобов'язанням, визначеним у Договорі ВОІВ з авторського права.

Важливу умову передбачають узгоджені заяви сторін договорів щодо статей 7, 11 і 16 Договору про виконання і фонограми та статті 1 Договору ВОІВ з авторського права. Положення статей цих договорів повністю застосовуються в цифровому середовищі, зокрема, щодо використання виконань і фонограм у цифровій формі. При цьому розуміється, що зберігання охоронюваних виконань або фонограм в цифровій формі в електронному вигляді є відтворенням у сенсі цих статей. Це твердження формує понятійну відмінність між цифровими творами, що зберігаються в різних пристроях (наприклад, телефонах або плеєрах) від їх примірників.

Розглянуті договори ВОІВ ґрунтуються, у свою чергу, на Бернській конвенції з охорони літературних і художніх творів від 9 вересня 1886 року, Всесвітній конвенції про авторське право від 6 вересня 1952 року (переглянута в Парижі 24 липня 1971 року) та Конвенції про охорону інтересів виробників фонограм від незаконного відтворення їхніх фонограм (Женева, 29 жовтня 1971 року).

Під час аналізу застосування міжнародних договорів ВОІВ з авторського права та про виконання і фонограми 1996 року слід зазначити, що Україна приєдналася до них із запізненням. Приєднання здійснилося на підставі Закону України від 20 вересня 2001 року № 2732-III «Про приєднання України до Договору Всесвітньої організації інтелектуальної власності про виконання і фонограми» та Закону України від 20 вересня 2001 року № 2733-III «Про приєднання України до Договору Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право». Положення договорів ВОІВ 1996 року було використано під час підготовки частини четвертої

¹ Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР – Електрон. дан. (1 файл). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>.

² Про міжнародні договори України : Закон України від 29 червня 2004 р. № 1906-IV – Електрон. дан. (1 файл). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15>.

³ Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності з авторського права : від 20.12.1996 р. приєднана Законом України № 2733-III від 20.09.2001 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_770.

⁴ Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про виконання і фонограми : від 20.12.1996 р. приєднана Законом України № 2732-III від 20.09.2001 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_769.

Цивільного кодексу України, що вступив в силу 1 січня 2004 року, з чого випливає очевидна ідентичність деяких формулювань цих актів.

Показовим є випадок, що стався з проектом «BBC Domesday». Під час створення в 1986 році нового мультимедійного видання про життя підданих Великої Британії в XX столітті на честь 900-річного ювілею книги перепису населення Англії XI століття були обрані особливі цифрові носії інформації, пристрої для читання яких були випущені обмеженим тиражем. Сьогодні у світі не залишилося жодного працездатного пристрою, і ці носії інформації не можуть бути відтворені⁵.

Усвідомлюючи цю небезпеку, світова спільнота почала вживати заходів для запобігання таким втратам. Одним із перших таких кроків стало прийняття «Хартії про збереження цифрової спадщини» ЮНЕСКО. Цей міжнародний договір визначає принципи захисту цифрових матеріалів, зокрема об'єктів авторських і суміжних прав, та пріоритети дій від їх зникнення.

Розглядаючи питання міжнародно-правового регулювання захисту авторських прав у сучасному інформаційному суспільстві, не можна не згадати про досвід правового регулювання Європейського Союзу. Як найважливіші акти Євросоюзу варто навести такі нормативні акти: Директива ЄС 2000/31/ЄС «Про електронну комерцію»⁶, Директива ЄС 2001/29/ЄС «Про гармонізацію певних аспектів авторського права»⁷, Директива ЄС 2006/115/ЄС «Про право здачі об'єктів авторського права в оренду і прокат, а також про певні аспекти авторського права»⁸.

Основна відмінність від міжнародних угод директив і розпоряджень Євросоюзу, які є обов'язковими для всіх його членів, полягає в тому, що ці акти супранационального характеру, тому, як правило, закріплюють не тільки загальні, глобальні принципи правового регулювання, а й передбачають більш детальні приписи щодо їх застосування.

Директива «Про електронну комерцію» № 31 від 2000 року являє собою нормативно-правовий акт, присвячений регулюванню порядку здійснення угод на внутрішньоєвропейському ринку із застосуванням цифрових телекомунікацій та електронного обміну інформацією. Хоча правові приписи Директиви не регулюють безпосередньо обіг об'єктів автор-

ських і суміжних прав, вони забезпечують єдиний легальний понятійний апарат для всіх країн Євросоюзу у сфері інформаційних технологій.

Вже згадана Директива спільно з Директивою 98/48/ЄС описує так звані служби (послуги) інформаційного суспільства. Відповідно до визначення, наведеного в директивах, такою службою (послугою) є будь-яка платна послуга, яка надається дистанційно (без особистої присутності сторін), із застосуванням електронних засобів (послуга повинна повністю надаватися електронними засобами зберігання і обробки інформації, що передається будь-яким електромагнітним способом) і за індивідуальним запитом одержувача послуги.

У статті 2 Директиви наведено також визначення постачальника інформаційних послуг як будь-якої фізичної або юридичної особи, яка надає інформаційні послуги. При цьому в документі в особливу категорію виділяється постійний постачальник інформаційних послуг, який набуває такого статусу, якщо його дії спрямовані на отримання прибутку в необмежений період часу, а діяльність здійснюється через постійно функціонуючу організацію.

Особливу важливість мають статті 12–15 вказаної Директиви. Ці статті передбачають єдині правила і відповідальність постачальників інформаційних послуг під час передачі і зберігання інформації в межах усього Євросоюзу. За своєю суттю вони схожі з принципом «тихої бухти», передбаченим американським законодавством, проте розкривають ці принципи більш детально.

Згідно зі статтею 12 Директиви, постачальник інформаційних послуг не несе відповідальності за зміст інформації, що передається під час дотримання трьох умов: він не ініціює передачу інформації, не модифікує її та не вибирає одержувача інформації. Також надається легальне визначення «кешування інформації», тобто тимчасового автоматизованого проміжного зберігання інформації з метою підвищення ефективності послуг, що надаються.

Окрім того, в Директиві визначено поняття «хостингу» як зберігання інформації за запитом одержувача інформаційної послуги та яке передбачає обмеження відповідальності постачальника послуг за зберігання незаконної інформації під час дотримання низки умов. Також передбачено важливий принцип забезпечення особистих прав і свобод громадян, а також імунітет постачальників інформаційних послуг, із визначенням, що країни-учасники Євросоюзу зобов'язуються не вводити у своє законодавство загальні обов'язки постачальників інформаційних послуг, відстежувати збережену або передану ними інформацію (статті 12–14) та не вживати активних дій із пошуку фактів або відомостей про незаконну діяльність.

Директива ЄС 2001/29 про гармонізацію певних аспектів авторського права також пов'язана з технічними нововведеннями та сучасними

⁵ Domesday Redux: The rescue of the BBC Domesday Project videodiscs: веб-журнал Ariadne. URL: <http://www.ariadne.ac.uk/issue36/tma>.

⁶ Директива ЄС 2000/31/ЄС «Про електронну комерцію» [Електронний ресурс]: Офіційний правовий портал ЄС <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:DE>

⁷ Директива ЄС 2001/29/ЄС «Про гармонізацію певних аспектів авторського права» [Електронний ресурс]: Офіційний правовий портал ЄС <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32001L0029>

⁸ Директива ЄС 2006/115/ЄС «Про право здачі об'єктів авторського права в оренду і прокат, а також про певні аспекти авторського права» [Електронний ресурс]: Офіційний правовий портал ЄС <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1553463542179&uri=CELEX:32006L0115>

телекомунікаціями. Цей документ є проміжним ступенем імплементації положень договорів ВОІВ 1996 року в право ЄС та встановлює обов'язок держав Євросоюзу ввести у свої національні правові системи поняття технічних заходів захисту об'єктів авторських прав та інформації про авторське право, детально регламентуючи схожим чином дії із заборони обходу таких технічних засобів і видалення інформації, зокрема, шляхом обмеження обороту пристроїв, технологій і способів, призначених головним чином для таких дій.

Директива ЄС 2006/115 «Про авторське право» присвячена додатковому правовому регулюванню в галузі прокату об'єктів авторських і суміжних прав. Директива ввела обов'язкове право автора на винагороду в разі здачі творів у прокат і передбачила нікчемність відмови від такого права. Крім того, документ конкретизував власників виняткового права на здачу творів у прокат і передбачив виключне право на введення заборони на запис творів, переданих ефірними і кабельними мовниками.

Це право тісно пов'язане із сучасними цифровими технологіями, оскільки на території Євросоюзу все телемовлення здійснюється в цифровому форматі, а також ведуться активні роботи із впровадження телебачення високої чіткості (HDTV), тому виникла необхідність правової заборони на фіксацію певних телепередач (наприклад, кінофільмів), щоб уникнути їх подальшого нелегального поширення.

Розглянута Директива створила належну правову базу для застосування описаного технічного рішення та дасть змогу знизити рівень інтелектуального піратства, пов'язаного з незаконним тиражуванням творів, зданих у прокат або трансльованих організаціями кабельного або ефірного мовлення.

26 березня 2019 року Європейський парламент прийняв Директиву 2016/0280 (COD) «Про авторське право в єдиному цифровому просторі». Такі заходи стали спробою привести європейське законодавство про інтелектуальну власність у відповідність із рівнем розвитку сучасних технологій. Як повідомляється в прес-релізі Єврокомісії, «Директива про авторське право захищає свободу вираження – ключову цінність Європейського Союзу». Однак із цим згодні не всі. Критики нового закону зазначають, що він може спричинити за собою цензуру в мережі Інтернет.

Одну з найбільш суперечливих норм у Директиві містить стаття 13. Згідно з цією статтею, тепер майданчики, учасники яких створюють контент, відповідальні за порушення авторських прав своїми користувачами. Новий закон пропонує таким компаніям, як YouTube, Facebook і Reddit, моніторити те, що завантажують користувачі, щоб їх контент не порушував авторське право.

Інший неоднозначний момент у законі – стаття 11. Тепер новинні агрегатори та пошукові системи можуть бути змушені платити ЗМІ за те, що вони

виводять їх тексти, - директива дозволяє видавцям вимагати плату за публікацію посилань. Якщо це станеться, на території Європейського союзу закриються такі звичні новинні агрегатори, як Google News.

Сукупність описаних вище директив Євросоюзу дозволила значно підвищити рівень захисту авторських і суміжних прав на всій його території та централізовано проводити модернізацію відповідних галузей законодавства. Варто зазначити, що одним з основних трендів діяльності Єврокомісії та Європарламенту є гармонізація законодавства країн-членів ЄС, що дає змогу забезпечувати єдиний рівень правового захисту однаковими методами та в рівних обсягах на всій території Євросоюзу.

З метою дослідження порядку правової регламентації захисту творів та об'єктів суміжних прав, виражених у цифровій формі, видається необхідним вивчити імплементацію положень перерахованих вище міжнародних договорів у національне законодавство країн континентальної Європи, перш за все Федеративної Республіки Німеччини та Франції, а також у правову систему Сполучених Штатів Америки, та провести порівняльний аналіз імплементованих норм із нормами українського законодавства.

Варто зазначити, що хоча правова система США належить до сімейства змішаних, де нарівні із законами та іншими нормативно-правовими актами широко застосовується й судовий прецедент, велику кількість норм авторського права кодифіковано та закріплено у федеральному законодавстві США.

Норми, що регулюють авторське право США, закладені в Кодексі США (United States Code), який охоплює основні галузі федерального законодавства Сполучених Штатів Америки⁹. Всього Кодекс складається з 50 розділів, зміст яких не є однорідним. Деякі розділи являють собою не кодифікованість, а просте інкорпорування в закон тексту окремих нормативних актів федерального значення.

Розділ 17 (авторське право) Кодексу США протягом тривалого часу зазнавав суттєвих змін. Однією з найбільш значущих для цілей цього дослідження стала поправка від 1998 року «Про авторське право в цифрову епоху» (далі – DMCA). Ця поправка стала однією з перших великих модернізацій концепції авторського права у світі у зв'язку з досягненнями науки і техніки у сфері фіксації та передачі інформації у цифровому вигляді.

Вперше у світовій історії розвитку авторського права цією поправкою були описані такі інститути, як заборона на поширення технологій, пристроїв та алгоритмів подолання технічних засобів захисту об'єктів авторського права, заборона на зміну або видалення інформації про авторське право та багато інших значимих нововведень, що регулюють автор-

⁹ U.S. Code. Офіційний правовий портал Legal Information Institute URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text>.

ські правовідносини, модернізовані під впливом технічного прогресу. Основна мета ДМСА – впровадження положень Договору ВОІВ з авторського права та Договору ВОІВ про виконання і фонограми, прийнятих Дипломатичною конференцією у Женеві 20 грудня 1996 року, до законодавства США.

Особливий інтерес становить другий розділ ДМСА, присвячений імплементації принципу «тихої бухти» (safe harbor) у законодавство США. Цей принцип встановлює імунітети та обмеження відповідальності операторів інтернет-зв'язку та інших осіб, що надають інтернет-послуги в разі, якщо надання таких послуг призвело до порушення авторських прав. Оператор не нести відповідальності за порушення авторських прав, якщо він видалить або заблокує незаконно розміщений матеріал, що охороняється авторським правом, на першу вимогу автора, або правласника, або їх агента.

Континентальне законодавство, зокрема законодавство ФРН, становить інтерес у зв'язку з близькістю правових принципів організації системи права та функціонування системи законодавства до сучасного українського права. Законодавство Німеччини базується на класичних для романо-германської правової сім'ї принципах і доктринах.

Основним нормативним актом, що регулює авторське право в Німеччині, є Закон ФРН «Про авторське право»¹⁰. Цей Закон був прийнятий 9 вересня 1965 року та протягом тривалого часу зазнавав значних змін. Особливо варто виділити зміни, внесені з метою проведення реформи авторського права Німеччини, коли в Закон були додані найбільш значущі новели, що стосуються цифрової форми фіксації творів. Ця реформа, що складається з двох етапів, імплементувала положення директиви Євросоюзу – Директиви ЄС 2001/29 «Про гармонізацію певних аспектів авторського права в інформаційному суспільстві».

Ця реформа у 2003 році ввела в Закон параграф 19а, який визначив доведення твору до загального відома як «повідомлення твору громадськості дровним або бездротовим шляхом таким чином, що члени суспільства можуть отримати доступ до твору під час та з того місця, що визначається за їх вибором» (20). Визначення достатньою мірою відображає характер поширення інформації в мережі Інтернет

¹⁰ Закон ФРН «Про авторське право». Сайт Міністерства юстиції ФРН. URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/urhg/index.html>.

та підкреслює його транскордонність і практично дослівно повторює визначення, наведене в статті 8 Договору ВОІВ з авторського права 1996 року.

Зміни також зазнав параграф 53, що дозволяє створення копій творів в особистих цілях. Відповідно до поправки 2003 року, створювати такі копії можливо лише в тому разі, якщо оригінал твору не є очевидним чином незаконно отриманим. Це формулювання має велике значення для правового регулювання діяльності файлообмінних мереж через те, що екземпляри творів, що розміщуються в них, можуть бути визнані отриманими незаконно. Це, у свою чергу, призведе до визнання дій із копіювання таких творів нелегітимними.

Поправки також були введені у вигляді параграфів 52а, який дозволив доведення творів до відома невизначеного кола осіб (публікацій у мережі Інтернет) для освітніх цілей, 52b, який дозволив користування бібліотеками творів у цифровій формі та надання до них віддаленого доступу та параграфу 95а, який встановив у межах розглянутої реформи заборону на подолання технічних заходів захисту творів і копіювання захищених ними цифрових носіїв навіть в особистих цілях.

Законодавство Франції у сфері авторського права представлено Кодексом інтелектуальної власності Франції¹¹, який виділяється своїм активним розвитком із рецепцією та переробкою під європейські правові принципи нових способів регулювання та захисту авторських прав в інформаційному середовищі. Воно також враховує положення Директиви ЄС 2001/29 про гармонізацію певних аспектів авторського права в інформаційному суспільстві.

Висновки

Міжнародний і зарубіжний досвід у галузі правової регламентації суспільних відносин із застосування інформаційних телекомунікаційних мереж свідчить про необхідність використання принципово нових підходів до правового регулювання в цій сфері. При цьому міжнародним співтовариством і деякими зарубіжними країнами були вироблені необхідні правові інструменти, які слід імплементувати в українське національне право.

¹¹ Code de la propriété intellectuelle. Сайт Державної служби поширення права. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414>.

Powers of the chairman of the committee of the Verkhovna Rada of Ukraine: legal nature and contents*Zozulia Oleksandr**Ph.D. in Law, Associate Professor,**Associate Professor of Chair of General Law Disciplines
of Kharkiv National University of Internal Affairs, Ukraine*

The analysis of theoretical basis and constitutional-legal regulation of powers of the chairman of the Committee of the Verkhovna Rada of Ukraine, whose position has high political prestige and focuses on significant levers of influence on the work of the committee, is made. Also it was determined that legally defined powers of the chairmen of the committees of the Verkhovna Rada of Ukraine by its nature derive from the competence of the Verkhovna Rada of Ukraine and the committees themselves. Within the competence of the chairman of the Committee of the Verkhovna Rada of Ukraine, the following units of authority are allocated – the organization of the work of officials and the secretariat of the committee, the planning of the work of the committee and the organization of realization its decisions, reporting, holding committee meetings, its representative offices, etc. Such powers in general are aimed at ensuring the proper organization and effective performance of the functions of these parliamentary working bodies. The powers of the chairman of the Committee of the Verkhovna Rada of Ukraine are mainly organizational and have a rather limited character, more in relation to the officials (and not members) of the committee, supplemented by the general committee method of making important decisions.

The priority directions of improvement of the constitutional-legal regulation of the powers of chairmen of parliamentary committees in Ukraine are substantiated, which first of all requires clarification of its formulation and detail of the content, regulation of the practice of giving instructions by the chairman of the committee, consolidation of the procedure for the implementation of such powers and its coordination among themselves, expansion of powers for coordinating the work of officials committee, its subcommittees and interaction with other committees of the Verkhovna Rada of Ukraine. Responsibility and accountability of the committees to the Verkhovna Rada of Ukraine stipulate the necessity of regular reporting of the chairman of the committee, which requires clear fixing of the frequency of preparation of such reports and the consequences of its consideration by the Verkhovna Rada of Ukraine.

Повноваження голови комітету Верховної Ради України: правова природа та зміст*Зозуля Олександр Ігорович**кандидат юридичних наук, доцент,**доцент кафедри загальноправових дисциплін**Харківського національного університету внутрішніх справ, Україна***Вступ**

Комітети Верховної Ради України, що функціонально охоплюють широкі предмети відання, організаційно є досить складними механізмами, складаючись із нерідко чисельних керівників і членів комітету. Голова комітету відіграє провідну роль у реалізації його завдань, наділяючись комплексом відповідних повноважень, злагоджена та цілеспрямована реалізація яких вимагає чіткого визначення, упорядкування й узгодження правового статусу голови комітету. Водночас сьогодні профільне законодавство здебільшого лише у загальних рисах регламентує основні повноваження голови комітету, розгорнуто не закріплюючи реальний зміст і порядок реалізації таких повноважень, статус заступників голови комітету, що не може негативно не позначатись на ефективності діяльності комітетів. А отже, в контексті вдосконалення організації діяльності комітетів Верховної Ради України й вбачаються актуальними питання повноважень їх голів.

Зазначимо, що деякі аспекти статусу керівництва парламентських комітетів раніше вже розглядалися такими вченими, як О.А. Александров, О.М. Анохін, О.В. Марцеляк, О.І. Радченко, М.В. Развадовська та інші. Водночас їх наукові дослідження стосуються насамперед тільки окремих посадових осіб комітетів Верховної Ради України, комплексно не характеризуючи сучасний стан і поточні перспективи правового регулювання статусу голови парламентського комітету. Так само все ще потребує наукового вирішення питання деталізації та погодження повноважень голови та інших керівників і членів комітету, а також подальшого розвитку їх конституційно-правового статусу.

Мета статті – аналіз теоретичних положень і конституційно-правового регулювання повноважень голови комітету Верховної Ради України, визначення їх правової природи, змісту та значення, а також обґрунтування пріоритетних напрямів удосконалення статусу голів парламентських комітетів в Україні.

Виклад основного матеріалу

Передусім, зазначимо, що ключовою посадовою особою у структурі комітету Верховної Ради України є його голова, посада якого усталено становить об'єкт підвищеного інтересу з боку як депутатських фракцій (груп), так і самих народних депутатів України. Останнє насамперед зумовлюється не тільки своєрідною політичною престижністю посади голови комітету, але й його істотними організаційно-управлінськими важелями впливу на роботу комітету. Зокрема, за визначенням М.В. Развадовської, голови комітетів є одним із основних суб'єктів системи управління у Верховній Раді України, організуюча діяльність якого спрямована на забезпечення дієвого законотворчого процесу¹ (а точніше – на забезпечення ефективної реалізації повноважень Парламенту загалом).

Водночас парламентські комітети – колегіальні органи, під час прийняття рішень яких голова комітету не має преференцій порівняно з іншими посадовими особами та членами комітету. До того ж керівництво комітету, так само як і його члени, мають однаковий статус народного депутата України, що не дає змоги говорити про класичні субординаційні відносини між головою комітету та іншими його посадовими особами і членами. Голова комітету не наділений правом давати обов'язкові для виконання посадовими особами та членами комітету розпорядження (доручення), невиконання яких мало би наслідком застосування до них певних заходів впливу.

Зокрема, згідно з п. 13 ч. 2 ст. 34 Закону України від 4 квітня 1995 р. № 116/95-ВР² голова комітету може давати доручення лише «з організаційних питань» своїм заступникам, головам підкомітетів і секретарю комітету. Водночас як недолік слід вказати правову невизначеність зазначених «організаційних питань», що практично майже не обмежує предмет доручень голови комітету, а також відсутність чітко сформульованого обов'язку посадових осіб комітету виконувати такі доручення голови комітету. При цьому дещо неоднозначним постає відсутність у голови комітету права давати доручення членам комітету, які за п. 4 ч. 3 ст. 39 вказаного Закону України зобов'язуються виконувати лише доручення, «передбачені рішеннями, рекомендаціями комітету». Із цим, до речі, не узгоджується передбачене ч. 1 ст. 22 Закону України від 4 квітня 1995 р. № 116/95-ВР доручення головою комітету його членам розглядати звернення, що надходять до комітету. З одного боку, відсутність права голови комітету давати доручення його членам мінімізує вплив на них голови комітету під час обговорення та прийняття рішень. З іншого

ж боку, в окремих законодавчо визначених випадках надання головою комітету доручень його членам може бути виправдано інтересами належної організації роботи комітету.

Відповідно, управлінсько-розпорядчий аспект у діяльності голови парламентського комітету проявляється у досить обмеженому вигляді щодо посадових осіб комітету і майже відсутній щодо членів комітету (хоча, наприклад, саме голова комітету дає дозвіл на відрадження членів комітету³, але який фактично може бути замінений рішенням комітету). Натомість провідним у компетенції голови комітету Верховної Ради України виступає організаційний характер його повноважень, пов'язаних зі створенням оптимальних умов для функціонування комітету та реалізації різних форм його діяльності. Цьому безпосередньо відповідає закріплене ч. 1 ст. 34 Закону України від 4 квітня 1995 р. № 116/95-ВР загальне завдання голови комітету, який «організовує роботу комітету». Така діяльність голови комітету, як зазначають О.Ю. Бруслик та І.В. Мукомела⁴, дає йому змогу іманентно здійснювати спрямовуючий вплив на функціонування цього робочого органу.

Загалом повноваження голови комітету О.І. Радченко поділяє на організаційно-розпорядчі, представницькі та кадрові⁵, хоча за нині чинним законодавством останні вже меншою мірою відображені в компетенції голови комітету. Отже, нині в компетенції голови комітету пропонуємо умовно виділяти декілька блоків повноважень – з організації роботи посадових осіб і секретаріату комітету, планування роботи комітету та організації виконання його рішень, звітування, ведення засідань комітету, його представництва тощо. Ці повноваження голови комітету (втім, як і його заступників) за своєю природою похідні від компетенції Верховної Ради України та самих комітетів.

Загалом, визначені профільним Законом України від 4 квітня 1995 р. № 116/95-ВР⁶ повноваження голови комітету справді спрямовані на організацію роботи комітету, явно не передбачаючи важелів впливу на його членів. Водночас недостатня конкретність формулювання повноважень голови комітету (наприклад, забезпечення складання та виконання плану роботи, організація виконання рішень комітету тощо) і невичерпність їх законодавчого переліку зумовлюють довільне визначення головою комітету змісту та меж своїх повноважень. При цьому згідно з п. 18 ч. 2 ст. 34 вищезазначеного Закону України повноваження голови комітету можуть встановлю-

³ Там само.

⁴ Бруслик О.Ю., Мукомела І.В. Комітети Верховної Ради України: час реформ. Харків : Юрайт, 2017. С. 20.

⁵ Радченко О.І. Статус народного депутата України: проблеми теорії і правового регулювання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02; Нац. акад. внутр. справ України. Київ, 2005. 19 с.

⁶ Про комітети Верховної Ради України : Закон України від 4 квітня 1995 р., № 116/95-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1995. № 19. Ст. 134.

¹ Развадовська М.В. Внутрішньоуправлінська діяльність Верховної Ради України (організаційно-правові засади) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07; Нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2005. 20 с.

² Про комітети Верховної Ради України : Закон України від 4 квітня 1995 р., № 116/95-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1995. № 19. Ст. 134.

ватись не тільки Регламентом Парламенту чи його рішеннями (зокрема, протокольними), але й розпорядженнями Голови Верховної Ради України, предмет регулювання та порядок видання яких залишається законодавчо неврегульованим. Усунення цих прогалин і звуження можливості визначення Парламентом повноважень голови комітету не будь-якими рішеннями, а тільки актами сприятиме стабільності компетенції голови комітету, передбачуваності його діяльності й становитиме гарантію відповідності останньої меті організації роботи комітету.

Дещо неоднозначним, як на нас, є повноваження голови комітету щодо внесення пропозицій на засідання комітету про розподіл обов'язків між його заступниками⁷. З одного боку, зазначений розподіл здійснюється не одноосібно головою комітету, а спільним рішенням самого комітету, що дає змогу обрати оптимальний підхід до функціонального навантаження заступників голови комітету. З іншого ж боку, з метою запобігання диспропорції та дублювання повноважень різних заступників голови комітету правильним було би законодавче закріплення основних напрямів їхньої відповідальності. Крім того, повноваження голови комітету з надання доручень з організаційних питань посадовим особам комітету потребує більшої правової визначеності не тільки кола таких «організаційних питань», але й природи доручень як засобу організаційно-розпорядчої діяльності голови комітету Верховної Ради України.

У межах напряму діяльності голови комітету з організації роботи посадових осіб і секретаріату комітету він також «забезпечує загальне керівництво» останнім (п. 14 ч. 2 ст. 34 Закону України від 4 квітня 1995 р. № 116/95-ВР). Водночас зміст означеного загального керівництва предметно не розкривається ані профільним законом, ані Положенням про секретаріат комітету (Розпорядження Голови Верховної Ради України від 22 лютого 2008 р. № 305⁸), зокрема, лише дещо побічно перелічуються випадки надання доручень секретаріату комітету керівництвом (але не саме головою) комітету. У зв'язку із цим уважаємо, що під загальним керівництвом секретаріатом комітету має розумітись визначення пріоритетів і спрямування діяльності секретаріату комітету, контроль і сприяння ефективності його функціонування.

Одночасно голова комітету також організовує «взаємодію роботи комітету» з підрозділами Апарату Верховної Ради України⁹, що насамперед стосується питань інформаційно-документального забезпечення, підготовки висновків на законопроекти,

міжпарламентського співробітництва та іншого. При цьому, як на нас, взаємодія комітету та апарату Парламенту має не стільки організовуватись головою кожного комітету, скільки здійснюватись на єдиних для всіх комітетів засадах, у стандартизованих формах й головною мірою через секретаріати комітетів, які належать до Апарату Верховної Ради України. Так чи інакше маємо погодитись із О.Ю. Бруслик та І.В. Мукомелою¹⁰, що таке зосередження головою комітету суттєвого адміністративного ресурсу (секретаріату комітету) надає йому широкі можливості як у забезпеченні діяльності комітету, так і у його використанні у власних інтересах.

Істотний вплив на напрями, форми та зміст поточної діяльності парламентських комітетів має планування їх роботи, забезпечення складення плану якої покладається на голову комітету (п. 2 ч. 2 ст. 34 Закону України від 4 квітня 1995 р. № 116/95-ВР). У зв'язку з доцільністю поєднання в діяльності комітетів різних форм планування доречно покласти на голову комітету забезпечення складення не «плану», а різних (місячних, кварталних, сесійних та інших) планів роботи комітету. Позиція голови комітету щодо плану його роботи не є вирішальною (як, наприклад, пропонувалось у законопроекті від 20 листопада 1998 р., реєстр. № 2254¹¹ щодо одноосібного планування ним комітетських слухань), враховуючи колегіальний загальнокомітетський спосіб затвердження планів роботи комітету. Водночас, крім попередньої підготовки проектів таких планів, саме від голови комітету багато в чому залежить, як своєчасне затвердження, так і напрацювання консенсусного й реального плану роботи комітету шляхом консолідації та узгодження пропозицій членів комітету.

Зазначимо, що не менш велике значення за складання планів роботи має організація їх належного виконання. Водночас до повноважень голови комітету згідно з п. 3 ч. 2 ст. 34 означеного Закону України¹² віднесено лише забезпечення виконання плану-графіку робіт над законопроектами та іншими парламентськими актами, щодо яких комітет визначено головним. З огляду на багатоплановість діяльності комітетів вказане повноваження голови комітету мало би охоплювати забезпечення виконання планів роботи комітету загалом. Не можна не помітити й суперечливу абстрактність «забезпечення виконання» плану роботи комітету, законодавча конкретизація чого сприятиме упорядкуванню діяльності голови комітету. Водночас тут слід зважати на політико-правову природу парла-

⁷ Там само.

⁸ Про затвердження Положення про секретаріат комітету Верховної Ради України : Розпорядження Голови Верховної Ради України : від 22.02.2008 р., № 305/08-р. Верховна Рада України. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/305/08-р>.

⁹ Про комітети Верховної Ради України : Закон України від 4 квітня 1995 р., № 116/95-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1995. № 19. Ст. 134.

¹⁰ Бруслик О.Ю., Мукомела І.В. Комітети Верховної Ради України: час реформ. Харків : Юрайт, 2017. С. 21.

¹¹ Про комітети та комісії Верховної Ради України : проект закону України від 20 листопада 1998 р., реєстр. № 2254. Верховна Рада України. URL: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=4982&pf35401=5040>.

¹² Про комітети Верховної Ради України : Закон України від 4 квітня 1995 р., № 116/95-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1995. № 19. Ст. 134.

менту та політичну кон'юнктуру роботи його комітетів, що унеможливило вичерпне врегулювання всіх можливих засобів забезпечення головою комітету виконання плану діяльності комітету.

Іманентним складником компетенції голови комітету як керівника виступає підписання ним актів і протоколів засідань комітету (п. 7 ч. 2 ст. 34 Закону України від 4 квітня 1995 р. № 116/95-ВР), що є невіддільним елементом документального оформлення результатів діяльності парламентського комітету. Відповідно до цього слухним убачається поширення ці повноваження голови комітету на підписання й інших його офіційних документів, зокрема протоколів комітетських слухань і звітів про роботу комітету. Велике значення має й повноваження голови комітету щодо організації виконання рішень комітету та інформування членів комітету про хід їх виконання¹³. При цьому йдеться про організацію виконання саме обов'язкових рішень комітету з організаційних питань, тоді як висновки та рекомендації комітету згідно з їхнім статусом не мають обов'язкового характеру. Хоча, на нашу думку, з приводу таких висновків і рекомендацій комітету його голова має організаційно, інформаційно та політично сприяти їх належному розгляду та виконанню відповідними суб'єктами. Сама по собі організація головою комітету виконання рішень комітету може бути досить різноплановою, включно з визначенням строків виконання рішень і відповідальних за це осіб, наданням доручень, інформуванням, контролем, заходами реагування на невиконання рішень комітету тощо.

Принцип відповідальності комітетів перед Верховною Радою України та підзвітність їй зумовлює необхідність регулярного звітування комітетів. У цьому контексті логічними постають повноваження голови комітету щодо організації підготовки звіту про роботу комітету та доповідання Верховній Раді України про неї (п. 10, 11 ч. 2 ст. 34 Закону України від 4 квітня 1995 р. № 116/95-ВР). Слід зауважити, що на відміну від звіту про роботу комітету, доповідь голови комітету внаслідок законодавчої неурегульованості може готуватись ним одноосібно без попереднього схвалення усім комітетом, що сприяло би повноті та об'єктивності такої доповіді. Також попри потенційну ефективність звітування як засобу контролю Парламентом діяльності його комітетів чинне законодавство зараз не регламентує ані періодичність підготовки зазначених звітів і доповідей, ані можливі наслідки їх розгляду Верховною Радою України, що виявляє суттєву формальність подібного звітування. Для порівняння навіть у першій редакції вказаного Закону України прямо передбачалось доповідання Парламенту головою комітету про його роботу «не рідше ніж один раз на рік». Як слушно зазначає з цього приводу Ю.Г. Барабаш¹⁴, звітування голів комітетів, що дає змогу виявляти

недоліки в організації роботи Парламенту та його комітетів, доцільно здійснювати у встановлені строки за затвердженим графіком або ж позачергово за ініціативою депутатських фракцій (груп).

Значна частина повноважень голови парламентського комітету пов'язана з організацією та безпосереднім проведенням засідань комітету, зокрема, крім традиційного скликання засідань і головування на них, також ідеться про організацію повідомлення членів комітету про засідання, запрошення фахівців для участі в роботі комітету та робочих груп тощо.¹⁵ Планування оптимального розкладу засідань комітету та залучення на них максимальної кількості їх членів й інших осіб є досить організаційно складним завданням голови комітету з огляду на потребу врахування графіку засідань самого Парламенту, істотний обсяг питань на розгляді комітету та різний стан їх підготовки, значний чисельний склад комітету. При цьому позитивно маємо зазначити як право голови комітету ініціативно скликати засідання комітету, так і право членів комітету проводити засідання, якщо воно не скликається головою комітету.

Для виключення будь-яких подібних зловживань також доцільним було би додаткове закріплення способів і термінів завчасного інформування головою комітету його членів про засідання, правил проведення засідань (зокрема, зміни головуючого), наслідків не запрошення головою комітету для участі в його роботі відповідних фахівців. Оскільки залучення до роботи комітету та його робочих груп «фахівців» (втім, як і науковців, експертів, інших осіб) первинно належить до компетенції усього комітету (п. 6, 7 ч. 1 ст. 15, ст. 29, ст. 48 Закону України від 4 квітня 1995 р. № 116/95-ВР), їх запрошення головою комітету має здійснюватись не «в разі необхідності», а за рішенням комітету. Уточнюючи формулювання повноважень голови комітету, слід покласти на нього організацію повідомлення не тільки членів, а і посадових осіб комітету про проведення як засідання комітету, так і, наприклад, комітетських слухань.

Окрім того, важливу частину компетенції голови комітету становлять його представницькі та інформаційно-комунікаційні повноваження. При цьому голова комітету має загальне право представляти комітет у відносинах як з органами і посадовими особами Верховної Ради України та органами публічної влади, так і з органами парламентів іноземних держав і міжнародними організаціями, зокрема, шляхом відрядження. У п. 8 ч. 2 ст. 34 профільного Закону України від 4 квітня 1995 р. № 116/95-ВР навіть наведено перелік суб'єктів, у відносинах з якими голова комітету представляє його, який водночас є неповним, не включаючи фракції (групи), тимчасові комісії парламенту тощо. Виникає питання й щодо

¹³ Там само.

¹⁴ Барабаш Ю.Г. Парламентський контроль в Україні: проблеми теорії та практики : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. Харків, 2004. С. 148.

¹⁵ Про комітети Верховної Ради України : Закон України від 4 квітня 1995 р., № 116/95-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1995. № 19. Ст. 134.

поки неурегульованого змісту та меж зазначеного представництва комітету його головою, наприклад, в частині наявності у нього права висловлювати позицію комітету, підписувати від його імені спільні документи, запрошувати до участі в роботі комітету і тощо. Також актуальним постає поновлення повноважень голови комітету, чинних за першої редакції Закону України від 4 квітня 1995 р. № 116/95-ВР, щодо координації роботи комітету з іншими комітетами, що забезпечуватиме узгодженість і цілеспрямованість діяльності комітетів.

Компетенція голови парламентського комітету досить переобтяжена різноманітними інформаційно-комунікаційними повноваженнями, зокрема, це інформування Погоджувальної ради про позицію комітету, щомісячне інформування фракцій про відсутність їх членів на засіданнях комітету без поважних причин, а також прийом громадян й інформування членів комітету про різні документи та з інших питань діяльності комітету¹⁶. З огляду на значний обсяг таких повноважень вважаємо, що щонайменш останнє може бути покладено на заступників голови та/або секретаря комітету. Загалом, голова комітету мав би здійснювати не саме інформування особового складу комітету про питання діяльності комітету, а організацію такого інформування, яке сьогодні доцільно проводити з використанням сучасних інформаційно-телекомунікаційних систем. Законодавче формулювання вищезазначених повноважень також не позбавлене певних недоліків, наприклад, що стосується необхідності інформування з відповідних питань не тільки фракцій, але й депутатських груп, а також не лише членів, а і посадових осіб комітету.

Повноваження голови комітету з інформування фракцій про відсутність їх членів на засіданнях комітету, на нашу думку, слід дещо розширити, наприклад, інформуючи не тільки фракції, але й громадськість про відсутність парламентарів як на засіданнях, так і на слуханнях комітету та інших його заходах. До того ж взаємодія голови комітету з фракціями та групами з цього приводу не має обмежуватись одним лише інформуванням, передбачаючи також й інші конкретні заходи для підвищення явки та змістовності участі членів комітету в його роботі. Крім того, не можна не виділити й законодавчу невизначеність «поважних причин» відсутності парламентаря на засіданні комітету, про що має інформувати голова комітету. Вважаємо, щодо цьо-

го доцільно за аналогією поширити дію ч. 3 ст. 26 Регламенту Верховної Ради України від 10 лютого 2010 р. № 1861-VI¹⁷, яка закріплює поважні причини відсутності народного депутата України на пленарних засіданнях Парламенту.

Слід погодитись із М.В. Развадовською, що діяльність голови комітету має виконувати завдання забезпечення упорядкованості в роботі комітету, організації спільної діяльності парламентарів, досягнення погодженості та координації їх дій¹⁸. Отже, вважаємо, що до повноважень голови комітету, крім внесення пропозицій до розподілу обов'язків між його заступниками та надання їм доручень, також слід було би відносити координацію діяльності цих посадових осіб, підкомітетів і робочих груп комітету.

Висновки

Законодавчо визначені повноваження голів комітетів Верховної Ради України за своєю природою похідні від компетенції Верховної Ради України та самих комітетів. Такі повноваження, загалом, спрямовані на забезпечення належної організації та ефективного виконання функцій цих робочих органів Парламенту. Повноваження голови комітету переважно є організаційними й мають досить обмежений характер, більшою мірою стосуючись посадових осіб (а не членів) комітету, доповнюючись загальнокомітетським способом прийняття важливих внутрішньоструктурних рішень. Удосконалення конституційно-правового регулювання повноважень голів парламентських комітетів насамперед потребує уточнення їх формулювання та деталізації змісту, врегулювання практики надання доручень голови комітету, закріплення порядку реалізації таких повноважень та їх узгодження між собою, розширення повноважень з координації роботи посадових осіб комітету, його підкомітетів і взаємодії з іншими комітетами.

¹⁷ Про Регламент Верховної Ради України : Закон України від 10 лютого 2010 р., № 1861-VI. Офіційний вісник України. 2010. № 12. Ст. 565.

¹⁸ Развадовська М.В. Внутрішньоуправлінська діяльність Верховної Ради України (організаційно-правові засади) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07; Національний ун-т внутрішніх справ. Харків, 2005. С. 20, 24.

¹⁶ Там само.

Features of the legal status of the subjects of administrative and legal regulation of the management of industrial waste*Karnaukh Elena**Postgraduate Student**of the National University of Life and Environmental Sciences of Ukraine, Ukraine*

The problem of environmental pollution of hazardous waste remains relevant in today's conditions, therefore legal analysis needs to be addressed with all their classes, as well as ways to overcome existing problems in this area. In particular, the legal regulation of the detection, collection and transportation of hazardous waste to places of storage, as well as treatment, utilization, etc. is extremely important for the preservation of ecological stability of the state. In this article the author analyzes the legislation on the peculiarities of the legal status of the subjects of administrative and legal regulation of the management of industrial waste. A number of problems at the legislative level are identified that require immediate resolution, in particular, the lack of procedures for obtaining permits for waste management operations, as well as the lack of a single state inventory of waste from Ukraine. Particular attention was paid to the problem of imperfection of the powers entrenched in the legislation regarding the issue with permit documents in the field of industrial waste management. The author also paid attention to the shortcomings of the legal status of the subjects of administrative and legal regulation in the field of dealing with industrial. The author considers the issue of insufficient financial resources to support the activities of the subdivision of territorial bodies of the State Environmental Inspectorate. The implementation of the requirements of the Basel Convention on the control of transboundary movements of hazardous waste in 2013–2015 is analyzed. The article deals with the competence of the central executive authority, which implements the state policy in the field of environmental protection in the field of waste management. The author of the article considers the views of scientists on the concept of subjects in the administrative-legal aspect, which are considered by scientists as physical and legal persons, who according to administrative-legal norms have a certain amount of rights and duties in the field of administrative and legal regulation of administrative relations, and also realize the functions of executive power.

Особливості правового статусу суб'єктів адміністративно-правового регулювання поводження з промисловими відходами*Карнаух Олена Володимирівна**аспірант**Національного університету біоресурсів та природокористування України, Україна***Вступ**

Реалізація екологічної політики є одним з основних завдань держави, яку вона, володіючи монополією на владу, реалізовує шляхом нормотворчості та застосуванням заходів адміністративно-правового регулювання. Однак сьогодні Україна стоїть на межі екологічної кризи, що не востаннє зумовлено наявною проблемою поводження з промисловими відходами. Статистичні дані показують, що в середньому в нашій державі виробляється близько 17 млн тонн сміття, лівову частку з яких становлять промислові відходи, однак лише 5% від цієї кількості піддається переробці, тоді як решта потрапляє на звалища¹. Це може свідчити про недієвість заходів адміністративно-правового регулювання у сфері поводження з промисловими відходами через ряд причин. Однією з таких причин, на нашу думку, є окремі недоліки в правовому статусі суб'єктів адміністративно-правового регулювання

поводження з промисловими відходами, які слід дослідити.

Свого часу питання правового забезпечення діяльності щодо охорони навколишнього природного середовища та екологічної безпеки досліджувались такими вченими: В.І. Андрейцев, Г.І. Балюк, А.Г. Бобкова, В.М. Гаращук, А.П. Гетьман, В.М. Шульга та ряд інших учених. Однак питанням адміністративно-правового регулювання поводження з промисловими відходами належної уваги приділено не було.

Мета статті – вивчення особливостей правового статусу суб'єктів адміністративно-правового регулювання поводження з промисловими відходами.

Виклад основного матеріалу

Україна, як і кожна правова держава, здійснює політику, спрямовану на досягнення стану захищеності потреб особистостей, суспільства і держави в екологічній безпеці через відповідні державні органи. Тому в контексті адаптації національного законодавства до законодавства Європейського Союзу питання створення ефективної системи суб'єктів

¹ Скільки сміття залишає Україна та що з ним відбувається. Аналітичний портал Слово і діло. <https://www.slovodilo.ua/2017/05/29/infografika/suspilstvo/skilky-smittya-zalyshaye-ukrayina-ta-nym-vidbuvayetsya>.

управління природоохоронною сферою, реформування органів державної влади та впровадження в їхню діяльність європейських стандартів отримали нові перспективи.

Питання правового статусу суб'єктів в адміністративному праві є одним із важливих, оскільки мова йде про учасників адміністративно-правових відносин, що вирішують завдання і виконують функції виконавчої влади та які координують розпорядницькі та контрольні-наглядові повноваження в галузі державного управління і місцевого самоврядування, розглядають справи про адміністративні правопорушення у різних сферах суспільного життя, зокрема природоохоронній².

На думку Ю.П. Битяка, В.М. Гарашука і багатьох інших учених, суб'єкти в адміністративно-правовому аспекті – це фізичні і юридичні особи, які відповідно до адміністративно-правових норм наділені певним обсягом прав та обов'язків у сфері адміністративно-правового регулювання управлінських відносин, а також реалізують функції виконавчої влади.

Необхідно вказати основні особливості, що характеризують суб'єктів, це такі:

1) реальні учасники адміністративно-правових відносин, які володіють адміністративно-правовим статусом і беруть участь в організації державного управління;

2) одна із сторін публічної управлінської діяльності наділена відповідною компетенцією, повноваженнями, наданими законодавством;

3) вони можуть бути конкретними учасниками адміністративно-правових відносин, виступаючи за власним бажанням (громадяни) або через обов'язок (органи виконавчої влади).

З аналізу чинного законодавства України та відповідно до змісту повноважень систему суб'єктів у сфері поводження з промисловими відходами та забезпечення екологічної безпеки утворюють органи законодавчої влади, уповноважені органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування та спеціально уповноважені (природоохоронні) структури³.

Сформована зараз система центральних органів виконавчої влади, що функціонують у сфері охорони навколишнього природного середовища, є досить складною та поділяється на такі ланки, як: міністерства і відомства, кожна з яких має своє призначення, повноваження щодо прийняття рішень із питань охорони довкілля, екологічної безпеки, використання природних ресурсів.

Складовою частиною державної системи суб'єктів природоохоронної діяльності є органи виконав-

чої влади галузевої компетенції – міністерства, які, спираючись на загальні принципи державного управління і керівництва підвідомчими органами, здійснюють відповідні природоохоронні функції. Міністерства утворюють коло суб'єктів регулювання галузевого рівня, компетенція яких обмежена переважно довіреною їм сферою державного контролю, що спрямована на забезпечення охорони природного середовища та природокористування, розвитку галузі шляхом розроблення і реалізації превентивних заходів, впровадження науково-технічних досягнень і передового досвіду в практичну діяльність підлеглих органів, юридичних осіб⁴.

Встановлений законодавством економічний механізм захисту довкілля сприяє лише тому, що численні іноземні компанії освоюють територію нашої держави з метою поховання радіоактивних матеріалів і високотоксичних відходів, створення небезпечних виробництв, впровадження отруйних технологій, вивезення сміття тощо⁵.

Компетенція центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері охорони навколишнього природного середовища у сфері поводження з відходами, визначена ст. 23 ЗУ «Про відходи», зокрема: «...здійснення державного контролю <...> за складанням і веденням реєстру об'єктів утворення відходів, встановлення порядку здійснення операцій у сфері поводження з відходами, видача дозволів на здійснення операцій, видача дозволів на зберігання та видалення відходів, надання письмової згоди на транскордонне перевезення небезпечних відходів тощо»⁶. *Проте стаття не містить жодних посилань на обов'язки цих органів щодо систематичної перевірки стану захоронення відходів, що визначені реєстром, виявлення місць самовільно розміщених чи видалених відходів, прийняття заходів із ліквідації недоліків за результатами перевірок.*

З Постанови ВРУ «Про стан виконання законодавства у сфері поводження з відходами в Україні та шляхи його вдосконалення» (2005 р.) вбачається, що «... наслідками незадовільного державного управління, недосконалої нормативно-правової бази у сфері поводження з відходами, зокрема, є негативний вплив утворюваних і накопичених відходів на здоров'я людей і навколишнє природне середовище». З метою ефективного розв'язання проблем поводження з відходами в Україні рекомендовано Кабінету Міністрів України розробити та запровадити в Україні державний кадастр відходів, незважаю-

⁴ Лазор О.Я. Адміністративно-правові засади державного управління у сфері реалізації екологічної політики в Україні: автореф. дис. ... д-ра наук з держ. упр. : 25.00.02; Нац. акад. держ. упр. при Президентіві України. Київ, 2004. 36 с.

⁵ Василенко Л.П. Правові проблеми діяльності органів виконавчої влади з питань екології: монографія. Житомир: Житомирський національний агроекологічний університет, 2014. 196 с.

⁶ Положення про Державну екологічну інспекцію України: Постанова КМУ від 19 квітня 2017 р. № 275 URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/275-2017-%D0%BF>.

² Адміністративне право України: підручник / Ю.П. Битяк, В.М. Гарашук, О.В. Дяченко та ін.; за ред. Ю.П. Битяка. Київ: Юрінком Інтер, 2007. 544 с.

³ Лист Державної регуляторної служби України від 9 серпня 2018 р. № 8029/0-го-18. URL: [file:///C:/Users/Elena/Downloads/informatsijnyj-lyst%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Elena/Downloads/informatsijnyj-lyst%20(2).pdf).

чи на те, що має діяти реєстр; забезпечити проведення інвентаризації місць зберігання непридатних до використання пестицидів та агрохімікатів із метою визначення власників, незважаючи на те, що з 2001 р. діє спільний Наказ Мінагрополітики, Мінекології та Мінздор'я «Про порядок проведення комплексної інвентаризації місць накопичення заборонених і непридатних до використання в сільському господарстві хімічних засобів захисту рослин»⁷.

Доречно зазначити, що до компетенції спеціально уповноваженого державного органу управління входять видача дозволів на транскордонне перевезення небезпечних відходів (у звіті Міністерства екології та природних ресурсів за I–III квартал 2017 року зазначено, що ним підготовлено 9 письмових згод (повідомлень) і надано 1066 висновків на транскордонне перевезення небезпечних відходів⁸); здійснення функцій щодо забезпечення виконання положень Базельської конвенції про контроль за транскордонними перевезеннями небезпечних відходів та їх видаленням⁹.

Варто зауважити, що встановлена ст. 19 ЗУ «Про охорону навколишнього природного середовища» компетенція виконавчих органів сільських, селищних, міських рад у галузі охорони навколишнього природного середовища щодо надання прав у «формуванні і використанні місцевих фондів охорони навколишнього природного середовища у складі місцевих бюджетів» не містить жодних відомостей саме про те, як формуються і як мають використовуватись ці фонди, що не може сприяти законності. Так само невизначеними є положення п. «е» щодо «організації збору, переробки, утилізації і захоронення відходів на своїй території» (які саме відходи мають на увазі: радіоактивні, побутові, промислові, сільськогосподарські, будівельні)¹⁰.

Отже, натепер ми маємо суперечливий, безсистемний і неякісний ЗУ «Про охорону навколишнього природного середовища». Діяльність спеціально уповноваженого державного органу управління у сфері захисту довкілля від негативних чинників, зокрема у сфері запобігання утворенню відходів та їх негативному впливу на довкілля, яскраво відображена аудитом діяльності цього органу у звіті Рахункової палати України за 2016 рік¹¹.

Результати аудиту виконання Україною вимог Базельської конвенції про контроль за транскордонними перевезеннями небезпечних відходів та їх видаленням засвідчили, що вимоги цієї конвенції протягом 2013–2015 років виконувались не в повному обсязі. Зокрема, на належному рівні не забезпечувались контроль за транскордонним переміщенням відходів, їх ідентифікація та видалення, а також координація діяльності відповідальних органів виконавчої влади та обмін інформацією, що створювало ризики неконтрольованого ввезення в Україну небезпечних відходів¹².

Іншою групою державних органів із повноваженнями щодо адміністративно-правового регулювання поводження з промисловими відходами є інспекційні органи, які здійснюють контрольно-наглядові функції.

В умовах недостатнього фінансового ресурсу на забезпечення діяльності підрозділи територіальних органів Держекоінспекції, що здійснюють екологічний контроль у пунктах пропуску через державний кордон, протягом 2013–2015 років не проводили хіміко-аналітичного контролю речовин і матеріалів із метою встановлення їх належності до числа токсичних, радіоактивних речовин або відходів у зв'язку з тим, що їхні відділи інструментально-лабораторного контролю не атестовані як випробувальні, відсутнє сучасне складне високоточне обладнання та наукові спеціалісти відповідної кваліфікації¹³.

На підставі положень, які регулюють діяльність департаментів екології та природних ресурсів обласних державних адміністрацій, департамент забезпечує реалізацію державної політики, зокрема, в галузі охорони навколишнього природного середовища та охорони природних ресурсів. За відсутності законодавчого визначення департаменту надається право затверджувати нормативи скидання забруднюючих (отруйних) речовин до водних об'єктів; видавати дозволи на викиди та скиди отруйних (забруднюючих) речовин у навколишнє природне середовище; здійснювати інші операції (які саме – не вказується) у сфері поводження з відходами та інше; забезпечувати погодження вибору земельних ділянок для розміщення об'єктів (яких саме – не вказується), місць розташування об'єктів (яких саме – не вказується); узгоджувати матеріали підприємств, організацій, установ на отримання дозволів на розроблення проектів нормативів граничнодопустимих скидів у водні об'єкти, погодження договорів оренди водних об'єктів; замість безпосереднього виконання моніторингу середовища він його організовує, а надалі «забезпечує функціонування державної системи моніторингу довкілля».

⁷ Про відходи : Закон України від 5 березня 1998 р. № 187/98-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 36. – Ст. 242.

⁸ Звіт про виконання в I–III кварталах 2017 року Річного плану роботи Міністерства екології та природних ресурсів України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://menr.gov.ua/news/31980.html>.

⁹ Базельська конвенція про контроль за транскордонним перевезенням небезпечних відходів та їх видаленням : Міжнародна конвенція, 1989 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/card/995_022.

¹⁰ Про стан виконання законодавства у сфері поводження з відходами в Україні та шляхи його вдосконалення : Постанова Верховної Ради України від 6 жовтня 2005 р. № 2967-IV. Відомості Верховної Ради України. 2005. № 49. Ст. 525.

¹¹ Звіт Рахункової палати за 2016 рік. URL: http://www.ac-rada.gov.ua/doccatalog/document/16751480/Zvit_RP_2016.pdf.

¹² Звіт Рахункової палати за 2016 рік. URL: http://www.ac-rada.gov.ua/doccatalog/document/16751480/Zvit_RP_2016.pdf.

¹³ Звіт Рахункової палати за 2016 рік. URL: http://www.ac-rada.gov.ua/doccatalog/document/16751480/Zvit_RP_2016.pdf.

Так само відсутні положення про здійснення заходів щодо запобігання впливу негативних чинників на об'єкти довкілля і в Положенні про Державну екологічну інспекцію України, яке затверджене Постановою КМУ від 19.04.2017 р. № 275¹⁴. Інспекція здійснює контроль за станом довкілля шляхом інструментально-лабораторних вимірювань показників складу та властивостей, зокрема, забруднюючих речовин із застереженням «у межах галузі атестації на право виконання цих вимірювань». Як уже зазначалося вище, жодний із підрозділів інструментально-лабораторного контролю Міністерства екології та природних ресурсів України не атестований на право проведення аналізів небезпечних відходів. І це – незважаючи на бюджетне фінансування.

На жаль, жодне положення, що регулює діяльність державних органів у галузі охорони навколишнього природного середовища, не містить норм, які закріплювали б їх основним завданням здійснення заходів щодо зобов'язання суб'єктів господарювання від утримання скидів і викидів отруйних речовин у природні системи; якщо такі дії є неминучими, то ці ж отруйні та забруднюючі речовини ці суб'єкти зобов'язувалися б очищати в тих місцях, де вони виробляються, з використанням найбільш досконалих засобів; повинні застосовуватися особливі запобіжні заходи з метою недопущення скидання радіоактивних або токсичних відходів. Як приклад недосконалості закріплених у законодавстві повноважень є ситуація з дозвільними документами саме у сфері поводження з промисловими відходами.

Згідно зі ст. 17 Закону України «Про відходи» суб'єкти господарської діяльності у сфері поводження з відходами зобов'язані мати дозвіл на здійснення операцій у сфері поводження з відходами, якщо їхня діяльність призводить до утворення відходів, для яких показник загального утворення відходів перевищує 1000.

Ст. 20 Закону України «Про відходи» визначено, що видача дозволів на здійснення операцій у сфері поводження з відходами терміном на три роки належить до повноважень місцевих державних адміністрацій. Зазначений дозвіл міститься у Переліку документів дозвільного характеру у сфері господарської діяльності, затвердженому Законом України від 19 липня 2011 р. № 3392-VI «Про Перелік документів дозвільного характеру у сфері господарської діяльності».

Згідно зі ст. 4 і Закону України «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності» порядок видачі документів дозвільного характеру, внесення до Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців і громадських формувань

записів про переоформлення, анулювання документів дозвільного характеру визначається Кабінетом Міністрів України¹⁵.

При цьому на рівні Закону «Про відходи» визначено лише дозвільний орган, уповноважений видавати дозвіл на здійснення операцій у сфері поводження з відходами та строк його дії, а порядок отримання дозволів на здійснення операцій у сфері поводження з відходами не затверджено Кабінетом Міністрів України.

Органи Державної екологічної інспекції України під час здійснення заходів контролю перевіряють наявність вказаного дозволу і часто виносять приписи щодо його отримання. Вказана ситуація породжує порушення принципу правової визначеності, оскільки суб'єкт господарювання не може виконати законодавство не через небажання, а у зв'язку з відсутністю відповідних норм законодавства. Хоча органи контролю мали б акумулювати інформацію про наявні суперечності та ставити питання перед суб'єктами, уповноваженими на здійснення дій щодо організації підготовки та забезпечення впровадження відповідних норм законодавства – у цьому випадку перед Міністерством екології та природних ресурсів чи прямо перед Кабінетом Міністрів України. Натомість Державна регуляторна служба України пропонує суб'єктам застосувати принцип «мовчазної згоди»¹⁶, хоча насправді дозвільний орган найчастіше навіть не прийме документи на розгляд, оскільки відсутні форма заяви та перелік документів, які мають бути подані для отримання такого дозволу.

Висновки

До особливостей правового статусу суб'єктів адміністративно-правового регулювання у сфері поводження з промисловими відходами слід віднести такі: 1) участь у реалізації державної екологічної політики України; 2) публічно-управлінську діяльність і наділення їх повноваженнями щодо застосування заходів адміністративного впливу на учасників відносин поводження з промисловими відходами; 3) конкретність і визначеність суб'єктів адміністративно-правових відносин у сфері поводження з промисловими відходами.

Недоліки правового статусу суб'єктів адміністративно-правового регулювання у сфері поводження з промисловими відходами зумовлюються низкою причин:

– бланкетним характером низки норм, що не містить прямого зобов'язання контрольно-наглядових органів щодо систематичної перевірки стану захоронення відходів, виявлення місць самовільно розміщених чи видалених відходів, прийняття заходів із ліквідації недоліків за результатами перевірок;

¹⁴ Панковец А.И., Мировский С.В. Система управления окружающей среды как одно из приоритетных направлений природоохранной деятельности. Безопасность жизнедеятельности. 2004. № 10. С. 92–94.

¹⁵ Закон України «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2806-15>.

¹⁶ Лист Державної регуляторної служби України від 9 серпня 2018 р. № 8029/0-го-18. URL: [file:///C:/Users/Elena/Downloads/informatsijnyj-lyst%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Elena/Downloads/informatsijnyj-lyst%20(2).pdf).

- відсутністю єдиного державного кадастру відходів України;
- відсутністю в нормах ЗУ «Про охорону навколишнього природного середовища» чіткого порядку формування та використання місцевих фондів охорони навколишнього природного середовища у складі місцевих бюджетів і визначень низки понять;
- відсутністю порядку отримання дозволів на здійснення операцій у сфері поводження з відходами, затвердженого Кабінетом Міністрів України;
- відсутністю норм, які закріплювали б завдання державних органів у галузі охорони навколиш-

нього природного середовища щодо реалізації заходів, спрямованих на утримання суб'єктами господарювання від здійснення скидів і викидів отруйних речовин у природні системи, або у разі здійснення вказаних скидів зобов'язання до їх очищення.

Усе це свідчить про те, що держава зараз не забезпечує втілення принципу правової визначеності, за якого законодавство мало б надавати приватним суб'єктам чітке розуміння їхніх прав та обов'язків, а також містило б прозору та доступну процедуру повного виконання норм законодавства.

Demand reducing strategies for human smuggling in Ukraine: meaning and components*Kibalnyk Stanislav**PhD student in the Academician Stashis Scientific Research Institute for the Study of Crime Problems
National Academy of Law Sciences of Ukraine, Ukraine*

A certain guiding idea for a scientifically based solution to the problem posed by the organization of the implementation for a specific set of practical measures acquires the meaning as a crime prevention strategy, its particular form or a background phenomenon for it. Therefore, the main ways in prevention of any illegal services should be divided into demand reducing strategies and supply reducing strategies. Such approach is often used by scientists in developing a system of measures to prevent both human smuggling and other criminal or an administrative offenses involving the criminal and the “client”, such as the illicit drug trafficking or the creation and maintenance of place of debauchery. As the leading role in preventing the first of these crimes in the European Union is currently performs a demand reducing strategy by high probability of forced isolation and the expulsion of “clients” outside the country after the illegal entry into it, the article is devoted to critical analysis of its implementation in Ukraine in the context of the general EU practices to restrain illegal migrants in nearby countries. The article highlights currently implemented and looks for appropriate measures to prevent human smuggling in Ukraine which are part of these strategies. It is emphasized that the practical realization of measures from restraining strategies (strengthening border and migration control, placement illegal migrants in temporary detention centers and forced removal or return them to the countries of origin), with the aim of demand reducing, leads to directly opposite effects, increasing on the Ukrainian territory the number of persons predominantly contributes to the formation of such demand. On the basis of this, the article proposes some measures from a strategy of increasing opportunities for legal border-crossing and argues some relevant measures which are the most acceptable taking into account actual national conditions.

**Стратегії зменшення попиту на незаконне переправлення осіб
через державний кордон України: зміст та складники***Кібальник Станіслав Олегович**аспірант**Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В.В. Сташица
Національної академії правових наук України, Україна***Вступ**

Оскільки надання будь-яких послуг, зокрема протиправних, забезпечується існуванням попиту та пропозиції на вчинення таких діянь, напрями запобігання їм доцільно поділити на стратегії зменшення попиту та стратегії зменшення пропозиції. Критерієм при цьому слугують свідомість і поведінка особи, які є об'єктом запобіжного впливу. Позаяк зменшення криміногенної мотивації населення прикордонних територій більшою мірою пов'язано із реалізацією загальносоціальних заходів запобігання злочинності, ми вбачаємо за доцільне приділити особливу увагу саме стратегіям першої групи.

Мета статті – огляд впроваджуваних нині та пошук доцільних до впровадження заходів запобігання незаконному переправленню осіб через державний кордон України, які входять до зазначених стратегій.

Виклад основного матеріалу

Подібно до інших країн світу, зменшення попиту на діяння, передбачені ст. 332 КК України, полягає у впровадженні широкого комплексу заходів, покликаних здійснювати запобіжний вплив на сві-

домість і поведінку як незаконних мігрантів, так і інших осіб, які потенційно можуть виявити бажання звернутися за наданням послуг із незаконного переправлення їх через державний кордон. Згідно із прийнятою в українській кримінологічній науці термінологією, практично всі з використовуваних і перспективних для використання стратегій, про які нами буде вестись мова, належать до спеціально-кримінологічного рівня запобігання, а конкретніше – до кримінологічної профілактики порушення міграційного законодавства (обмеження та усунення незаконної міграції). Ними має передбачатися впровадження таких заходів, які за максимальної своєї ефективності не вимагали б залучення надмірних матеріальних, фінансових і людських ресурсів¹. Крім того, розроблювані заходи мають бути досить простими та доступними для реалізації з організаційно-технічного погляду, а також відповідати специфіці географічного розташування держави.

Аналіз заходів запобігання незаконному переправленню осіб через державний кордон у країнах ЄС та США дає змогу віднести до стратегій зменшення попиту на діяння, відповідальність за які

¹ Голіна В.В. Запобігання злочинності (теорія і практика) : навч. посіб. Харків : Нац. юрид. акад. України, 2011. С. 40.

встановлено ст. 332 КК України, насамперед, викорінення соціально-економічних причин масової міграції населення, розширення можливостей перетинання державного кордону відповідно до передбаченого законодавством порядку, інформування потенційних мігрантів щодо небезпек, наявних під час незаконного переправлення, а також заходи, які мають на меті зробити звернення за послугами злочинців максимально даремним для «мандрівників»². З метою впровадження останньої з цих стратегій Європейський Союз протягом останніх 10 років уклав низку угод із країнами транзиту незаконних мігрантів, з 1992 р. (а особливо активно – від 2000–2005 рр.) трансформували її на стратегію екстерналізації – зупинення міграційних потоків на віддалених підступах до своїх південних і східних кордонів.

Одним із таких сусідніх рубежів стала й Україна, яка межує з чотирма його державами-членами. Водночас залучення переправників затребуване тут серед «клієнтів» далеко не однаковою мірою. Громадяни України, а також Молдови та Російської Федерації вдаються до нього відносно рідко. Незаконні мігранти з їх числа віддають перевагу самостійному перетинанню кордону за допомогою карт чи системи GPS, а в разі знання прикордонної місцевості – взагалі без використання будь-яких засобів (поширеним є й виїзд «умовно законним» способом, за візами на основі фіктивних запрошень від підставних осіб). Схильні довірятися переправникам насамперед вихідці з більш віддалених країн. Наприклад, якщо частка українських громадян серед 902 осіб, що переправлялися дослідженими нами засудженими за ст. 332 КК України, дорівнює майже 6% (за 8,5% громадян Молдови та лише 2,9% громадян РФ), то питома вага громадян Афганістану – вже 31% від загальної кількості. Інші 14,1% утворюють громадяни арабських країн, майже 10% – громадяни Пакистану, держав Африки південніше Сахари – 7,3%, громадяни В'єтнаму та Бангладеш – по 5,3%, громадян Шрі-Ланки – 4,8%, Індії – 2,2%. Це і визначає основний об'єкт запобіжного впливу стратегії цієї групи: накопичення в Україні на невизначений строк великої кількості незаконних мігрантів із далекого зарубіжжя.

Основними заходами, спрямованими на зменшення в Україні кількості таких осіб, від початку 1990-х років та дотепер залишаються здійснення прикордонного контролю та спеціальні профілактичні операції, що періодично проводяться у найбільших містах правоохоронними органами щодо осіб, зовнішні риси яких указують на можливість їх

походження з так званих «країн міграційного ризику». Проводяться вони зазвичай у навчальних закладах та їхніх гуртожитках, на вокзалах, торговельних майданчиках, курортних об'єктах або просто на вулицях. Проте зведена статистична звітність ДПСУ свідчить про таке. Якщо за незаконне перетинання державного кордону протягом 2017 р. працівниками відомства було затримано 886 порушників, то за порушення правил перебування іноземців в Україні – 2,9 тис. осіб, що втричі більше першого показника, але приблизно у півтора рази менше 5,1 тис. потенційних незаконних мігрантів, яким було відмовлено у в'їзді³. Такі дані, по-перше, дають змогу стверджувати про вже досить високу захищеність державного кордону України, оскільки інакше кількість осіб, затриманих за порушення правил перебування в Україні, була б вищою набагато більше, ніж утричі. По-друге, під час таких перевірок правоохоронцями здебільшого затримуються іноземці, які прибули до України з дотриманням передбаченого законодавством порядку, але втратили правові підстави для подальшого перебування, адже незаконно переправлені через російсько-український кордон особи вичікують подальшого переправлення до ЄС не у громадських місцях, а переховуючись із використанням тимчасових конспіративних помешкань і не контактуючи з незнайомцями. Тому можемо пересвідчитися, що наявний рівень охорони та інженерно-технічного оснащення державного кордону України вже тепер не дає змоги більшості незаконних мігрантів та їх переправників безперешкодно порушувати порядок його перетинання, не враховуючи випадків отримання неправомірної вигоди співробітниками правоохоронних органів, не менш широкі можливості для чого мають місце і під час виявлення фактів порушення іноземцями правил перебування в Україні.

До початку 2000-х рр. фінансовані з державного бюджету спеціалізовані приміщення для примусового тримання незаконних мігрантів були в Україні відсутні. Натепер, відповідно до ч. 4 ст. 30 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», особи, що підлягають адміністративному видворенню за межі держави в примусовому порядку, утримуються у спеціально обладнаних установах – пунктах тимчасового перебування іноземців та осіб без громадянства (далі – ПТП)⁴. ЄС же у рамках стратегії стримування міграційних потоків на території транзитних держав протягом 2000–2006 рр. надав на укріплення українських кордонів 35 млн євро. У період 2007–2010 рр. ним було виділено 30 млн євро на будівництво ПТП, а з 2011 р. розпочато проект «Розширення можли-

² Кібальник С.О. Стратегії запобігання незаконному переправленню осіб через державний кордон: питання розмежування. Матеріали наукової конференції за результатами роботи фахівців Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В.В. Сташиса Національної академії правових наук України за фундаментальними темами у 2018 р. (м. Харків, 26 березня 2019 р.) / редкол.: В.С. Батиргарєєва, В.І.Борисов, Д.П. Євтєєва та ін. Харків: Право, 2019. С. 99–102.

³ Звіт про діяльність Державної прикордонної служби України у 2017 році / Прикордонник України. 2018. № 7. С. 5.

⁴ Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства : Закон України від 22.09.2011 р. № 3773-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3773-17> (дата звернення: 14.05.2019).

востей і технічна допомога органам влади України для ефективної боротьби з нерегульованою транзитною міграцією», учасниками імплементації якого стали представники міграційних служб Угорщини, Польщі, Словаччини, Чехії, Сполученого Королівства та Нідерландів (наприклад, Волинський ПТПП у Журавичах отримав електронну систему ідентифікації мігрантів, електронні замки, протиударну плівку для вікон та решітки у гуртожитках). Організаційний комітет українсько-європейського проекту «Консультаційна допомога у створенні центрів затримання та тимчасового тримання незаконних мігрантів в Україні – READMIT-1» (реалізація якого розпочалася у вересні 2009 р.) оцінює сукупну вартість всіх ПТПП приблизно у 120 млн євро, а у 2014 р. ЄС закликав до подальшого збільшення мережі таких установ, на суму ще понад 20 млн. євро⁵. Нарешті, на серпень 2019 р. заплановано запуск спільної системи інтегрованого управління кордонами України та ЄС в розмірі 60 млн євро, спрямованої на затримання, ідентифікацію та реадмісію порушників⁶.

При цьому якщо щорічна кількість незаконних мігрантів в Україні, за останніми експертними оцінками, сягає 45–50 тисяч⁷, то кількість осіб, щодо яких ДМСУ було прийнято рішення про примусове видворення чи примусове повернення, за перші 9 місяців 2017 р. становила 244 та 6127 відповідно⁸. До цього додається й складність ідентифікації у ПТПП вихідців із-поза країн СНД, які зазвичай знищують особисті документи або залишають їх переправникам. Дипломатичні представники звертаються із запитом до країни походження мігранта, відповідь може надходити тривалий час, а якщо відповідне дипломатичне представництво на території України не розташоване, шансів на ідентифікацію практично немає⁹. Спілкуванню із затриманими перешкоджає мовний бар'єр, зокрема, внаслідок необхідності додаткових фінансових витрат на послуги перекладача. Якщо особи не звертаються до ДМСУ із клопотанням про отримання статусу біженця, вони підлягають примусовому видворенню за межі України. Однак у 40% випадків встановити особу не вдається, тому їх відпускають, надаючи довідку про перебування у ПТПП за заявленими ними паспортними даними, яка не дає законних підстав для перебу-

вання в Україні (спочатку термін утримання та ідентифікації становив 6 місяців, згодом збільшився до року, а у 2016 р. знову був скорочений до 6 місяців із можливістю подовження ще на 12 у разі відмови затриманого від співпраці в ідентифікації або очікування інформації з країни його походження). Ті ж зі звільнених, яких до завершення граничного строку перебування у таких пунктах не було примусово видворено за межі України з незалежних від них причин (на кшталт відсутності транспортного сполучення), визнаються такими, які тимчасово перебувають в Україні на законних підставах – на період дії обставин, що унеможливають їх примусове видворення. Невдовзі мігранти повертаються до установи, виявлені в сусідніх країнах ЄС вже під час нової спроби незаконно перетнути кордон: наприклад, поліцією Словаччини, як вважається, затримуються 80% тих із них, хто не був перехоплений патрулями ДПСУ¹⁰. Такі випадки подеколи повторюються до п'яти разів. Своєрідний рекорд серед тих, кого вдалося ідентифікувати, встановила громадянка Афганістану, яка затримувалася 7 разів, але все ж змогла дістатися Парижу та навіть зателефонувала на Закарпаття, щоб повідомити цю звістку¹¹. Таким чином, одразу після звільнення з ПТПП безуспішні шукачі притулку знову стають готові до звернення за послугами з незаконного переправлення їх через державний кордон України.

Шляхи виходу із ситуації, що склалася, пропонуються різні. Д.Б. Муратова вказує на недостатню кількість установ із примусового тримання іноземців¹². Переважна більшість інших авторів закликає активізувати діяльність із примусового видворення та примусового повернення осіб, як правило, за допомогою укладання нових угод про реадмісію з державами походження незаконних мігрантів і реального виконання такої Угоди між КМУ та Урядом РФ, ратифікованої Законом України № 324-VII від 05.06.2013 р.¹³ Ба більше, С.Г. Севрук стверджує про можливість створення механізму компенсації витрат держави на виявлення, затримання та видворення незаконних мігрантів як за їхній власний кошт, так і за кошт осіб, які їм сприяли¹⁴. Водночас О.А. Малиновською пропонується проведення міграційної ам-

¹⁰ Fortress Europe: The wall is getting higher. URL: <https://www.unhcr.org/444f8e7c1d.html> (дата звернення: 14.05.2019).

¹¹ Путь на Запад – через Закарпатье. URL: https://zn.ua/LAW/put_na_zapad_cherez_zakarpacie.html (дата звернення: 14.05.2019).

¹² Муратова Д.Б. Адміністративно-правове регулювання перебування мігрантів у пунктах тимчасового утримання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07; Київський національний університет внутрішніх справ. Київ, 2009. С. 14.

¹³ Огнев Т.С. Незаконна міграція: кримінально-правові та кримінологічні аспекти : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2017. С. 181; Кресіна І.О., Стойко О.М. Нелегальна міграція: проблеми протидії та правового регулювання. Політичний менеджмент. 2009. № 3. С. 179; Профілактика злочинів : підручник / О.М. Джуца, В.В. Василевич, О.Ф. Гада та ін.; за заг. ред. О.М. Джуци. Київ : Атіка, 2011. С. 533.

¹⁴ Севрук В.Г. Основні заходи протидії нелегальній міграції осіб циганської національності. Часопис Академії адвокатури України. 2013. № 18 (1). С. 4.

⁵ Ukrainian Immigration Detention Profile. URL: <https://www.globaldetentionproject.org/countries/europe/ukraine> (дата звернення: 14.05.2019).

⁶ ЕС выделит Украине средства для противодействия незаконной миграции. URL: <https://ura-inform.com/ru/politics/2019/02/20/es-vydelit-ukraine-sredstva-dlja-protivodejstviya-nezakonnoj-migratsii> (дата звернення: 14.05.2019).

⁷ Денисова Т.А. Міграційні процеси в Україні: сучасний стан і проблеми незаконної міграції. Держава та регіони. Серія: «Право». 2016. № 2. С. 74.

⁸ Показники діяльності ДМС за 9 місяців 2017 року: аналітична довідка. Київ, 2017. С. 5.

⁹ Політика України у сфері контролю над нелегальною міграцією / за ред. Н. Цісик. Київ : Міжнародний центр перспективних досліджень, 2006. С. 20.

ністії для громадян віддалених країн, які не мають можливості ані покинути Україну, ані врегулювати свій статус у ній¹⁵.

Такий засіб перетворення незаконної міграції на законну може здійснюватися у формі натуралізації або, рідше, легалізації. Вирішення проблеми накопичення в Україні іноземців, які утворюють основну «клієнтську базу» переправників до ЄС (оскільки не можуть ані повернутися до країн свого походження, ані продовжити шлях далі), ми вбачаємо саме в наданні частині таких осіб українського громадянства у спрощеному порядку з метою отримання ними можливості скористатися відносно спрощеним імміграційним режимом країн ЄС для громадян України.

Не менш вагому роль у межах стратегії з розширення можливостей перетинання державного кордону в законний спосіб здатні відігравати й інші заходи. Зокрема, Україна вже приєдналася до гуманітарної програми Управління Верховного комісара ООН у справах біженців (далі – УВКБ ООН) з переселення до третіх країн шукачів притулку, потреби яких в отриманні захисту не можуть бути задоволені у державах, до яких вони звернулися з таким клопотанням. За результатами ж спільного дослідження, проведеного українськими, польськими та угорськими науковцями, кожний десятий з опитаних незаконних мігрантів висловив бажання добровільно повернутися до країни свого походження, а у разі оплати проїзду кількість охочих зросла б майже вдвічі¹⁶. Фондом українсько-афганської дружби, наприклад, у 2012 р. було придбано 60 квитків для повернення до Афганістану співгромадян, які розпродали там останнє майно на оплату подорожі, але зневірилися отримати статус біженця в Одесі (заступник його голови М. Тахір оцінив загальну кількість таких членів земляцтва у місті приблизно в 350–500 осіб¹⁷). Основний недолік полягає у тому, що надання мігрантом згоди на залишення країни, як правило, має формальний характер, під загрозою примусового видворення чи іншого стягнення. Зменшуючи попит на послуги з незаконного переправлення осіб через державний кордон у короткостроковій перспективі, добровільне повернення залишає ризик повторного виникнення в «клієнта» мотиву на незаконне переправлення за вже знайомим маршрутом у разі продовження впливу негативних життєвих чинни-

ків, що спонукали його до попереднього виїзду. Знизити ризик рецидиву було б можливо обмеженням застосування примусового видворення лише особами, що вчинили тяжкі чи особливо тяжкі кримінальні правопорушення або пов'язані з організованими злочинними угрупованнями. На користь такої новації висловилися 59,1% серед опитаних нами 120 представників гуманітарних організацій із міграційних питань.

Але всі наведені заходи щодо заблокованих в Україні іноземних громадян не вирішують проблеми подальшого прибуття нових незаконних мігрантів, що також будуть намагатися потрапити до ЄС. Слід спиратись на те, що такі особи зазвичай переправляються через російсько-український кордон, після чого видворяються європейськими правоохоронцями та «застрягають» в Україні на невизначений строк. Отже, ще одним кроком у скороченні «клієнтської бази» переправників із необхідністю має стати припинення в односторонньому порядку чинності Угоди про реадмісію осіб між Україною та Європейським Співтовариством, ратифікованої Законом України № 116-VI від 15.01.2008 р. Вже одразу після набуття чинності цим міжнародним актом стверджувалося про те, що Україна не готова до виконання Угоди про реадмісію щодо громадян третіх країн. Адаже виконання її положень, що стосуються незаконних мігрантів, які потрапили до ЄС з території України, означає, що Україна повинна взяти на себе відповідальність за їх прийняття, утримання та видворення або повернення до країн походження, стикаючись зі складнощами у виконанні відповідних процедур¹⁸. Згадаємо також те, що «Україна не може розглядатися як безпечна третя країна, і на цій підставі УВКБ ООН закликає інші держави не повертати до України шукачів притулку», що офіційно наголошувалося ще влітку 2013 р.¹⁹ Причому якщо тоді Україна посідала 111 позицію в глобальному рейтингу безпеки серед 163 країн світу, то у 2018 р. опинилася вже на 152 місці – у групі «дуже низького рівня»²⁰.

Як потенційно можливі шляхи зменшення кількості транзитних незаконних мігрантів в Україні у літературі пропонуються й спрощення процедури отримання статусу біженця, надання державою таким іноземцям достатньої соціально-економічної підтримки в облаштуванні життя на новому місці, а також удосконалення діяльності ДМСУ, судових та інших правозастосовних органів, які часто бувають перенавантаженими та недоукомплектованими. Але

¹⁵ Імміграційна амністія як засіб мінімізації загроз нелегальної міграції: зарубіжний досвід та доцільність використання в Україні. URL: <http://migraciya.com.ua/news/open-forum/ua-immigration-amnesty-as-a-way-to-minimize-the-threat-of-illegal-migration-international-experience-and-appropriateness-of-use-in/> (дата звернення: 14.05.2019).

¹⁶ Проблема нелегальної міграції та транспортування мігрантів в Україні: наукова доповідь / Упорядник О.А. Малиновська. Київ : Бланк-Прес, 2000. С. 58.

¹⁷ Одеськие афганцы занимаются бизнесом и преподают в вузах. URL: <http://odessa-life.od.ua/article/3679-odeskie-afgancuzanimayutsya-biznesom-i-prepodayut-v-vuzah> (дата звернення: 14.05.2019).

¹⁸ Товт М.М. Нелегальна міграція та біженці на новому східному кордоні ЄС. Карпатський регіон та його роль у забезпеченні безпеки і співробітництва в Європі. Київ : Національний інститут стратегічних досліджень, 2008. С. 144.

¹⁹ Ukraine As a Country of Asylum: Observation on the Situation of Asylum-Seekers and Refugees in Ukraine / UNHCR in Ukraine. Kyiv, 2013. P. 38.

²⁰ Global Peace Index: Measuring Peace in a Complex World / Institute for Economics & Peace. Sidney: 2018. P. 9.

в національних умовах дієві програми з посилення інституційної опіки над шукачами притулку просто нереалістичні в осяжній перспективі. «Повернення зі Словаччини та Угорщини збільшили цю кількість», – повідомляла К. Вільямсон щодо сомалійських та афганських незаконних мігрантів у віці 15–17 років без супроводження з боку рідних. – Українськими органами було надано підтримку в розвитку орієнтованої на дитину системи притулку та соціального забезпечення для звернення до конкретних завдань із піклування та захисту потреб цих дітей. Незважаючи на прогресивні покращення, до червня 2010 р. служби соціального забезпечення втратили 279 зареєстрованих дітей без супроводження, що становить 69% від загального навантаження. Більшість цих дітей, можливо, перетнула кордон ЄС за сприяння організованих контрабандистських кіл»²¹. Тоді вважалося, що за межею бідності в Україні перебуває близько 35% населення – приблизно вдвічі менше, ніж останніми роками²².

Висновки

Отже, впроваджені нині стримувальні стратегії зменшення попиту на незаконне переправлення осіб через державний кордон України призводять до перетворення України на територію накопичення транзитних незаконних мігрантів на невизначений час і

функціонування злочинного бізнесу з переправлення їх до країн ЄС як самовідтворюваної системи. Вийти з цього замкненого кола дає змогу перехід до стратегії зі спрощення міграції у законний спосіб: збільшення можливостей для добровільного повернення незаконних мігрантів до країн їх походження та сприяння у переселенні їх з України до третіх країн; проведення міграційної амністії у формі спрощеної натуралізації тих іноземних громадян та осіб без громадянства, яких не було охоплено цими програмами, але які не можуть повернутися до країн свого походження з поважних причин; припинення дії Угоди про реадмісію осіб між Україною та Європейським Співтовариством; обмеження застосування примусового видворення за межі України лише невеликою частиною незаконних мігрантів. Пропозиції ж щодо сприяння «транзитникам» у облаштуванні постійного проживання за місцем вимушеного перебування зараз є малопринятними для України, зважаючи на низький рівень життя загалом. Водночас звернення до запропонованої нами стратегії дасть змогу вивільнити значні бюджетні кошти для проведення соціально-економічних заходів запобігання злочинності: зокрема, лише вищезгадані 120 млн євро, або 3,84 млрд грн, станом на кінець 2018 р. перевищують половину всієї дохідної частини бюджету Закарпатської області на той самий рік, яку було визначено у розмірі 7,34 млрд грн.²³ Це сприятиме й впровадженню ефективних стратегій зі зменшення пропозиції щодо вчинення незаконного переправлення осіб через державний кордон України.

²¹ Williamson K. *Between a rock and a hard place: unaccompanied children seeking asylum in Ukraine*. Geneva : United Nations High Commissioner for Refugees, 2011. P. 1.

²² *No Other Option: Testimonies from Asylum Seekers Living in the Ukraine* / Jesuit Refugee Service Europe. Brussels, 2011. P. 18.

²³ Про обласний бюджет : Рішення Закарпатської обласної ради від 21.12.2017 р. № 1029. Ужгород, 2017. 4 с.

Core and elements of the mechanism for the provision of extension rights

Kosytsia Olha

Candidate of Legal Sciences,

Associate Professor of the Department of Legal Support of Economic Activity

Kharkiv National University of Internal Affairs, Ukraine

The author conducted an analysis of scientific views on the concept of ensuring human rights and freedoms, as well as concepts and elements of the mechanism for the protection of human rights and freedoms. The article distinguishes between concepts of protection, defense and ensuring of human rights and establishes that the ensuring is broader.

Ensuring the rights of the disclosers as an independent integral and polystyrene legal phenomenon is a new direction not only in law-making and law-enforcement activities, but also in the science of administrative law. The need to consider the legal mechanism for the protection of the rights of the disclosure is due to the great importance given to this institute in the framework of the anti-corruption activity of the state and in general in the framework of ensuring the rights and freedoms of man and citizen.

The article emphasizes that the mechanism of ensuring the rights of the whistle-blowers includes mechanisms for the implementation of the rights of the whistle-blowers, the protection of their rights and defense in case of violation. The legal consolidation of the rights of the deniers is an essential element of the legal mechanism of their rights. The consolidation of the rights of whistleblowers at the theoretical and normative level reflects the foundations of its legal status, place and role in the prevention of offenses.

It is concluded that the priority of the rule of law in Ukraine is to ensure the rights and freedoms of man and citizen who exposed the most valuable achievements of society and the state in the prevention and counteraction of corruption. In this regard, the state should create such administrative and legal mechanisms for countering and preventing corruption, ensuring the implementation, protection and defense of the rights of whistleblowers, whose operation would not violate the rights and freedoms of Ukrainian citizens. Enforcement of the rights of the disclosers takes place at the stage of the corruption notification, the creation of secure channels for receiving reports of corruption, the financial reward of the disclosers, the recognition of audio and video records that capture the facts of corruption and passed on to the discloser in disclosure process, evidence in the case, etc.

Сутність та елементи механізму забезпечення прав викривачів

Косиця Ольга Олексіївна

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри правового забезпечення господарської діяльності

Харківського національного університету внутрішніх справ, Україна

Вступ

Реальність прав і свобод громадян забезпечується відповідним юридичним механізмом їх реалізації та захисту¹. Формуючи механізм забезпечення прав викривачів, ми спираємося на закріплене у ст. 3 Конституції України положення, що «людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю», а права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, яка відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави.

Необхідність розгляду юридичного механізму забезпечення прав викривачів зумовлена тим великим значенням, яке надається цьому інституту в межах антикорупційної діяльності держави та загалом у межах забезпечення прав і свобод людини і

громадянина. На нашу думку, розкриття елементів зазначеного механізму та їх призначення дадуть можливість отримати уявлення про зміст діяльності органів публічної влади щодо забезпечення безпеки осіб, які добровільно та добросовісно повідомляють про шкоду або загрозу суспільним інтересам.

Дослідження питання механізму забезпечення прав викривачів має велике теоретичне та практичне значення, оскільки стосується регулювання взаємовідносин не лише держави і особи, але й суспільства і особи, особи і особи, де держава виступає як гарант прав і свобод викривачів. Розглянемо підходи науковців до поняття та сутності механізму забезпечення прав особи, який окремі вчені ототожнюють із механізмом охорони і захисту прав.

Мета статті – аналіз наукових поглядів на поняття забезпечення прав і свобод людини, на елементи або стадії механізму забезпечення прав і свобод людини та вироблення на цій основі власного підходу до механізму забезпечення прав викривачів.

¹ Шульга А.М. Теорія держави і права : навчальний посібник: стислий курс. Харків : ХНУВС, 2009. С. 38.

Такі науковці, як В.Б. Барчук, М.В. Буроменський, В.Г. Буткевич, В.І. Євїнгов, В.К. Забігаїло, Л.Г. Заблоцька, А.М. Колодій, Л.С. Криворучко, О.А. Лукашева, А.С. Мацко, В.В. Міцик, М.П. Рабінович, Н.Г. Шукліна та багато інших, присвятили свої наукові праці механізму забезпечення прав і свобод людини і громадянина та характеристикі окремих елементів. Правові аспекти захисту прав викривачів є предметом наукових досліджень таких вітчизняних учених, як В.І. Бенедик, В.М. Гвоздецький, О.О. Костенко, О.П. Мусієнко, О.В. Нестеренко, В.В. Плиска, О.Ю. Шостко, І.І. Яцків та інших. Однак в роботах указаних учених не розглядається механізм забезпечення прав викривачів, а наголошується на необхідності захисту їх прав, що є лише одним із елементів забезпечення.

Виклад основного матеріалу

Забезпечення прав викривачів як самостійне цілісне та поліструктурне правове явище є новим напрямом не тільки в законотворчій та правозастосовній діяльності, але й в науці адміністративного права. Як напрям науки, правове забезпечення прав викривачів вимагає глибокого теоретико-методологічного осмислення з метою визначення сучасних узагальнень для теорії та юридичної практики.

Сьогодні в межах кримінального, кримінально-процесуального та адміністративного права є загальні механізми подання та «обробки» заяв про правопорушення. Проте формування специфічної процедури для повідомлення викривачами про факти корупційних проявів і посилення їх юридичного захисту зумовлені особливою гостротою проблеми корупції в суспільстві і необхідністю негайної та рішучої її ліквідації².

Під забезпеченням прав людини І.А. Тимченко розуміє систему їх гарантування, тобто систему загальних умов і спеціальних (юридичних) засобів, що забезпечують їх правомірну реалізацію, а в необхідних випадках – їх охорону³. Більш конкретне визначення дають К.Б. Толкачев і А.Г. Хабибулін. В їхньому розумінні «забезпечення» означає «діяльність державних органів, громадських організацій, посадових осіб і громадян зі здійснення своїх функцій, компетенції, обов'язків із метою створення оптимальних умов для суворої, неухильної реалізації правових розпоряджень і правомірного здійснення прав і свобод»⁴.

Спільною ознакою вищенаведених визначень є вказівка на те, що забезпечення конституційних прав – це створення сприятливих умов для реаліза-

ції та охорони таких прав. Дати визначення поняттю забезпечення прав людини важливо з огляду на те, що інститут викривачів є комплексним поняттям, частково врегульованим нормами як адміністративного, так і інших галузей права і в науковій літературі, законодавстві, законопроектах, публіцистиці постійно наголошується на необхідності захисту прав викривачів. Однак захист є одним із елементів забезпечення, і, для того щоб максимально зменшити порушення прав як викривачів, так і осіб, на яких спрямовано викривання, слід першочергово забезпечити реалізацію та охорону їхніх прав, а вже у разі порушень – захист і відновлення.

Н.Г. Шукліна практично ототожнює механізм охорони і механізм захисту прав і дає таке визначення: «... юридичний механізм захисту людиною своїх прав – це динамічний взаємозв'язок носія права на захист та органу державної влади, що здійснюється в процесуальному режимі реалізації правоохоронного відношення з метою захисту суб'єктивного права»⁵. Отже, дослідник ототожнює захист прав людини з їх забезпеченням. Наприклад, О.В. Марцеляк під механізмом забезпечення прав і свобод громадян розуміє закріплену в законі взятую в єдності систему основних прав і свобод, їх гарантій, органів державної влади, місцевого самоврядування та інших інститутів держави і суспільства, діяльність яких спрямована на правомірну реалізацію прав і свобод громадян, а в необхідних випадках – на їх охорону і захист⁶. К.Г. Волинка механізм забезпечення прав і свобод визначає як комплекс взаємопов'язаних і взаємодіючих нормативно-правових передумов, юридичних засобів і загальносоціальних умов, які створюють фактичні можливості для повноцінної реалізації прав і свобод, їх охорони від потенційних правопорушень і захисту прав і свобод, які зазнали порушення⁷. Зі свого боку, В.Б. Барчук юридичний механізм забезпечення прав і свобод людини визначає як сукупність взаємопов'язаних, взаємодіючих юридичних елементів, які здатні створити належні умови для фактичного закріплення, реалізації, охорони, захисту і відновлення прав людини. Автор, крім того, вважає, що основними структурними елементами юридичного механізму забезпечення прав людини є такі: юридичні засоби закріплення, реалізації, охорони, захисту і відновлення прав людини⁸.

⁵ Шукліна Н.Г. Загальні засади конституційно-правового статусу людини і громадянина. Конституційне право України: підручник для студентів юрид. спеціальностей вищих навчальних закладів освіти. / В.Ф. Погорілко (заг. ред.). Київ: Наукова думка, 1999. С. 220.

⁶ Марцеляк О.В. Контрольно-наглядові органи в конституційно-правовому механізмі забезпечення основних прав і свобод громадян України: автореф. дис. ... канд. юрид. Наук: 12.00.02 / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. Харків, 1997. 22 с.

⁷ Волинка К.Г. Механізм забезпечення прав і свобод особи: питання теорії і практики: дис. ... канд. юрид. Наук: 12.00.01. Київ, 2000. С. 25.

⁸ Барчук В.Б. Уповноважений Верховної Ради України з прав людини як суб'єкт забезпечення національної безпеки України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02; Київ. нац. ун-т внутр. справ. Київ, 2006. С. 50–51.

² Бенедик В.І. Корупція в Україні: питання протидії / за заг. ред. В. М. Гаращука. Харків: ФОП Панов А. М., 2015. (Серія «Наукові доповіді»; вип. 16). С. 141. (168 с.).

³ Тимченко І.А. Конституційні права й обов'язки радянських громадян. К., 1985. С. 80–81 (236 с.).

⁴ Толкачев К.Б., Хабибулін А.Г. Органи внутрішніх дел в механізмі забезпечення личних конституційних прав і свобод громадян. Уфа: Уфим. высш. шк. МВД СССР, 1991. С. 41 (98 с.).

Розглянемо сутність юридичного механізму через призму його елементів.

Науковці визначають такі стадії механізму забезпечення прав людини: 1) реалізація прав людини; 2) охорона прав людини; 3) захист прав людини. Передумовою реалізації прав є їх нормативне закріплення, а з охороною та захистом нерозривно пов'язане відновлення порушених прав. Основними структурними елементами юридичного механізму забезпечення прав людини, за В.Б. Барчуком, є такі: юридичні засоби закріплення, реалізації, охорони, захисту і відновлення прав людини⁹ Кожен із названих засобів науковець розглядає як певні окремі механізми. Схожий підхід висловлений А.Е. Олійник і В.С. Заяць, які вважають, що забезпечення прав громадян включає в себе таке: а) створення умов, що сприяють реалізації прав; б) охорону прав від порушень із боку кого б то не було; в) процес реалізації та захист цих прав від уже здійсненого реального їх порушення; г) відновлення порушених прав на всіх стадіях правореалізаційного процесу¹⁰. Видатний науковець М.П. Рабінович виділяє такі елементи забезпечення прав і свобод людини: 1) сприяння реалізації прав і свобод (шляхом позитивного впливу на формування їх загальносоціальних гарантій); 2) охорону прав і свобод людини (шляхом вжиття заходів, зокрема юридичних, для запобігання, профілактики порушення прав і свобод); 3) захист прав і свобод людини (відновлення порушеного правомірного стану, притягнення порушників до юридичної відповідальності)¹¹. Отже, М.П. Рабінович убачає відмінність у поняттях «охорона» та «захист» і обґрунтовує їх як окремі елементи поняття «забезпечення прав і свобод людини» як державної діяльності щодо створення умов для здійснення прав і свобод людини.

Кардинально протилежний підхід елементного складу механізму забезпечення прав громадян запропонований іншими дослідниками. Учений Б.В. Железнов, уживаючи термін «механізм державного захисту прав і свобод людини і громадянина», виділив у цьому механізмі такі складники: 1) відповідні норми конституційного, адміністративного, кримінального, цивільного та інших галузей права; 2) врегульовані нормами права суспільні відносини в сфері державного захисту прав і свобод; 3) гарантії прав людини¹². О.В. Турута виділяє такі елементи юридичного механізму забезпечення

реальності прав і свобод громадян: 1) нормативний, що складається із двох елементів: а) нормативно-матеріальний; б) нормативно-процесуальний; 2) інституційний – система державних органів, які офіційно наділені повноваженнями охороняти, сприяти реалізації і захищати (в разі порушення) права та свободи громадян (Уповноважений Верховної Ради з прав людини, загальні і спеціалізовані суди, нотаріат, адміністративні органи, а також Європейський суд з прав людини, втручання якого в процес захисту прав і свобод громадян має бути виключенням); 3) процесуальний – формування досвіду означеними органами щодо прийняття адміністративних, судових, нотаріальних рішень щодо відновлення або компенсації порушених прав і свобод; 4) результативний – ефективні наслідки прийнятих судовими та адміністративними органами процесуальних рішень, що виражаються у доведенні їх до виконання¹³.

Схожої думки дотримується В.В. Лемак, який наголошує, що механізм забезпечення прав і свобод людини містить такі складники: 1. Нормативні засоби забезпечення прав і свобод людини, що передбачають наявність закріплення прав і свобод на найвищому рівні – у конституції та законах. Конституційне закріплення прав і свобод, розвинене законодавство в різних сферах виступають першим важливим елементом вказаного механізму. Стабільне законодавство у сфері прав людини передбачає не лише закони «на розвиток» бланкетних норм конституції, а і також закони, які передбачають повноваження відповідних органів публічної влади щодо забезпечення прав і свобод (наприклад, президента, уряду, судів). 2. Державні та недержавні інституційні засоби забезпечення прав і свобод людини, серед яких необхідно насамперед виділити такі: а) органи судової влади; б) поліцейські органи; в) прокуратура; д) омбудсмен¹⁴.

Аналіз наведених наукових підходів свідчить, що зміст механізму забезпечення прав громадян науковці розуміють по-різному, однак що стосується викривачів, то прийнятно вважати, що механізм забезпечення їх прав передбачає механізми реалізації прав викривачів, охорони прав і захисту.

У своїх роботах М.В. Вітрук неодноразово зазначав тісну єдність і взаємний зв'язок понять «охорона прав» і «захист прав», хоча і розмежовував ці поняття. Наприклад, охорона прав – це діяльність, спрямована на усунення перешкод для реалізації прав і обов'язків, на боротьбу з невиконанням обов'язків і зловживанням правами, на профілактику і запобігання порушенням прав і обов'язків, а захист настає тоді,

⁹ Барчук В.Б. Уповноважений Верховної Ради України з прав людини як суб'єкт забезпечення національної безпеки України : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.02; Київ. нац. ун-т внутр. справ. Київ, 2006. С. 11.

¹⁰ Олейник А.Е., Заяць В.С. Реализация прав советских граждан в условиях формирования социалистического правового государства. Актуальные проблемы формирования правового государства; отв. за вып. С.Б. Гавриш. Харьков : Юрид. ин-т, 1990. С. 20–21.

¹¹ Рабінович П.М. Права людини і громадянина у Конституції України (до інтерпретації вихідних конституційних положень). Харків, 1997. 63 с. С. 7.

¹² Железнов Б.Л. Механизм государственной защиты основных прав и свобод. Ученые записки. Т. 138. Юридические науки. Казань : Изд-во Казанского ун-та, 2002. С. 28.

¹³ Турута О.В. Юридичний механізм забезпечення реальності прав і свобод громадян. Форум права. 2010. № 2. URL: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2010-2/10tovicg.pdf>.

¹⁴ Лемак В.В., Турияница В.В. Складові механізми захисту та гарантії прав і свобод людини. Visegrad journal on human rights / Paneurópska vysoká škola; Užhorodská národná univerzita. Bratislava, 2014. Issue 2, Part 2. С. 183–187.

коли має місце невиконання обов'язку або зловживання правом, а також коли виникає перешкода для їх здійснення, або є суперечка про наявність самого права або обов'язку¹⁵. Б.Ю. Тихонова вважає, що охорона прав – це сукупність різноманітних взаємозалежних між собою заходів, що здійснюються органами державної влади і громадських об'єднань, спрямованих на запобігання порушенням прав людини або усунення перешкод, що не є правопорушеннями, на шляху здійснення його прав і обов'язків. Поняття «захист» дослідниця розуміє як примусовий щодо зобов'язаної особи законний засіб відновлення порушеного права людини або самими уповноваженими особами, або правозастосовними органами¹⁶. На думку О.І. Наливайка, реалізація прав і захист прав людини, хоча й однорідні види правової діяльності (спрямовані на здійснення прав людини), але одночасно й відмінні. Вони існують паралельно, хоча і тісно пов'язані: захист прав служить забезпеченню їх реалізації¹⁷. Отже, поняття «захист прав викривачів», як і «захист прав людини», є вужчим за своїм змістом, ніж поняття «забезпечення», та існує паралельно та в тісній взаємодії з реалізацією та охороною.

В.В. Плиська, здійснивши комплексне дослідження адміністративно-правового механізму забезпечення прав і свобод громадян у сфері запобігання та протидії корупції, сформулював такі напрями підвищення його ефективності: – усунення всіх можливих корупційних проявів шляхом створення пакету антикорупційних законів і змін до чинних законодавчих актів, а також проведення ефективної антикорупційної експертизи нормативно-правових актів, особливо у сфері державного управління; – проведення додаткових перевірок у державних структурах, створення дієвих механізмів захисту «інформаторів» і притягнення винних осіб до відповідальності; – проведення радикальної реформи діяльності правоохоронних органів, яка полягатиме в усуненні всіх можливих корупційних ризиків; – проведення тотальних і радикальних змін у суспільній свідомості громадян через формування нової суспільної ментальності, нових духовних і моральних цінностей, на базі яких будуватиметься антикорупційна свідомість громадян і проявлятиметься їхній антикорупційний імунітет; – життя заходів щодо заохочення громадян до зайняття активної позиції, що має сприяти зростанню ефективності адміністративних правовідносин¹⁸.

¹⁵ Витрук Н.В. Правовой статус личности в СССР. Москва : Юрид лит., 1985. С. 54. (175 с.)

¹⁶ Тихонова Б.Ю. Субъективные права советских граждан, их охрана и защита : автореф. дисс ... канд. юрид. наук: Москва, 1972. С. 11–15. (22 с.)

¹⁷ Наливайко О.І. Теоретико-правові проблеми захисту прав людини : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. Київ, 2002. С. 24. (178 с.)

¹⁸ Плиська В.В. Адміністративно-правовий механізм забезпечення прав і свобод громадян у сфері запобігання та протидії корупції : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07; Ужгород. ДВНЗ «Ужгородський національний університет» 2015. С. 117–188. (210 с.)

Захист викривачів є одним із найдинамічніших питань у сферах боротьби з корупцією та дотримання прав людини. Оскільки багато країн у всьому світі приймають нові або вдосконалені закони про захист викривачів, важливо, щоб ці закони містили всебічний механізм захисту для службових осіб і громадян, які повідомляють про правопорушення, що завдають шкоди або становлять загрозу суспільним інтересам¹⁹. Викривачі як особи, які надають допомогу в запобіганні і протидії корупції, перебувають під захистом держави. Вважається, що право викривача на захист виникає з моменту повідомлення про порушення іншою особою норм Закону України «Про запобігання корупції»²⁰. Ймовірно, право на охорону прав виникає з моменту повідомлення про порушення, а право на захист виникає з моменту, коли права викривача порушено та особа визнає себе викривачем.

Норми Закону України «Про запобігання корупції» стосуються лише викривачів, що розкрили інформацію про корупційні дії, водночас викривання є надійним інструментом для подолання не лише корупції в Україні, а й порушень прав людини правоохоронними органами, забезпечення екологічної безпеки, відкритості влади, свободи висловлювання та загалом для конституційного ладу України²¹. Однак ми наголошуємо, що викривачем повинна визнаватись особа, яка добровільно та добросовісно повідомляє про порушення закону, про загрозу або шкоду суспільним інтересам як у публічному так і в приватному секторі. Тому на законодавчому рівні слід поширити захист не лише на викривачів корупції та пов'язані з нею правопорушення, а і на осіб, які розкривають інформацію про інші незаконні дії. Така практика вже комплексно застосовується в Європейському Союзі.

Висновки

Підсумовуючи вищевказане, можна зробити висновок, що пріоритетом правової держави в Україні є забезпечення прав і свобод людини і громадянина, який здійснив викриття. У зв'язку з цим держава повинна створювати такі адміністративно-правові механізми протидії та запобігання корупції, гарантуючи реалізацію, охорону та захист прав викривачів, функціонування яких не порушувало б права та свободи громадян України. Забезпечення прав викривачів відбувається вже на етапі повідомлення про корупцію, утворення захищених каналів про отримання повідомлень про корупцію, фінансову вина-

¹⁹ Правовий захист викривачів / за заг. ред. Нестеренко О.В., Шостко О.Ю. Харків : ТОВ «Видавництво «Права людини», 2016. С. 10. (94 с.)

²⁰ Про запобігання корупції : Закон України від 14.10.2014 р. № 1700-VII. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18>.

²¹ Правовий захист викривачів / за заг. ред. Нестеренко О.В., Шостко О.Ю. Харків : ТОВ «Видавництво «Права людини», 2016. С. 7. (94 с.)

городу викривачів, визнання аудіо- та відеозаписів, що фіксують факти корупції і передавались викривачем у процесі розкриття ним інформації, доказами у справі тощо.

Ми вважаємо, що механізм забезпечення їх прав містить механізми реалізації прав викривачів, охорони їх прав і захисту у разі порушення. Законодавче закріплення прав викривачів є першочерговим елементом юридичного механізму їх забезпечення прав.

Закріплення прав викривачів на теоретичному та нормативному рівнях відображує основи його правового статусу, місце та роль у запобіганні правопорушенням. На наше переконання, юридичне закріплення прав та обов'язків викривачів як засіб фіксації його правового статусу посідає основоположне місце серед інших засобів забезпечення прав викривачів, оскільки створює першочергові умови, необхідні для подальшої реалізації, охорони та захисту його прав.

Regulatory measures to ensure trade secrets in Ukraine*Kravchenko Oleksander**Postgraduate Student of the Department of Constitutional, Administrative and Economic Law
Academy of Labor, Social Relations and Tourism, Ukraine*

At the present stage of economic globalization, the protection of trade secrets of enterprises, institutions and organizations is extremely important. It is a trade secret, which gives market advantages over competitors and leads the enterprise, institution and organization, as well as their owners to financial well-being, and with them both civil society, as well as the state as a whole.

Legal measures include such methods of protecting trade secrets, which provide for the use of a certain set of legal measures provided by law and by-laws to those who legally control such information. These include the development and adoption of local normative (corporate) acts: The list of information that constitutes a trade secret, the provisions on confidential information, commercial confidentiality of the enterprise, the instructions that oblige employees of the company to comply with the regime of non-disclosure of trade secrets, the Agreement on the non-disclosure of trade secrets, etc.

The most effective measure of ensuring trade secrets is the protection that is carried out by the business entity itself through local measures and the adoption of local regulations. At the same time, the system of measures to ensure trade secrets should include a variety of measures – administrative, legal, organizational, technical and other. As effective protection of the investigated object of intellectual property rights is possible only if the combination of these measures is effective. We have been offered a draft Law of Ukraine “On Trade Secrets”, which reflects the modern requirements for the legal protection of trade secrets, including at the corporate level, as well as regulates other issues in the sphere of trade secrets protection.

Summing up of our study, it should be noted and point out the expediency of further research in this direction. As in today’s world, threats to trade secrets are growing, which is why companies, institutions and organizations need to successfully neutralize them.

Нормативно-правові заходи забезпечення комерційної таємниці в Україні*Кравченко Олександр Миколайович**аспірант кафедри конституційного, адміністративного та господарського права
Академії праці, соціальних відносин і туризму, Україна***Вступ**

Охорона комерційних секретів є двигуном розвитку сучасного громадянського суспільства, саме від надійної охорони комерційної таємниці і залежить прибуток, розвиток сучасних підприємств, установ та організацій.

Звісно, що здебільшого все залежить від фінансових можливостей окремо взятого підприємства, установи чи організації, а вже зважаючи на фінансування і будується система охорони комерційної таємниці. Створюється певна модель загроз, які можуть нашкодити комерційним секретам підприємства, установи чи організації. У наших попередніх працях, ми вже детально звертали увагу на загрози комерційної таємниці¹.

Нами був запропонований проект закону України «Про комерційну таємницю», який відображає сучасні вимоги до правової охорони комерційної таємниці, зокрема, і на корпоративному рівні, а також

регулює інші питання у сфері охорони комерційної таємниці суб’єктів господарювання².

Варто зазначити про яскраво виражену кримінальну відповідальність за комерційне шпигунство у країнах Європейського Союзу. Але, наприклад, в Англії, нині охорона ноу-хау і торгових секретів в межах кримінального права не регулюється. В основному вона будується на базі прецедентного права³. Таке положення суттєво відрізняється від законодавства країн континентального права (Франції, Італії та ін.), де кримінальними кодексами передбачені спеціальні статті, що містять санкції за неправомірне розкриття і використання промислових секретів. У швейцарському праві передбачені цивільно-правові і кримінально-правові санкції за порушення правил добросовісної конкуренції.

Мета статті – ґрунтовний аналіз сучасного стану правового забезпечення комерційної таємниці в

¹ Кравченко О.М. Нові парадигми сучасних загроз комерційній таємниці. Інформаційна безпека людини, суспільства, держави. 2015. № 3 (19). С. 111–121.

² Кравченко О.М., Ткачук Т.Ю. Яким має бути Закон «Про комерційну таємницю»? Вісник Академії праці, соціальних відносин і туризму. 2017. № 2. С. 10–18.

³ Кравченко О.М. Досвід зарубіжних країн в правовій охороні комерційної таємниці. Інформаційна безпека людини, суспільства, держави. 2015. № 1 (17). С. 91–98.

Україні, а також внесення пропозицій для вдосконалення нормативно-правових заходів охорони зазначеної тасмниці.

Виклад основного матеріалу

Одним із важливих напрямів правового регулювання комерційної тасмниці в Україні є наявність ефективного правового інструментарію, що застосовується державою в особі певних органів державної влади не лише для зазначеного регулювання, але й для охорони та захисту цього об'єкта права інтелектуальної власності.

Важливим аспектом зазначеного правового інструментарію є заходи правового регулювання, оскільки саме вони вказують на межі та глибину правового впливу, який здійснюється на об'єкти правового регулювання.

Водночас слід зауважити, що правове регулювання загалом, зокрема, комерційної тасмниці в Україні безпосередньо пов'язане не лише з таким терміном, як захід правового регулювання, але й із такими, як «методи» та «засоби» такого регулювання. Водночас, враховуючи той факт, що всі перераховані поняття відсутні на законодавчому рівні, необхідно звернутися до наукової літератури з метою визначення їх сутнісного змісту.

Відповідно до «Тлумачного словника» В. Даля, метод – це спосіб, порядок; установлений шлях для ходу, досягнення чогось, у вигляді загальних правил⁴.

При цьому в науковій літературі під методом правового регулювання розуміють своєрідний спосіб впливу на суспільні відносини з метою їх врегулювання, що виражається у встановленні за допомогою норми права визначеного (можливого і належного) стану волі суб'єктів у їх взаємовідносинах один з одним, а також щодо бажаних результатів їх поведінки⁵; під заходом – сукупність дій або засобів для досягнення, здійснення чого-небудь, а під засобом – прийом, якусь спеціальну дію, що дає можливість здійснити що-небудь, досягти чогось; спосіб⁶.

За твердженням Є.В. Юркової, дві останні категорії розрізняються не сутнісними відмінностями, а тим, що «захід» відображає множину, а «засіб» – одиницю. Отже, категорійні поняття методу, заходу та засобу співвідносяться як ціле й частини⁷.

Слід зазначити, що в теорії права поняття «правові засоби» розглядається по-різному.

Наприклад, на думку С.С. Алексєєва, правові

засоби зараховуються до категорій загального та універсального порядку, які охоплюють весь юридичний інструментарій: юридичні норми та інші юридичні інструменти, а також «структури» (конструкції) юридичної регуляції⁸.

С.К. Бостан вважає, що правовими засобами є передбачені правом (законом, індивідуальним правовим актом, договором) юридично значущі дії (їх поєднання та комбінація), які здійснюються суб'єктами з відповідним ступенем дозволів чи не забороненими законом способами для задоволення їх інтересів, досягнення соціально корисних цілей. Як різновид правових засобів, ці дії є не фактичними, а змодельованими та забезпеченими нормами права, використовуються як інструмент здійснення відповідних правомірних дій, водночас пов'язаних із захистом порушеного права чи забезпеченого законом інтересу⁹.

Зі свого боку, А.В. Малько зауважує, що правовими засобами є всі ті юридичні інструменти, за допомогою яких задовольняються інтереси суб'єктів права, забезпечується досягнення поставлених цілей¹⁰.

Ми вважаємо досить обґрунтованою позицію Ю.В. Якимця, який зазначає, що правові засоби передбачають узагальнювальні юридичні способи забезпечення інтересів суб'єктів права, досягнення поставлених цілей; відображають інформаційно-енергетичні якості та ресурси права, що надає їм особливої юридичної сили; є складниками механізму правового регулювання; призводять до юридичних наслідків; дотримання цих засобів забезпечується державою¹¹.

Як бачимо, визначальними ознаками правових засобів є те, що всі вони є юридичними інструментами (юридично значущими діями), які спрямовані на забезпечення інтересів суб'єктів права державою в особі певних суб'єктів.

Щодо нормативності права в цілому та нормативності як ознаки правових засобів погодимося із К.Г. Волинкою з приводу того, що поняття нормативності права як не менш важлива і необхідна його ознака вказує, що нормативність виявляє сенс і саме призначення права. Нормативністю права до суспільного життя вносяться істотні елементи єдності, рівності, принципової однаковості – право виступає як загальний масштаб, міра (регулятор) поведінки людей. За допомогою норм право регулює різні суспільні відносини, слугує знаряддям втілення в життя політики держави, засобом організації її різ-

⁴ Толковый словарь В. Даля On-Line. – Републикация выполнена на основе II издания. URL: <http://vidahl.agava.ru/P099.HTM#15613>.

⁵ Горшенев В.М. Понятие метода правового регулирования и его разновидности. Ученые труды Свердловского юридического института. 1966. Вып. 5.

⁶ Словник української мови. Академічний тлумачний словник (1970–1980) // 27 жовтня 2017. URL: <http://sum.in.ua/s/zasib>.

⁷ Юркова Є.В. Адміністративно-правова охорона права інтелектуальної власності в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07; Запорізь. нац. ун-т. Запоріжжя, 2011. С. 204.

⁸ Алексєєв С.С. Правові засоби: постановка проблеми, поняття, класифікація. Советское государство и право. 1987. № 6. С. 13–16.

⁹ Теорія держави і права : навч. посіб. / С.К. Бостан та ін.. Київ : Академія, 2013. С. 346.

¹⁰ Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. Москва : Юрист, 1999. С. 672.

¹¹ Якимець Ю.В. Публічне адміністрування сферою культури : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07; Нац. акад. внутр. справ. Київ, 2012. С. 20.

нобічної управлінської та іншої діяльності. У нормативності є одна істотна риса: право виражається в нормативних узагальненнях (загальні дозволи, загальні заборони, загальні зобов'язання), які встановлюють межі досягнутої свободи, межі між свободою і несвободою на певному ступені суспільного прогресу¹².

Враховуючи теоретичні здобутки дослідників щодо нормативності як ознаки права, а також правових засобів, зауважимо, що під нормативно-правовими заходами забезпечення комерційної таємниці необхідно вважати встановлені законом юридичні інструменти, за допомогою яких передбачені на законодавчому рівні суб'єкти здійснюють вплив на суспільні відносини у сфері правового регулювання комерційної таємниці з метою забезпечення прав чи захисту порушеного права суб'єктів права на комерційну таємницю.

Водночас слід зазначити, що у науковій літературі наводиться невичерпний перелік правових засобів, до яких дослідники відносять такі: норми і принципи права, правозастосовні акти, договори, юридичні факти, суб'єктивні права, юридичні обов'язки, заборони, засоби заохочення, засоби покарання, акти реалізації прав і обов'язків; видання підзаконних нормативно-правових актів на основі закону, на його виконання та відповідно до нього, процес скасування та зміни цих актів, правильне застосування законів та ін.¹³, а також різноманітні їх класифікації: за галузевою належністю виокремлюють конституційні, адміністративні, кримінальні правові засоби тощо; за характером: матеріальні та процесуальні; за інформаційно-психологічною спрямованістю: стимулюючі (заохочення, пільги, дозволи), обмежуючі (покарання, заборони, обов'язки)¹⁴.

Водночас усі без винятку дослідники відносять норму права до правових засобів, а тому в контексті дослідження нормативно-правових заходів забезпечення комерційної таємниці слід здійснити аналіз правових норм, що регулюють зазначену сферу.

При цьому беззаперечним є той факт, що первинним елементом правового регулювання загалом, зокрема, комерційної таємниці в Україні є норма права, під якою в теорії права розуміється загальнообов'язкове правило поведінки (зразок, масштаб, еталон), що сформувався в суспільстві відповідно до визнаної в ньому міри свободи, сформульоване (санкціоноване) і забезпечене державою як юридично значущий засіб регулювання суспільних відносин¹⁵.

Як відомо, правові норми містяться безпосередньо в джерелах права – законах і підзаконних актах (постановах Кабінету Міністрів України, Верховної Ради України, указах Президента України, наказах міністерств, актах органів місцевого самоврядування тощо).

У сфері правового регулювання комерційної таємниці в Україні визначальними є положення Конституції України, яка у ст. 41 передбачає, що кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності. При цьому відповідно до ст. 13 держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання¹⁶.

Водночас необхідно зауважити, що положення Конституції України конкретизуються і набувають подальшого розвитку у масиві законів. Що стосується конкретизації норм у сфері правового регулювання комерційної таємниці в Україні, зауважимо, що вони отримали подальший розвиток у таких кодифікованих законах, як Цивільний кодекс України, Господарський кодекс України, Кримінальний кодекс України, Кодекс України про адміністративні правопорушення.

Основоположні норми інституту правового регулювання комерційної таємниці в Україні передбачені Цивільним кодексом (далі – ЦК) України. Зокрема, гл. 46 «Право інтелектуальної власності на комерційну таємницю» у книзі четвертій ЦК України «Право інтелектуальної власності» містить всього чотири статті, які регулюють відносини, пов'язані із комерційною таємницею в Україні. В цих статтях надається поняття комерційної таємниці, визначаються майнові права інтелектуальної власності на комерційну таємницю, строк чинності права інтелектуальної власності на комерційну таємницю, а також встановлюється обов'язок органами державної влади здійснювати охорону комерційної таємниці¹⁷.

Слід також зазначити, що, враховуючи потреби ефективного забезпечення прав суб'єктів права інтелектуальної власності на комерційну таємницю, конституційно-правові норми вимагають подальшого розвитку шляхом конкретизації їх нормами не лише приватного права, але й публічного, зокрема адміністративного.

Ось чому законодавець передбачив відповідні норми у сфері правового регулювання комерційної таємниці у Кодексі України про адміністративні правопорушення. Зазначені норми передбачають адміністративну відповідальність за ст. 164-3КУпАП «Недобросовісна конкуренція», ст. 51-2 «Порушен-

¹² Волинка К.Г. Теорія держави і права : навч. посіб. Київ : МАУП, 2003. С.240.

¹³ Тихомиров Ю.А. Правовое регулирование: Теория и практика: монография. Москва : Формула права, 2008. С. 400.

¹⁴ Актуальні проблеми теорії держави та права : навч. посібник / С.В. Білозоров, С.О. Гіда, А.М. Завальний та ін.; за заг. ред. С.О. Гіди. Київ : ФОРМ О.С. Ліпкан, 2010. С. 260.

¹⁵ Скаун О.Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс) : учебник. Харьков : Эспада, 2007. С.839.

¹⁶ Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. : (зі змінами, внесеними згідно із Законом України № 2222-IV від 8 грудня 2004 р.). Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. С. 141.

¹⁷ Цивільний Кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15/paran2312#n2312>

ня прав на об'єкт права інтелектуальної власності»¹⁸.

Поряд із цим Господарський кодекс України також містить норми, що регулюють окремі питання правового регулювання комерційної таємниці, зокрема: неправомірне збирання, розголошення та використання відомостей, що є комерційною таємницею¹⁹.

Окремі положення, що певним чином стосуються комерційної таємниці, містяться у таких законах: Законі України «Про інформацію», Законі України «Про Антимонопольний комітет України», Законі України «Про захист від недобросовісної конкуренції», Законі України «Про науково-технічну інформацію» та інших.

Як уже було наголошено, в зазначених вище актах містяться лише загальні правила у сфері виявлення, збору, аналізу та передачі інформації, яка зазначена як комерційна, а також окремі положення, які містять норми, що передбачають відповідальність за порушення прав на комерційну таємницю.

Проте неврегульованою залишається велика кількість питань, що стосуються комерційної таємниці, зокрема такі: створення, використання, збереження, можливість зарахування на баланс підприємства як нематеріального активу комерційної таємниці, охорона та захист останньої, відповідальність державних органів за розголошення комерційної таємниці тощо.

Отже, можемо констатувати факт неудосягнення нормативно-правової бази у сфері використання комерційної таємниці. Проведений аналіз свідчить, що, на нашу думку, вирішення проблематики сучасних загроз охорони комерційної таємниці в нашій державі може стати прийняття Закону України «Про комерційну таємницю», де і потрібно врахувати всі проблемні питання в цій сфері на законодавчому рівні.

Водночас очевидним є те, що потреба забезпечення ефективної охорони комерційної таємниці в Україні вимагає від органів публічної адміністрації встановлення норм права підзаконного характеру. Необхідність встановлення норм права підзаконного характеру також зумовлена тим, що норми і приписи, які містяться в законах, не можуть охопити всі аспекти і напрями забезпечення охорони комерційної таємниці в Україні, а тому і виникає потреба конкретизації та деталізації законодавчих норм у сфері забезпечення охорони комерційної таємниці в Україні.

Нами вже було наголошено на відсутності окремого правового акта, що регулює відносини у сфері забезпечення правової охорони комерційної таємниці в Україні, а тому можемо констатувати, що

окремого підзаконного акта в цій сфері, так само як і закону, також немає.

Однак, враховуючи той факт, що законодавець відносить комерційну таємницю до об'єктів права інтелектуальної власності, на неї поширюються всі підзаконні акти, що стосуються всіх об'єктів права інтелектуальної власності загалом.

Систему підзаконних актів у сфері охорони та захисту об'єктів права інтелектуальної власності, зокрема, на комерційну таємницю, утворюють:

1) підзаконні акти, що видані Президентом України. Наприклад, за останні роки Президент України видав багато указів, що стосуються охорони та захисту права інтелектуальної власності, зокрема: «Про заходи щодо охорони інтелектуальної власності в Україні» від 27 квітня 2001 р., «Про заходи щодо посилення захисту права власності» від 12 лютого 2007 р., «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» від 9 грудня 2010 р. та інші;

2) постанови Кабінету Міністрів України, що стосуються охорони та захисту права інтелектуальної власності, зокрема: «Положення про Міністерство економічного розвитку і торгівлі України» від 20 серпня 2014 р., «Про затвердження Положення про представників у справах інтелектуальної власності (патентних повірених)» від 27 серпня 1997 р., «Про затвердження Національного стандарту № 4 «Оцінка майнових прав інтелектуальної власності»» від 3 жовтня 2007 р., «Про затвердження Положення про Координаційну раду з питань захисту прав інтелектуальної власності УЄФА та складу Координаційної ради» від 2 липня 2008 р., «Про внесення змін до деяких актів Кабінету Міністрів України з питань інтелектуальної власності» від 14 вересня 2011 р.;

3) інші підзаконні акти органів владних повноважень у сфері охорони та захисту об'єктів права інтелектуальної власності, в тому числі і на комерційну таємницю.

Отже, на підставі дослідження адміністративно-правових норм у сфері забезпечення правової охорони комерційної таємниці можемо зробити такі висновки:

1) адміністративно-правові норми забезпечення правової охорони комерційної таємниці втілено безпосередньо в джерелах адміністративного права: Конституції, Кодексі України про адміністративні правопорушення та інших законах України, постановках Кабінету Міністрів України, указах Президента, актах інших суб'єктів публічної адміністрації, а також інших джерелах права – Цивільному кодексі України, Господарському кодексі України тощо;

2) правова норма у сфері забезпечення правової охорони комерційної таємниці – це загальнообов'язкове правило поведінки, встановлене Верховною Радою України, Президентом України, Кабінетом Міністрів України, Міністерством економічного розвитку і торгівлі України, Міністерством освіти і науки України та деякими іншими суб'єктами

¹⁸ Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 р. № 8073-X. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/80731-10/paran3896#n3896>.

¹⁹ Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-IV. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/436-15/page>.

публічної адміністрації з метою регулювання суспільних відносин щодо забезпечення правової охорони комерційної таємниці, що забезпечується і гарантується державою.

Другим засобом у сфері забезпечення комерційної таємниці, на нашу думку, є охорона комерційної таємниці самим суб'єктом господарювання.

Відповідно до ч. 1 ст. 36 Господарського кодексу України відомості, пов'язані з виробництвом, технологією, управлінням, фінансовою та іншою діяльністю суб'єкта господарювання, що не є державною таємницею, розголошення яких може завдати шкоди інтересам суб'єкта господарювання, можуть бути визнані його комерційною таємницею.

Зауважимо, що цей засіб безпосередньо пов'язаний із першим – правовою нормою у сфері забезпечення правової охорони комерційної таємниці, оскільки остання і передбачає можливість такого захисту суб'єктом господарювання.

Ще раз зазначимо, що чинним законодавством визначено, що кожна юридична особа має у власності інформацію про себе та може встановлювати порядок її отримання іншими особами, тобто підприємство має право самостійно обирати і призначати осіб, які матимуть доступ до інформації, що становить комерційну таємницю, правила обробки інформації тощо.

Однак слід звернути увагу, що комерційною таємницею може бути не вся інформація. Виключний перелік відомостей, що не становлять комерційної таємниці, міститься в постанові Кабінету Міністрів України із такою самою назвою²⁰.

Серед інших заходів, зазначених у законі, можуть бути заходи зі створення окремого відділу служби безпеки підприємства, охорони підприємства, організації пропускового режиму, прийому і розстановки кадрів, внутрішнього розпорядку дня, допуску до окремих приміщень, введення таємного діловодства, встановлення порядку користування копіювально-розмножувальною технікою, інженерно-технічні, криптографічні та інші законні заходи, метою яких є запобігання незаконному заволодінню і використанню комерційної таємниці і конфіденційної інформації²¹.

При цьому фізична чи юридична особа можуть здійснювати самозахист порушених прав, який в теорії права іменується як неюрисдикційна форма захисту.

Неюрисдикційна форма захисту комерційної таємниці охоплює собою дії суб'єкта господарювання щодо захисту його права на комерційну таємницю, які здійснюються ним самостійно, без звернення по допомогу до державних або інших компетентних

органів. У ЦК України право на використання цієї форми закріплене в ст. 19. Особа має право на самозахист свого права і права іншої особи від порушень і протиправних посягань.

Отже, можемо констатувати, що дієвим засобом у сфері забезпечення охорони комерційної таємниці, передбаченим на законодавчому рівні, є охорона комерційної таємниці суб'єктом господарювання та самозахист суб'єкта господарювання.

З цього приводу слід погодитися із Г.О. Андрощуком і П.П. Крайньовим, які підкреслюють необхідність захисту комерційної таємниці на підприємстві шляхом регулювання трудових відносин, та встановлення правил у локальних нормативних актах²². Науковці наголошують на важливості комплексного застосування напрацьованого арсеналу правових засобів, який дав би змогу залежно від внутрішньої та зовнішньої ситуації оптимізувати управління економікою на тих засадах, що є найбільш ефективними в масштабі як усієї економіки, так і окремих її кластерів²³.

До юридичних заходів належать такі способи охорони комерційної таємниці, які передбачають використання певного комплексу правових засобів, наданих законом і підзаконними актами особам, які законно контролюють таку інформацію. До них варто віднести розроблення і прийняття локальних нормативних (корпоративних) актів: Перелік відомостей, які становлять комерційну таємницю, Положення про конфіденційну інформацію, комерційну таємницю підприємства, Інструкцію, яка зобов'язує співробітників підприємства дотримуватися режиму нерозголошення комерційної таємниці, Угоду про нерозголошення комерційної таємниці тощо.

Крім того, як уже було зазначено, суб'єктом господарювання розробляється низка документів для регулювання трудових відносин із працівниками з приводу охорони конфіденційної інформації, яка була надана йому для виконання трудових функцій.

Зазначені вище заходи мають троякий характер:

– посадові особи і працівники, які мають справу з конфіденційною інформацією, зобов'язані зберігати її в секреті; особи, які отримали доступ до неї, повинні бути попереджені, що така інформація є комерційною таємницею, і зобов'язані зберігати її в секреті (не розголошувати третім особам), а також нести відповідальність за недотримання конфіденційності. Найчастіше така відповідальність передбачається в трудовому договорі або укладеному окремому договорі з працівником;

– особа, яка законно контролює конфіденційну інформацію, повинна передбачити в контракті зі своїми контрагентами, яким надається доступ

²⁰ Про перелік відомостей, що не становлять комерційної таємниці : Постанова Кабінету Міністрів України від 9 серпня 1993 р. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/611-93-п>.

²¹ Васильчак С.В., Ганич І.М. Захист комерційної таємниці в Україні. Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія: «Економічна». 2011. № 2. С. 321–328.

²² Андрощук Г.А., Крайнев П.П. Экономическая безопасность предприятия: защита коммерческой тайны. Киев : Изд. дом «Ин Юре», 2000. С. 400.

²³ Задихайло Д.В. Стратегія держави в системі законодавчого регулювання економічних відносин. Вісник Академії правових наук України. 2006. № 1 (44). С. 129–138.

до неї, обов'язок утримуватись від розголошення її третім особам, і передбачити відповідальність за порушення цієї таємниці. Одним із способів фіксації обов'язку щодо збереження конфіденційності є протиставлення на відповідних документах грифу «конфіденційно» або «комерційна таємниця»;

– особа, яка законно контролює конфіденційну інформацію, повинна вжити необхідних заходів із недопущення несанкціонованого доступу третіх осіб до неї, зокрема, що перешкоджають промисловому, економічному, комерційному шпіонажу. Недотримання цих умов може бути перешкодою для захисту «законного інтересу» особи, яка законно контролює конфіденційну інформацію. Можна сказати, що ця умова є обов'язковою для доказування в суді в разі виникнення спору. При цьому слід пам'ятати, що саме через комп'ютерну мережу проходить найбільше інформації, яку, знаючи відповідні прийоми пошуку та зняття кодів, можна вилучити.

Отже, правовим засобом у сфері забезпечення комерційної таємниці є оформлення на підприємстві певних документів, що забезпечують охорону та захист комерційної таємниці – наказу, статуту, трудових контрактів та угод, правил внутрішнього розпорядку, які передбачають обов'язок утримуватись від розголошення її третім особам, а також встановлюють відповідальність за порушення цієї таємниці.

На нашу думку, зазначені вище форми збереження інформації, яка становить комерційну таємницю, мають дуже велике значення, оскільки є юридичною основою для залучення до відповідальності працівника, якщо мало місце розголошення ним інформації, що становить комерційну таємницю. Суб'єкти господарювання самі регулюють відносини щодо визначення та охорони комерційної таємниці шляхом прийняття відповідних локальних документів.

Ще одним правовим заходом у сфері забезпечення правової охорони комерційної таємниці є судовий захист.

У контексті дослідження засобів судового захисту на комерційну таємницю, слід звернути увагу на той факт, що якщо суб'єкт господарювання, що незаконно заволодів інформацією, яка є комерційною таємницею, не отримав жодної вигоди від її використання, а подальше розкриття і використання комерційної таємниці не завдасть збитку колишньому власникові комерційної таємниці, заборонні обмеження щодо розкриття і використання не будуть введені²⁴.

Отже, можемо констатувати, що в межах судової форми захисту права на комерційну таємницю можливе застосування таких видів санкцій, як відшкодування збитків, що передбачено ч. 3 ст. 162 ГК України, та штрафні санкції.

Отже, можна зазначити, що ще одним правовим заходом у сфері забезпечення правової охорони ко-

²⁴ Носік Ю.В. Права на комерційну таємницю в Україні: монографія. Київ: КНТ, 2007. С. 240.

мерційної таємниці, на нашу думку, є компенсація, яка є одним із законодавчо закріплених способів захисту об'єктів прав інтелектуальної власності.

В науковій літературі, зокрема, О.А. Підпригорою підтримана доцільність застосування компенсації до комерційної таємниці. Автор зазначає, що компенсація повинна виплачуватися, крім компенсації збитків і прибутку, як міра покарання за порушення прав, і, можливо, в інших розмірах²⁵. Питання про можливість застосування компенсації щодо комерційної таємниці не викликає сумніву, оскільки цей спосіб захисту закріплений у розд. 35 «Загальні положення про право інтелектуальної власності» ЦК України, тобто він застосовний до всіх об'єктів права інтелектуальної власності. Стаття 45(1) Угоди TRIPS також передбачає можливість застосування судом компенсації: суд може зобов'язати порушника виплатити правовласникові адекватну компенсацію за понесений ним у зв'язку з порушенням його права інтелектуальної власності збиток, заподіяний йому цим порушником, який свідомо знав або повинен був знати, що здійснює правопорушення²⁶.

Водночас необхідно наголосити, що серед системи нормативно-правових заходів забезпечення комерційної таємниці в Україні важливу роль відіграють адміністративно-правові заходи та засоби, які в теорії адміністративного права визначаються по-різному.

Наприклад, А.Т. Комзюк зазначає, що під адміністративно-правовими засобами слід розуміти всю систему адміністративно-правових норм, яка розглядається з позиції їх функціонального призначення для вирішення певного кола соціальних завдань, регулювання відповідних суспільних відносин. Визначаючи адміністративно-правові засоби, А.Т. Комзюк звертає увагу на їх багатоманітність, при цьому вчений зауважує, що вони є взаємопов'язаними і взаємозалежними, становлять цілісну систему, перетинаються із кримінально-правовими, фінансово-правовими, економічними заходами, різноманітними методами організаційно-масової діяльності²⁷.

На думку О.О. Леонідової, адміністративно-правові засоби визначаються як уся система адміністративно-правових норм, яка розглядається з позиції їх функціонального призначення для вирішення певного кола завдань, регулювання відповідних суспільних відносин²⁸.

²⁵ Підпригора О.А. Проблеми системи законодавства України про інтелектуальну власність. Інтелектуальна власність. № 3. 2000. С. 13.

²⁶ Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (ТРИПС, TRIPS). Верховна Рада України. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/981_018.

²⁷ Комзюк А.Т. Заходи адміністративного примусу в правоохоронній діяльності міліції: поняття, види та організаційно-правові питання реалізації: монографія; за ред. О.М. Бандурки. Харків: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2002. С. 336.

²⁸ Леонідова О.О. Зміст та особливості адміністративно-правових засобів протидії правопорушенням у сфері телекомунікацій. Актуальні проблеми державного управління. 2008. № 2. С. 446–451. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdy_2008_2_60.

Як бачимо, зазначені дослідники зводять сутність адміністративно-правових засобів до сукупності адміністративно-правових норм, за допомогою яких здійснюється регулювання суспільних відносин.

Зі свого боку, В.В. Гостев зауважує, що застосування адміністративно-правових засобів забезпечення – це застосування юридичного інструментарію для вирішення соціальних завдань щодо реалізації соціальної цінності, сили права, його місії бути стабілізуючим фактором, щоб завдяки цьому цього забезпечити: а) надійність і стійкість відносин, що складаються; б) кореляцію регулювання із суб'єктивними правами; в) сувору регламентацію та одночасно гарантованість, захищеність суб'єктивних прав; г) комплекс способів, які гарантують реальне, фактичне виконання юридичних обов'язків; г) необхідну процедуру для здійснення юридичних дій, процесуальні форми й механізми, спрямовані на реалізацію суб'єктивних прав і досягнення істини в конфліктних ситуаціях²⁹.

В.К. Шкарупа зазначає, що адміністративно-правові заходи – це встановлені законами або іншими правовими актами способи впливу на відносини у сфері громадського порядку, що застосовуються уповноваженими на те органами з метою надійного забезпечення громадського порядку, запобігання та припинення правопорушень і притягнення порушників до відповідальності³⁰.

С.С. Рогульський у своїй дисертації під адміністративними заходами боротьби з корупцією пропонує розуміти врегульовані нормами права взаємопов'язані між собою дії компетентних органів

²⁹ Деякі питання застосування міліцією адміністративно-правових засобів забезпечення громадської безпеки. RUSNAUKA. 2013. URL: http://www.rusnauka.com/31_NNM_2013/Pravo/2_147199.doc.htm.

³⁰ Адміністративне право України : словник-довідник / укладачі: В.К. Шкарупа, Ю.А. Ведерніков, В.П. Підчибій. Дніпропетровськ : Вид-во Юридичної академії МВС України, 2001. С. 194.

держави та їх посадових осіб, за допомогою яких забезпечується боротьба з корупцією та які мають владно-розпорядчий характер³¹.

У попередніх працях нами був розглянутий широкий спектр проблематики у сфері охорони комерційної таємниці, а також запропоновані рекомендації щодо можливих шляхів їх вирішення і подолання в Україні³².

Висновки

Вже давно назріла потреба у прийнятті окремого міжгалузевого нормативно-правового акта, в якому мають бути врегульовані питання створення, використання, збереження, розголошення комерційної таємниці, визначення комерційної таємниці, її ознаки, умови правової охорони, перелік відомостей, що становлять/не становлять комерційну таємницю, виникнення у суб'єктів права на комерційну таємницю, можливість зарахування на баланс підприємства як нематеріального активу комерційної таємниці, процедура розкриття комерційної таємниці правоохоронним і контролюючим органам, відповідальність державних органів за розголошення комерційної таємниці, охорона та захист останньої та інші питання, що стосуються комерційної інформації.

Сьогодні найбільш ефективним заходом забезпечення комерційної таємниці є захист, що здійснюється самим суб'єктом господарювання шляхом локальних заходів і прийняття локальних нормативних (корпоративних) актів. При цьому система заходів забезпечення комерційної таємниці повинна передбачати різноманітні заходи – адміністративні,

³¹ Рогульський С.С. Адміністративно-правові заходи боротьби з корупцією в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Київ : Б.в., 2005. С. 19.

³² Кравченко О.М. Проблеми правової природи комерційної таємниці як окремого виду таємної інформації в Україні. Вісник Академії праці, соціальних відносин і туризму. 2015. № 1–2. С. 59–65.

Кравченко О.М. Взаємодія правоохоронних органів з підприємствами, установами та організаціями в охороні комерційної таємниці. Вісник Академії праці, соціальних відносин і туризму. 2016. № 3–4. С. 29–34.

Кравченко О.М. Актуальні проблеми захисту комерційної таємниці суб'єктів господарювання. Інформаційна безпека людини, суспільства, держави. 2016. № 1 (20). С. 69–82.

Кравченко О.М. Комерційне шпигунство. Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. 2017. № 11. С. 41–48.

Кравченко О.М. Вдосконалення законодавства України щодо комерційної таємниці суб'єктів господарювання. Журнал «Інформація і право». 2017. № 2 (21). С. 13–19.

Кравченко О.М. Системний підхід у дослідженні комерційної таємниці як окремого виду таємної інформації. Інформаційна безпека людини, суспільства, держави. 2017. № 2 (22). С. 43–51.

Кравченко О.М. Право Служби безпеки України та Національного антикорупційного бюро України на доступ до комерційної таємниці суб'єктів господарювання. Інформаційна безпека людини, суспільства, держави. 2018. № 1 (23). С. 130–136.

Кравченко О.М. Стан захисту комерційної таємниці суб'єктів господарювання на тимчасово окупованих територіях України та в зоні проведення АТО. Інформаційна безпека людини, суспільства, держави. 2018. № 2 (24). С. 117–124.

Кравченко О.М. Перспективи адаптації законодавства України до міжнародних стандартів охорони комерційної таємниці. Право України. 2016. № 2. С. 175–181.

Кравченко О.М. Впровадження інноваційних напрямів правового забезпечення охорони комерційної таємниці. Публічне право. 2016. № 1 (21). С. 353–360.

Кравченко О.М. Потреба України в Законі «Про комерційну таємницю». Публічне право. 2017. № 3 (27). С. 196–202.

Кравченко О.М. Економічне шпигунство. Публічне право. 2017. № 4 (28). С. 224–228.

Кравченко О.М. Ways of adaptation of Ukraine to international standards of legal protection of trade secret. Visegrad Journal on Human Rights. 2018. № 5. С. 75–79.

правові, організаційні, технічні та інші. Оскільки ефективний захист досліджуваного об'єкта права інтелектуальної власності можливий лише за ефективного поєднання зазначених заходів.

Проведений аналіз дає змогу дійти висновку щодо необхідності подальшої законодавчої,

науково-дослідної роботи та постійного розроблення практичних рекомендацій щодо вдосконалення системи організації захисту охорони комерційної таємниці, а також постійних розвідок у цьому напрямі для протидії сучасним загрозам.

Кравченко О.М. Охорона комерційної таємниці суб'єктів господарювання від актів недобросовісної конкуренції, комерційного, промислового, економічного шпигунства. *Jurnalul juridic national: teorie si practica*. 2019. № 1 (35). С. 91–93.

Кравченко О.М. Охорона комерційної таємниці підприємств, установ та організацій від комерційного шпигунства. *Recht der Osteuropäischen Staaten*. № 4/2018. С. 152–156.

Кравченко О.М., Ткачук Т.Ю. Комерційна таємниця як елемент інформації з обмеженим доступом в секторі інформаційної безпеки України. Актуальні проблеми управління інформаційною безпекою держави: НА СБУ (Київ, 19.03.15). С. 435–436.

Кравченко О.М. Інноваційні напрями правового забезпечення охорони комерційної таємниці в Україні. Потенціал молоді в Євразійській інтеграції: економіка, право, політика : мат. Міжнарод. наук.-практ. конф., м. Алмати, 4 березня 2016 р.

Кравченко О.М. Проблеми адаптації вітчизняного законодавства про комерційну таємницю до стандартів ЄС. Модернізація українського суспільства у світлі угоди про асоціацію з ЄС : мат. Міжнарод. наук.-практ. конф., м. Київ, 2–3 квітня 2015 р. С. 107.

Кравченко О.М. Захист комерційної таємниці в Україні. Україна в сучасному світі: виклики і можливості: мат. Міжнарод. наук.-практ. конф., м. Київ, 13–14. 2016. С. 88–90.

Кравченко О.М. Сучасні загрози комерційній таємниці в Україні. Право як регулятор суспільних відносин: історія, теорія, практика : мат. Міжнарод. наук.-практ. конф., м. Київ, 2016. С. 78–80.

Кравченко О.М. Правове регулювання комерційної таємниці в Україні. Цілі сталого розвитку: глобальні та національні виміри : мат. Міжнарод. наук.-практ. конф., м. Київ, 5–6 квітня 2017 р. С. 201–204.

Кравченко О.М. Стан охорони комерційної таємниці суб'єктів господарювання на тимчасово окупованих територіях України та в зоні проведення АТО. Актуальні проблеми соціально-правового статусу осіб, постраждалих під час проведення АТО : мат. наук.-практ. конф., м. Київ, 19 квітня 2017 р. С. 36–39.

Кравченко О.М. Промислове шпигунство. Правове регулювання суспільних відносин в умовах демократизації Української держави : мат. VII Міжнарод. наук.-практ. конф., м. Київ, 18–19 травня 2017 р. С. 128–129.

Кравченко О.М. Вдосконалення законодавства України у сфері захисту комерційної таємниці суб'єктів господарювання. Розвиток Національної системи нормативно-правової інформації: комунікаційний та правовий аспекти : мат. наук.-практ. конф., м. Київ, 2017. С. 113–115.

Кравченко О.М. Правові проблеми впровадження технології Інтернету речей. Інтернет речей: проблеми правового регулювання та впровадження : мат. наук.-практ. конф., м. Київ, 2017.

Кравченко О.М. Правові механізми протидії корупції як 16 ціль у забезпеченні сталого розвитку. Сучасні проблеми управління: імперативи забезпечення сталого розвитку : мат. Міжнарод. наук.-практ. конф., м. Київ, 23–24 листопада 2017 р. С. 226–227.

Кравченко О.М. Засади реформування правоохоронних органів України. Стан та перспективи реформування сектору безпеки та оборони України : мат. Міжнарод. наук.-практ. конф., м. Київ, 26 жовтня 2017 р. С. 73–75.

Кравченко О.М. Право суб'єкта господарювання на комерційну таємницю та її захист в Україні. Правова реальність у трансформаційних умовах розвитку сучасної держави : мат. Міжнарод. наук.-практ. конф., м. Київ, 28 лютого 2018 р. С. 58–61.

Кравченко О.М. Правове регулювання комерційної таємниці в Україні (інформаційно-правові аспекти). Правове регулювання суспільних відносин на шляху до сталого розвитку : мат. VIII Міжнарод. наук.-практ. конф., м. Київ, 15–20 травня 2018 р. С. 236–237.

Кравченко О.М. Охорона комерційної таємниці суб'єктами господарювання в Україні. Стан та перспективи реформування сектору безпеки та оборони України : мат. II Міжнарод. наук.-практ. конф., м. Київ, 30 листопада 2018 р. С. 300–301.

Кравченко О.М. Охорона комерційної таємниці від сучасних загроз. Юридична практика в країнах ЄС та в Україні на сучасному етапі : мат. Міжнарод. наук.-практ. конф., м. Арад, Румунія, 25–26 січня 2019 р. С. 373–376.

European experience of the interaction of prison chaplains with custodial facilities**Kuz Iryna***Postgraduate Student of Chair for Criminology and Criminal and Penal Law
National Academy of Internal Affairs, Ukraine*

The article deals with the history of the origin of chaplaincy. The European experience of implementing the institution of prison chaplaincy on the example of European countries for the purpose of improving the system of penitentiary systems in Ukraine is analyzed.

For the realization of freedom of religion in the countries of Europe there is a legal provision of the prison chapel, which has centuries-old traditions and does not cease to be formed and perfected to the present. The European-wide practice is the lawful right to visit prisoners in custodial facilities by chaplains of a certain denomination on a regular basis with payment from the state budget or on a voluntary basis. Chaplains must be competent and have the appropriate training.

The form of participation of the chaplain in the custodial facilities is the pastoral, spiritual and educational work and social work. The activity of the chaplain is aimed at worship, religious rites, individual and group conversations with convicts, classes on the study of the Bible and religious literature, the implementation of cultural and educational measures with convicts and personnel. Chaplains also provide psychological support to prisoners, protect their rights, freedoms and legitimate interests. One of the priorities of the prison chaplain is to provide the necessary conditions for the correction and re-socialization of the convicted person, his preparation for further life in society, as well as strengthening his socially useful ties.

For the formation of Ukrainian legislation on chaplaincy in the custodial facilities, the positive experience of European countries should be applied. Standards and examples of the settlement of religious tutelage in penitentiary systems of European countries, as well as the experience accumulated over the years, can serve as a basis for regulating legislative provision and practical implementation of penitentiary pastoral care in Ukraine.

Європейський досвід взаємодії тюремних капеланів з установами виконання покарань**Кузь Ірина Іванівна***аспірант кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права
Національної академії внутрішніх справ, Україна***Вступ**

Протягом останніх років Україною взято курс на розбудову пенітенціарної системи. Удосконалення системи органів виконання покарань та надання їм гуманістичного змісту є важливою умовою побудови демократичної держави та посилення співпраці із Європейським товариством.

І.В. Пахомов зазначає: «Згідно з міжнародними та вітчизняними нормативно-правовими актами кожен засуджений має право на свободу віросповідання. Забезпечити йому це право – завдання персоналу Державної кримінально-виконавчої служби України (далі – ДКВС України) у співпраці з релігійними організаціями»¹.

Душпастирська діяльність бере свій початок із моменту проголошення незалежності України, проте ще донедавна діяльність тюремних капеланів в установах виконання покарань (далі – УВП) передбачала базове правове регулювання. В умовах сьогодення прийнято багато законодавчих новацій у сфері діяльності релігійних організацій з УВП. Серед них

слід виділити такі: Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо регулювання діяльності священнослужителів (капеланів) в органах та установах, що належать до сфери управління Державної пенітенціарної служби України» від 14.05.2015 р. № 419-VIII, Закон України «Про пробацію» від 05.02.2015 р. № 160-VIII, стаття 128-1 у Кримінально-виконавчому кодексі України «Організація душпастирської опіки засуджених».

Однак сьогодні залишається низка прогалин у сфері правового забезпечення пенітенціарної системи з дотриманням прав засуджених відповідно до європейських стандартів, яка б відповідає моральним ідеалам ХХІ століття. Саме тому вивчення європейського досвіду діяльності тюремних капеланів є актуальним і потребує детального аналізу.

Виклад основного матеріалу

Посада тюремного священника (капелана) вперше була введена в Європі в кінці ХVІІІ століття в тюрмах Великобританії. Священників, які служили в армії, в'язниці, лікарнях, стали називати капеланами. Присутність у пенітенціарних установах віруючих певної конфесії спричинила потребу в запрошенні в УВП тюремного капелана для праці на регулярній основі з

¹ Пахомов І.В. Особливості правового регулювання душпастирського служіння в пенітенціарній системі України. Приклади правового врегулювання душпастирського служіння у пенітенціарній системі в країнах Європи : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 3 грудня 2018 р. Київ, 2018. 132 с.

оплатою із державного бюджету. В деяких УВП є капелани, які працюють на постійній основі, в інших – відвідують за потреби.

За законами Англії та Уельсу, у кожній в'язниці повинен бути капелан. Така практика в Британській імперії існує з прийняття Акта (Goal Act) 1773 р., який ввів посаду тюремного священника (капелана).

Капелани були одними з перших серед оплачуваного персоналу поза службою нагляду та охорони в'язниці. Згодом тюремний священник став співробітником пенітенціарної установи нарівні з начальником в'язниці та лікарем. За англійським законодавством 1823–1825 рр., тільки за наявності цих трьох посад в'язниця могла бути відкрита.

Як у будь-якого співробітника в'язниці, у капелана в ХІХ столітті були свої обов'язки: проведення богослужіння двічі на день, заняття духовним вихованням і освітою засуджених, забезпечення їх Біблією і релігійною літературою, відвідування тюремного лазарету і штрафного ізолятора, організація похорону і траурних церемоній померлих.

Сьогодні капелани є співробітниками в'язниці і державними службовцями (за умови, що вони отримують посадовий оклад). Капелан не належить до держслужбовців, якщо він доброволець. Закон про тюремну службу зобов'язує співробітників в'язниці дотримуватися релігійних прав засуджених усіх релігій. У команду капеланів можуть входити священники з англіканців і католиків, представники інших християнських конфесій, а також мусульмани. Закон передбачає дотримання релігійних обрядів для представників християнських конфесій, індуїзму, ісламу, іудаїзму, мормонів і язичників².

Що стосується структури керівництва тюремного капеланату Великобританії, то в Англії і Уельсі уряд бере капеланів на службу і їх глава входить до складу кримінально-виконавчої системи. Головний капелан Великобританії – англіканець: він носить сан архидиякона і є державним чиновником, який організовує роботу всіх капеланів. У нього є заступники в адміністративних утвореннях Англії і Уельсу. Це представники Англіканської і Католицької Церков, а також так званих вільних церков (тобто різних християнських конфесій). Крім того, в Англіканській церкві є ще один представник із тюремним питань у сані єпископа, який координує роботу священників-англіканців. Разом з єпископом глава церкви вирішують всі питання душпастирської опіки та соціального забезпечення засуджених, перебуваючи всередині однієї структури (як церква) і всередині двох різних структур, коли один уже є представником держави, а інший – тільки церкви. Це досить складна система, оскільки в ній співіснують дві різні особи, повноваження яких дуже близькі. Однак подібна ситуація склалася історично і вважається ефективною.

² Закон про тюремну службу № 4550 (Prison Service Order 4550) від 30.10.2000 р. URL: http://pso.hmprisonservice.gov.uk/PSO_4550_religion_manual.doc (дата звернення: 25.05.2019).

Старший капелан є заступником начальника в'язниці і може бути як священником Англіканської церкви, так і мирянином. Саме на ньому лежать адміністративні обов'язки з координації роботи всіх капеланів. Для цього їм необхідно освоїти спеціальну освіту і отримати дозвіл на тюремне служіння від своєї церкви. Як правило, у в'язниці працюють три-чотири штатних капелани. Якщо виникає необхідність у представниках релігій, яких немає в штаті капеланів, то їх запрошують на погодинну оплату або як волонтерів. Витрати на оплату капеланів розподіляються рівномірно відповідно до відсоткового співвідношення віруючих засуджених. Тому православного священника часто запрошують як волонтера.

До основних обов'язків капелана належать такі: щоденні відвідування і опитування новоприбулих за останню добу ув'язнених, а також тих, які перебувають у лікарняному відділенні та ізоляторі. До додаткових обов'язків належать такі: участь у різних програмах, що проводяться реабілітаційними, соціологічними і психологічними службами. Капелани допомагають ув'язненим зберегти сімейні відносини, пишуть за них листи, повідомляють їм погані новини, надають психологічну допомогу тим, хто втратив родичів, підтримують зв'язок між членами сім'ї, якщо ті відбувають покарання в різних в'язницях. Вони також встановлюють зв'язок із парафіяльними громадами, куди буде ходити відбувати покарання засуджений, допомагають йому з працевлаштуванням, медичним забезпеченням тощо. У зв'язку з цим капелан усе менше сприймається як представник будь-якої конкретної церкви. Говорити про свою віру він може тільки в тому разі, коли засуджений запитав його про це. Як такого релігійного душпастирства в його служінні дуже мало. І для багатьох капеланів-кліриків це серйозна проблема. А невіруючі ув'язнені не розуміють, навіщо оплачувати ставку капелана, коли він усе меншою мірою виконує свої прямі обов'язки, основну частку часу приділяючи соціальній роботі³.

Для звіту капелани ведуть один загальний журнал, детально описують роботу кожного з них протягом дня. Також на капелана покладена і духовна турбота про співробітників в'язниці з їх сім'ями, вони беруть участь в аудиторських перевірках і складають бізнес-план разом із керівництвом в'язниці. Це наочно показує, наскільки сучасні капелани залучені в адміністративні та фінансові справи, пов'язані з управлінням в'язницею.

У місті Кардіфф (Уельс) є коледж святого Михайла, який є філією богословського університету. Він спеціалізується на підготовці священників і дияконів Англіканської церкви, а також тих, хто займається світською соціальною роботою. Це центр підготовки

³ Phillips Peter, The Revd. Prison chaplaincy in the UK. Аудіоматеріали семінару «Prison chaplaincy itinerary», 2010, St. Michael's College, Cardiff, UK.

капеланів для роботи в лікарнях, в'язницях, збройних силах. Коледж працює з представниками різних конфесій. Його випускники отримують магістерський диплом. А викладачі коледжу за домовленістю з Міністерством юстиції займаються науковими дослідженнями стану всієї пенітенціарної системи Великобританії⁴.

На відміну від Великобританії та інших західноєвропейських країн, де капеланське служіння відбувалося безперервно протягом десятиліть, в східноєвропейських країнах духовне піклування про в'язнів стало можливим з початку 1990-х рр.

В Австрії церковно-державні стосунки регулює Конкордат між Святим Престолом та Австрійською Республікою (від 05.07.1933 р., який набув чинності 01.05.1934 р.).

Питання догляду за в'язницею згадується у статті 16 Конкордату. Згідно зі згаданою статтею місцевий капелан і священнослужителі, які його представляють, мають право на вільний доступ до інституційних ув'язнених для здійснення його капеланської служби тим особам, які перебувають у державних лікарнях, оздоровчих та опікунських будинках і подібних установах, а також у в'язницях, установах виконання покарань. Також статтею передбачається, що у разі встановлення окремого інституційного капеланства призначення відповідного священника здійснюється за погодженням з спарх'яльним звичайним.

Відповідно до вимог кримінально-духовної служби в Австрії кожному в'язню надається право під час перебування у в'язниці відвідувати месу разом з іншими ув'язненими (відвідувати інші релігійні заходи), отримувати релігійні матеріали для свого духовного благополуччя, які видані акредитованим пастором. Акредитацію пасторів організовує адміністрація в'язниці. Що стосується керівника в'язниці, то він може виключити після консультації зі священником будь-якого ув'язненого з церковних відвідувань або інших релігійних заходів із міркувань безпеки або якщо мирний порядок може бути під загрозою. Ув'язнений має право отримувати духовні слова комфорту (неназваним) пастором своєї релігії. Доступ до цього пастора вирішується керівником в'язниці. У разі, якщо немає акредитованих у в'язниці пасторів релігії в'язня, то ув'язнений має право бути поінформованим про будь-яких доступних неакредитованих пасторів своєї релігії, які зможуть забезпечити духовні слова комфорту⁵.

За законодавством Австрії, ув'язнені можуть отримувати візити від пасторів протягом усього періоду робочого часу діяльності в'язниці (не пов'язані зі звичайними годинами відвідування громадськості).

⁴ The Cardiff Centre for Chaplaincy Studies at St Michael's College. URL: <http://www.stmichaels.ac.uk/chaplaincy-studies.php> (дата звернення: 25.05.2019).

⁵ Konkordat zwischen dem Heiligen Stuhle und der Republik Österreich, Beilage B zum Ministerratsprotokoll Nr.878 vom 31.5.1933, Enderle-Burcell, MR-Protokolle, Bd. 3, S.

Зміст зустрічей між ув'язненими і пастором не підлягає контролю з боку адміністрації⁶.

Будь-яка особа (миряни, монахи, організації, які надають соціальні послуги в'язням) можуть бути акредитовані як в'язничні капелани. Для цього їм необхідно пройти одностороннє навчання. Для допуску пастора до в'язниці йому необхідно ідентифікувати себе. Пастори змушені вести себе так, щоб вони не підривали цілей кримінального закону і не порушували загальних правил пристойності. Також їм забороняється обмінюватися з в'язнями будь-якими матеріальними об'єктами (включно з листами)⁷.

Ще однією державою, де активно розвинений інститут тюремного капеланства, є Чеська Республіка. У Чехії є два типи організацій, що займаються духовним і соціальним піклуванням засуджених: «Тюремна духовна турбота» (Prison Spiritual Care) і «Тюремна духовна служба» (Prison Spiritual Service).

«Тюремна духовна турбота» – це недержавна християнська організація, що складається зі священнослужителів і мирян. Одні й другі представляють зареєстровані в Чехії церкви, від яких їм дозволено допомагати засудженим на добровільній основі. «Тюремна духовна турбота» тісно співпрацює з радою церков і чеською єпископською конфесією як представниками більшості релігійних організацій у країні. Співробітники організації є в кожній чеській в'язниці. Вони разом працюють, обмінюються досвідом і допомагають один одному в духовній, пастирській і освітній діяльності. У Чехії капеланська служба є практично у всіх підрозділах: збройні сили, в'язниці, хоспіси та лікарні, пожежні служби та служби поліції. Головний капелан, його заступник і всі пересічні капелани є співробітниками тюремної служби з певними правами і обов'язками. Він відповідає за свою роботу безпосередньо перед головним керуючим кабінету генерального управління тюремної служби. На посаду головного капелана людина в духовному сані приймається на підставі листа, зареєстрованого державною церквою відповідно до умов, передбачених у договорі про тюремну духовну службу. Всі в'язничні капелани перебувають під його наглядом і піклуванням, у разі виникнення будь-яких спірних питань вони звертаються до головного капелана, який регулює їхні службові обов'язки, висловлює побажання по робочому графіку кожного конкретного капелана і контролює його діяльність.

У тюремній ієрархії капелан підпорядковується першому заступнику начальника в'язниці. За рівнем

⁶ Strafvollzugsgesetz (StVG), Bundesgesetz vom 26. März 1969 über den Vollzug der Freiheitsstrafen und der mit Freiheitsentziehung verbundenen vorbeugenden Maßnahmen, Republik Österreich, BGBI. Nr. 144/1969. Datum des Gesetzes: 26. März 1969, Inkrafttretensdatum: 1. Jänner 1970, Letzte Änderung: BGBI. I Nr.32/2018.

⁷ Werner J.R. Spiritual and practical role of prison chaplain in multiconfessional and multireligious environment on the base of legislation and faith. Приклади правового врегулювання душпастирського служіння у пенітенціарній системі в країнах Європи : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 3 грудня 2018 р. Київ, 2018. 17 с.

повноважень і зарплати він є на рівні з начальниками відділень.

Чеські капелани здійснюють підготовку і професійне проведення освітніх, духовних і соціальних програм, індивідуальні пасторські зустрічі і бесіди з ув'язненими, а також зі співробітниками в'язниці за їх бажанням після закінчення зміни. Капелан проводить богослужіння, організовує групове або індивідуальне вивчення Біблії, координує діяльність представників усіх церков і релігійних груп, що надають добровільну допомогу, інформує прямого начальника (першого заступника начальника в'язниці) про способи надання духовної турботи і конкретних заходів в її межах, а також організовує культурні заходи духовного змісту. Питаннями реабілітації, підготовки до звільнення, майбутнього місця проживання і працевлаштування займаються соціальні працівники тюремної служби Чеської Республіки. У свій робочий час капелан може зустрічатися з родинами засуджених, їхніми друзями і поза стінами в'язниці, щоб зрозуміти причину злочину. Капелан має право переглядати особисті справи засуджених, про яких він духовно опікується. Він консулює начальника в'язниці у сфері церковної проблематики і нових релігійних течій для вирішення питання про допуск представників інших релігійних об'єднань до служіння в цій в'язниці. Капелан перебуває в постійному контакті з усією адміністративною тюремною ієрархією, знайомиться з постановами зборів завідувачів відділень і за особистим бажанням має право в них брати участь. Половину свого часу капелан проводить у безпосередньому спілкуванні із засудженими⁸.

З 1989 р. МВС Естонської Республіки дозволило добровольцям відвідувати в'язниці. Координацією їхніх дій займалася Асоціація естонських капеланів. У 1997 р. в естонських в'язницях введено посаду капелана (при соціальному відділі в'язниці). Зарплата капеланам виплачується за кошти держави.

При кожній в'язниці діє інститут старших капеланів або координаторів. Головна вимога, яка пред'являється до державного капеланату, полягає в тому, що кандидат повинен бути як мінімум у сані диякона і мати вищу богословську освіту. Виняток робиться для тих, хто має стаж роботи. Крім того, один-два рази на рік проводяться курси підвищення кваліфікації. У коло обов'язків капелана входять літургійна практика, а також консультативна та адміністративна робота. За результатами своєї діяльності естонські капелани щоквартально складають звіт⁹.

Що стосується тюремного капеланства у Нідерландах, то воно ґрунтується на двох принципах: «свобода релігії» та «поділ Церкви і держави». Ці принципи призводять до переконання, що в Церкві та держави є спільна відповідальність – догляд за ув'язненими.

Статтею 41 Закону про пенітенціарні засади 1998 р. передбачено право вільно сповідувати і практикувати свою релігію або ідеологію окремо або спільно з іншими. Губернатор повинен забезпечити духовну опіку відповідно до релігії чи ідеології ув'язненого в УВП. Ув'язненому надається можливість відвідувати духовного представника у визначений для цього час, відвідувати релігійні чи ідеологічні збори, які проходять в установі.

Урядом Нідерландів визнано декілька конфесій для забезпечення тюремного капеланства, а саме: римські католики, протестанти, православні, мусульмани, гуманісти, євреї, індуїсти і буддисти. Персонал цих конфесій оплачується урядом, а капелани вважаються державними службовцями. Інші конфесії можуть відвідати своїх членів конгрегації у в'язницях, але такі капелани не оплачуються урядом. Всі капелани мають академічне звання, є частиною в'язничного персоналу, але не надають духовного догляду тюремному персоналу. Вони проводять індивідуальне та групове консулювання, організовують літургійні служби відповідно до їхніх традицій і пропонують етичні поради та охороняють гуманні умови ув'язнення. Капелани призначаються на службу після затвердження їх номіналу та перевірки безпеки, а також повинні прийняти присягу і психологічну оцінку¹⁰.

Висновки

Як свідчать дані, у багатьох європейських країнах діють акредитовані державою та церквою капелани на міжконфесійній основі. Капелани здійснюють свою діяльність в УВП або на рівних правах із персоналом, або як волонтери, або як державні чиновники з певними обов'язками, передбаченими законодавством відповідної країни. Правовою основою для тюремного служіння є Європейські пенітенціарні правила, доповнені внутрішньодержавними законами, положеннями та інструкціями.

Позитивним можемо вважати ідею гуманізації тюремного утримання, підтримку ув'язненого під час відбування ним покарання і визначення причини скоєного злочину, завдяки чому з'являється можливість запобігти подальшому рецидиву злочинів.

Отже, проаналізувавши інститут тюремного капеланства на прикладі деяких європейських країн, можемо зазначити, що така практика має позитивний характер і забезпечує позитивний вплив на ресоціалізацію особи засудженого, а також підготовку до життя в соціумі. Порівнюючи європейський досвід взаємодії пенітенціарних установ, можемо констатувати, що найкращі методи капеланської роботи потребують подальшої імплементації та законодавчого закріплення задля ефективного впливу на покращання криміногенної ситуації в УВП та подальше запобігання вчиненню злочинів засудженими.

⁸ Протоієрей Олег Скоромох. «Капелланы – опыт тюремного служения в европейских государствах». URL: <http://cat.convdocs.org/docs/index-124255.html> (дата звернення: 29.05.2019).

⁹ Estonian Prison System Yearbook 2003. Tallinn 2004. Religious work. P. 13, 17.

¹⁰ Dr. Ryan van Eijk Realizing rights: balancing deeds and needs, dutch experiences in organizing prison chaplaincy. Приклади правового врегулювання душпастирського служіння у пенітенціарній системі в країнах Європи : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 3 грудня 2018 р. Київ, 2018. С. 29–33.

Legal status of a testator's grandson at legal succession in the inheritance law of Ukraine**Kukhariev Oleksandr***Candidate of Juridical Sciences,**Associate Professor of the Department of Civil Law and Procedure**of the Kharkiv National University of Internal Affairs, Ukraine*

The article deals with the legal status of a testator's grandson in hereditary legal relations. It is proved that the order of legal succession of a testator's grandson depends on availability of one his living parents who have to be called for succession as an heir apparent, i.e. a son or daughter of a testator.

If at the time of succession commencement, one of the parents who has to inherit as an heir apparent, is not alive then the grandchildren inherit by right of representation. Inheritance by right of representation is a special order of legal succession of persons who take the place of an heir who had died earlier than a testator. A living heir in any case excludes his replacement by a descendant. Thus, the mechanism of inheritance by right of representation is intended to correct the unnatural situation in the sequence of deaths when a child dies before his parents. In this case, the testator's grandchildren are called to inherit as independent heirs, who are recognized to have own right to inherit as descendants of a testator (grandfather or grandmother). They neither legally nor actually represent anyone other than themselves, since due to the universal nature of hereditary succession they acquire the right not from a deceased heir (father or mother), but directly from a testator.

At inheritance by the right of representation after death of a grandmother or grandfather, a grandson is an heir apparent.

During the life of one parent who has the right to inherit, the testator's grandson belongs to the fifth hereditary line, despite the second degree of kinship with the grandmother (grandfather) and dispositive nature of article 1265 of the Civil Code of Ukraine, which defines non-exhaustive list of heirs of the fifth hereditary line. This implies a number of important legal consequences. In particular, another heir including his parents may renounce succession as heir in favour of a grandson. Moreover, a contract may be concluded with a grandson to alter the order of succession, according to which such person will have the right to inherit together with the heirs of a closer line. So it is a testator's grandson who can file a claim to alter the order of succession of the right to inheritance under the circumstances specified in part 2 of article 1259 of the Civil Code of Ukraine.

**Правовий статус внука спадкодавця
під час спадкування за законом у спадковому праві України**

Кухарев Олександр Євгенович*кандидат юридичних наук, доцент,**доцент кафедри цивільного права та процесу**Харківського національного університету внутрішніх справ, Україна***Вступ**

Згідно зі ст. 1258 ЦК України спадкоємці за законом одержують право на спадкування по чергово. Кожна наступна черга спадкоємців за законом одержує право на спадкування у разі відсутності спадкоємців попередньої черги, усунення їх від права на спадкування, неприйняття ними спадщини або відмови від її прийняття.

Як зазначали свого часу Б.С. Антімонов та К.О. Граве, під час встановлення спадкоємців закон спирається на припущення про найбільш вірогідне коло осіб, яких спадкодавець хотів би закликати до спадкування¹. Саме в колі спадкоємців за законом чітко простежується зв'язок спадкового та сімейного права. Причому стійкою тенденцією національного законодавства є розширення перелі-

ку спадкоємців за законом. Зокрема, у ЦК України застосовано підхід, спрямований на охоплення найширшого кола осіб, до яких могла б перейти спадщина за відсутності заповіту. Всі спадкоємці об'єднані у п'ять черг: 1) у першу чергу право на спадкування за законом мають діти спадкодавця, зокрема зачаті за життя спадкодавця та народжені після його смерті, той із подружжя, який його пережив, та батьки (ст. 1261 ЦК України); 2) у другу чергу право на спадкування за законом мають рідні брати та сестри спадкодавця, його баба та дід як із боку батька, так і з боку матері (ст. 1262 ЦК України); 3) у третю чергу право на спадкування за законом мають рідні дядько та тітка спадкодавця (ст. 1263 ЦК України); 4) у четверту чергу право на спадкування за законом мають особи, які проживали зі спадкодавцем однією сім'єю не менш як п'ять років до часу відкриття спадщини (ст. 1264 ЦК України); 5) у п'яту чергу право на спадкуван-

¹ Антімонов Б.С., Граве К.А. Советское наследственное право. Москва : Госюриздат, 1955. С. 117.

ня за законом мають інші родичі спадкодавця до шостого ступеня споріднення включно, причому родичі ближчого ступеня споріднення усувають від права спадкування родичів подальшого ступеня споріднення. Ступінь споріднення визначається за числом народжень, що віддаляють родича від спадкодавця. Народження самого спадкодавця не входить до цього числа. Крім того, у п'яту чергу право на спадкування за законом одержують утриманці спадкодавця, які не були членами його сім'ї (ст. 1265 ЦК України).

Верховний Суд з цього приводу наголосив, що ступінь є свого роду одиницею вимірювання споріднення між родичами за походженням. Він надає можливість встановити «відстань» між спорідненими особами (родичами за походженням). Причому така «відстань» може характеризувати як більш близьке споріднення, так і віддалене. Як наслідок, чим далі біологічно особи є одна від одної, тим більший порядковий ступінь споріднення їх пов'язує².

Здавна всі спадкоємці за законом поділяються на прямих (або своїх) і на «бокових» (віддалених) спадкоємців. Перші є членами однієї родини, це близькі родичі, що проживали, як правило, разом і вели одне господарство. У свою чергу, вони поділялися на спадкоємців по низхідній лінії за народженням (син, внук, правнук) і на спадкоємців по висхідній лінії (батько, дід, прадід). Їх ще йменували спадкоємцями, які одержували «скорботну спадщину», наприклад батьки, що пережили своїх дітей. Спадкоємцями бокової лінії споріднення є особи, що походять від спільного предка, а не один після одного. Наприклад, це рідні, двоюрідні брати і сестри. Звичайно, що вираз про походження від єдиного предка є умовним, оскільки суто біологічно ним не може бути одна особа³. Традиція рахування родичів від єдиного спільного предка, за твердженням І.В. Жилінкової, має прадавній характер. Ще з римських часів родичі поділялися залежно від того, від кого вони походили – батька чи матері. На цій підставі виокремлювалися батьківська чи материнська лінії споріднення. Пізніше у європейських народів жінки були фактично усунені від спадкування. Тому рахування родичів здійснювалося в порядку, коли до уваги брався чоловік – «начальник» роду (родоначальник) або глава сім'ї. В дореволюційному праві зазначалося, що до роду входять лише ті, пов'язані кровним спорідненням, особи, які походять через осіб чоловічої статі, оскільки особа жіночої статі не може бути «родоначальником»⁴.

² Постанова Верховного Суду від 20 червня 2018 р., судова справа № 643/1216/15-ц, провадження № 61-6924св18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75068671> (дата звернення: 11.03.2019).

³ Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т. 12: Спадкове право / За ред. проф. І.В. Спасиво-Фатєєвої. Харків: ФО-П Колісник А.А., 2009. С. 292.

⁴ Жилінкова І.В. Актуальні питання спадкового права України: матеріали до семінару. Харків: Ксилон, 2009. С. III-5.

Розширеному тлумаченню коло спадкоємців за законом не підлягає, що, у свою чергу, зумовило виникнення гострої дискусії як у теоретичній, так і в практичній площині щодо правового статусу внуків спадкодавця. Зокрема, внуки окремо не визначені в жодній з п'яти черг спадкоємців за законом, проте виокремлені у ч. 1 ст. 1266 ЦК України, що регулює спадкування за правом представлення. Так, внуки спадкодавця спадкують ту частку спадщини, яка належала б за законом їхній матері, батькові, якби вони були живими на час відкриття спадщини.

Тому потребують з'ясування два випадки спадкування за законом внуками спадкодавця – за правом представлення та за життя своїх батьків на час відкриття спадщини.

Мета статті – визначення правового статусу внуків спадкодавця в спадковому праві України у разі спадкування за законом.

Виклад основного матеріалу

Передусім внуки спадкодавця закликаються до спадкування за правом представлення. При цьому слід зважати, що спадкування за правом представлення – це особливий порядок спадкування за законом осіб, які заступають собою місце спадкоємця, померлого раніше, ніж спадкодавець. Отже, внуки спадкують за правом представлення у разі, коли на час смерті спадкодавця немає в живих того з їх батьків, хто мав би спадкувати як спадкоємець за законом першої черги. Живий спадкоємець у будь-якому разі виключає його заміщення нащадком. Отже, механізм спадкування за правом представлення має на меті виправити неприродну ситуацію у послідовності настання смертей, коли дитина помирає раніше за своїх батьків.

Верховний Суд наголосив, що за своєю суттю спадкування за правом представлення – це специфічний порядок набуття права на спадкування за законом, який не є окремою підставою або видом спадкування і за яким суб'єктами спадкування стають певні спадкоємці за законом⁵.

Одним із дискусійних у цивілістичній доктрині залишається питання визначення правового статусу осіб, які закликаються до спадкування за правом представлення, включно з внуками спадкодавця. Вирішення цього питання має не лише суто теоретичне, а й практичне значення, оскільки якщо погодитися з тим, що спадкоємці, перелік яких встановлений у ст. 1266 ЦК України, входять до складу спадкоємців першої, другої, третьої черги спадкоємців за законом, то є всі підстави надавати їм ті права, якими користуються спадкоємці відповідної черги.

З цього приводу можна зазначити наявність кількох концепцій, що протиставляються або доповнюють одна одну.

⁵ Постанова Верховного Суду від 26 вересня 2018 р., судова справа № 539/2170/17, провадження № 61-3006св18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76912305> (дата звернення: 11.03.2019).

В юридичній літературі радянської епохи не було вироблено єдиної позиції щодо віднесення «представляючих» спадкоємців до відповідних черг. За правилом ст. 529 ЦК УРСР 1963 р., що втратив чинність, внуки і правнуки спадкодавця визнавалися спадкоємцями за законом, якщо на час відкриття спадщини не було в живих того з їх батьків, хто був би спадкоємцем. Причому положення про спадкування внуків і правнуків структурно розміщувалося у статті, що визначала спадкоємців за законом першої черги. Спираючись на це, Г.М. Степаненко стверджував, що внуки та правнуки спадкують «замість» померлих спадкоємців першої черги⁶. Зі свого боку, В.О. Рясенцев доходив висновку, що «представляючі» спадкоємці закликаються «разом» із спадкоємцями першої черги⁷. Висловлювалися й діаметрально протилежні думки. Зокрема, Р.О. Халфіна вважала, що внуки і правнуки померлого взагалі не є його спадкоємцями⁸. Б.С. Антімонов та К.О. Граве, протиставляючи спадкування за правом представлення та спадкування внуками-утриманцями, відносили до першої черги спадкоємців за законом лише останніх⁹.

Серед сучасних учених також немає єдності щодо досліджуваного питання. Наприклад, І.В. Жилінкова вказує, що особи, які мають право спадкувати за правом представлення, утворюють окрему групу спадкоємців за законом. Їх коло невелике і чітко визначене в законі¹⁰. Натомість О.Л. Маковський заперечує віднесення осіб, які спадкують за правом представлення, до якоїсь із черг спадкоємців за законом, оскільки для закликання цих осіб до наступництва недостатня відсутність спадкоємців попередніх черг¹¹. Аналогічну позицію відстоює і Р.Б. Шишка¹².

Не вдаючись до характеристики правового становища осіб, які спадкують на підставі ст. 1266 ЦК України, З.В. Ромовська між тим доходить висновку, що за допомогою механізму «права представлення» у середині першої черги спадщина почергово концентруватиметься у руках найближчих родичів, які перебували у прямій (низхідній чи висхідній) лінії споріднення з особою, яка могла б одержати право на спадкування, якби була живою на момент відкриття спадщини¹³.

⁶ Степаненко Г.М. Наследственное право РСФСР. Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1965. С. 22.

⁷ Рясенцев В.А. Наследование по закону и по завещанию в СССР. Москва : Знание, 1972. С. 18.

⁸ Халфина Р.О. Право наследования в СССР. Москва : Госюриздат, 1951. С. 14.

⁹ Антімонов Б.С., Граве К.А. Советское наследственное право. Москва : Госюриздат, 1955. С. 130.

¹⁰ Жилінкова І.В. Актуальні питання спадкового права України: матеріали до семінару. Харків : Ксилон, 2009. С. III-29.

¹¹ Коментарій к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. Москва : Юрист, 2003. С. 183.

¹² Шишка Р.Б., Сопілко І.М., Козирева В.П. Спадкове право в Україні : навч. посібник / за заг. ред. проф. Шишки Р.Б. Київ : Ліра-К, 2015. С. 141.

¹³ Ромовська З.В. Українське цивільне право. Спадкове право : підручник. Київ : Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. С. 189.

На нашу думку, немає підстав відносити спадкоємців за правом представлення до окремої групи спадкоємців. Це пояснюється тим, що такі особи закликаються до спадкування не окремою чергою, а разом із іншими спадкоємцями за законом, які отримують право на спадкування в загальному порядку черговості, встановленому у ст. 1258 ЦК України. Закон застосовує у цих відносинах процедуру «заміщення» місця спадкоємця, померлого до відкриття спадщини.

Важко при цьому погодитися із позицією про те, що спадкоємці за правом представлення закликаються до спадкування не за власним правом, а за правом іншого спадкоємця. Якщо спиратись на це, то прийдеться визнати, що спадкування в досліджуваних відносинах здійснюється після померлого спадкоємця. Але такий висновок є хибним, адже щодо останнього спадщина відкривається окремо, і мова буде йти вже не про спадкування за правом представлення, а загальний порядок спадкування за законом. Тобто можна констатувати наявність двох спадщин, перша з яких відкривається після смерті спадкодавця, а друга – унаслідок смерті спадкоємця, якого «заміщають». Особа, яка закликається до спадкування за правом представлення, є безпосереднім і самостійним наступником саме спадкодавця через кровне споріднення та немає жодних правових підстав для розгляду її як наступника або представника спадкоємця, померлого до відкриття спадщини. Невипадково для впорядкування відповідних правовідносин застосовується фікція представництва померлого спадкоємця його нащадками¹⁴.

Внуки спадкодавця закликаються до спадкування на підставі ч. 1 ст. 1266 ЦК України як самостійні спадкоємці, за якими визнається власне право на спадкування як низхідними родичами спадкодавця (діда чи баби). Вони ні юридично, ні фактично не представляють нікого, крім себе, оскільки через універсальний характер спадкового правонаступництва набувають право не від померлого спадкоємця (свого батька чи мати), а безпосередньо від спадкодавця. З цього випливає важливий висновок: усунення від спадкування померлого спадкоємця на підставі ст. 1224 ЦК України не впливає на обсяг спадкових прав його нащадка, який закликається до спадкування за правом представлення.

Видається справедливим, що спадкоємці за правом представлення є спадкоємцями відповідної черги, в якій спадкував би померлий спадкоємець. Отже, у разі спадкування в порядку ч. 1 ст. 1266 ЦК України внуки спадкодавця є спадкоємцями за законом першої черги, усуваючи при цьому від спадкування спадкоємців наступних черг. А особливий механізм закликання до спадкування за правом представлення є лише однією з умов реалізації внуками свого

¹⁴ Детальніше див.: Кухарев О.Є. Застосування юридичних фікцій у сфері спадкування. Підприємництво господарство і право. 2015. № 1. С. 27–31.

права на спадкування. І хоча внуки є самостійними наступниками спадкодавця, про що вказувалося вище, вони «заміщають» місце того з батьків, хто мав би закликатися до спадкування, якби був живий на час відкриття спадщини.

Аналогічну позицію займає і Верховний Суд, зазначивши в постанові від 20 червня 2018 р., що спадкування за правом представлення – це такий порядок набуття права на спадкування за законом, за якого спадкоємці п'ятої черги включаються до складу першої, другої чи третьої черги замість спадкоємця внаслідок того, що він помер до відкриття спадщини. Спадкування за правом представлення надає можливість спадкоємцям п'ятої черги за законом переміститися у вищу чергу (першу, другу або третю чергу)¹⁵.

Утім, участь внуків спадкодавця у спадкових правовідносинах не обмежується спадкуванням за правом представлення. Тож наступним питанням, яке потребує вирішення в межах роботи, є можливість спадкування внуками після смерті баби (діда) за життя своїх батьків. Актуалізація поставленого питання пов'язана з тим, що внуки прямо не визначені в жодній із п'яти черг спадкоємців за законом, хоча ці особи є прямими низхідними родичами спадкодавця.

З.В. Ромовська вважає визначений у законі спадково-правовий статус внуків несправедливим і пропонує включити їх до другої черги спадкоємців за законом як самостійних фігурантів¹⁶. Позиція про несправедливість правового становища внуків у спадкових правовідносинах відстоюється й іншими авторами¹⁷, у зв'язку з чим пропонується надати таким особам право на спадкування у разі їх неприцездатності разом із тією чергою спадкоємців за законом, яка закликається до спадкування¹⁸.

Нотаріальна практика щодо спадкування внуками спадкодавця за життя їх батьків не вирізняється послідовністю. Наприклад, у підп. 3.27 п. 3 гл. 10 розд. II Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України¹⁹ міститься загальне правило, за змістом якого спадкоємець за законом має право відмовитись від прийняття спадщини на користь будь-кого із спадкоємців за законом незалежно від черги, зокрема внуків, правнуків, племінників та інших. Утім, вже згідно з п. 1.3.4 Методичних рекомендацій щодо вчинення нотаріальних дій, пов'я-

заних із життям заходів щодо охорони спадкового майна, видачею свідоцтв про право на спадщину та свідоцтв про право власності на частку в спільному майні подружжя²⁰, внуки, правнуки за життя своїх батьків не спадкують після смерті діда, баби, прадіда, прабаби. Вони закликаються до спадкування як спадкоємці першої черги, якщо на час відкриття спадщини не було в живих того з батьків, який би мав право на спадкування. Аналогічна позиція про неможливість спадкування внуками за життя своїх батьків висловлюється і в юридичній літературі²¹.

Між бабою (дідом) та внуком є другий ступінь споріднення. Відповідно до ч. 1 ст. 1265 ЦК України, ступінь споріднення визначається за числом народжень, що віддаляють родича від спадкодавця. Народження самого спадкодавця не входить до цього числа. Оскільки народження баби (діда) не враховується під час визначення ступеня споріднення, спадкодавця та спадкоємця віддаляють два народження – батька (матері) спадкоємця та самого спадкоємця (внука спадкодавця).

Перші чотири черги спадкоємців за законом сформульовано в ЦК України вичерпно та імперативно, що унеможливило спадкування внуком спадкодавця із спадкоємцями відповідних черг. Водночас у п'яту чергу право на спадкування за законом мають інші родичі спадкодавця до шостого ступеня споріднення включно, причому родичі ближчого ступеня споріднення усувають від права спадкування родичів подальшого ступеня споріднення. У зв'язку з цим спадкувати внук спадкодавця за наявності в живих його батьків зможе у п'яту чергу спадкоємців за законом, усуваючи від спадкування інших родичів померлого в межах цієї черги. Наприклад, внук спадкодавця усуне від спадкування двоюрідних племінників останнього.

Отже, чинне цивільне законодавство України відносить внуків спадкодавця до спадкоємців за законом п'ятої черги, що можна пояснити як другим ступенем споріднення із спадкодавцем (бабою, дідом), так і диспозитивним характером ст. 1265 ЦК України, що містить застереження про «інших родичів спадкодавця до шостого ступеня споріднення включно».

З цього випливає низка важливих правових наслідків. Зокрема, на користь внука може відмовитися від прийняття спадщини інший спадкоємець, включно з його батьками. Крім того, із внуком може

¹⁵ Постанова Верховного Суду від 20 червня 2018 р., судова справа № 643/1216/15-ц, провадження № 61-6924св18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75068671> (дата звернення: 11.03.2019).

¹⁶ Ромовська З.В. Українське цивільне право. Спадкове право : підручник. Київ : Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. С. 186, 187.

¹⁷ Егорова М.А. Внуки как субъекты наследственного права. Наследственное право. 2007. № 2. С. 13.

¹⁸ Абраменков М.С., Чугунов П.В. О призвании к наследованию внуков наследодателя. Наследственное право. 2009. № 1. С. 8.

¹⁹ Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України : затв. Наказом Міністерства юстиції України від 22.02.2012 р. № 296/5. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12> (дата звернення: 03.05.2018).

²⁰ Методичні рекомендації щодо вчинення нотаріальних дій, пов'язаних із життям заходів щодо охорони спадкового майна, видачею свідоцтв про право на спадщину та свідоцтв про право власності на частку в спільному майні подружжя : схвалено рішенням Науково-експертної ради з питань нотаріату при Міністерстві юстиції України від 29.01.2009 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/n0001323-09> (дата звернення: 10.05.2018).

²¹ 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 : Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2015. С. 131.

бути укладений договір про зміну черговості одержання права на спадкування, за умовами якого така особа отримає право спадкувати разом із спадкоємцями ближчої черги. Так саме внук спадкодавця може звернутися до суду із позовом про зміну черговості одержання права на спадкування за наявності обставин, визначених у ч. 2 ст. 1259 ЦК України. Додамо до цього, що традиційним у спадковому праві вважається надання пріоритетного права спадкування родичам спадкодавця по низхідній лінії. Не визнання за внуками померлого спадкових прав за життя своїх батьків значно обмежуватиме правові можливості таких спадкоємців та є принаймні несправедливим.

Утім, враховуючи ступінь споріднення внука із спадкодавцем, а також зважаючи на принципи справедливості та розумності як визначальні засади цивільного законодавства (п. 6 ч. 1 ст. 3 ЦК України), видається доцільним внести зміни до кола спадкоємців за законом, включивши внаслідок спадкування батьки яких є живими на час відкриття спадщини,

до другої черги спадкоємців за законом поряд із рідними братами, сестрами спадкодавця, його бабою та дідом.

Висновки

Правовий статус внука спадкодавця у спадкових правовідносинах залежить від наявності в живих того з його батьків, який має закликатися до спадкування як спадкоємець за законом першої черги, тобто є сином чи дочкою спадкодавця. У разі спадкування внуком за правом представлення він є спадкоємцем за законом першої черги, виступаючи при цьому самостійним правонаступником спадкодавця (баби чи діда), та закликається до спадкування за власним правом, а не за правом свого померлого предка. За життя того зі своїх батьків, хто має право на спадкування, внук належить до п'ятої черги спадкоємців за законом, зважаючи на другий ступінь споріднення із спадкодавцем і диспозитивний характер ст. 1265 ЦК України, що визначає відкритий перелік спадкоємців.

Forms of realization of the rights of the public in the implementation of the state regulatory policy**Matviychuk Anatoliy***Ph.D. in Law, Associate Professor of the Department of Justice
of the Faculty of Law**of the Institute of Management, Technology and Law of the Hetman's name Peter Konashevich Sagaidachny
of the State University of Infrastructure and Technology, Ukraine*

The article analyzes the Law of Ukraine “On the Principles of State Regulatory Policy in the Field of Economic Activity” and other legal forms of realization of the rights of the public in the formation and implementation of the state regulatory policy. The shortcomings of modern administrative-legal regulation of regulatory social and managerial relations are determined. It is noted that regulatory policy is not a policy of certain state bodies, but serves as a coherent system. The proper observance by the public authorities of regulatory policy has been demonstrated and the possibility of public intervention in the process of its formation has been established by the current legislation provides for a more transparent process of decision-making. The author's suggestions for solving certain elements of the given problem are formed. The legal strengthening of the participation of the citizens of the country in the management of state and public affairs, in order to influence the improvement of the work of the state authorities and local self-government, in order to defend their rights and legitimate interests by submitting to the regulatory body their proposals regarding the necessity of drafting a regulatory act is proposed. Some elements of organizational-legal and procedural mechanisms for conducting public discussions of draft regulatory acts, as well as ways of effective disclosure of their results, are offered. As a conclusion, it is established that the paradigm of regulatory policy consists in the fact that from the developers of normative legal acts, the content of which concerns the regulation of economic relations, it is required to comply with the procedure established by law for the development, consideration and implementation of these acts. In particular, the draft regulatory act must be made publicly available for comments and suggestions from interested representatives of society, in a mandatory manner, in a specified procedure and within the specified timeframe.

**Правові засади забезпечення впливу громадськості
на формування державної регуляторної політики****Матвійчук Анатолій Васильович***кандидат юридичних наук,
доцент кафедри правосуддя
юридичного факультету**Інституту управління, технологій та права імені гетьмана Петра Конашевича-Сагайдачного
Державного університету інфраструктури та технологій, Україна***Вступ**

Системна розбудова механізму адміністративно-правового забезпечення регуляторної діяльності в Україні має бути спрямована на побудову нового типу діалогу влади, суб'єктів підприємництва та громадян про умови здійснення господарської діяльності та інші прояви суспільно корисної приватної ініціативи. В межах такого діалогу як організована бізнес-спільнота, так і громадяни мають утвердитися як рівноправна та відповідальна сторона регуляторного процесу, активний учасник розвитку в Україні громадянського суспільства.

Проте однією з головних причин неналежного соціально-економічного розвитку українського громадянського суспільства, яка зараз є під час здійснення адміністративно-правового забезпечення регуляторної політики в системі реалізації заходів державного управління, є низький рівень дотримання вимог

законодавства не лише суб'єктами підприємництва, а й усіма суб'єктами владних повноважень: органами законодавчої, виконавчої та судової влади; органами місцевого самоврядування тощо. Порушення ними норм регуляторних нормативно-правових актів здебільшого не є результатом їх свідомих зусиль. Часто передумовою вчинення правопорушення є закладена у самому нормативно-правовому акті неоднозначність його тлумачення чи інші підстави, які спонукають до протиправного вчинку. Неналежність формування ряду приписів нормативно-правових актів викликана об'єктивними та суб'єктивними причинами, серед яких: тотальна корупція, безвідповідальність влади перед суспільством, низька узгодженість нормативно-правових актів різного рівня з очікуваннями суспільства тощо.

Важливим негативним чинником такого стану справ, за нашим переконанням, є також відсутність належних правових механізмів контролю з боку

громадськості за реалізацією державної регуляторної політики, зокрема: визначення важливих як для держави, так і для громадськості проблем і цілей, на вирішення яких спрямовано нормативно-правовий акт, а також встановлення законодавцем способів перевірки представниками громадськості рівня досягнення завдання, наслідком якого стало прийняття відповідного акта.

Мета статті полягає у здійсненні аналізу чинних законодавчих форм реалізації прав громадськості під час формування та здійснення державної регуляторної політики в частині встановлення недоліків її адміністративно-правового регулювання на сучасному етапі суспільно-управлінських відносин і формування авторських пропозицій щодо вирішення окремих елементів цієї проблематики.

Виклад основного матеріалу. Покращення основних засад адміністративно-правового регулювання суспільних відносин можливе за умови забезпечення максимальної прозорості прийняття органами виконавчої влади рішень. Така прозорість може бути забезпеченою шляхом застосування інструментів правового регулювання суспільних відносин, за якими окремим громадянам і громадським організаціям буде надаватися можливість ознайомлення з перспективами окремих напрямів державної політики в тій чи іншій сфері. Слід деталізувати, що забезпечення реалізації такої політики можливе шляхом ознайомлення громадськості з обґрунтуваннями щодо ефективності підготовлених проектів нормативно-правових актів і доцільності їх запровадження, за якими чітко визначається, обчислюється та аргументується необхідність такого державного регулювання, а також аналізуються можливі альтернативи та доводиться, що запропонований нормативно-правовий акт теоретично має найбільшу ефективність.

Подібний (однак не максимально необхідний, на нашу думку) інструмент законодавчого регулювання суспільних відносин визначено Законом України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» (2004 р.), який заклав теоретико-правові основи щодо можливості належного дотримання органами державної влади основних засад регуляторної політики, а також забезпечив прозорість прийняття ними рішень і визначив механізми передбачуваності та послідовності державної політики, публічну легітиміацію владних рішень¹.

Досліджуючи норми вищезазначеного Закону та порівнюючи можливості його механізму правового регулювання з фактичним станом справ у нашій державі, приходимо до ряду узагальнень. Зокрема, приписи та заборони регуляторних нормативно-правових актів мають дотримуватись на рівні державної

влади та місцевого самоврядування. Адже, за твердженням Ю.А. Тихомирова, «регуляторна політика не є політикою окремих державних органів, а виступає цілісною системою»². Повністю погоджуючись із позицією науковця, зазначимо, що за якістю та повнотою реалізації регуляторної політики має слідувати ВР України, а відповідальність за належне виконання її окремих заходів несе КМ України. Крім того, належне дотримання органами державної влади регуляторної політики та можливість втручання громадськості у процес її формування забезпечують прозорий процес прийняття владних рішень.

Аналіз Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» показує, що цей нормативно-правовий акт загалом відповідає світовим зразкам, а його положення аналогічні принципам регуляторної реформи, що здійснюється протягом останніх років країнами-членами Європейського Союзу. Спробуємо проілюструвати наше твердження, характеризуючи фундаментальні приписи вищезазначеного Закону.

Отже, згідно з положеннями Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» питання подальшого правозастосування проектів регуляторних актів можуть визначати не тільки регуляторні органи як розробники. В регуляторній діяльності важливу роль відіграють і громадяни, суб'єкти підприємницької діяльності та їх об'єднання, наукові установи, консультативно-дорадчі органи, створені при органах державної влади та органах місцевого самоврядування³.

Зазначимо, що права громадськості закріплені у ст. 6 вищезазначеного Закону, де деталізовано інформацію про те, що громадяни, а також інші перераховані суб'єкти, що представляють інтереси громадян, мають право: 1) подавати до регуляторних органів пропозиції про необхідність підготовки проектів регуляторних актів, а також про необхідність їх перегляду; 2) у випадках, передбачених законодавством, брати участь у розробленні проектів регуляторних актів; 3) подавати зауваження та пропозиції щодо оприлюднених проектів регуляторних актів, брати участь у відкритих обговореннях питань, пов'язаних із регуляторною діяльністю; 4) бути залученими регуляторними органами до підготовки експертних висновків щодо регуляторного впливу та виконання заходів із відстеження результативності регуляторних актів; 5) самостійно готувати аналіз регуляторного впливу проектів регуляторних актів, розроблених регуляторними органами; відстежувати результативність регуляторних актів; подавати за наслідками цієї діяльності зауваження та пропозиції регуляторним органам, які приймають рішення про

² Тихомиров Ю.А. Организация и проведение правового мониторинга. Право и экономика. 2006. № 10. С. 14.

³ Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності : Закон України від 11.09.2003 р. № 1160-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1160-15>.

¹ Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності : Закон України від 11.09.2003 р. № 1160-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1160-15>.

необхідність їх перегляду; 6) одержувати від регуляторних органів у відповідь на звернення, подані у встановленому законом порядку, інформацію щодо їх регуляторної діяльності самоврядування⁴.

Аналізуючи ст. 6 вищезазначеного Закону, доводимо висновку про те, що громадяни та їх об'єднання у процесі здійснення державної регуляторної політики мають повноваження тим чи іншим чином впливати на будь-який з етапів нормотворчого процесу, окрім етапу прийняття регуляторного акта.

Необхідно звернути увагу на той факт, що за час дії Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» активність громадськості щодо впливу на діяльність регуляторних органів і прийняття ними певних рішень залишається дуже низькою. З цього приводу відомий дослідник цієї проблематики Л.М. Попова зазначає, що переважна більшість суб'єктів не використовує можливості впливати на прийняті рішення правовим шляхом, тобто правом ініціювати підготовку проекту регуляторного акта громадяни України майже не користуються⁵.

Вищезазначений Закон передбачає право представників громадськості подавати регуляторному органу пропозиції про необхідність підготовки проектів регуляторних актів або про необхідність їх перегляду. Регуляторні органи, у свою чергу, зобов'язані розглянути всі надані пропозиції, дати мотивовану відповідь і у разі згоди внести їх до плану підготовки проектів регуляторних актів. Оскільки законодавством не встановлено спеціального порядку звернення до регуляторних органів, то зацікавлені особи повинні керуватися Законом України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності», який «визначає правові та організаційні засади реалізації державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності»⁶ та Законом України «Про звернення громадян», який регулює питання практичної реалізації громадянами України наданих їм Конституцією України прав⁷, а саме: вносити в органи державної влади, об'єднання громадян відповідно до їх статуту пропозиції про покращення їх діяльності, викривати недоліки в роботі, оскаржувати дії посадових осіб, державних і громадських органів⁸.

Закон України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності»

забезпечує громадянам України можливості: участі в управлінні державними і громадськими справами, впливу на покращення роботи органів влади, відстоювання своїх прав і законних інтересів та відновлення їх у разі порушення, надсилання регуляторному органу пропозицій щодо необхідності розроблення проекту регуляторного акта.

Звернемо також увагу на той факт, що забезпечення засобів регулювання в системі суспільно-економічних відносин здійснюється у переважній більшості країн у частині розвитку підприємництва та спрощення дозвільних процедур. З цього приводу С.І. Бевз висловлює думку про те, що зменшення державного втручання у національну економіку є світовою тенденцією⁹. Однак у нашій державі не забезпечується виконання власного законодавства, що спричиняє рух у протилежному напрямі. Відповідальність за невиконання органами державної влади законодавства лежить, згідно із загальними принципами державного управління, на керівниках відповідальних органів.

Отже, покращення адміністративно-правового забезпечення регуляторної діяльності може здійснюватися у той спосіб, коли зацікавлені особи можуть подавати до регуляторних органів пропозиції на будь-якому етапі розроблення проектів регуляторних актів. Позитивним наслідком цього стане негайне врахування пропозицій, наданих і розглянутих до моменту затвердження плану діяльності з підготовки проектів регуляторних актів. Отримані пізніше пропозиції можуть бути внесені до відповідного плану у вигляді відповідних змін. Ознайомитися з планами діяльності з підготовки регуляторних актів на наступний рік представники громадськості можуть із таких джерел, як друковані засоби масової інформації регуляторного органу чи інші ЗМІ, визначені регуляторним органом.

Звернемо увагу на особливості правового забезпечення етапу роботи над проектом регуляторного акта: підготовка самого проекту та аналіз його регуляторного впливу. Слід особливо наголосити, що відповідно до ст. 8 Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» аналіз регуляторного впливу готується до кожного проекту регуляторного акта¹⁰. На цьому етапі регуляторної діяльності ст. 6 Закону надає право громадянам брати участь у розробленні проектів регуляторних актів і бути залученими регуляторними органами до підготовки аналізів регуляторного впливу¹¹. Необхідно вказати, що Закон не забороняє громадянам подавати до регуляторного органу аль-

⁴ Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності : Закон України від 11.09.2003 р. № 1160-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1160-15>.

⁵ Попова Л.М. Регуляторна політика у сфері підприємницької діяльності в Україні. Фінансове право. 2017. № 4. С. 194.

⁶ Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності : Закон України від 11.09.2003 р. № 1160-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1160-15>.

⁷ Про звернення громадян : Закон України від 02.10.1996 р. № 393/96-ВР. URL: <https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/393/96-%D0%B2%D1%80>.

⁸ Конституція України : Закон від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua>.

⁹ Бевз С.І. Державна регуляторна політика України. Часопис Київського університету права. 2013. № 4. С. 138.

¹⁰ Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності : Закон України від 11.09.2003 р. № 1160-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1160-15>.

¹¹ Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності : Закон України від 11.09.2003 р. № 1160-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1160-15>.

тернативні проекти регуляторних актів та аналізи регуляторного впливу й містить припис (ст. 9) про те, що проект регуляторного акта та аналіз його регуляторного впливу мають бути доведені до відома всіх зацікавлених осіб, тобто оприлюднені¹².

Із норми ст. 6 вищезазначеного Закону випливає, що пропозиції та зауваження можуть стосуватися як тексту проекту регуляторного акта, так і аналізу регуляторного впливу¹³. Тобто громадськість може навіть довести недоцільність державного регулювання шляхом підготовки альтернативного аналізу регуляторного впливу та дати інші шляхи розв'язання проблеми.

Відповідно до ч. 7 ст. 9 вищезазначеного Закону всі зауваження і пропозиції щодо проекту регуляторного акта та відповідного аналізу регуляторного впливу підлягають обов'язковому розгляду розробником проекту. За результатами розгляду розробник проекту регуляторного акта повністю чи частково враховує одержані зауваження і пропозиції або мотивовано їх відхиляє впливу¹⁴. Тобто зацікавлений громадянин, надіславши лист із зауваженнями чи пропозиціями до проекту регуляторного акта чи аналізу його регуляторного впливу, через який має отримати відповідь про прийняття чи мотиви для відхилення пропозицій.

Аналізуючи законодавство, нами виділено дві форми діалогу між регуляторним органом і громадськістю: письмову, яку нами розглянуто, а також усну, яка являє собою відкриті обговорення питань, пов'язаних із регуляторною діяльністю (громадські слухання, круглі столи тощо). Ці форми доповнюють одна одну і в жодному разі не є взаємозамінними. Громадські обговорення проекту регуляторного акта – це загальні збори значної частини дієздатної громадськості для усного публічного обговорення питань, пов'язаних із проектом регуляторного акта чи іншою регуляторною діяльністю. Метою проведення громадських обговорень є одержання пропозицій та коментарів від громадськості щодо проекту ініційованого регуляторного акта.

На нашу думку, проведення громадських обговорень у вирішенні питань, пов'язаних із регуляторною діяльністю, має такі переваги: 1) забезпечує можливість участі значної частини громадськості в обговоренні питань; 2) надає можливість отримати коментарі та пропозиції від громадськості з питань дії проекту регуляторного акта, який ініціюється; 3) налагоджує співпрацю та сприяє формуванню прозорих стосунків і довіри між владою та грома-

дянами; 4) залучає громадськість до участі в державному управлінні; 5) забезпечує розробника регуляторного акта об'єктивною інформацією, що підвищує ефективність прийнятого рішення тощо. Результатом проведення громадських обговорень проекту регуляторного акта може бути: погодження громадою проекту такого акта без чи із внесенням змін до цього або прийняття рішення про те, що регуляторний акт не варто приймати взагалі.

Є кілька можливих форм проведення відкритих громадських обговорень. Це такі: громадські слухання, круглі столи, конференції, семінари, форуми, збори, організація громадських приймалень тощо. Залежно від складності винесеної на обговорення проблеми та кількості учасників, яку ініціатор вважає оптимальною для участі у громадському обговоренні, а також від специфіки інформації, яку потрібно отримати, обирають ту чи іншу форму обговорення. Незалежно від форми громадських обговорень, усі вони мають такі етапи: 1) ініціювання проведення обговорень; 2) вирішення організаційних питань; 3) забезпечення в обговоренні цільових груп, на яких поширюється дія регуляторного акта; 4) формування процедури проведення обговорень; 5) проведення обговорень; 6) оформлення результатів; 7) інформування про результати проведення громадських обговорень.

На нашу думку, слід звернути увагу на окремі процесуальні сторони організації громадських обговорень і зазначити, що забезпечення у їх участі цільових груп і зацікавлених сторін повинно досягатися ініціатором шляхом інформування. Під час розміщення інформації про громадські слухання в ЗМІ слід брати до уваги їх цільову аудиторію, тобто зацікавлених в обговоренні сторін. Розміщуючи такі оголошення, необхідно бути упевненим у тому, що ця інформація досягне потенційно зацікавлених осіб в обговоренні проекту регуляторного акта сторін.

Надаючи пропозиції щодо процедури проведення громадських обговорень, також деталізуємо, що за результатами громадських слухань ухвалюються рішення, звернення чи рекомендації, які приймаються більшістю голосів від числа зареєстрованих на громадських слуханнях. На нашу думку, рекомендації та пропозиції, розглянуті під час громадських обговорень, можуть бути оприлюднені в ЗМІ, а регуляторний орган із ними або погоджується (вносить зміни до проекту регуляторного акта), або аргументовано їх відхиляє. Також є доцільним за результатами проведення громадських обговорень, підготувати звіт про їх проведення та поширити його серед усіх зацікавлених сторін та учасників обговорень (представників регуляторного органу та інших органів влади; громадських організацій; інших зацікавлених сторін).

Після проведення громадських обговорень ініціатор повинен підготувати повідомлення для ЗМІ, яке має включати інформацію про: 1) ініціатора гро-

¹² Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності : Закон України від 11.09.2003 р. № 1160-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1160-15>.

¹³ Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності : Закон України від 11.09.2003 р. № 1160-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1160-15>.

¹⁴ Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності : Закон України від 11.09.2003 р. № 1160-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1160-15>.

мадського обговорення; 2) план (порядок денний) і регламент заходу; 3) кількість учасників; 3) проект прийнятого рішення та 4) інші повідомлення про результати слухань.

Можливість громадськості вплинути на сферу регулювання не обмежується процесом прийняття регуляторного акта. Кожен такий акт повинен пройти кілька етапів відстеження результативності (базове, повторне, періодичне). При цьому відповідно до ст. 6 Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» приватні особи та їх об'єднання можуть бути залучені регуляторними органами до виконання заходів із відстеження результативності регуляторного акта або можуть провести такі заходи власними силами¹⁵.

За результатами кожного етапу відстеження результативності регуляторного акта відповідний регуляторний орган повинен підготувати та оприлюднити офіційний звіт. А представники громадськості за результатами проведеного власними силами відстеження результативності можуть подати свої зауваження та пропозиції. Зауваження та пропозиції щодо необхідності перегляду регуляторного акта можна подавати до регуляторного органу, що прийняв акт, або до спеціально уповноваженого органу, який має право ініціювати перегляд регуляторного акта. Оскільки окремої процедури подання громадськістю пропозицій про перегляд регуляторних актів законодавством не передбачено, тому також рекомендуємо користуватися нормами Закону України «Про звернення громадян»¹⁶.

Отже, громадськість має багато можливостей безпосередньо брати участь в удосконаленні системи господарських відносин, впливати на діяльність регуляторних органів, щоб не допустити прийняття економічно недоцільних і неефективних регуляторних актів. Такий результат залежить лише від активності та професійного підходу, а обґрунтована пропозиція вона не повинна залишатися без уваги

¹⁵ Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності : Закон України від 11.09.2003 р. № 1160-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1160-15>.

¹⁶ Про звернення громадян : Закон України від 02.10.1996 р. № 393/96-ВР. URL: <https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/393/96-%D0%B2%D1%80>.

регуляторного органу, який у місячний строк зобов'язаний дати відповідь про прийняття та врахування пропозицій або обґрунтувати причини їх відхилення.

Висновки

Аналізуючи норми Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» та інших нормативно-правових актів, приходимо до таких дефінітивних тверджень. Регуляторна політика в Україні спрямована на вдосконалення правового регулювання господарських відносин, а також адміністративних відносин між регуляторними органами або іншими органами державної влади та суб'єктами господарювання. Парадигма регуляторної політики полягає у тому, що від розробників нормативно-правових актів, зміст яких стосується регулювання господарських відносин, вимагається дотримуватись визначеного законом порядку розроблення, розгляду та запровадження цих актів. Зокрема, проект регуляторного акта в обов'язковому порядку, за визначеною процедурою і у зазначені терміни має бути оприлюднений для одержання зауважень і пропозицій від громадськості як зацікавлених представників суспільства. Сам же проект нормативно-правового акта має супроводжуватись аналізом регуляторного впливу, структура якого визначається законом, і у якому наводяться важливі аргументи щодо необхідності державного регулювання, визначаються цілі регулювання, доцільність прийняття для громадян, сфери підприємництва та держави. Отже, забезпечена за активної участі громадськості результативна регуляторна політика є ефективним інструментом адміністративної реформи та побудови орієнтованої на європейські традиції суспільно-економічної моделі розвитку України. Також подальше системне вдосконалення регуляторної діяльності як нормативного провадження з боку державних органів, що здійснюється за допомогою відповідного механізму адміністративно-правового забезпечення, повинно відбуватися у напрямі найбільш повного забезпечення прав і свобод громадян нашої держави.

Basic concepts of public management and their application to transitional states*Melnychenko Bogdana**Candidate of Juridical Sciences, Docent,**Assistant Professor of Constitutional and International Law Department**of the Institute of Jurisprudence and Psychology**of the Lviv Polytechnic National University, Ukraine*

The article analyzes the main concepts of public management (Old Public Management, New Public Management and Good Governance). Their features and the possibility of adapting certain theoretical components to the system of public management in Ukraine are determined. The author emphasizes that the introduction of effective public management into the practice of Ukrainian state-building is possible only on the basis of developing its own conceptual vision of the main ideas of public management taking into account the world tendencies of the development of the theory of public management.

The article advocates the position on the appropriateness of scientific comprehension in the category of “public management”. Indeed, as of today, there is no stable and generally accepted notion of public management in the scientific literature. By definition, this category is more suitable for the position of the actual content of the activity or forms, which it acquires and in which it operates.

The characteristic of public management as a qualitatively new form of government, which aims to ensure the effective functioning of the system of state authorities, local self-government and civil society institutions with the aim of implementing state policy in a wide variety of social life areas, has become further developed.

This issue is of particular relevance and given that by ratifying the Association Agreement between Ukraine, on the one hand, and the European Union, the European Atomic Energy Community and their member states, on the other hand, Ukraine has defined the state policy as such is aimed at bringing the living standards of Ukrainian citizens closer to European standards, the establishment of European values in all spheres of the functioning of the Ukrainian state and society.

Основні концепції публічного управління та їх застосування до держав перехідної формації*Мельниченко Богдана Богданівна**кандидат юридичних наук, доцент,**доцент кафедри конституційного та міжнародного права**Навчально-наукового інституту права та психології**Національного університету «Львівська політехніка», Україна***Вступ**

Модернізація української державності в останньому десятилітті ХХ – на початку ХХІ ст. стала домінантою демократичних перетворень у державі. Сучасний процес трансформаційних змін в українському суспільстві, передусім, потребує здійснення нового підходу до управління, який міг би забезпечити ефективне державне управління та задоволення суспільних потреб. Найперспективнішим напрямом такого управління є публічне управління.

Вагомий внесок у дослідження проблеми публічного управління зробили такі вітчизняні вчені, як: О.Ю. Бобровська, М.В. Гордон, О.В. Делія, О.П. Дем'янюк, Я.С. Дибчинська, О.І. Дума, М.М. Дурас, О.А. Зарічний, М.М. Іжа, О.С. Киричук, І.О. Колісник, О.Я. Красівський, А.С. Крупник, Н.В. Оленцевич, В.С. Поліщук, В.П. Соколових, І.А. Чикаренко, І.Г. Шавкун, Ю.П. Шаров та інші.

Мета статті – дослідження основних теоретичних складників основних концепцій публічного управління, їхніх тенденцій та особливостей.

Виклад основного матеріалу

Перехідний період у розвитку будь-якої держави, зокрема України, – це особливий етап еволюції не лише держави і права, але й самого суспільства, на якому держава має вирішити два завдання: перше – реорганізація самого державного механізму (зміна його сутності, змісту, форми організації, методів діяльності, структури); друге – реформування економіки, встановлення нових орієнтирів щодо внутрішньої та зовнішньої політики, формування нової офіційної ідеології¹.

Після проголошення незалежності система державного управління та організація державного апарату, що дісталися Україні у спадок від Радянського Союзу, не відповідали вимогам часу та новим політичним реаліям².

¹ Саух Ю.П., Плужніков М.Б. Особливості державного управління в умовах суспільства перехідного типу. Вісник Національної академії державного управління при Президенті України. Серія : Політичні науки. Київ, 2016. № 1. С. 56–57.

² Козак В.І. Ефективність державного управління в системі координат української державності. Ефективність державного управління. 2015. Вип. 44. С. 64.

За час із серпня 1991 р. відбулося декілька спроб удосконалити діяльність органів влади – як центральних, так і органів влади регіону. Перша з них була спрямована на запровадження інституту місцевих державних адміністрацій у 1994 р., що спричинило ліквідацію виконавчих комітетів районних та обласних рад і фактичну появу дуалізму влади в регіонах та на місцях. Друга спроба у 1997 р., навпаки, була спрямована на розширення повноважень місцевого самоврядування. Далі Концепція Адміністративної реформи 1998 р. впорядкувала організаційну структуру Кабінету Міністрів України та центральних органів виконавчої влади. Також прогресивним кроком у розвитку українського державотворення у 1998 р. стало вдосконалення виборчої системи та перехід до змішаної виборчої системи, а у 2006 р. нововведенням виборів депутатів Верховної Ради України, Верховної Ради Автономної Республіки Крим та депутатів обласних і районних рад стало проведення їх на пропорційній основі. Отже, в Україні поступово відбувається політична модернізація органів влади³.

Водночас за роки незалежності України система державного управління засвідчила свою низьку ефективність і неспроможність протистояти не тільки зовнішнім загрозам, а й навіть внутрішнім викликам. Утворилась гібридна (змішана) система державного управління, суттєвими недоліками якої є відсутність єдності, цілісності, послідовності у діяльності органів влади різних рівнів. Не до кінця вдалося вирішити і проблему відкритості та професіоналізму державної служби. Актуальними залишаються питання про співвідношення кількісних та якісних критеріїв в оцінці державної діяльності⁴.

На сучасному етапі державотворення Україна стоїть на порозі багатьох викликів. Нові механізми ринкової економіки та різноманітні інститути громадянського суспільства вимагають перетворення системи державного управління та всього бюрократичного апарату на ефективну систему управління, що, насамперед, слугуватиме людям⁵.

Безумовно, найперспективнішим напрямом такого управління є публічне управління. Для розуміння основних теоретичних складників цієї концепції, необхідно їх узагальнити та систематизувати.

Серед найбільш відомих і поширених у світі концепцій публічного управління виділяють такі: класичну (бюрократичну) концепцію управління (*Old Public Management*), новий публічний менеджмент (*New Public Management*) та добре врядування (*Good Governance*)⁶.

Слід зауважити, зазначені концепції лягли в основу адміністративних реформ у багатьох країнах та стали дієвою відповіддю на кризу бюрократичної моделі управління. І сьогодні в контексті розвитку публічного управління вони посіли відповідне місце у низці теорій і практик сучасної управлінської діяльності⁷.

Зупинімося докладніше на характеристичі вищезазначених концепцій. Наприклад, *Old Public Management* є класичною (бюрократичною) моделлю управління, що домінувала у більшості демократичних країн світу починаючи з 30-х років аж до 70-х років ХХ ст., а в деяких країнах залишається актуальною і до сьогодні. Теоретичні основи класичної (традиційної) концепції публічного управління невіддільно пов'язані з «класичною» теорією організації, початкова ідея якої звучить так: ефективна організація – це система, побудована на жорстко формальних принципах. Представники цієї теорії (В. Вільсон, А. Файоль, М. Вебер) прагнули конструювати організацію на логічно послідовних і несуперечливих законах, де верховним законом є принцип координації, згідно з яким посадові функції погоджуються як за горизонталлю, так і за вертикаллю. Координацію процесу управління здійснює безсумнівний лідер, за яким стоїть уся потужність управлінської ієрархії, через яку він набуває інституційного авторитету⁸.

Наприкінці 70-х рр. ХХ ст. класичну (бюрократичну) модель державного управління було піддано жорсткій критиці. Основою для такої критики виступили закритість адміністративно-бюрократичної системи, низький рівень реагування на швидкі зміни в суспільстві, незначний вплив громадськості на діяльність державних установ. Держава не встигала не лише своєчасно запобігати виникненню проблем, а й навіть реагувати на етапі, коли виникла проблема набувала болочих соціальних наслідків⁹.

Основною проблемою, що постала у науковій та практичній царині державного управління, стало знаходження балансу між централізованим управлінням і свободою дій на місцях¹⁰.

Все це спричинило виникнення концепції нового публічного менеджменту (*New Public Management*), що передбачає децентралізацію управління завдяки розширенню повноважень і відповідальності органів місцевого самоврядування. Цей підхід співвідноситься з основними цінностями місцевого самоврядування – автономією (децентралізованим управлінням), демократією (цивільною участю) і ефективністю (близькістю влади до населення). Саме децентралізація дає

³ Козлов К.І. Політична модернізація: імплементація принципів Good Governance. Теорія та практика державного управління. Харків, 2010. № 4. С. 135.

⁴ Іжа М.М., Крупник А.С. Трансформація публічного управління в умовах соціально-політичної модернізації України. URL: file:///C:/Users/ASUS/Downloads/apdyo_2012_4_3%20(2).pdf.

⁵ Козак В.І. Ефективність державного управління в системі координат української державності. Ефективність державного управління. 2015. Вип. 44. С. 64–70.

⁶ Державне управління : підручник : у 2 т. / ред. кол. Ю.В. Ковбасюк, К.О. Ващенко, Ю.П. Сурмін та ін. Київ ; Дніпропетровськ : НАДУ, 2012. Т. 1. 564 с.

⁷ Розроблення підходів та моделей адаптації системи управління місцевим розвитком до стандартів Європейського Союзу : наук. розробка / Ю.П. Шаров, І.А. Чикаренко, О.Ю. Бобровська та ін. Київ : НАДУ, 2010. С. 8.

⁸ Теорія управління в органах внутрішніх справ : навч. посіб. / за ред. В.А. Ліпкана. Київ : КНТ, 2007. 884 с.

⁹ Шавкун І.Г., Дибчинська Я.С. Публічне управління: комунікаційний аспект. URL: http://www.zgia.zp.ua/gazeta/monodrupradmin_513.pdf.

¹⁰ Солових В.П. Становлення та загальна характеристика сучасних моделей державного управління. Публічне управління: теорія та практика. Харків, 2014. Вип. 1. С. 20.

змогу забезпечити більшу гнучкість і ефективність управління, а також стимулює конкуренцію між постачальниками послуг, підвищення громадянської і соціальної відповідальності¹¹.

Загальні принципи концепції нового публічного менеджменту були сформульовані відомими ідеологами і практиками цих реформ Д. Осборном і Т. Геллером, які вони назвали принципами оновлення сучасних систем державного управління. В їх основу покладено такі постулати: 1) розвивати конкуренцію між провайдерами (виробниками, постачальниками) управлінських послуг; 2) розширювати права громадян, передаючи контроль над діяльністю урядових установ із рук чиновників-бюрократів безпосередньо громадам; 3) оцінювати роботу установ не за витратами, а за результатами; 4) керуватися цілями (місією), а не законами і правилами; 5) перетворювати клієнтів на вільних споживачів, надаючи їм вибір – між школами, навчальними програмами, варіантами надання житла тощо; 6) переосмислити саме поняття «клієнт державної організації»; 7) запобігати виникненню проблем; 8) заробляти більше, ніж витратити; 9) децентралізувати управління, вносити в роботу дух співпраці та взаємодопомоги; 10) надавати перевагу ринковим механізмам перед бюрократичними; 11) зосередитися не стільки на наданні послуг, скільки на стимулюванні (каталізі) вирішення проблем, що виникають у суспільстві, всіма секторами – державним, приватним і некомерційним¹².

На підставі проведеного аналізу зазначених принципів можемо зробити висновок про те, що одними із визначальних критеріїв для застосування механізмів нового публічного менеджменту є широка участь інститутів громадянського суспільства у прийнятті та реалізації управлінських рішень, гнучкість, делегування повноважень на нижчий рівень прийняття рішень і посилення механізмів зворотного зв'язку.

Водночас до найбільших проблем нового публічного менеджменту у країнах, що розвиваються, належать такі: 1) недостатній рівень ресурсів різного порядку та менеджерських експертиз; 2) історично закріплене централізоване прийняття рішень; 3) відсутність належних знань щодо організації ринкової економіки; 4) неможливість контрактних угод через слабкість нормативно-правової бази; 5) небезпека «сліпого» калькування принципів нового публічного менеджменту; 6) несприйняття громадянами інноваційних принципів державного управління; 7) протистояння формальних і неформальних правил «гри»; 8) відсутність адміністративного потенціалу для організації приватизації¹³.

Через невеликий проміжок часу замість нового публічного менеджменту країни почали застосовувати у своєму управлінні концепцію доброго врядування

(*Good Governance*). Її поява, передусім, спричинена потребою модернізувати публічні інституції та методи їхньої діяльності, процедури, які вони використовують, налагодити діалогову взаємодію громадян та влади щодо механізмів управління.

Зокрема, необхідність її впровадження була визначена в 1996 р. Тимчасовим комітетом Міжнародного валютного фонду як інструмент забезпечення досягнення країнами цілей розвитку за умов глобалізації, швидких змін контексту, кризових проявів природного, техногенного чи політичного характеру, подальшого зменшення ресурсної бази та збільшення потреб населення у високоякісних послугах і забезпечення верховенства права, прав людини, плюралістичної демократії та демократії участі, що стали невіддільними характеристиками ХХІ ст.¹⁴.

Відповідно до положень Програми розвитку ООН (ПРООН) – організації при ООН з надання допомоги країнам-учасникам у галузі розвитку, «*Good Governance*» можна визначити як здійснення економічної, політичної та адміністративної влади (*authority*) з метою управління (*manage*) життям країни на всіх рівнях. Це поняття об'єднує механізми, інститути та процеси, з яких громадяни та їх групи висловлюють свої інтереси, реалізують свої законні права, виконують обов'язки і балансують між відмінностями¹⁵.

Особливість цієї концепції полягає в тому, що вона гарантує широкий консенсус під час прийняття рішень у різних сферах і передбачає поєднання економічного, політичного й адміністративного врядування, оскільки визначає процес і структурні складники ведення політики і соціально-економічні відносини, які є в державі¹⁶.

В контексті дослідження зазначимо, що дослідники у сфері різних предметних галузей намагаються запропонувати власні термінологічні підходи до цього поняття, які мають методологічно тотожний зміст. Серед них такі: «демократичне врядування», «публічне врядування», «нове врядування», «добре врядування», «ефективне управління», «публічне адміністрування» та «публічне управління».

На нашу думку, модель «*Good Governance*» (дослівний переклад українською мовою як «добре врядування») звужує цю конотацію, тому залишаємо за собою право перекладу саме як «добре врядування».

У понятті «*Good Governance*» термін «добре» використовується в сенсі «таке, що відповідає суспільним потребам»¹⁷.

¹⁴ Сучасне управління державою: шлях до Доброго врядування (інформаційний матеріал). URL: <http://www.slg-coe.org.ua/wp-content/uploads/2015/05/GG-informational-material.pdf>.

¹⁵ Государственное и муниципальное управление : учебник / Ю. В. Гимазова, Н. А. Омельченко ; под общ. ред. Н. А. Омельченко. Москва : Издательство Юрайт, 2015. С. 11–12.

¹⁶ Governance for sustainable human development a UNDP policy document / United Nations Development Programme, 1997. January. URL: <http://www.pogar.org/publications/other/undp/governance/undppolicydoc97-e.pdf>.

¹⁷ Розвиток системи управління в ЄС: досвід для України : наук. розробка / О.Я. Красівський, О.С. Киричук та ін. ; за заг. ред. О.Я. Красівського. Київ : НАДУ, 2013. С. 7–8.

¹¹ Дума О.І. Ефективність публічного адміністрування в Україні: проблеми та виклики. Ефективна економіка. Дніпро, 2017. № 3. URL: <http://www.economy.nayka.com.ua/?op=1&z=5509>.

¹² Osborne D. Reinventing government : how the entrepreneurial spirit is transforming the public sector. Reading, Mass. : Addison-Wesley Pub. Co., 1992. 405 p.

¹³ Поліщук В.С. Новий публічний менеджмент як посткласична парадигма державного управління : автореф. дис. ... канд. наук з держ. управл. : спец. 25.00.01. Київ, 2017. С. 16.

Щодо категорії «*governance*», то вважаємо за доцільне використовувати відповідник «врядування», під яким слід розуміти вироблення у колегіальний спосіб із залученням максимально можливої чи доцільної кількості членів конкретної громади життєво важливих рішень щодо впорядкування суспільного життя та делегування для їх реалізації обраним для цього особам певних повноважень¹⁸.

Також врядування зазвичай визначають як процес взаємодії органів влади із суспільними інститутами та громадянами в процесі прийняття рішень¹⁹.

У поліваріантній концептуалізації теорії «врядування» вітчизняні вчені виокремлюють декілька ключових підходів розгляду концепту:

– врядування як якісне управління. Концепція «*Good Governance*» стала відповіддю на пошук об'єктивних критеріїв результатів управлінської діяльності, які б свідчили про її ефективність. Сьогодні за методологією ООН, Всесвітнього банку та інших публічних міжнародних інституцій, західної та вітчизняної наукової традиції виокремлюють понад 20 характеристик якісного врядування із тенденцією до збільшення²⁰;

– врядування як концепція нового державного менеджменту. Концепція «врядування» у межах менеджмент-орієнтованої парадигми зумовлена спільними із менеджериством методами виміру ефективності через впровадження ринкової конкуренції у наданні державних послуг;

– врядування як багаторівневе управління. Концептуальні рамки підходу були задані теорією багаторівневого управління (*multi-level governance*) Л. Хуге і Г. Маркса, яка стала адекватною відповіддю запита на студіювання взаємозв'язку різних управлінських рівнів у системі європейського врядування²¹.

– врядування як мережеве управління. Теорія політичних мереж (*policy network*) стала результатом концептуального осмислення наростаючої неефективності державних структур у сфері задоволення суспільних потреб і зростаючої, у цьому випадку – компенсаційної, активності неформальних спільнот. Стрижневою ідеєю підходу є розуміння нової стратегії взаємин між державою і суспільством, публічною і приватною сферами, що протиставляється моноцентричній системі

публічного управління та поліцентричній системі ринкової конкуренції²².

Концепція доброго врядування наповнює концепцію державного управління гуманітарною та соціальною складниками та формує новий підхід до розуміння належного управління, яке має тепер відповідати не лише вимогам ефективності, але й бути відкритим, доступним, підзвітним і підконтрольним, а отже – чутливим до вимог громадян та їх потреб. Водночас концепція доброго врядування, визначаючи межі ефективності і результативності: 1) характеризує процес поєднання влади та обов'язків у суспільстві; 2) визначає публічну політику та рішення щодо суспільного життя; 3) включає взаємовідносини між органами державної влади, органами місцевого самоврядування та інституціями громадянського суспільства²³.

Тож, з одного боку, модель «*Good Governance*» базується на широкому залученні представників громадянського суспільства до процесу управління, центральною ланкою якого є процес підготовки та ухвалення рішень. З іншого боку, концепція «*Good Governance*» передбачає забезпечення ефективності державного управління, що розуміється як досягнення поставлених цілей у необхідні терміни і з мінімальними витратами ресурсів²⁴.

Водночас до недоліків *Good Governance* зараховують такі: 1) відсутність домінуючої політичної влади, що дала б змогу оперативного ухвалювати реформаційні рішення; 2) відсутність чіткого бачення цілей, завдань і перспектив розвитку системи; 3) брак професійності виконавців (менеджерів і працівників) вищих рівнів у питаннях реформування політичних інститутів; 4) слабкість прямих інформаційних зв'язків між політичною системою та «споживачем» її послуг – суспільством; 5) високі внутрішні ризики блокування частинною менеджерів і працівників дій з реформування окремих інститутів і системи загалом тощо²⁵.

Висновки

На основі проведеного аналізу основних теоретичних складників сучасних концепцій публічного управління та власного бачення досліджуваних явищ можемо стверджувати, що саме врядування нового типу, що акумулює в собі концепції *New Public Management* та *Good Governance* забезпечує зміну природи владних відносин, встановлює доступність і відкритість влади, можливість її контролюваності, а також забезпечує тісну взаємодію органів державної влади, місцевого самоврядування та інститутів громадянського суспільства.

¹⁸ Олійник О.Л. Традиції врядування у національному державотворенні: міфи й реальність. Вісник Національної академії державного управління при Президентів України. Київ, 2012. Вип. 1. С. 50.

¹⁹ Principles for Good Governance in the 21st Century / J. Graham, B. Amos, T. Plumptre. Policy Brief № 15. Ottawa : Institute on Governance, 2003. URL: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/UNPAN/UNPAN011842.pdf>.

²⁰ Солових В.П. «*Good governance*» як одна із сучасних моделей державного управління. Науковий вісник Академії муніципального управління. Київ, 2010. Вип.1. С.112–121.

²¹ Contrasting Visions of Multi-level Governance / G. Marks, L. Hooghe, in: Bache, Ian and Flinders Matthew, (eds.). Oxford : Oxford University Press, 2004. P. 15–30. URL: <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/0199259259.001.0001/acprof-9780199259250-chapter-2>.

²² Деля О.В. Governance як концептуальний підхід до розуміння публічного управління. Державне управління: удосконалення та розвиток. Дніпро, 2015. № 7. URL: <http://www.dy.nayka.com.ua/?op=1&z=869>.

²³ Дурас М.М. Добре врядування як об'єкт наукових досліджень. Науковий вісник Академії муніципального управління. Серія: «Управління». Київ, 2015. Вип. 1. С. 236–237.

²⁴ Гордон М. В., Оленцевич Н. В., Колісник І. О. Моделі публічного управління: порівняльний аналіз та пропозиції для України. Державне управління: удосконалення та розвиток. Дніпро, 2018. № 3. URL: <http://www.dy.nayka.com.ua/?op=1&z=1207>.

²⁵ Дем'янчук О. П. Політичні перспективи досягнення *Good Governance* в Україні. Віче. Київ, 2015. № 22. С. 12–13.

Factors of spreading organized crime and counteracting it in Ukraine

Miniailo Nina

Candidate of Sciences in Jurisprudence,

Associate Professor at the Department of Special-legal Disciplines,

Taurida National V.I. Vernadsky University, Ukraine

The author of the article has studied the main factors of the spread of organized crime in the state from the standpoint of the formation of effective measures to counteract this phenomenon. Crime prevention is an active influence on its causes and conditions at various levels of social life. In criminology there are three levels of counteraction and prevention of crime: general social, special-criminological and individual.

The general social level of counteraction of crime is a combination of economic, cultural, educational, ideological, organizational and managerial, legal, technical measures, usually of a long-term nature, which ensure the proper functioning and development of the existing system of social relations and are indirectly aimed at countering crime.

The special-crime level of counteraction of crime is an aggregate of complementary measures complementing each other, the content of which is the activity of state bodies, public organizations and citizens in the development and implementation of measures specifically aimed at identifying, eliminating and neutralizing the negative circumstances that make the commission crimes and prevention of crime at different stages of the development of criminal activity.

To subjects of counteraction and prevention of crime belong state bodies, officials, public organizations, social groups, separate citizens, having the corresponding competence, rights and duties, whose activity in accordance with the current legislation is aimed at the development and implementation of activities related with the prevention, detection, limitation and elimination of criminal phenomena and processes generating crime.

Features of different levels of counteraction to organized crime are considered. It is concluded that Ukraine, on the way of active counteraction to organized crime, through the reformation of law enforcement and judicial systems, should preserve their effectiveness, create legal bases for qualitative interaction among themselves in achieving the ultimate goal. One of the priorities of its domestic policy should be the desire to effectively counter organized crime and minimize the negative consequences for society of its activities.

Introduction

Organized crime in Ukraine is a rather multifaceted phenomenon with general common grounds that are inherent in any organized crime of any country. Nevertheless, it definitely possesses its features received as a result of the historical development of Ukraine, the peculiarities due to its territorial position on the geographical map of the world, the ideological and cultural values of our society. To identify and shape such features one should consider the main historical stages of the formation of Ukrainian organized crime.

In an unstable socio-political, financial and economic situation in the country crime poses a serious threat to social development. It has become one of the negative factors that affects the effectiveness of public authorities and government, undermines the stability of the law and order, protection of rights, freedoms and legitimate interests of citizens, violates the principles of democracy and social justice.

The current crime situation in the state indicates the need to improve measures aimed at neutralizing the influence of factors that predetermine the development of organized crime. Organized crime is characterized by a high level of latency, which is indirectly, first and foremost, corrupted by representatives of the state and the judiciary. Understanding of the real situation of crime and organized crime in particular, is necessary

for the introduction of adequate legislative measures to counteract them.

Taking into account the above, the main **purpose** of this article is to highlight the main factors contributing to the spread of organized crime in Ukraine and analysis of the peculiarities of counteracting this negative phenomenon.

Presenting main material

Different terms are used in national and foreign legal practice, as well as in legal literature, to designate crime prevention activities and take measures aimed at reducing it, such as “warning”, “prevention”, “fight”, “control”, “counteraction”, “war”, “termination”, etc. Each of these concepts causes scientific discussion and is not evaluated as sufficiently defined. We believe that each of them has different content. The most commonly used to explain the nature of such activity in the modern Ukrainian criminological literature are the terms “prevention” and “counteraction”. But they are given a different content load. Some researchers of this problem believe that the term “counteraction” in the broad context encompasses prevention and serves to determine the overall impact on crime. It is believed that the concept of “struggle”, “counteraction” belongs to the class of generalized, which reproduce the general essence, consisting in the implementation of resistance and does not reveal the essence of prevention.

Based on the foregoing, we believe that the terms “struggle”, “war” to a greater extent determine the repressive approach in the field of counteracting crime by the state and is a more narrow area of counteraction, many authors believe that the terms “fight”, “war” with crime does not reveal the essence of the anti-criminal efforts of society and the state. Such activities should be defined by the concept of “counteraction to crime”. It covers several spheres of influence on crime: general social, criminological, criminal, judicial, etc. Regarding the use of the term “crime control”, which is common in the western countries, especially in the United States, it should be noted that this term did not get used to domestic criminology. But some scientists use it in the sense of “counteraction”¹.

Thus, crime prevention is a complex of socio-legal phenomenon and a concept that reflects the theory and practice of specific government-management activities and private initiatives aimed at preventing the commission of crimes, eliminating their causes and conditions, interrupting the offender. Activity or criminal act committed at different stages of their implementation, bringing the subjects of their commission to criminal liability and applying to them the measures of criminal law influence.

The structure of counteraction to crime contains two complexes (directions) of diverse efforts of society and the state, aimed at restraining crime within the socially permissible limits: 1) prevention of the commission of crimes; 2) response to crimes committed.

The essence and content of each of the directions of crime prevention different researchers understand in their own way. It should be noted that the prevention of crimes is a complex of efforts aimed at eliminating the causes and conditions of the commission of specific criminal acts, so that the subject who intended to commit a crime, got rid of this intention, as well as to stop the crimes. The indicated direction of crime prevention in modern conditions is recognized as the main and more effective in comparison with others – the reaction to already committed crimes.

The reaction to the committed crimes is a complex of criminal legal reaction to criminal manifestations using criminalistic means of disclosure and investigation of crimes, the implementation of punishment and other means of influencing criminal behavior.

Crime prevention in the literal sense means the activity that prevents the commission of crimes. But the content of this activity should also include legal and forensic means of responding and committed crimes that could not be prevented. Thus, counteraction to crime involves the prevention of crimes and the state-legal reaction to their commission.

Prevention of the commission of crimes is an activity functional content and purpose of which is to

interfere with the actions of determinants of crime and its manifestations, primarily the causes and conditions of the commission of a crime, by limiting, neutralizing, and, if possible, eliminating their actions, as well as in stopping started crimes.

Thus, the theory of counteraction and prevention of crime as a kind of social and preventive activity includes measures aimed at limiting the factors, causes and conditions of crime and bringing the perpetrators to criminal responsibility. It is an integral part of the subject of criminology and defines the main task of this science – theoretically to substantiate and develop proposals on combating crime².

Crime prevention is an active influence on its causes and conditions at various levels of social life. In criminology there are three levels of counteraction and prevention of crime: general social, special-criminological and individual.

The general social level of counteraction of crime is a combination of economic, cultural, educational, ideological, organizational and managerial, legal, technical measures, usually of a long-term nature, which ensure the proper functioning and development of the existing system of social relations and are indirectly aimed at countering crime.

These measures are developed and implemented by state authorities and management not with the purpose of direct counteraction of crimes but with the aim of solving current and future tasks of socio-economic development of the state, elimination of contradictions in public life. But indirectly they are aimed at eliminating negative phenomena and processes in various spheres of public life, which determine crime as a consequence. With criminality they have predominantly correlation links. National counteraction of crime is based on the condition of timely solving of sharp social contradictions, since it is impossible to eliminate secondary phenomena without removing the main negative phenomena with which they are inextricably linked. And this is clearly traceable in the light of the economic and social reform that occurs inconsistently with the aggravation of global social contradictions in all spheres of public life³.

The special-crime level of counteraction of crime is an aggregate of complementary measures complementing each other, the content of which is the activity of state bodies, public organizations and citizens in the development and implementation of measures specifically aimed at identifying, eliminating and neutralizing the negative circumstances that make the commission crimes and prevention of crime at different stages of the development of criminal activity. Special-criminological counteraction of crime is a professional activity that requires the use of special knowledge and

¹ Проблеми протидії злочинності: підручник. / Кальман О.Г., Козьяков І.М., Куц В.В., Лизогуб Б.В., Мірошніченко С.С., Подільчак О.М., Толочко А.М., Туркот М.С.; за ред. проф. О.Г. Кальмана. Київ, 2010. 370 с.

² Давыденко Л.М., Бандурка А.М. Противодействие преступности: теория, практика, проблемы: монография. Харьков : Изд-во Нац. ун-та внутр. дел, 2005. 302 с.

³ Бандурка А.М., Давыденко Л.М. Преступность в Украине: причины и противодействие : монография. Харьков : Основа, 2003. 368 с.

methods of criminology, special planning, forecasting and management activities. It consists of the following independent areas: elimination or neutralization of causes and conditions conducive to the commission of crimes (criminological prophylaxis); termination of offenses and crimes; correction of persons who committed a crime; prevention of relapse; medical and psychiatric prevention.

The specially-criminological direction of combating crime is a complex target, closely related to social prevention in the broad sense. In general, social prevention involves the use of various measures that impede the development of anti-social forms of behavior. It is based on the recommendations of most social, natural and technical sciences, and in its essence identical to the general social prevention of crime, including a set of measures of education, observation, legal influence and treatment.

In the development of special-criminological measures for the prevention of crime, criminology, of course, uses knowledge and recommendations from other areas of social prophylaxis. But they do it purposefully, in relation to specific criminal phenomena and processes. Measures of social prevention are oriented on the whole population and aimed at ensuring social health of society. Therefore, these measures of special-criminological crime prevention are only part of the complex measures of social prevention in society.

To subjects of counteraction and prevention of crime belong state bodies, officials, public organizations, social groups, separate citizens, having the corresponding competence, rights and duties, whose activity in accordance with the current legislation is aimed at the development and implementation of activities related with the prevention, detection, limitation and elimination of criminal phenomena and processes generating crime.

Among the subjects for which special-criminological counteraction and prevention are the main function or one of the functions are law-enforcement bodies, their units and services. These are the bodies of internal affairs, state security, court, prosecutor's office, arbitration, services for minors, correctional labor colonies, and the system of controlling state bodies.

Common to them is that the function of counteraction and prevention of crimes is allocated in an independent direction of activity. The content of this function is to identify and eliminate criminal phenomena, prevent crime, prevent and stop crimes, identify and eliminate causes and conditions conducive to crime, prevent recidivism and control the implementation of measures to combat crime.

In the context of the formation of an effective counteraction of crime, latent crime (from the Latin word "lateens" – hidden and invisible) is of great importance, which is a set of actually committed crimes that, due to various circumstances, have not been reflected in official criminal statistics⁴.

⁴ Закалюк А.П. Курс сучасної української кримінології: теорія і практика : у 3 кн. Київ : Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. Кн. 1. С. 122–182.

The negative social consequences of latent crime are as follows. Violation of one of the fundamental principles of social justice - the inevitability of punishment for the crime committed. The untimely occurrence of responsibility for the crime committed encourages the commission of new crimes, which creates favorable conditions for recurrent, professional crime and prolonged activity of organized crime groups. In the morally-psychological aspect, the high level of latent crime forms the legal nihilism of citizens, doubts about the effectiveness of law enforcement agencies and their capabilities in the protection of life, health, property and other benefits. Latent criminality also has a negative impact on the development of criminal law and criminological policies, strategies and tactics of counteracting crime, undermining measures of social policy of the state.

The emergence, existence, spread and reproduction of organized crime is primarily due to the aggravation of contradictions in the development of society during the period of market transformation. These contradictions are the main crime-causing factors that determine the existence and reproduction of organized crime. Factors that determine the occurrence and existence of organized crime can be divided into objective and subjective. Objectives include factors that are conditioned by socio-economic features of the functioning of society. To subjective ones are those caused by the disadvantages of organizing the work of operational units to combat them.

Objective factors of the emergence and existence of organized criminal groups is the growth of property stratification of the population; complication of the crime situation in the conditions of crisis phenomena in the economy; increasing activity of the shadow economy; changes in the legal consciousness of most of the population; a simplified approach to the study and analysis of the development of organized crime; the absence of an effective legislative framework for the fight against organized crime.

Subjective factors are: reducing the role of preventive measures; organizational and tactical miscalculations in the field of organization and implementation of counteraction to crime; systematic rotation and fluidity of operational composition; shortcomings of the professional training of operatives; miscalculations in determining the main directions in the fight against crime, low quality of operational overlap; low-quality work on operational accounting; unsatisfactory state of organization of interaction of operational units with investigators and supervisory bodies; disregarding the peculiarities of regional conditions; low level of control over the way of life and criminal activity of leaders of criminal formations and their active members; absence of offensive in the fight against organized crime; underestimating the professionalization and consolidation of criminal activity; disadvantages of informational and analytical work.

By the content they can be classified into economic, political, social, moral, psychological, legal and organizational and managerial factors of the existence, spread and reproduction of organized crime. Economic factors include: a systemic crisis in the economy, miscalculations in the strategy of privatization of state property, an economically unjustified full liberalization of prices, weak control of the state and society by the activity of individual economic entities, especially large monopoly enterprises, banking institutions, active activity of fictitious enterprises, high level of shadow economy, opacity of most segments of the market, first of all, fuel and energy, agro-industrial, etc.⁵

An important economic factor is the erroneousness of the chosen direction of economic reform, the implementation of which led to the formation of a system that, by its existence and peculiarities of manifestations, generates a significant number of negative criminal factors contributing to the further spread and reproduction of organized crime, in contrast to, conventionally speaking, "normal" market economy. Of course, the last also contains a number of objective prerequisites for the existence of organized crime. But in the presence of civilized market relations they have reliable barriers.

The political factors of the spread of organized crime should be considered the growth of the corruption of the state apparatus and the use of immoral and sometimes illegal methods in political activity, the influence of criminal oligarchic clans on the functioning of the political system as a whole and certain political institutions.

A significant social factor in the existence, spread and reproduction of organized crime is the sharp stratification of society into extremely poor and very rich, low living standards of most social strata. At the same time, a small percentage of people live at extremely high standards of consumption, characteristic of the most economically developed countries, with the apparent lack of the majority of the population to achieve this legitimate.

Under the moral and psychological factors should be understood first of all catastrophic decline in morality in society, the devaluation of spiritual values. Much of the population was struck by purely consumer psychology. Representatives of criminal oligarchic clans and corrupt officials who publicly demonstrate their disparaging attitude to the law and law enforcement agencies began to identify moral norms in society.

An important moral and psychological factor in the existence, distribution and reproduction of organized crime is the domination in the social consciousness of the cult of enrichment, profit over the minimum labor costs. In this case, the enrichment is cultivated as much as possible, by any means, at any cost. In addition, the marked cult of overproduct has led to the existence of economic disproportion in the form of priority mediation over production. To eliminate this factor, it is necessary to

involve economists and develop and legislatively establish the limits of the profitability of goods and services, and review the criteria for determining their cost.

Among the moral and psychological factors should also be called the psychological proximity of the business environment to organized criminalistics. This is a logical consequence of their moral and psychological unity. It is conditioned by the existence in the Soviet times of criminal responsibility for private entrepreneurship, commercial mediation and other economic crimes, which are now recognized as socially useful activities. This made people who engaged in such activities as criminals, facilitated their involvement in the criminal system of public relations.

Among the legal factors of the spread and reproduction of organized crime can be called such as the imperfection of the criminal legal regulation of counteraction to organized crime; internal contradiction and inconsistency of the system of legislation, in particular economic and tax, and the unsatisfactory state of legislative regulation of certain spheres of activity, especially economic ones, including the imperfection of the provisions of certain legislative acts regulating crime counteraction; criminogenicity of some legislative acts, non-implementation of their criminological expertise, etc.

Organizational and managerial factors that determine the existence, distribution and reproduction of organized crime are manifested in improper control of the use of national wealth, unwarranted intervention of officials in economic activity, and the disadvantages of the entire economic mechanism⁶.

It should also be noted that inconsistency of actions and departmental corporate law enforcement bodies. It is only possible to counteract this by means of a clear legislative definition of the competence of various agencies in the field of combating organized crime with a mandatory warning about the prohibition of its arbitrary redistribution at the level of various types of by-laws.

The strategy of combating organized crime in modern conditions is to implement long-term measures aimed at eliminating the causes and conditions of this negative phenomenon, simultaneously eliminating specific organized criminal groups and organizations and limiting the field of their activities. Reliable barriers should be placed on the penetration of organized crime into the authorities and authorities, law enforcement structures, and the economy. To implement such a strategy, it is necessary that the counteraction to organized crime has indeed become the object of targeted state policy, and not only used during election campaigns. Necessary real political will of state leaders and broad support for civil society.

An important area of counteraction should be the taking of decisive measures aimed at eradicating organized crime from the legal sector of the Ukrainian economy, combined with steps towards its de-

⁵ Филонов В.П. Состояние, причины преступности в Украине и ее предупреждение: монография. Донецк : Донеччина, 1999. 639 с.

⁶ Кальман О.Г. Злочинність у сфері економіки: проблеми прогнозування, планування та координації заходів протидії. Харків : Вид-во ТОВ «Новасофт», 2005. 255 с.

institutionalization. The activities of law enforcement agencies and special services of the state are able to substantially reduce the economic and financial base of organized crime, since the most effective way to dispose of organized criminal groups is to detect and distort cash flows that ensure their functioning. At the same time, it is necessary to exercise much more determination in the case of seizure of property if there is a suspicion that it was obtained as a result of criminal activity. It is necessary to provide a real guarantee of the security of citizens who reported suspicions about the activities of organized criminal groups or the source of income.

Improving the legal framework is important for activating the work on counteraction to organized crime. This is constantly emphasized by scholars and practitioners. Such proposals do not mean at all that there are no criminal-law norms in the state that regulate criminal responsibility for crimes committed by organized criminal groups. They certainly were and are. It is about their improvement, the creation of an optimal criminal-legal framework in modern conditions: an offensive, directed against members of organized criminal groups and factors that determine the commission of their crimes. The counteraction to organized crime should also involve measures of a criminal-procedural nature that deal with the regulation of the procedure for investigating criminal cases concerning the crimes of members of organized groups and criminal organizations, trial, execution of sentences, improvement of the work of the investigating staff, etc.

An important reserve of counteraction to organized crime should be active cooperation of operational units of law enforcement with civil society organizations and individual citizens. The state of modern organized crime and corruption at different levels of government and administration requires the use by law enforcement of new, more effective, special-criminological measures, methods and methods of counteraction. From society as a whole and from special units to combat organized crime, it is required to create an effective and high-quality system for combating organized crime. Only active and offensive actions using all the means provided by law, a well-balanced and professionally competent organization of operational-search activities, interaction with investigative units, the prosecutor's office and the court will ensure the fulfillment of the tasks of counteraction to organized crime.

Conclusions

In Ukraine the expressions of organized crime also have a significant negative impact, especially

in such a difficult time for the country to reform and find new ways to build it. Underestimation of the threats posed by organized crime can have fatal consequences for the whole society. Ukraine on the way of active counteraction to organized crime, and now implementing and reforming the law enforcement and judicial systems, should maintain their effectiveness in the fight against and fight against crime, create the legal basis for qualitative interaction among themselves in achieving the ultimate goal. One of the priorities of its domestic policy should be the desire to effectively counter organized crime and minimize the negative consequences for society of its activities.

In general, the study of issues of counteraction to organized crime should be carried out in the direction of improving the legal framework for bringing to justice its representatives. Reducing the indicators of manifestations of organized crime in Ukraine indicates that criminal gangs change the tactics of their activities, which greatly complicates their detection. In order to form an effective system for counteracting of organized crime, scientific development should be carried out, in particular, in order to systematize and to simplify the criminal-law basis of counteraction to organized crime, to make it more precise, avoiding evaluative concepts and opportunities to further ambiguous interpretation in application.

Investigation of the processes of determination of crime has a very practical significance. In general, in criminological science, the theory of determination and factors that determine the phenomenon of crime contributed to the development of major groups of factors that affect crime: social, economic, legal, organizational and managerial; cultural-ideological, moral, political, etc. It contributes to an effective further analysis of the state of crime for forming ways of confronting a scientifically sound, rational and calculated outcome. The importance of knowing the determination of crime is conditioned by the need to develop and prevent effective countermeasures and combating this multifaceted phenomenon.

The significance of the socio-economic factors of state development in their influence on the genesis of organized crime can't be overestimated. Organized crime continually holds the heart on the pulse of social and economic life of the country. If you have only the slightest opportunity to use certain circumstances for your own benefit, it will definitely benefit them. A clear, sustainable and systematic legal development of the country's social and economic life, together with effective crime prevention measures, can provide the basis for reducing the negative impact of its activities on the territory of our country.

Implementation of Directive 2008/48/EC on credit agreements for consumers in Ukrainian legislation*Myroslava Muliar**Postgraduate Student of the Department of Civil and Labor Law
of the Kyiv University of Law of National Academy of Sciences of Ukraine, Ukraine*

The article is devoted to the current issues of harmonization of Ukrainian legislation on consumer credit with subject legislation of the EU within the framework of the Association Agreement between Ukraine and the EU. In this context, a comparative analysis of the main provisions of the Law of Ukraine “On Consumer Credit” is carried out on their compliance with EU standards, in particular with the provisions of Directive 2008/48 / EC “On credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC”.

The attention was paid to the non-compliance of the main provisions of the Law of Ukraine “On Consumer Credit Agreement” with the requirements of the Directive 2008/48 / EC. In particular, this refers to the definition of key terms and concepts such as: “consumer”, “creditor”, “credit intermediary”, “total amount of credit”, “total amount payable by the consumer”, “total cost of the credit to consumer”; the regulation of information obligations of the creditor, the procedure for disclosure of information and the legal mechanism for calculating the annual percentage rate of charge and the total amount payable by the consumer, and regulation of activities of credit intermediaries. At the same time, the provisions of the Law limit the rights of consumers to reliable information on consumer credit in terms of disclosing information about the annual percentage rate of charge and the total amount payable by the consumer, taking into account the cost of services of third parties (registrar, notary, insurer, appraiser, etc.) that existed prior to its adoption, which is not permissible in accordance with Art. 22 of the Constitution of Ukraine.

It is concluded that by adopting the Law of Ukraine “On Consumer Credit Agreement”, Ukraine has not complied with Art. 415 of Association Agreement, which states, among other things, that one of the objectives of cooperation in the sphere of consumer protection is to ensure a high level of consumer protection and to achieve consistency between consumer rights protection systems of Ukraine and the EU.

**Імплементация Директиви 2008/48/ЄС про кредитні угоди
для споживачів в українське законодавство**

*Муляр Мирослава Сергіївна**здобувач кафедри цивільного і трудового права**Київського університету права Національної академії наук України, Україна***Вступ**

Прийняття Верховною Радою України 15 листопада 2016 р. Закону України (далі – ЗУ) «Про споживче кредитування» призвело до суттєвих змін щодо цивільно-правового регулювання споживчого кредитування. Вказані зміни є наслідком реалізації зобов'язань України в межах Угоди про асоціацію з ЄС № 1678 від 16 вересня 2014 р.¹, яка передбачає, серед іншого, гармонізацію українського законодавства про споживче кредитування з відповідними стандартами ЄС шляхом імплементції положень Директиви 2008/48ЄС «Про кредитні договори для споживачів та про скасування Директиви 87/102 ЄС» (далі – Директива 2008/48ЄС) протягом 3 років із дати набрання чинності цією Угодою.

Мета статті – висвітлення та порівняльний аналіз основних положень нового ЗУ «Про споживче кредитування» на їх відповідність стандартам Євро-

пейського Союзу, зокрема положенням Директиви 2008/48/ЄС.

Виклад основного матеріалу

Директива 2008/48/ЄС набула чинності з 11 червня 2008 р., держави-члени ЄС були зобов'язані реалізувати її положення у своєму законодавстві протягом двох років, до 12 червня 2010 р.². Як зазначається у преамбулі Директиви 2008/48ЄС, її основною метою є подолання зростаючої майнової заборгованості споживачів у країнах ЄС, забезпечення прозорості кредитної послуги та повна гармонізація, що є необхідним з огляду на забезпечення всім споживачам співтовариства високого та однакового рівня ступеня їхніх інтересів³.

Зазначимо, що на споживчі кредити, забезпечені іпотекою, дія Директиви 2008/48/ЄС не поширюєть-

² Implementation of the Consumer Credit Directive. 2012. URL: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201201/20120130AT/T36564/20120130ATT36564EN.pdf>.

³ Директива № 2008/48/ЄС Європейського Парламенту і Ради ЄС про договори потрєбительського кредитування і скасування Директиви Ради ЄС 87/102/ЄС М (Страсбург, 23 апреля 2008 г.). Верховна Рада України: офіц. веб-портал. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_b19.

¹ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони; Угода про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами. № 1678-VII від 16 вересня 2014 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011.

ся. Однак дія ЗУ «Про споживче кредитування» поширюється і на споживчі кредити, забезпечені житловою іпотекою, що є позитивним явищем, адже в ЄС споживчі кредити на придбання житла входять до сфери регулювання Директиви 2014/17/ЄС «Про кредитні договори зі споживачами на придбання житлової нерухомості та внесення змін до Директиви 2008/48/ЄС та 2013/36/ЄС» (далі – Директива 2014/17/ЄС) від 4 лютого 2014 р., яка не була імплементована до українського законодавства. Це трапилось через те, що до переліку документів, які підлягають імплементации в українське законодавство відповідно до Угоди про асоціацію між Україною та ЄС, не було включено Директиву 2014/17/ЄС. Очевидно, причиною цього є те, що Директива була прийнята того самого року, коли була підписана Угода про асоціацію. Втім, оскільки сфера регулювання ЗУ «Про споживче кредитування» охоплює споживчі кредити на придбання житла, з метою гармонізації українського законодавства із законодавством ЄС вбачається доцільним враховувати положення Директиви 2014/17/ЄС.

Визначення поняття «споживач». Перш за все, слід зазначити, що в ЗУ «Про споживче кредитування»⁴ та ЗУ «Про захист прав споживачів»⁵ категорії «споживач» надається різне значення. Наприклад, відповідно до ст. 1 ЗУ «Про захист прав споживачів», споживач – фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних із підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника.

На відміну від ЗУ «Про захист прав споживачів», ЗУ «Про споживче кредитування» у п. 9 ч. 1 ст. 1 вводить нове визначення поняття «споживач» – фізична особа, яка уклала або має намір укласти договір про споживчий кредит.

Отже, новий ЗУ «Про споживче кредитування» виключає непрофесійний і неприбутковий характер діяльності споживача у кредитних правовідносинах як основну ознаку категорії «споживач», що дає змогу говорити про неповноту цього визначення. Водночас вказане свідчить про суперечливе визначення поняття «споживач» у ЗУ «Про споживче кредитування», що негативно впливає на вирішення як теоретичних, так і практичних проблем цивільно-правових відносин споживчого кредитування, та правове становище споживача.

Звертаючись до норм європейського права, зазначаємо, що визначення поняття «споживач», аналогічне до його дефініції у ЗУ «Про захист прав споживачів», міститься у нормах багатьох Директив ЄС,

зокрема: Директиві 2008/48/ЄС⁶, Директиві 93/13/ЄС⁷, Директиві 2014/17/ЄС⁸, Директиві 2002/65/ЄС про дистанційний маркетинг споживчих фінансових послуг⁹тощо.

У преамбулі Директиви 2014/17/ЄС підкреслюється, що визначення поняття споживача повинно включати в себе фізичних осіб, які діють за межами своєї торгової, підприємницької або професійної діяльності. Далі в документі говориться, що з метою забезпечення правової визначеності та однакової термінології основоположні визначення Директиви, включно з визначенням «споживач», повинні відповідати тим, які встановлені у Директиві 2008/48/ЄС. Тому держави-члени ЄС під час імплементации Директиви в національне законодавство забезпечують системність у застосуванні та інтерпретації основоположних визначень і ключових понять. Відповідно до ст. 3 Директиви 2008/48/ЄС, споживач – будь-яка фізична особа за договором споживчого кредиту, яка діє в цілях, що лежать за межами її торгової, підприємницької або професійної діяльності.

Отже, аналіз вищевикладених законодавчих актів Європейського Союзу дає нам підстави стверджувати, що у праві ЄС основною ознакою категорії «споживач» є непрофесійний і неприбутковий характер діяльності споживача щодо отримання споживчого кредиту. Тож визначення поняття «споживач» у статті 1 ЗУ «Про споживче кредитування» є фундаментально помилковим, не відповідає основним засадам законодавства Європейського Союзу, зокрема вимогам Директиви 2008/48/ЄС, Директиві 2014/17/ЄС.

Визначення поняття «кредитодавець». Відповідно до ст. 1 ЗУ «Про споживче кредитування», кредитодавець – це банк або інша фінансова установа, яка, відповідно до закону, має право надавати споживчий кредит. Аналіз чинного українського законодавства свідчить, що кредитодавцем за договором споживчого кредиту може виступати тільки спеціальна фінансова установа – банк, інша фінансова установа, внесена до відповідного реєстру в установленому законом порядку, виключним видом

⁶ Стаття 3 Директиви № 2008/48/ЄС Європейського Парламенту і Ради ЄС о договорах потрєбительського кредитування и отмене Директиви Совета ЕС 87/102/ЕЭС М, г. Страсбург, 23 апреля 2008 г. Верховна Рада України : офіц. веб-портал. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_b19.

⁷ Стаття 2 Директива Ради ЄС 93/13/ЄС від 14 квітня 1993 р. щодо несправедливих умов споживчих договорів. Офіційний журнал L 095, 21/04/1993. С. 29–34. URL: <http://www.znay.ru/law/eec/eec93-13.shtml>.

⁸ Article 4 Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property and amending Directives 2008/48/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0017&from=EN>.

⁹ Стаття 2 Директиви № 2002/65/ЄС Європейського Парламенту і Ради о дистанционном маркетинге потрєбительских финансовых услуг и о внесении изменений в Директиву Совета № 90/619/ЕЭС и Директиви № 97/7/ЕС и 98/27/ЕС. Верховна Рада України : офіц. веб-портал. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_b31.

⁴ Про захист прав споживачів : Закон України від 12 травня 1991 р. № 1023-ХІІ. Верховна Рада України : офіц. веб-портал. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1023-12>.

⁵ Про споживче кредитування : Закон України від 15 листопада 2016 р. № 1734-VIII. Верховна Рада України : офіц. веб-портал. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1734-19>.

діяльності яких є надання фінансових послуг, право якої надавати споживчий кредит встановлено законом та яка має ліцензію на провадження господарської діяльності з надання фінансових послуг.

Отже, правовий статус кредитодавця у відносинах споживчого кредитування визначається наявністю у нього спеціальної правосуб'єктності.

У контексті адаптації українського законодавства в галузі споживчого кредитування до законодавства ЄС не можна залишити поза увагою той факт, що в європейському законодавстві кредитодавцями у правовідносинах споживчого кредитування виступають не тільки юридичні особи, але й фізичні особи. Визначальним критерієм віднесення тієї чи іншої особи до категорії кредитодавець є прибутковий, професійний характер її діяльності щодо надання кредиту. До того ж коло юридичних осіб, які виступають кредитодавцями у правовідносинах споживчого кредитування, не обмежується виключно банківськими та фінансовими установами. Зокрема, відповідно до ст. 3 Директиви ЄС 2008/48/ЄС, під поняттям «кредитодавець» розуміється будь-яка фізична або юридична особа, яка надає або обіцяє надати кредит у межах його торговельної, підприємницької або професійної діяльності.

Отже, Директива 2008/48/ЄС не звужує, а, навпаки, розширює коло осіб, на яких поширюється правовий статус кредитодавця, дія законодавства про захист прав споживачів кредитних послуг. В умовах євроінтеграційних процесів законодавства про споживче кредитування та розвитку кредитних технологій із метою захисту ширшого кола споживачів для України вбачається важливим не звужувати, а розширити коло осіб, на яких поширюється сфера дії ЗУ «Про споживче кредитування». Тому необхідно у ст. 1 ЗУ «Про споживче кредитування» визначення поняття «кредитодавець» привести у відповідність до ст. 3 Директиви 2008/48/ЄС.

Визначення терміна «кредитний посередник». Законодавче визначення поняття «кредитний посередник» міститься у ст. 1 ЗУ «Про споживче кредитування», відповідно до якої кредитний посередник – фізична особа, фізична особа-підприємець або юридична особа, яка не виступає кредитодавцем і надає посередницькі послуги у сфері споживчого кредитування від імені, в інтересах та за дорученням кредитодавця або від свого імені в інтересах кредитодавця.

З наведеного випливає, що у правовідносинах споживчого кредитування кредитний посередник виконує посередницьку функцію та діє в інтересах і на користь виключно кредитодавця.

На увагу заслуговує питання винагороди кредитного посередника, яка, згідно з положеннями ст. 6 ЗУ «Про споживче кредитування», має сплачуватися споживачем, що, на нашу думку, є не справедливим, адже діяльність кредитних посередників, згідно з положеннями ЗУ «Про споживче кредитування»,

спрямована на задоволення потреб кредитодавця, а не споживача.

За таких умов у правовому регулюванні споживчого кредитування має місце досить неоднозначний підхід щодо регулювання діяльності кредитного посередника та його правового статусу. Значною мірою правове регулювання діяльності кредитного посередника не відповідає положенням Директиви 2008/48/ЄС, відповідно до ст. 3 якої кредитний посередник – це фізична або юридична особа, яка не є кредитодавцем та діє в межах своєї торговельної, підприємницької або професійної діяльності за плату, що може виражатися в грошовій формі або будь-якій іншій узгодженій формі фінансової винагороди, і яка: презентує та пропонує укладення кредитних договорів споживачам, надає іншу допомогу споживачам щодо укладення договору споживчого кредиту або укладає кредитні договори зі споживачами від імені кредитодавця.

Отже, на відміну від українського законодавства, в законодавстві ЄС кредитний посередник у своїй підприємницькій діяльності не залежить від кредитодавця та займає нейтральну, неупереджену позицію щодо споживача та кредитодавця та не асоціюється з будь-якою із сторін договору. Сутність його діяльності полягає в гармонійному поєднанні інтересів споживача та кредитодавця, а не в задоволенні інтересів однієї із сторін договору.

Отже, положення ЗУ «Про споживче кредитування» щодо регулювання діяльності кредитного посередника, яке спрямоване на задоволення інтересів сильнішої сторони договору, не відповідає вимогам Директиви 2008/48/ЄС. При цьому покладення витрат за послуги кредитного посередника на споживача створює дисбаланс договірних прав та обов'язків і не сприяє становленню та розвитку цивілізованого ринку споживчого кредитування.

Забезпечення прав споживача на інформацію про загальну вартість і реальну процентну ставку споживчого кредиту. Наріжним каменем концепції «інформованого споживача», покладеної в основу європейських директив про споживче кредитування, є забезпечення права споживача на точну, достовірну, порівняльну інформацію про споживчий кредит. Стандартизована інформація про споживчий кредит надається споживачу у рекламі, паспорті споживчого кредиту та відображається в договорі про споживчий кредит. Ядром стандартизованої інформації є інформація про ціну споживчого кредиту, показником якої є загальна вартість і реальна процентна ставка споживчого кредиту, що є логічним, адже коли споживач приймає рішення щодо укладення договору споживчого кредиту, питання визначення фактичної вартості кредиту для нього є найважливішим.

В Україні до прийняття ЗУ «Про споживче кредитування» легального визначення поняття загальної вартості споживчого кредиту для споживача не було,

але у ст. 11 ЗУ «Про захист прав споживачів» було визначено, що у договорі про надання споживчого кредиту повинно бути зазначено детальний розпис сукупної вартості кредиту для споживача (у процентному значенні та грошовому виразі) з урахуванням відсоткової ставки за кредитом і вартості всіх послуг (реєстратора, нотаріуса, страховика, оцінювача тощо), пов'язаних з одержанням, обслуговуванням, погашенням кредиту та укладенням договору про надання споживчого кредиту.

Аналізуючи нормативно-правові положення попереднього українського законодавства в цій сфері, можна зробити висновок, що основні елементи сукупної вартості кредиту були аналогічними основним елементам загальної вартості споживчого кредиту, визначеним у Директиві 2008/48/ЄС. У ЗУ «Про захист прав споживачів» цей перелік складників сукупної вартості кредиту був навіть більшим, ніж у Директиві 2008/48/ЄС. Наприклад, в українському законодавстві, на відміну від Директиви 2008/48/ЄС, послуги нотаріуса включалися до складу сукупної вартості кредиту, що теоретично надавало споживачу можливість отримати більш детальний та об'єктивний розрахунок сукупної вартості кредиту, ніж це передбачено положеннями Директиви 2008/48/ЄС.

Однак ЗУ «Про споживче кредитування» було змінено раніше чинний порядок інформування споживача про загальну вартість і реальну річну процентну ставку кредиту та порядок їх розрахунку. Зокрема, відповідно до ст. ст. 8, 9 ЗУ «Про споживче кредитування», платежі за додаткові та супутні послуги третіх осіб, пов'язані з договором про споживчий кредит, не включаються до загальних витрат за споживчим кредитом і не входять до елементів розрахунку реальної процентної ставки кредиту. Споживач має бути лише письмово поінформований про те, що вартість послуг третіх осіб устанавлюється виключно такими особами, відповідно, кредитодавець не здійснює інформування про розмір відповідних витрат та/або їх зміну протягом строку дії договору про споживчий кредит і не включає їх до розрахунку реальної річної процентної ставки та загальної вартості кредиту для споживача.

Після таких законодавчих змін інформація про загальну вартість кредиту та його реальну процентну ставку, що має бути розкрита споживачу у рекламі, паспорті та договорі про споживче кредитування, вже не може відповідати вимогам точності і достовірності. Адже частина обов'язкових для отримання споживчого кредиту платежів (страховка, оцінка майна і т. д.) перед укладенням договору про споживчий кредит не доводиться до відома споживача (приховується), а ціна такої кредитної послуги вже не відповідає дійсним фактам про неї.

Не викликає сумніву, що виключення вартості послуг третіх із розрахунку загальної вартості та реальної процентної ставки кредиту призводить до та-

кого правового явища, як введення споживача в оману щодо фактичної вартості споживчого кредиту, а тому потребує негайного законодавчого виправлення.

Важливими є питання і визначення у ЗУ «Про споживче кредитування» понять «загальний розмір кредиту», «загальна вартість кредиту для споживача», «загальні витрати за споживчим кредитом». Зокрема, поняття «загальний розмір кредиту» у ЗУ «Про споживче кредитування» повністю віддзеркалює дефініцію «total amount of credit», наведену в Директиві 2008/48/ЄС: сума коштів, які надані та/або можуть бути надані споживачу за договором про споживчий кредит. Однак поняття «загальна вартість кредиту для споживача» та «загальні витрати за споживчим кредитом» не відповідають положенням Директиви 2008/48/ЄС. У ст. 1 ЗУ «Про споживче кредитування» надається визначення поняття «загальні витрати за споживчим кредитом» як витрати споживача, включно з процентами за користування кредитом, комісії та інші обов'язкові платежі за додаткові та супутні послуги кредитодавця та кредитного посередника (за наявності), для отримання, обслуговування і повернення кредиту. Тоді як, відповідно до п. г статті 3 Директиви 2008/48/ЄС, загальні витрати за споживчим кредитом (total cost of the credit to the consumer) означають не тільки витрати споживача на користь кредитодавця, а всі платежі, включно з процентами, комісіями, податками та іншими видами платежів, які споживач зобов'язаний сплатити за договором про споживче кредитування та які відомі кредитодавцю, за винятком нотаріальних платежів; платежі за додаткові послуги, що стосуються кредитного договору, зокрема страхові платежі, також включаються до загальної вартості споживчого кредиту, якщо укладення договору щодо додаткових послуг є обов'язковим для отримання кредиту або є умовою кредитного договору та ринкових умов.

Отже, у самому визначенні поняття «загальні витрати за споживчим кредитом», що міститься у Законі «Про споживче кредитування», до переліку загальних витрат споживача за договором споживчого кредиту не включено витрати на додаткові та супутні послуги третіх осіб, що не відповідає змісту визначення цього терміна в Директиві 2008/48/ЄС.

Щодо визначення поняття «загальна вартість кредиту для споживача» у ЗУ «Про споживче кредитування», то на перший погляд воно є тотожним цій дефініції у Директиві 2008/48/ЄС, а саме: загальна вартість кредиту для споживача – сума загального розміру кредиту та загальних витрат за споживчим кредитом. Однак, оскільки визначення «загальні витрати за споживчим кредитом» у ЗУ «Про споживче кредитування» не відповідає визначенню цього поняття в Директиві 2008/48/ЄС, це, у свою чергу, несе негативне відображення і на визначенні поняття «загальна вартість кредиту для споживача», адже, по своїй суті, воно не є еквівалентним терміну, наведеному в Директиві 2008/48/ЄС.

Враховуючи зазначене, на нашу думку, встановлене ЗУ «Про споживче кредитування» правове регулювання інформаційних обов'язків кредитодавця, порядок розкриття інформації та розрахунку реальної процентної ставки та загальної вартості кредиту для споживача не забезпечують потенційному позичальнику права на отримання точної, прозорої та достовірної інформації про загальну вартість кредиту та його реальну процентну ставку, що може спричинити ризики надмірної заборгованості споживача, неспроможності повернути споживчий кредит. При цьому звужуються раніше наявні права споживача на достовірну інформацію про споживчий кредит у частині розкриття інформації про загальну вартість кредиту з урахуванням вартості послуг третіх осіб (реєстратора, нотаріуса, страховика, оцінювача тощо), що існували до моменту прийняття ЗУ «Про споживче кредитування», що не є припустимим відповідно до ст. 22 Конституції України.

У контексті адаптації законодавства України до законодавства ЄС в галузі споживчого кредитування слід констатувати невідповідність вимогам Директиви 2008/48/ЄС положень ЗУ «Про споживче кредитування» щодо розкриття споживачу інформації про загальну вартість і реальну процентну ставку кредиту їх розрахунку, які є основою інформації, що зазначається у рекламі, паспорті та договорі про

споживчий кредит. Це значно поглиблює відмінності в режимі правового регулювання споживчого кредитування в законодавстві Європейського Союзу та України.

Висновки

Підсумовуючи вищевикладене, доводиться констатувати, що основні положення ЗУ «Про споживче кредитування» не відповідають вимогам Директиви 2008/48 та стандартам ЄС. Зокрема, це стосується визначення основних термінів і понять, таких як: «споживач», «кредитодавець», «кредитний посередник», «загальний розмір кредиту», «загальна вартість кредиту для споживача», «загальні витрати за споживчим кредитом»; регулювання інформаційних обов'язків кредитодавця, порядок розкриття інформації та правовий механізм розрахунку реальної процентної ставки та загальної вартості кредиту для споживача, регулювання діяльності кредитних посередників. Отже, прийнявши ЗУ «Про споживче кредитування», Україна не виконала вимоги ст. 415 Угоди про асоціацію, у якій, серед іншого, зазначено, що однією із цілей співробітництва у сфері захисту прав споживачів є забезпечення високого рівня захисту прав споживачів і досягнення сумісності між системами захисту прав споживачів України та ЄС.

**Types of labor contract under the legislation of certain foreign countries
as positive experience for the legislation of Ukraine**

Nanieva Maria

Candidate of Juridical Sciences,

*Assistant of Labor Law and Law of Social maintenance Department
of the National University "Odessa Law Academy", Ukraine*

The author of the article has studied the types of labor contract under the legislation of certain foreign countries with the aim of positive experience for national legislation. In modern times the labor contract remains the main legal form of citizen involvement to work, serving the most optimal way to coordinate the interests of the employee and the employer and has a special place in the labor legislation of Ukraine and other foreign countries. Due to preparation for the adoption of the Draft Labor Code of Ukraine, it is necessary to give theoretical basis concepts and features of the labor contract and the types of labor contract. In fact, in the domestic and western scientific literature labor contract is seen as a central concept, the main tool of labor law, which is grouped around concepts such as discipline, wage, working time and rest time. The concept of the labor contract broader than the definition of the legislator. To disclose the concept of the labor contract we must consider not only its definition as an agreement between the employee and the employer, but its functions, socio-economic and legal role. According to this concept we also have to consider peculiarities of the types of labor contract, but current Labor Code of Ukraine has some gaps in the topic that relates to the types of labor contract. It doesn't include special norms that regulate labor contract with home workers, remote workers, labor contract for the provision of personalized services for household purposes and so on. It means that the current Labor Code of Ukraine is not corresponding with the modern ideas, tendencies which are inherent today's aims in the regulation of labor relations. Types of labor contract incompletely regulated by current Labor Code. Irregularity in this subject causes difficulties in the conclusion of labor contract, attestation, transfer and dismissal of employees, etc. Also, the uncertainty situation about the status of employees under certain types of labor contracts determines their social insecurity. The study of positive legislative experience of certain foreign countries will allow making suggestions regarding to the improvement of national labor legislation in this sphere. The purpose of this article is to analyze the types of labor contract, in particular, the labor contract with home workers, remote workers, under the legislation of certain foreign countries. Depending to the goals of the article disadvantages of current legislation has been analyzed and formulated proposals how to improve the provisions of the existing labor legislation and the draft Labor Code of Ukraine, taking into account the conducted research.

In most foreign countries, Labor Codes provides two main types of labor contracts, depending on the term on which they are concluded: an indefinite contract concluded for an indefinite period and an urgent one (up to five years). But in the Labor Codes of certain foreign countries also regulated labor contracts with home workers, remote workers, labor contract for the provision of personalized services for household purposes. The norms of the mentioned types of contracts are fixed in the Codes of many foreign countries, in particular, on the provision of personal services (art. 97 of the Labor Code of Armenia, art. 116 of the Labor Code of the Republic of Lithuania), home work (art. 136 of the Labor Code of Kazakhstan, art. 296 of the Labor Code of Turkmenistan), remote work (art. 138 of Labor Code of Kazakhstan) and others.

Labor contract with homeworkers reflects the specifics of homework, which consists in the fact that homeworkers perform their work for a fee with their family members living with them in return for their own home or at any other place they own. Homework found its continuation in another type of employment contract – internet and TV work. This is a form of work in which various types of telecommunication connection are used and which can be executed both directly in the firm and outside, particularly, at home. Remote workers are persons who have concluded the labor contract for distance work. The labor contract with domestic workers differs from the contract with homeworkers in the sphere of the labor function. For example, under the Labor Code of Belarus domestic workers are those persons who perform labor contract in the household of citizens who provide them with technical assistance in literary, other creative activities and other services provided by law. A similar definition is contained in the Labor Code of the Republic of Kazakhstan.

Consideration of positive legislative experience is especially important in the context of the fact that the Draft Labor Code of Ukraine is currently being prepared for adoption in the second reading. In accordance with the Draft Labor Code of Ukraine, in comparison with the current Labor Code, there are also other types of labor contracts. The Draft Labor Code applies a wider list of criteria for the classification of labor contracts: the term of the labor contract; the nature of labor activity and the number of performed labor functions; subject composition; conditions and place of work. Thus, depending on the validity period on which the labor contracts are concluded, they are divided on contracts for an indefinite period and for a specified period or fixed-term labor contract. The Draft Labor Code of Ukraine for the first time provides such a type of employment contract, as typical labor contracts.

However, although the Draft Labor Code of Ukraine provides more types of labor contract than the current Labor Code of Ukraine, but their normative consolidation is also not perfect. So, the Draft Labor Code of Ukraine also has gaps in standards of distance work, homework, which is an urgent problem during the development of IT technologies. It is also necessary to expand the circle of individual categories of workers. Fixing of such types of labor contract in the Labor Codes of certain foreign countries, such as labor contract for home work, domestic work, remote work, and labor contract for the provision of personalized services for household maintenance is evidence of the implementation of international labor standards in the national labor legislation, in particular, conventions and recommendations of the International Labor Organization, taking into account the distribution of atypical forms of employment in the conditions of globalization of the world economy and the need to protect labor law and interests of employees.

In the Draft Labor Code of Ukraine, as well as in the current Labor Code of Ukraine, there is no separate special norm for types of labor contract. Such legal norm should be included in the current Code and the Draft Labor Code. It seems appropriate to change the title of art. 23 “The term of the labor contract” of the current Labor Code of Ukraine, art. 35 of the draft Labor Code of Ukraine, and recall them “Types of labor contract” and fixed all types of labor contract that were mentioned above.

Види трудового договору за законодавством окремих зарубіжних країн як позитивний досвід для законодавства України

Наньєва Марія Іванівна

кандидат юридичних наук,

асистент кафедри трудового права та права соціального забезпечення

Національного університету «Одеська юридична академія», Україна

Вступ

Сьогодні у чинному Кодексі законів про працю України (далі – КЗпП) відсутня спеціальна норма про види трудового договору. Також відсутні норми про трудовий договір із надомними працівниками, домашніми працівниками, дистанційними працівниками, договір про надання послуг особистого характеру для ведення домашнього господарства, що свідчить про невідповідність КЗпП України сучасним потребам регулювання трудових відносин. Види трудового договору лише фрагментарно врегульовані чинним законодавством. Неврегульованість цього питання в законодавстві зумовлює складнощі в питаннях з укладення трудового договору, атестації, переведення і звільнення працівників тощо. Також невизначеність статусу працівників за певними видами договорів зумовлює їх соціальну незахищеність. Дослідження позитивного законодавчого досвіду окремих зарубіжних країн дасть змогу зробити пропозиції щодо вдосконалення національного трудового законодавства в цій сфері.

Метою статті є аналіз видів трудового договору, зокрема трудового договору із надомними працівниками, домашніми працівниками, дистанційними працівниками, за законодавством окремих зарубіжних країн та внесення пропозицій щодо вдосконалення чинного національного законодавства.

Вклад основного матеріалу

В сучасній спеціальній та навчальній літературі виділяються різні підстави класифікації трудових

договорів (за змістом, формою, терміном, порядком укладення, характером і кількістю виконуваних трудових функцій, порядком виникнення трудових правовідносин та іншим). Однак доктринальна класифікація трудових договорів не має практичного значення. Таке значення має класифікація, яка здійснюється державою шляхом законодавчого закріплення.

Єдиним критерієм класифікації трудового договору на законодавчому рівні, який застосовується для всіх видів трудових договорів, є строк трудового договору. Відповідно до частини першої ст. 23 «Строки трудового договору» КЗпП України трудовий договір може бути: 1) безстроковим, що укладається на невизначений строк; 2) на визначений строк, встановлений за погодженням сторін; 3) таким, що укладається на час виконання певної роботи¹.

У більшості зарубіжних країн у трудових кодексах також передбачені два основних види трудових договорів залежно від терміну, на який вони укладаються: безстроковий договір, укладений на невизначений строк, і терміновий (до п'яти років). Але необхідно зазначити, що у чинному Кодексі законів про працю України також відсутні норми про трудовий договір із надомними працівниками, домашніми працівниками, дистанційними працівниками, договір про надання послуг особистого характеру для ведення домашнього господарства, що свідчить про його невідповідність сучасним потребам регулювання трудових відносин.

¹ Кодекс законів про працю України : Закон УРСР від 10.12.1971 р. Відомості Верховної Ради України. 1971. Додаток до № 50. Ст. 375.

Взагалі, нормативно-правове регулювання цього питання досить скромне, оскільки станом на сьогодні в Україні діє Закон України «Про зайнятість населення», який жодним чином не врегулює дистанційну роботу та Положення про умови праці надомників, затверджене Постановою Госкомпраці СРСР та Секретаріату ВЦРПС від 29.09.1981 р., яке закріплює право визначених категорій громадян працювати на дому (наприклад, жінок, які мають дітей у віці до 15 років, осіб з інвалідністю та пенсіонерів тощо).

Відповідно до п. 1 вказаного Положення, надомниками вважаються особи, які уклали трудовий договір з об'єднанням, комбінатом, підприємством, установою, організацією, колгоспом про виконання роботи вдома особистою працею з матеріалів та із використанням знарядь і засобів праці, що виділяються підприємством, або придбаних за кошти цього підприємства. Адміністрація може дозволити надомникам виготовлення виробів для підприємства з власних матеріалів і з використанням особистих механізмів та інструментів. Перелік видів власних матеріалів і кількості виготовлених із них виробів, а також порядок надання сировини і матеріалів визначаються в галузевій інструкції.

У західних же країнах давно ратифіковано сучасні документи європейського зразка. Йдеться про Конвенцію Міжнародної організації праці «Про надомну працю» № 177 (1996 р.), Конвенцію Міжнародної організації праці «Про гідну працю домашніх працівників (фрилансерів)» № 189 (2011 р.), відповідні Рекомендації № 201 та Рамкову угоду про телероботу від 23 травня 2002 р.

Вказані міжнародно-правові акти поширюють на домашніх працівників дію всіх основних трудових стандартів: право на об'єднання, колективні переговори, захист від примусової праці, заборону на використання праці дітей, а також ряд інших гарантій: право на укладання письмового договору, регулювання тривалості робочого часу, заходи із забезпечення безпеки та гігієни праці, соціальні гарантії, включно з правом на відпустку по вагітності та пологах, механізмами захисту працівників-мігрантів, моніторингом агентств зайнятості тощо².

Норми про названі види договорів закріплені в кодексах багатьох зарубіжних країн, зокрема, про надання послуг особистого характеру (ст. 97 ТК Вірменії, ст. 116 ТК Литовської Республіки), домашню працю (ст. 136 ТК Казахстану, ст. 296 ТК Туркменістану), дистанційну працю (ст. 138 ТК Казахстану, глава) та інше.

Трудовий договір із надомниками відображає специфіку надомної праці, яка полягає в тому, що надомники за винагороду виконують у власному

домі або в будь-якому іншому належному їм приміщенні роботу за допомогою членів сім'ї, які з ними мешкають.

Відповідно до ст. 304 ТК Республіки Білорусь³ працівники-надомники – це особи, які уклали трудовий договір із наймачем про виконання роботи вдома особистою працею з матеріалів та з використанням обладнання, інструментів, механізмів і пристосувань, що надаються наймачем або придбаних за його кошти.

Регулюванню праці надомників у ТК Республіки Казахстан⁴ присвячено главу 22. Відповідно до частини першої ст. 219 цього Кодексу, надомними працівниками вважаються особи, які уклали трудовий договір із роботодавцем про виконання роботи на дому особистою працею зі своїми матеріалами і з використанням свого обладнання, інструментів і приладів або виділених роботодавцем або придбаних за кошти роботодавця. У ст. 220 ТК Республіки Казахстан визначаються умови праці надомних працівників.

Надомна праця знайшла продовження в іншому різновиді трудового договору – телероботі. Це форма роботи, в процесі якої використовуються різні види телекомунікаційного зв'язку і яка може бути виконана як безпосередньо у фірмі, так і за її межами, зокрема й у дома⁵. Трудовий кодекс Республіки Казахстан доповнено гл. 23-1 «Особливості регулювання праці працівників, зайнятих на дистанційній роботі». Відповідно до ст. 221-1 ТК Республіки Казахстан, дистанційна робота – це особлива форма здійснення трудового процесу за межами місця розташування роботодавця із застосуванням у процесі роботи інформаційних і комунікаційних технологій.

Окрема гл. 49.1 «Особливості регулювання праці дистанційних працівників» міститься у Частині IV Розділу XII «Особливості регулювання праці окремих категорій працівників». Відповідно до ст. 312.1 дистанційною роботою є виконання визначеною трудовим договором трудової функції поза місцем знаходження роботодавця, його філіалу, представництва, іншого відокремленого структурного підрозділу (включно з розташованими в іншій місцевості, поза стаціонарним робочим місцем, території або об'єкта, які прямо чи непрямо перебувають під контролем роботодавця, за умови використання для виконання цієї трудової функції та для здійснення взаємодії між роботодавцем і працівником із питань, пов'язаних з її виконанням, інформаційно-телекомунікаційних мереж загального користування, зокрема мережі Інтернет.

Дистанційними працівниками вважаються особи, які уклали трудовий договір про дистанційну роботу.

³ Трудовой кодекс Республики Беларусь от 26.07.1999 г. № 263-3. Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 1999. № 80. Ст. 2/70.

⁴ Трудовой кодекс Республики Казахстан от 23.11.2015 г. № 414-V.

⁵ Лушников А., Фомина М. Особенности правового регулирования трудовых отношений при нестандартных формах занятости: опыт стран Запада. Труд за рубежом. 2007. № 2. С. 100.

Особливості укладення та зміни умов трудового договору про дистанційну роботу передбачені ст. 312.2 ТК РФ. Особливістю цього договору є те, що він може укладатися шляхом обміну електронними документами. При цьому як місце укладення трудового договору, угод про зміну визначених сторонами умов трудового договору про дистанційну роботу зазначається місце знаходження роботодавця.

В разі, якщо трудовий договір про дистанційну роботу укладений шляхом обміну електронними документами, роботодавець не пізніше трьох календарних днів із дня укладення цього трудового договору зобов'язаний надіслати дистанційному працівнику поштою рекомендованим листом із повідомленням оформлений належним чином екземпляр цього трудового договору на паперовому носії.

Під час укладення трудового договору про дистанційну роботу шляхом обміну електронними документами документи, передбачені Кодексом, можуть бути пред'явлені роботодавцю особою, яка поступає на дистанційну роботу, у формі електронного документа. На вимогу роботодавця ця особа зобов'язана направити йому поштою рекомендованим листом із повідомленням нотаріально засвідчені копії зазначених документів на паперовому носії.

Якщо трудовий договір про дистанційну роботу укладається шляхом обміну електронними документами особою, яка вперше укладає трудовий договір, ця особа отримує страхове свідоцтво обов'язкового пенсійного страхування самостійно.

Ознайомлення особи, яка уклала трудовий договір про дистанційну роботу, з документами, передбаченими Кодексом, може здійснюватися шляхом обміну електронними документами.

За угодою сторін трудового договору про дистанційну роботу відомості про дистанційну роботу можуть не заноситися до трудової книжки дистанційного працівника, а під час укладення трудового договору вперше трудова книжка дистанційному працівнику може не оформлятися. В цьому разі основним документом про трудову діяльність і трудовий стаж дистанційного працівника є екземпляр трудового договору про дистанційну працю.

За відсутності зазначеної вище угоди дистанційний працівник подає роботодавцю трудову книжку особисто або надсилає її поштою рекомендованим листом із повідомленням.

Трудовий договір із домашніми працівниками відрізняється від договору з надомниками за місцем виконання трудової функції. Відповідно до ст. 308 ТК Республіки Білорусь⁶, домашні працівники – це особи, які виконують за трудовим договором роботу в домашньому господарстві громадян, які надають їм технічну допомогу в літературній, іншій

творчій діяльності та інші види послуг, передбачені законодавством. Аналогічне визначення міститься й у ст. 214 ТК Республіки Казахстан.

До глави 26 «Особливості регулювання праці домашніх працівників» ТК Республіки Білорусь включено окрему ст. 309 «Укладення трудового договору». У частині першій цієї статті передбачається, що трудовий договір з домашнім працівником не укладається, якщо робота має короткостроковий характер (до 10 днів або у загальній сумі протягом місяця). Що стосується укладеного трудового договору, то відповідно до частини другої зазначеної статті укладений трудовий договір із домашнім працівником має бути зареєстрований у місцевому виконавчому і розпорядчому органах первинного територіального рівня не пізніше семи днів після підписання його сторонами.

Урахування позитивного законодавчого досвіду є особливо важливим у розрізі того, що наразі проект Трудового кодексу України готується до прийняття у другому читанні. Відповідно до проекту ТК України порівняно з чинним КЗпП України є закріплення й інших видів трудових договорів. У законопроекті застосовується більш широкий перелік критеріїв класифікації трудових договорів: строк дії трудового договору; характер трудової діяльності та кількість виконуваних трудових функцій; суб'єктний склад; умови та місце виконання роботи. Зокрема, залежно від строку дії вирізняються трудові договори, що укладаються на невизначений і на визначений строк (ст. 35)⁷.

Залежно від місця виконання роботи виділяється трудовий договір про роботу вдома (ст. 42), а залежно від кількості виконуваних функцій – трудовий договір про роботу за сумісництвом (ст. 43).

Книгою 4 проекту ТК України встановлені особливості регулювання трудових відносин за участю окремих категорій працівників і роботодавців: глава 1 «Особливості праці працівників із сімейними обов'язками», глава 2 «Особливості праці неповнолітніх осіб», глава 3 «Особливості праці працівників за трудовим договором із роботодавцем-фізичною особою». У зв'язку з цим за суб'єктною ознакою можна виділити відповідні види трудових договорів.

Проектом ТК України вперше передбачений такий вид трудового договору, як типові трудові договори (ст. 34). Відповідно до частини першої зазначеної статті типові трудові договори затверджуються у випадках, передбачених законом, центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у відповідній сфері, за погодженням із центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері праці та соціальної політики. Положення типових трудових договорів є обов'язковими,

⁶ Трудовой кодекс Республики Беларусь от 26.07.1999 г. № 263-3. Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 1999. № 80. Ст. 2/70.

⁷ Проект Трудового кодексу України № 1658 від 27.12.2014р., текст законопроекту другого читання від 24.07.2017р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53221.

якщо інше не передбачено законом. Під час укладення трудового договору на основі типового сторони можуть включити до нього умови, не передбачені типовим трудовим договором, за умови що вони не суперечать йому.

Хоча у проекті ТК України закріплено більше видів трудових договорів порівняно з чинним КЗпП України, проте їх нормативне закріплення також не є досконалим. Наприклад, у проекті ТК України також відсутні норми про дистанційну роботу, домашню роботу, що є нагальною проблемою у час розвитку ІТ-технологій. Необхідно також розширити коло окремих категорій працівників.

Висновки

Отже, перевагою трудових кодексів окремих зарубіжних країн порівняно з чинним КЗпП, проектом ТК України є закріплення саме таких видів трудового договору, як трудовий договір про надомну працю, про домашню працю, про дистанційну працю, про надання послуг особистого характеру для ведення домашнього господарства. Це є свідченням імплементації у національне трудове законодавство

міжнародних трудових стандартів, зокрема конвенцій і рекомендацій Міжнародної організації праці, врахування поширення нетипових форм зайнятості в умовах глобалізації світової економіки і необхідності захисту трудових прав та інтересів найманих працівників.

У проекті ТК України, так само, як і у чинному КЗпП України, немає окремої спеціальної норми про види трудового договору. Таку правову норму необхідно включити до чинного Кодексу і законопроекту.

Видається доцільним змінити назву ст. 23 «Строк трудового договору» КЗпП України, ст. 35 ТК України, іменувати їх «Види трудового договору» та передбачити в них зазначені вище види трудових договорів:

«Стаття 23. Види трудового договору

Трудові договори можуть бути:

- 1) безстрокові;
- 2) строкові, тимчасові, сезонні;
- 3) за сумісництвом;
- 4) з надомниками;
- 5) з домашніми працівниками;
- 6) з дистанційними працівниками;
- 6) інші».

Peculiarities of Agreement between Ukraine and Denmark on the readmission of persons

Naumenko Nataliia

First Deputy Chairman of the State Migration Service of Ukraine, Ukraine

The author of the article has studied the peculiarities of the readmission of persons between Ukraine and the Kingdom of Denmark. The fact is that the Agreement between the European Community and Ukraine on the readmission of persons, signed at Luxembourg on 18 June 2007, (the Luxembourg Agreement) does not apply neither to the territory of the Kingdom of Denmark, nor to the nationals of the Kingdom of Denmark. In view of the aforesaid, the Joint Declaration concerning Denmark to the Luxembourg Agreement established that it is appropriate that Ukraine and Denmark conclude a readmission agreement in the same terms as this Agreement.

So the international legal framework on the readmission of persons between Ukraine and Denmark is regulated by a special Agreement between the Government of the Kingdom of Denmark and the Cabinet of Ministers of Ukraine on the readmission of persons, signed at Copenhagen on 16 March 2007 (the Copenhagen Agreement). With this the Luxembourg Agreement shall take precedence over the provisions of any bilateral agreement or other legally binding instrument on the readmission of persons, including the Copenhagen Agreement.

The Copenhagen Agreement is a bilateral international agreement concluded for an unlimited period and in the terms similar to those of the Luxembourg Agreement (in particular regarding the duration of the agreements, the obligations under the agreements, the accelerated procedures of the readmission, the transport and transit costs and so on). No implementing Protocol between Ukraine and Denmark on the readmission of persons has been concluded so far.

Apparently, the signing of a specific international agreement on the readmission of persons between Ukraine and Denmark can be explained by Denmark's reluctance to undertake commitments to Ukraine for readmission of citizens of other Member States of the European Union.

Особливості угоди між Україною і Данією про реадмісію осіб

Науменко Наталія

Перший заступник Голови Державної міграційної служби України, Україна

Introduction

The international legal framework regulating the readmission of persons between Ukraine and Member States of the European Union includes the Agreement between the European Community and Ukraine on the readmission of persons, signed at Luxembourg on 18 June 2007 (hereinafter 'the Luxembourg Agreement')¹.

At the same time, in accordance with Article 1(b), for the purpose of the Luxembourg Agreement, 'Member State' means any Member State of the European Union, with the exception of the Kingdom of Denmark and the Republic of Ireland. In its turn, Article 18(2) of the Agreement specially underlines that this Agreement shall not apply to the territory of the Kingdom of Denmark. This provision has been clarified in the Joint Declaration concerning Denmark to the Luxembourg Agreement (which forms an integral part of this Agreement): 'The Contracting Parties take note that this Agreement does not apply neither to the territory of the Kingdom of Denmark, nor to the nationals of the Kingdom of Denmark'².

In view of the aforesaid, the Joint Declaration concerning Denmark to the Luxembourg Agreement³ established that *it is appropriate* that Ukraine and Denmark conclude a readmission agreement in the same terms as this Agreement. Such readmission agreement took the form of the Agreement between the Government of the Kingdom of Denmark and the Cabinet of Ministers of Ukraine on the readmission of persons, signed at Copenhagen on 16 March 2007 (hereinafter 'the Copenhagen Agreement')⁴.

Therefore, **the purpose of the current study** is to determine peculiarities of the international legal framework regulating the readmission of persons between Ukraine and Denmark. This purpose can be achieved through fulfilling the **following objectives**:

- study the relation between the Luxembourg Agreement and the Copenhagen Agreement;
- identify similarities and differences between the provisions of the Luxembourg Agreement and the Copenhagen Agreement;
- identify the reasons for regulating the readmission of persons between Ukraine and Denmark under a *special bilateral readmission treaty*.

¹ Agreement between the European Community and Ukraine on the readmission of persons. Luxembourg, 18 June 2007. OJ L 332, 18.12.2007, P. 48–65. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=urisrv:OJ.L_.2007.332.01.0046.01.ENG [accessed 30 May 2019].

² Joint Declaration concerning Denmark to the Agreement between the European Community and Ukraine on the readmission of persons. Luxembourg, 18 June 2007. OJ L 332, 18.12.2007, P. 65. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=urisrv:OJ.L_.2007.332.01.0046.01.ENG [accessed 30 May 2019].

³ Ibid.

⁴ Agreement between the Government of the Kingdom of Denmark and the Cabinet of Ministers of Ukraine on the readmission of persons (with annexes). Copenhagen, 16 March 2007. Treaty Series. 2009. Vol. 2580, No 46002, P. 119–139. URL: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202580/v2580.pdf> [accessed 30 May 2019].

The following Ukrainian authors studied the readmission issues: L. Ananko⁵, O. Bilokon⁶, M. Chulayevska⁷, E. Gorian⁸, S. Knish⁹, O. Nimko¹⁰, S. Mamchur¹¹, O. Oleksiv¹², S. Oliynyk¹³, N. Tyndyk¹⁴, A. Shenderovska¹⁵ and others.

At the same time, no scientific research of the readmission of persons between Ukraine and Denmark has been conducted so far. These circumstances prove the relevance of our study.

Key findings

According to the Preamble of the Luxembourg Agreement the provisions of this Agreement, which falls within the scope of Title IV of the Treaty establishing the European Community, do not apply to the Kingdom of Denmark, in accordance with the Protocol on the position of Denmark annexed to the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community¹⁶.

This provision refers to the Protocol No 22 on the position of Denmark¹⁷.

⁵ Ананко Л. Переваги та недоліки підписання угоди про реадмісію з Європейським Союзом для України. Збірник наукових праць Національної академії державного управління при Президенті України. 2010. Вип. 2. С. 234–244. URL: http://academy.gov.ua/NMKD/library_nadu/Zbirnyk_NADU/dd9733bb-f3af-49a9-9f11-322e1489a670.pdf (дата звернення: 30.05.2019).

⁶ Білоконь О. Адміністративно-правове регулювання реадмісії в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2015. 16 с.

⁷ Чулаєвська М. Державне управління трудовою міграцією України в контексті європейської інтеграції: автореф. дис. ... канд. наук. Київ, 2013. 20 с.

⁸ Горян Е., Кутний С. Угода між Україною та Європейським співтовариством про реадмісію осіб: стан виконання та перспективи міграційної політики України. Актуальні проблеми міжнародних відносин. 2012. Вип. 111 (Ч. I). С. 181–188. URL: <http://journals.iir.kiev.ua/index.php/apmv/article/viewFile/379/347> (дата звернення: 30.05.2019).

⁹ Книш С. Реадмісія осіб: правова природа та особливості. Науковий вісник Ужгородського університету. Серія: Право. 2011. Вип. 11. С. 119–121. URL: <https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/bitstream/lib/17411/1/РЕАДМІСІЯ%20ОСІБ.pdf> (дата звернення: 30.05.2019).

¹⁰ Тиндик Н., Мамчур С. Адміністративно-правове регулювання реадмісії в Україні. Форум права. 2016. № 4. С. 229–235.

¹¹ Ibid.

¹² Олексів О. Правове регулювання політики реадмісії в Європейському Союзі. Вісник Львівського університету. Серія: Міжнародні відносини. 2012. Вип. 30. С. 189–200. URL: http://intrel.lnu.edu.ua/wp-content/uploads/2015/09/VLNU_Mv_2012_30_25.pdf (дата звернення: 30.05.2019).

¹³ Олійник С. Поняття й сутність реадмісії осіб. Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія: Юридичні науки. 2014. Вип. 6-2. Т. 4. С. 144–147. URL: http://www.lj.kherson.ua/2014/pravo06-2/part_4/33.pdf (дата звернення: 30.05.2019).

¹⁴ Тиндик Н. Угода про реадмісію – початок формування нових підходів у міграційній політиці України. Діяльність органів внутрішніх справ щодо забезпечення міграційного процесу в Україні: монографія. Львів: ЛьвДУВС, 2009. С. 277–289.

¹⁵ Шендеровська А. Характеристика Угоди про реадмісію осіб між Україною та ЄС та її виконання Україною. Часопис Київського університету права. 2013/4. С. 379–383. URL: http://kul.kiev.ua/doc/CHAS13_4.pdf (дата звернення: 30.05.2019).

¹⁶ Agreement between the European Community and Ukraine on the readmission of persons. Luxembourg, 18 June 2007. OJ L 332, 18.12.2007, P. 48–65. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=urisrv:OJ.L._2007.332.01.0046.01.ENG [accessed 30 May 2019].

¹⁷ Protocol No 22 on the position of Denmark. OJ C 202, 7.6.2016, P. 298–302. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016E/TXT&from=EN> [accessed 30 May 2019].

In Article 1 of the Protocol No 22 it is established that Denmark shall not take part in the adoption by the Council of proposed measures pursuant to Title V of Part Three of the Treaty on the Functioning of the European Union. At the same time, the Declaration No 48 concerning the Protocol on the position of Denmark¹⁸ specifies that according to Part I of the Protocol Denmark declares that it will not use its voting right to prevent the adoption by the Council of the EU of the provisions which are not applicable to Denmark. Furthermore, on the basis of the Declaration No 37 on Article 222¹⁹, Denmark declares that Danish participation in actions or legal acts pursuant to Article 222 of the Treaty on the Functioning of the European Union²⁰ will take place in accordance with Part I and Part II of the Protocol on the position of Denmark.

Apparently, we need to explain why Article 1 of the Protocol No 22²¹ contains references to Title V (with the heading ‘Area of Freedom, Security and Justice’) of Part Three of the Treaty on the Functioning of the European Union²², while the Luxembourg Agreement²³ refers to Title IV (with the heading ‘Visas, Asylum, Immigration and Other Policies Related to Free Movement of Persons’) of the Treaty establishing the European Community²⁴. This is because, when the Luxembourg Agreement²⁵ was signed, the Treaty establishing the European Community (Consolidated version 2006)²⁶ was in force. Later, that version of the Treaty establishing the European Community was amended in line with the Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the

¹⁸ Declaration No 48 concerning the Protocol No 22 on the position of Denmark. OJ C 202, 7.6.2016, P. 353. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016E/TXT&from=EN> [accessed 30 May 2019].

¹⁹ Declaration No 37 on Article 222 of the Treaty on the Functioning of the European Union. OJ C 202, 7.6.2016, P. 349. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016E/TXT&from=EN> [accessed 30 May 2019].

²⁰ Consolidated version of the Treaty on the functioning of the European Union. OJ C 202, 7.6.2016, P. 1–388. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016E/TXT&from=EN> [accessed 30 May 2019].

²¹ Protocol No 22 on the position of Denmark. OJ C 202, 7.6.2016, P. 298–302. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016E/TXT&from=EN> [accessed 30 May 2019].

²² Consolidated version of the Treaty on the functioning of the European Union. OJ C 202, 7.6.2016, P. 1–388. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016E/TXT&from=EN> [accessed 30 May 2019].

²³ Agreement between the European Community and Ukraine on the readmission of persons. Luxembourg, 18 June 2007. OJ L 332, 18.12.2007, P. 48–65. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=urisrv:OJ.L._2007.332.01.0046.01.ENG [accessed 30 May 2019].

²⁴ Treaty establishing the European Community (Consolidated version 2006). OJ C 321E, 29.12.2006, P. 37–186. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12006E/TXT&qid=1557644492873&from=EN> [accessed 30 May 2019].

²⁵ Agreement between the European Community and Ukraine on the readmission of persons. Luxembourg, 18 June 2007. OJ L 332, 18.12.2007, P. 48–65. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=urisrv:OJ.L._2007.332.01.0046.01.ENG [accessed 30 May 2019].

²⁶ Treaty establishing the European Community (Consolidated version 2006). OJ C 321E, 29.12.2006, P. 37–186. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12006E/TXT&qid=1557644492873&from=EN> [accessed 30 May 2019].

Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon on 13 December 2007²⁷. In particular, Article 2(63) of the Treaty of Lisbon *replaced* Title IV, with the heading 'Area of Freedom, Security and Justice', with Title IV on visas, asylum, immigration, and other policies related to free movement of persons. And pursuant to Article 5(1) of the Treaty of Lisbon, Title IV of Part Three *was renumbered* as Title V in accordance with the tables of equivalences set out in the Annex to this Treaty, which forms an integral part of that Treaty.

The purpose and scope of our study do not include issues relating to the special position of the Republic of Ireland regarding the Luxembourg Agreement. However, we find it rational to note that a special document was adopted in respect of the Republic of Ireland – Protocol No 21 on the position of the United Kingdom and Ireland in respect of the area of freedom, security and justice²⁸, and Ireland itself adopted Declaration No 56 on Article 3 of the Protocol on the position of the United Kingdom and Ireland in respect of the area of freedom, security and justice²⁹. At the same time, it should be noted that Ukraine and the Republic of Ireland have signed no readmission agreement so far.

We also made a **comparative research** of the key provisions of the Luxembourg Agreement and the Copenhagen Agreement. The structure and the content of the Copenhagen Agreement *are almost identical* to the structure and the content of the Luxembourg Agreement, but there are *certain differences*.

International legal status of the agreements.

Both agreements are bilateral international treaties.

However, the Luxembourg Agreement qualifies as a mixed agreement, as its contracting parties are the European Community on the one part and the State on the other. In its turn, the Copenhagen Agreement is an intergovernmental treaty, as it was concluded between the governments of two states.

Particular attention should be paid to the fact that in accordance with Article 17(1) of the Luxembourg Agreement³⁰, this Agreement *shall take precedence* over the provisions of any bilateral agreement or other legally binding instrument on the readmission of persons which have been or may, under Article 16 (for instance implementing Protocols), be concluded between individual Member States and Ukraine, in so far as the provisions of the latter are incompatible with those of this Agreement.

²⁷ Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007. OJ C 306, 17.12.2007, P. 1–271. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=EN> [accessed 30 May 2019].

²⁸ Protocol No 21 on the position of the United Kingdom and Ireland in respect of the area of freedom, security and justice. OJ C 202, 7.6.2016, P. 295–297. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016E/TXT&from=EN> [accessed 30 May 2019].

²⁹ Declaration No 56 by Ireland on Article 3 of the Protocol on the position of the United Kingdom and Ireland in respect of the area of freedom, security and justice. OJ C 202, 7.6.2016, P. 356–357. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016E/TXT&from=EN> [accessed 30 May 2019].

³⁰ Agreement between the European Community and Ukraine on the readmission of persons. Luxembourg, 18 June 2007. OJ L 332, 18.12.2007, P. 48–65. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_2007.332.01.0046.01.ENG [accessed 30 May 2019].

This is exactly why according to Article 17 of the Copenhagen Agreement³¹ this Agreement may be amended and supplemented by mutual consent of the Contracting Parties in the light of similar amendments to the Luxembourg Agreement.

Contracting parties to the agreements.

Under the Luxembourg Agreement, the Contracting Parties to this Agreement are Ukraine and the Community. It needs to be explained here that the European Union replaced and succeeded the European Community in accordance with Article 1 of the Treaty of Lisbon³². This means that the Luxembourg Agreement *remains binding* on the European Union due to the succession, and the Contracting Parties to this Agreement are Ukraine and the European Union.

The Contracting Parties to the Copenhagen Agreement³³ are Ukraine and the Denmark (the Kingdom of Denmark).

Entry into force and duration of the agreements.

The Luxembourg Agreement was approved by EU Council Decision of 29 November 2007 (2007/839/EC)³⁴, ratified by the Law of Ukraine of 15 January 2008 No 116-VI³⁵ and entered into force *1 January 2009* in accordance with Article 20.

It is worth mentioning that in accordance with Article 18(2) of the Copenhagen Agreement³⁶ this Agreement shall not enter into force *before* the date of entry into force of the Agreement between the Government of the Kingdom of Denmark and the Cabinet of Ministers of Ukraine on the facilitation of the issuance of visas³⁷. And in accordance with Article 18(3) of the Copenha-

³¹ Agreement between the Government of the Kingdom of Denmark and the Cabinet of Ministers of Ukraine on the readmission of persons (with annexes). Copenhagen, 16 March 2007. Treaty Series. 2009. Vol. 2580, No 46002, P. 119–139. URL: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202580/v2580.pdf> [accessed 30 May 2019].

³² Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007. OJ C 306, 17.12.2007, P. 1–271. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=EN> [accessed 30 May 2019].

³³ Agreement between the Government of the Kingdom of Denmark and the Cabinet of Ministers of Ukraine on the readmission of persons (with annexes). Copenhagen, 16 March 2007. Treaty Series. 2009. Vol. 2580, No 46002, P. 119–139. URL: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202580/v2580.pdf> [accessed 30 May 2019].

³⁴ Council Decision of 29 November 2007 concerning the conclusion of the Agreement between the European Community and Ukraine on readmission of persons (2007/839/EC). OJ L 332, 18.12.2007, P. 46–47. URL: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b8dbfbba-d288-40ac-9355-e12019f9f544.0006.01/DOC_1&format=PDF [accessed 30 May 2019].

³⁵ Про ратифікацію Угоди між Україною та Європейським Співтовариством про реадмісію осіб : Закон України від 15.01.2008 р. № 116-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/116-17> (дата звернення 30.05.2019).

³⁶ Agreement between the Government of the Kingdom of Denmark and the Cabinet of Ministers of Ukraine on the readmission of persons (with annexes). Copenhagen, 16 March 2007. Treaty Series. 2009. Vol. 2580, No 46002, P. 119–139. URL: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202580/v2580.pdf> [accessed 30 May 2019].

³⁷ Agreement between the Government of the Kingdom of Denmark and the Cabinet of Ministers of Ukraine on the facilitation of the issuance of visas (with declaration). Copenhagen, 16 March 2007. Treaty Series. 2009. Vol. 2580, No 46001, P. 85–118. URL: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202580/v2580.pdf> [accessed 30 May 2019].

gen Agreement this Agreement shall not enter into force *before* the date of entry into force of the Luxembourg Agreement.

So the Copenhagen Agreement was ratified by the Law of Ukraine of 21 May 2008 No 291-VI³⁸ and entered into force *1 March 2009* in accordance with Article 18.

The Luxembourg Agreement³⁹ and the Copenhagen Agreement⁴⁰ were concluded for *an unlimited period* according to Article 20(4) and Article 18(4) respectively.

The implementing Protocols.

According to both agreements (Article 16 in both texts), the Contracting Parties may draw up implementing Protocols which shall cover rules on:

- a) designation of the competent authorities;
- b) border crossing points for the transfer of persons;
- c) mechanism of communication between the competent authorities;
- d) modalities for returns under the accelerated procedure;
- e) conditions for escorted returns of persons, including the transit of third-country nationals and stateless persons under escort;
- f) additional means and documents necessary to implement this Agreement;
- g) modes and procedures for recovering all transport and transit costs.

No implementing Protocol between Ukraine and Denmark on the readmission of persons has been concluded so far. However, Ukraine concluded implementing Protocols with some Member States of the European Union (in particular with the Republic of Austria, the Czech Republic, the Republic of Estonia, the Republic of Poland and the Republic of Lithuania).

Joint bodies under the agreements.

According to Article 15 of the Luxembourg Agreement the Contracting Parties shall set up a *Joint Readmission Committee*. The Committee shall be composed by representatives of the Community and Ukraine; the Community shall be represented by the Commission, assisted by experts from Member States.

The Committee shall have the following tasks and competencies:

- a) to monitor the application of this Agreement and have regular exchanges of information on the implementing Protocols drawn up by individual Member States and Ukraine;

- b) to prepare proposals and make recommendations for amendments to this Agreement;

- c) to decide on implementing arrangements necessary for the uniform application of this Agreement.

The decisions of the Committee shall be binding on the Contracting Parties.

According to Article 15 of the Copenhagen Agreement⁴¹ the Contracting Parties shall set up a *joint expert group*. The expert group will in particular have the following tasks:

- a) to monitor the application of this Agreement;
- b) to propose amendments to this Agreement and its Annexes, in particular in the lights of the similar amendments to the Agreement between the European Community and Ukraine on the readmission of persons and the Annexes hereto.

The obligations on the readmission of persons under the agreements.

Both agreements (Article 3 in both texts) establish that the requested State, upon application by the requesting State and without further formalities other than those provided for by this Agreement, shall readmit to its territory third-country nationals or stateless persons which do not, or no longer, fulfil the conditions in force for entry to or stay on the territory of the requesting State provided that evidence is furnished, in accordance with Article 7 of this Agreement, that such persons:

- (a) illegally entered the territory of the Member States [Denmark – in the Copenhagen Agreement⁴²] coming directly from the territory of Ukraine or illegally entered the territory of Ukraine coming directly from the territory of the Member States [Denmark – in the Copenhagen Agreement];

- (b) at the time of entry held a valid residence authorisation issued by the requested State; or

- (c) at the time of entry held a valid visa issued by the Requested State and entered the territory of the Requesting State coming directly from the territory of the Requested State.

The accelerated procedures of the readmission.

Both agreements (Article 5(3) in both texts) provide that if a person has been apprehended in the border region of the Requesting State within 48 hours from the moment of illegally crossing of the State border of that person (including seaports and airports) coming directly from the territory of the Requested State, the Requesting State may submit a readmission application within 2 days following this persons apprehension (*accelerated procedure*).

For the purposes of the accelerated procedure, the agreements provide somewhat different definitions of '*border region*'.

⁴¹ Agreement between the Government of the Kingdom of Denmark and the Cabinet of Ministers of Ukraine on the readmission of persons (with annexes). Copenhagen, 16 March 2007. Treaty Series. 2009. Vol. 2580, No 46002, P. 119–139. URL: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202580/v2580.pdf> [accessed 30 May 2019].

⁴² Ibid.

³⁸ Про ратифікацію Угоди між Кабінетом Міністрів України і Урядом Королівства Данія про реадмісію осіб : Закон України від 21.05.2008 р. № 291-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/291-17> (дата звернення 30.05.2019).

³⁹ Agreement between the European Community and Ukraine on the readmission of persons. Luxembourg, 18 June 2007. OJ L 332, 18.12.2007, P. 48–65. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=urisrv:OJ.L_.2007.332.01.0046.01.ENG [accessed 30 May 2019].

⁴⁰ Agreement between the Government of the Kingdom of Denmark and the Cabinet of Ministers of Ukraine on the readmission of persons (with annexes). Copenhagen, 16 March 2007. Treaty Series. 2009. Vol. 2580, No 46002, P. 119–139. URL: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202580/v2580.pdf> [accessed 30 May 2019].

According to Article 1(l) of the Luxembourg Agreement⁴³ ‘border region’ shall mean an area which extends up to 30 kilometres from the common land border between a Member State and Ukraine, as well as the territories of seaports including custom zones, and international airports of the Member States and Ukraine.

Whereas Ukraine and Denmark have no common land border definition ‘border region’ under Article 1(k) of the Copenhagen Agreement⁴⁴ shall mean any territories of seaports including custom zones, and international airports of Denmark and Ukraine.

The transport and transit costs.

Both agreements (Article 12 in both texts) provide that all transport costs incurred in connection with readmission and transit operations pursuant to this Agreement as far as the border of the State of final destination shall be borne by the Requesting State, as well as the transport and maintenance costs of the Requested State relating to the return of persons in accordance with Article 4 of this Agreement. This shall be without prejudice to the right of the competent authorities of the Contracting Parties to recover such costs from the person concerned or third parties.

⁴³ Agreement between the European Community and Ukraine on the readmission of persons. Luxembourg, 18 June 2007. OJ L 332, 18.12.2007, P. 48–65. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2007.332.01.0046.01.ENG [accessed 30 May 2019].

⁴⁴ Agreement between the Government of the Kingdom of Denmark and the Cabinet of Ministers of Ukraine on the readmission of persons (with annexes). Copenhagen, 16 March 2007. Treaty Series. 2009. Vol. 2580, No 46002, P. 119–139. URL: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202580/v2580.pdf> [accessed 30 May 2019].

Conclusions

The international legal framework on the readmission of persons between Ukraine and Denmark is regulated by a special agreement between the Government of the Kingdom of Denmark and the Cabinet of Ministers of Ukraine on the readmission of persons, signed at Copenhagen on 16 March 2007 (the Copenhagen Agreement).

The readmission of persons between Ukraine and other Member States of the European Union are regulated by the Agreement between the European Community and Ukraine on the readmission of persons, signed at Luxembourg on 18 June 2007 (the Luxembourg Agreement). With this the Luxembourg Agreement *shall take precedence* over the provisions of any bilateral agreement or other legally binding instrument on the readmission of persons, including the Copenhagen Agreement.

The Copenhagen Agreement is a bilateral international agreement concluded for an unlimited period and in the terms similar to those of the Luxembourg Agreement (in particular regarding the duration of the agreements, the obligations on the readmission of persons under the agreements, the accelerated procedure of the readmission, the transport and transit costs and so on).

No implementing Protocol between Ukraine and Denmark on the readmission of persons has been concluded so far.

Apparently, the signing of a specific international agreement on the readmission of persons between Ukraine and Denmark can be explained by Denmark’s reluctance to undertake commitments to Ukraine for readmission of citizens of other EU Member States.

Forms of implementation of administrative discretion in the activity of public administration*Omelian Viktoriia**Postgraduate Student of the Department of Administrative and Customs Law of the University of Customs and Finance, Ukraine*

The author of the article has studied forms of implementation of administrative discretion in the activity of public administration. The urgency of the article is due to the fact that the legal regulation of each of these forms is different. Moreover, the administrative discretion in each form is manifested at different stages and is governed by different legal norms. As a result, certain forms of implementation are more restricting public administration in the application of discretion, while others provide the highest level of prudential freedom of authorized persons. In order to avoid abuse and misuse of administrative discretion in practice, it is necessary to determine the legal nature and essence of each form of implementing discretionary powers and propose possible changes to the legislation in this area.

Summarizing the analysis of the forms of implementation of administrative discretion in the activity of public administration, it can be noted that the use of discretionary powers is an integral part of almost all forms of activities and procedures of the competent authorities. This is obvious given that the resolution of any administrative case, the provision of any service or the attempt to resolve any relationship necessitates the interpretation of rules of law and the assessment of particular circumstances of life. Accordingly, all such intellectual activity is connected with the volitional aspect of human psychology.

In the result of scientific investigation the author proposed to outline the following forms of implementation of administrative discretion in the activity of public administration: 1) adoption of administrative acts; 2) the conclusion of administrative contracts; 3) the commission of acts-actions of public administration; 4) development of planning acts; 5) use of private legal instruments of activity; 6) adoption of normative acts.

Форми реалізації адміністративного розсуду в діяльності публічної адміністрації*Омелян Вікторія Олександрівна**аспірант кафедри адміністративного та митного права Університету митної справи та фінансів, Україна***Вступ**

Актуальність і необхідність вивчення форм реалізації адміністративного розсуду в діяльності публічної адміністрації зумовлені тим, що правове регулювання кожної з таких форм є різним. Ба більше, адміністративний розсуд у кожній формі проявляється на різних стадіях і регулюється відмінними правовими нормами. Як наслідок, певні форми реалізації більше обмежують публічну адміністрацію в застосуванні розсуду, інші, навпаки, забезпечують вищий рівень розсудливої свободи уповноважених суб'єктів. З метою практичного уникнення зловживань і неналежного застосування адміністративного розсуду необхідно визначити правову природу та сутність кожної форми реалізації дискреційних повноважень і запропонувати можливі зміни до законодавства в цій сфері.

Вивчення форм реалізації адміністративного розсуду в діяльності публічної адміністрації стало предметом наукових досліджень таких учених, як Є.С. Герасименко, О.А. Заярний, Р.О. Куйбіда, Р.В. Миронюк, Д.В. Приймаченко, В.П. Тимошук та інші. Утім, їх дослідження були спрямовані не стільки на визначення особливостей адміністративного розсуду в різних формах його реалізації, скільки на аналіз правової природи самих цих форм.

Мета статті – виявлення характерних особливостей проявів адміністративного розсуду в кожній формі діяльності публічної адміністрації, а також виявлення можливих недоліків законодавства в цій сфері із виробленням власних пропозицій щодо його вдосконалення.

Виклад основного матеріалу

Пропонуємо виокремлювати форми реалізації адміністративного розсуду під час здійснення публічною адміністрацією таких напрямів своєї діяльності: 1) прийняття адміністративних актів; 2) укладення адміністративних договорів; 3) вчинення актів-дій публічної адміністрації; 4) розроблення актів планування; 5) використання приватноправових інструментів діяльності; 6) прийняття нормативних актів. Вважаємо, що застосування адміністративного розсуду властиве всім вказаним формам діяльності публічної адміністрації.

Домінуючою правовою формою діяльності суб'єктів публічної адміністрації залишається прийняття адміністративних актів. З огляду на те, що основним предметом діяльності таких органів є вирішення конкретних адміністративних справ, підсумком усіх таких справ є саме прийняття від-

повідного адміністративного акта. Поняття адміністративний акт можна визначити, застосовуючи підходи теорії права щодо таких категорій, як «акт» і «правовий акт». Як правило, терміном «адміністративний акт» позначають дію, вчинок або документ, виданий уповноваженим на це органом державної влади, органом місцевого самоврядування, а також їх посадовими особами¹.

Сутність дискреційних повноважень суб'єктів публічної адміністрації проявляються під час прийняття адміністративних актів. В.П. Тимошук виділяє такі стадії прийняття адміністративних актів: 1) ініціювання та відкриття провадження; 2) підготовка справи до розгляду та вирішення; 3) розгляд і вирішення справи/прийняття адміністративного акта; 4) оскарження адміністративного акта².

На стадії підготовки справи до розгляду та вирішення адміністративний розсуд проявляється в тому, що суб'єкт публічної адміністрації обіймає повноваження щодо призначення необхідних експертів, витребування документів та інформації в інших органів. На нашу думку, можливість неправомірного адміністративного розсуду на цій стадії є найменшою. Утім, суб'єкт адміністративної відповідальності може недобросовісно використовувати надані йому повноваження для затягування розгляду справи. Зокрема, це можливо шляхом призначення недоцільних експертів, витребування зайвих документів тощо. На нормативному рівні захист приватних осіб від недобросовісного застосування адміністративного розсуду забезпечується передбаченням виключних переліків документів, експертів та інформації, які можуть бути необхідними для вирішення адміністративної справи.

Нарешті, на стадії розгляду та вирішення справи (безпосереднього прийняття адміністративного акта) рівень розсуду публічної адміністрації є найвищим, оскільки навіть за умови законодавчого закріплення підстав для відмови у прийнятті акта уповноважений суб'єкт завжди може застосувати розсуд недобросовісно та відмовити в сприянні приватній особі. Єдиним можливим варіантом захисту (окрім профілактичних заходів) у такій ситуації може бути можливість оскарження адміністративного акта або відмови в його прийнятті, що становить останню стадію процедури прийняття адміністративних актів.

Характеризуючи адміністративні акти як самостійну форму реалізації суб'єктами публічної адміністрації адміністративного розсуду, ілюстрованим вважаємо приклад, наведений Р.В. Мельниченко у дисертації на тему «Адміністративно-правові засади податкового контролю трансфертного ціноутво-

рення в Україні». Автор, зокрема, доводить, що податковий контроль трансфертного ціноутворення є найбільш суб'єктивним з усіх інших можливих податкових зобов'язань платників податків і залежить виключно від кваліфікації і добросовісності працівників контролюючого органу. Доводячи наявність широкої дискреційності повноважень контролюючих органів у процесі здійснення податкового контролю трансфертного ціноутворення, вчений аргументує це тим, що перевірка цін у контрольованих операціях є досить складним і об'ємним процесом, який перебуває на межі бухгалтерського, фінансового, економічного аналізу, а також передбачає здійснення аналізу ринку зіставних операцій. У кожному індивідуальному випадку повинні визначитися ключові фактори, які мають суттєвий вплив на ціну товарів (робіт, послуг) або на прибуток платника податків. Також слід акцентувати увагу, що трансфертне ціноутворення суттєво диференціюється залежно від сектору економіки, конкретного предмета, проміжку часу, ринку збуту тощо. Важко не погодитись із тезою про те, що повністю уникнути дискреційних повноважень податкових органів не є можливим, оскільки ціноутворення може визначатись за допомогою різних методів³.

Вважаємо за необхідне підкреслити, що реалізація дискреційних повноважень під час прийняття адміністративних актів є найбільш поширеною та проблемною практикою застосування адміністративного розсуду в діяльності публічної адміністрації. Це пов'язано з великою кількістю різноманітних адміністративних актів і рішень, які можуть прийматися публічними суб'єктами та які неможливо врегулювати з урахуванням найменших деталей. Утім, захист прав і законних інтересів приватних осіб від дискреційних зловживань забезпечується профілактичними заходами (правове виховання, професійний відбір посадових осіб) та правом оскарження адміністративних актів у суді. З огляду на це головним завданням держави в цій сфері є не абсолютне врегулювання всіх процедурних аспектів прийняття адміністративних актів, а забезпечення єдності судової практики у цій сфері та ефективний добір кадрів на посади в публічній адміністрації.

Другою формою реалізації розсуду в діяльності публічної адміністрації є укладення адміністративних договорів. Питання про сутність і правову природу адміністративного договору досі викликає дискусію в науковій літературі. Зокрема, В.С. Стефанюк вважає, що адміністративний договір – це побудований на публічно-правових нормах договір, який регулює добровільне погодження волі двох або більше суб'єктів права, один із яких є суб'єктом

¹ Окрема думка судді Конституційного Суду України М.Д. Савенка щодо Рішення Конституційного Суду України у справі щодо права вето на закон про внесення змін до Конституції України від 11.03.2003.

² Тимошук В.П. Адміністративні акти: процедура прийняття та припинення дії: монографія. Київ: Конус-Ю. 2010. С. 45.

³ Мельниченко Р.В. Адміністративно-правові засади податкового контролю трансфертного ціноутворення в Україні: дис. ... канд. юрид. наук; Державний вищий навчальний заклад «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана». Київ, 2018. 227 с. С. 53–54.

управління, про встановлення взаємних адміністративних правовідносин⁴. Зі свого боку, К.К. Афанасьєв пише про те, що адміністративний договір – це добровільна угода двох чи більше суб'єктів адміністративного права, один (чи більше) з яких наділений власними або делегованими повноваженнями у сфері державного управління з приводу вирішення питань виконавчого чи розпорядчого характеру, яка укладена у формі правового акта, що встановлює їхні взаємні права, обов'язки та відповідальність⁵.

Нормативно-правове визначення адміністративного договору міститься в п. 16 ст. 4 КАС України, відповідно до якого адміністративний договір – спільний правовий акт суб'єктів владних повноважень або правовий акт за участю суб'єкта владних повноважень та іншої особи, що ґрунтується на їх волеузгодженні, має форму договору, угоди, протоколу, меморандуму тощо, визначає взаємні права та обов'язки його учасників у публічно-правовій сфері і укладається на підставі закону⁶.

Водночас варто зауважити, що на нормативному рівні термін «адміністративний договір» міститься лише в межах процесуального законодавства, що призводить до відсутності єдиного розуміння сутності та змісту цієї категорії. Крім того, вимоги щодо укладення адміністративного договору та застосування адміністративного розсуду під час його укладення визначені лише окремими розрізненими нормативними актами. Все це призводить до неоднозначності судової практики та нерозуміння самих суб'єктів публічної адміністрації правової природи цього інституту. Відповідно, для вирішення більшості питань, які виникають під час застосування адміністративного розсуду у сфері прийняття адміністративних договорів, слід внести зміни до відповідного законодавства, а саме – запровадити єдині правила укладення адміністративних договорів на рівні спеціального акта.

З цього приводу цілком погоджуємось із авторитетним представником судової гілки влади М.І. Смоковичем, який вважає, що у словосполученні «адміністративний договір» ключовим є термін «договір», а отже, поняттю «адміністративний договір» повинні бути притаманні всі ознаки договору як загального правового інституту в системі права України: згода, свобода волевиявлення, рівність волевиявлення і взаємна відповідальність. Водночас учений критикує тезу про те, що адміністративний договір – це такий договір, через який органи державної влади та місцевого самоврядування, їхні посадові особи впливають на другу сторону або примушують її до вчинення дій чи прийняття рішень. У термін «адмі-

ністративний» вкрито не поняття «влада», «владні функції», «владні повноваження», а те, що цей вид договору заснований на нормах адміністративного права⁷.

З огляду на те, що адміністративному договору притаманна свобода волевиявлення сторін, то останнє є самостійною формою прояву дискреційних повноважень суб'єктів публічної адміністрації. Адміністративні договори спрямовані, насамперед, на забезпечення публічних інтересів держави і суспільства. Останнє означає, що інститут адміністративного договору завжди лежить у площині публічної влади у зв'язку з реалізацією суб'єктами публічної адміністрації своїх владних повноважень. З огляду на це слід чітко розмежовувати категорію адміністративних договорів у публічній сфері діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування від інших категорій договорів у приватно-правовій сфері.

На нашу думку, застосування адміністративного розсуду під час укладення адміністративних договорів можливе трьома основними способами: 1) безпосередньо ініціювання укладення адміністративного розсуду; 2) визначення умов відповідного адміністративного договору; 3) здійснення контролю за дотриманням умов адміністративного договору. В кожному без винятку випадку суб'єкт публічної адміністрації повинен мати правові підстави та необхідний обсяг повноважень для укладення адміністративного договору. Серйозною проблемою вважаємо те, що дотепер законодавство України чітко не визначає систему адміністративних договорів. На рівні правової доктрини знаходимо різні і досить часто діаметрально протилежні позиції щодо розуміння сутності адміністративних договорів. Враховуючи те, що ключовою умовою адміністративного договору є наявність дискреційних повноважень, то правова невизначеність закономірно зумовлює різну правозастосовну та судову практику.

Наступною формою реалізації адміністративного розсуду пропонуємо виділяти акти-дії публічної адміністрації. Слід зазначити, що судовою практикою оскарження застосування адміністративного розсуду під час здійснення актів-дій є незначною, незважаючи на велику кількість порушень у цій сфері. Така ситуація пов'язана з тим, що, по-перше, сьогодні майже відсутні нормативні підстави застосування таких актів-дій, а по-друге, оцінка законності застосування актів-дій видається неможливою з огляду на складність цієї процедури.

В науковій літературі акти-дії публічної адміністрації визначаються як офіційні рішення суб'єкта публічної адміністрації, що виконуються на основі та відповідно до норм адміністративного права у формі певних інтелектуально-вольових і фізичних

⁴ Стефанюк В.С. Судовий адміністративний процес : монографія. Харків : Консум, 2003. 464 с. С. 120.

⁵ Адміністративні договори: реалії та перспективи : до 10-річчя незалежності України. Луганськ : РВВ ЛАВС, 2004. 319 с. С. 89.

⁶ Кодекс адміністративного судочинства України : Закон від 06.07.2005 № 2747-IV. Відомості Верховної Ради України від 09.09.2005. 2005 р., № 35, 35–36, 37, стор. 1358, стаття 446.

⁷ Смокович М.І. Адміністративний договір: примус чи волевиявлення. Адміністративне судочинство. № 1–2. 2012. С. 232–248. С. 233.

дій та втілюють публічно-владне веління з конкретної юридичної справи, що спрямоване на регулювання суспільних відносин у певній сфері⁸. Серед прикладів актив-дій можна навести такі: 1) подання звітів, запитів; 2) проведення опитувань; 3) керування дорожнім рухом; 4) відібрання проб продукції для визначення її якості; 5) затримання працівником міліції правопорушника тощо.

Варто зауважити, що застосування актив-дій обмежено окремими факторами, серед яких можна згадати специфіку їхньої діяльності, необхідність оперативного вирішення ситуації, особливі умови правозастосування, потреба у найпростішому доведенні до адресата змісту акта тощо. Отже, можемо зробити висновок, що акти-дії повинні застосовуватися виключно у випадках, коли використання іншої форми діяльності публічної адміністрації є недоцільним чи нераціональним. Наприклад, фізичне регулювання дорожнього руху є значно більш оперативним способом впливу на поведінку людей, ніж прийняття індивідуальних адміністративних актів щодо кожного власника транспортного засобу.

Четверта форма застосування адміністративного розсуду в діяльності публічної адміністрації представлена можливістю уповноважених суб'єктів приймати особливі акти планування. В.М. Плішкін визначає акт планування як різновид рішення суб'єкта публічної адміністрації, змістом якого є система взаємопов'язаних, поєднаних загальною метою конкретно визначених завдань і заходів, які треба здійснити у визначеній послідовності та у встановлені строки конкретно вказаним виконавцем⁹. Предметом регулювання актів планування є питання правової та організаційної діяльності публічної адміністрації, її завдання та функції, а саме: адміністративне, контрольне, наглядове, координаційне, кадрове та організаційне забезпечення адміністрування. Плани робіт можуть охоплювати як усю систему органів публічної адміністрації, так і один адміністративний орган окремо.

Традиційно оцінюючи можливість протиправного застосування адміністративного розсуду з метою порушення прав і законних інтересів приватних осіб, зазначимо, що дискреція уповноважених органів у цих відносинах проявляється щодо таких питань: 1) обрання сфери діяльності для планування; 2) врахування результатів здійснення попередніх планів; 3) визначення напруженості планів; 4) встановлення обсягу кількісних і якісних показників для планів; 5) обмеження строку для виконання плану.

Крім того, зауважимо, що процедура прийняття актів планування складається із таких п'яти стадій: 1) розроблення завдання щодо підготовки плану;

⁸ Загальне адміністративне право : підручник / І.С. Гриценко, Р.С. Мельник, А.А. Пухтецька та інші; за заг. ред. І.С. Гриценка. Київ : Юрінком Інтер, 2015. 568 с. С. 326.

⁹ Плішкін В.М. Теорія управління органами внутрішніх справ : підручник / за заг. ред. Ю.Ф. Кравченка. Київ : НАВСУ, 1999. 702 с. С. 451.

2) збирання пропозицій до проекту плану; 3) складання та узгодження проекту плану; 4) прийняття акта планування; 5) публікація чи інше доведення до відомого акта планування. Відповідно, окремі прояви дискреційних повноважень можливі на кожній стадії розроблення планів. Зокрема, суб'єкт публічної адміністрації визначає завдання щодо підготовки плану; збирає та аналізує пропозиції до проекту плану; готує перший проект плану; досліджує та враховує пропозиції та зауваження до проекту плану, а також приймає та публікує остаточний план. Очевидно, що всі вказані дії залежать від волі посадових осіб, які беруть участь у розробленні акта планування, тому врегулювання адміністративного розсуду в цій сфері значно вплине на планувальну діяльність у державі загалом.

На перший погляд видається, що планування діяльності публічної адміністрації не стосується стану дотримання прав і законних інтересів приватних осіб. Навпаки, планування здається інструментом, який спрощує діяльність самій адміністрації, а тому вона має бути зацікавлена в ньому і, як наслідок, сприяти забезпеченню її належності. Втім, не варто забувати, що остаточною метою діяльності публічної адміністрації є реалізація прав і законних інтересів громадян та юридичних осіб шляхом надання їм адміністративних послуг чи вирішення інших адміністративних справ. Планування в такому разі виконує роль каталізатора діяльності посадових осіб, а також визначає перелік проблемних питань, які повинні вирішитися публічною адміністрацією в найближчому майбутньому. Тому суб'єкти публічної адміністрації зацікавлені в заниженні показників у актах планування та їх подовженні на більш тривалий строк.

Прийняття збалансованих актів планування та контроль за їх реалізацією забезпечується шляхом впливу громадськості на процес їх створення. Зокрема, представники громадськості мають можливість як вносити пропозиції ще до розроблення проекту плану, так і публікувати зауваження до підготовленого проекту. Водночас проблемою нормативного регулювання адміністративного розсуду в процесі розроблення актів планування є відсутність чіткої вимоги законодавства щодо врахування пропозицій громадянського суспільства під час розроблення планів.

На практиці спостерігається ситуація, за якої органи публічної адміністрації, не враховуючи зауваження та пропозиції громадськості, приймають і публікують неефективний варіант плану, який дає змогу посадовим особам недбало ставитися до виконання службових обов'язків і недоброросовісно реалізовувати власні повноваження. Тому нашою пропозицією щодо вдосконалення законодавства в цій сфері буде запровадження прямої вимоги до органів публічної адміністрації або враховувати пропозиції громадськості, або надавати вичерпну

відповідь із зазначенням причин відмови у врахуванні.

Наступною формою реалізації адміністративного розсуду в діяльності публічної адміністрації є використання нею приватноправових інструментів для забезпечення ефективного функціонування. Незважаючи на публічно-правову сутність держави, законодавство України, так само, як і правові системи більшості країн Європи, закріплює окрему групу приватноправових інструментів, завдяки яким здійснюється регулюючий вплив суб'єктів публічних адміністрацій різного рівня на приватноправові відносини, що зазвичай виникають у сфері господарювання, фінансів, соціального захисту населення, інформаційного забезпечення діяльності держави тощо.

Відповідно до ст. 167 Цивільного кодексу України¹⁰, держава діє у цивільних відносинах на рівних правах з іншими учасниками цих відносин. При цьому держава може створювати юридичні особи приватного та публічного права. Буквальне тлумачення наведеної норми дає підстави стверджувати, що Цивільний кодекс до приватноправових інструментів публічної адміністрації зараховує право засновувати юридичні особи та брати участь в управлінні їх діяльністю. Водночас поряд із положеннями ЦК України значна група нормативно-правових актів містить норми, якими закріплюються й інші приватноправові інструменти діяльності суб'єктів публічної адміністрації¹¹.

Нарешті, останньою формою реалізації адміністративного розсуду в діяльності публічної адміністрації є прийняття нормативних актів, які відрізняються від інших адміністративних актів тим, що встановлюють, змінюють чи скасовують норми

права – загальнообов'язкові правила поведінки, що закріплюються та охороняються державою.

Водночас правове регулювання адміністративного розсуду під час прийняття нормативних актів не є ідеальним і потребує внесення ряду змін, які б стосувалися таких питань: 1) встановлення обов'язку публічної адміністрації належним чином враховувати коментарі, зауваження та пропозиції громадськості до проектів актів (шляхом внесення відповідних змін до проекту чи надання вичерпної аргументації про відмову); 2) визначення пріоритетних напрямів правового регулювання з метою уникнення зловживань у цій сфері; 3) більш детальної та кваліфікованої антикорупційної експертизи проектів нормативних актів тощо.

Висновки

Підсумовуючи аналіз форм реалізації адміністративного розсуду в діяльності публічної адміністрації, можна зазначити, що застосування дискреційних повноважень є складовою частиною майже всіх форм діяльності та процедур уповноважених органів. Це є очевидним з огляду на те, що вирішення будь-якої адміністративної справи, надання будь-якої послуги або намагання врегулювати будь-які відносини зумовлюють необхідність тлумачення норм права та оцінки конкретних життєвих обставин. Відповідно, вся така інтелектуальна діяльність пов'язана і з вольовим аспектом психології людини.

Пропонуємо виокремлювати такі форми реалізації адміністративного розсуду під час здійснення публічною адміністрацією таких напрямів своєї діяльності, як: 1) прийняття адміністративних актів; 2) укладення адміністративних договорів; 3) вчинення актів-дій публічної адміністрації; 4) розроблення актів планування; 5) використання приватноправових інструментів діяльності; 6) прийняття нормативних актів.

¹⁰ Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40. Ст. 356.

¹¹ Мельгунов В. Д. Административно-правовое регулирование и административно-правовые режимы в сфере предпринимательской деятельности. Москва : Волтерс Клувер, 2008. 160 с. С. 48.

Reflection of the essence of state sovereignty: political and legal analysis

Pivnev Yaroslav

Lawyer, Ukraine

The article provides a comprehensive analysis of the essence of state sovereignty. The stages of its formation and consolidation in the legal system are investigated. The basic directions of its expression and influence at realization of the international legal personality are revealed. A number of fundamental acts of European states have been considered and analyzed, which consolidated the principle of state sovereignty. Substantive study of the basic theories of intelligible content of state sovereignty. A comprehensive study of legal opinion is conducted on the limitation of state sovereignty. At the same time, opinion is expressed regarding the limits of state sovereignty with the participation of the state in international organizations, the problem of limiting state sovereignty is considered.

The external and internal form of limitation of sovereignty of the state is analyzed, where external factors of restriction of sovereignty are the detection of the internationally accepted obligations accepted by the state, which are enshrined in the generally accepted norms of international customary law. It is noted that the peculiarities of realization of sovereignty in the conditions of state membership in complex intergovernmental organizations is an actual problem, in relation to which the legal science and practice have not yet been elaborated on a universal approach.

Descent of the only formulated notion of state sovereignty in international legal acts allows us to investigate the views of leading researchers, generalize the scientific knowledge obtained in the process of studying the essence of state sovereignty. The essence of state sovereignty is characterized as an inalienable legal feature of an independent state, which symbolizes its political and legal independence, higher responsibility and value as the primary subject of international law. State sovereignty as a special subject of political relations is characterized, which is a criterion by which it is necessary to distinguish the state from other formally-legal unions.

Відображення сутності державного суверенітету: політико-правовий аналіз

Пінев Ярослав Ігорович

юрист, Україна

Вступ

Формування ідеї державного суверенітету налічує багатотисячолітню історію. Закладення принципу державного суверенітету безпосередньо бере свій початок від епохи Середньовіччя. Зі зміною політико-правових поглядів і наряду розвитку держави відбувається й трансформація первісного змісту теорії державного суверенітету.

Дослідженням принципу державного суверенітету займалися такі видатні вчені, як В. Шевцов, В. Василенко, М. Баймуратов, Ю. Волошин, Ю. Тодика, П. Сохань, Л. Наливайко, І. Яковюк, М. Палієнко, З. Бауман, Г. Тункін, А. Дмитрієв, Е. Усенко, В. Кабишев, В. Буткевич, А. Моїсєєв та інші.

Метою статті є комплексне вивчення сутності державного суверенітету, формування концепцій його правової природи, а також вплив на забезпечення міжнародної правосуб'єктності.

Виклад основного матеріалу

Розвиваючи думку щодо генези концепції суверенітету, варто вказати, що вона являє собою результат певних історико-політичних відносин. З цього приводу Г. Еллінек зазначає, що суверенітет за своїм історичним походженням є утворенням політичним, таким, що лише згодом перетворилося на правове. Як уже зазначалось раніше, передумовою закла-

дення концепції суверенітету стало політичне життя Середньовіччя. Саме у цей період відбувається переосмислення пануючого повновладдя держави, яка повинна була у важкій боротьбі завоювати своє право на існування. Відповідно через це з'являється необхідність формулювання ідеї суверенітету. Ця ідея закріпила перемогу держави над ворожими їй верховенству і незалежності силами¹.

Аналізуючи сутність поняття державного суверенітету, М. Марченко виділяє два аспекти – формально-юридичний (це своєрідна політико-правова форма державного суверенітету) і фактичний (його матеріальний зміст).

У процесі розвитку держави його юридична (політико-правова) форма залишається незмінною, тоді як його фактична сторона (матеріальний зміст) може зазнавати істотних змін, коливаючись від наповнення державної влади і водночас державного суверенітету реальним політико-правовим і матеріальним змістом².

Як слушно підкреслює В. Белевцева, суверенітет є однією з істотних ознак держави, її можливістю повноправно здійснювати внутрішньо- та зовнішньополітичні справи, не допускати втручання у

¹ Сіваш М. Зародження ідеї суверенітету: історичні передумови. Форум права. 2014. № 3. С. 339. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/7983/1/Sivash_2014_3.pdf.

² Яковюк І. Державний суверенітет національних держав у складі Європейського Союзу: проблеми визначення. Вісник Академії правових наук України. 2004. № 3 (38). Харків: Право, 2004. С. 123.

свою діяльність іноземних держав та інших внутрішньодержавних сил (організацій).

Дослідниця вказує, що суверенітет характеризує державу як особливий суб'єкт політичних відносин, як основний складник політичної системи суспільства та являє собою критерій, за допомогою якого слід відрізнити державу від інших формально-правових союзів³.

Розглядаючи питання сутності державного суверенітету, доцільно провести аналіз основоположних актів європейських держав, які закріпили положення щодо забезпечення й реалізації принципу державного суверенітету.

Декларація про державний суверенітет України від 16.07.1990 року визначила державний суверенітет як верховенство, самостійність, повноту і неподільність влади Республіки в межах її території та незалежність і рівноправність у зовнішніх зносинах⁴.

У свою чергу, Конституція України закріплює, що Україна є суверенною і незалежною, демократичною, соціальною, правовою державою. Суверенітет України поширюється на всю її територію⁵.

Відповідно до Конституції Португальської Республіки, Португалія – суверенна республіка, що заснована на повазі людської особистості і на народному волевиявленні та ставить за мету побудову вільного, справедливого та солідарного суспільства. Держава базується на народному суверенітеті.

Конституція Греції вказує, що фундаментом державного ладу є народний суверенітет. Вся влада походить від народу, є для народу та нації. Греція, дотримуючись загально визнаних норм міжнародного права, прагне до зміцнення миру, справедливості, а також для розвитку дружніх стосунків між народами та державами.

За Конституцією Республіки Кіпр, держава є незалежною та суверенною республікою.

У вступному розділі Конституції Королівства Іспанії закріплено, що народний суверенітет належить іспанському народу, від якого походять повноваження держави.

Відповідно до Конституції Республіки Болгарії вся державна влада походить від народу. Вона здійснюється народом безпосередньо і через органи, які передбачені конституцією. Жодна частина народу, політична партія або інша організація, державний інститут або окрема особистість не можуть присвоювати собі здійснення народного суверенітету⁶.

³ Белевцева В. Державний суверенітет, його ознаки та властивості. Підприємництво, господарство і право. 2009. № 10. С. 7.

⁴ Декларація про державний суверенітет України. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/55-12>.

⁵ Конституція України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#n4174>.

⁶ Машура Х.А Суверенітет у конституціях держав-членів Європейського Союзу. Філософія і політологія в контексті сучасної культури. 2014. Вип. 8. С. 248–249.

Слід погодитись із думкою М.Т. Гаврильців та Г.Ю. Лук'янової, які слушно зазначають, що, будучи політико-правовою категорією, суверенітет перебуває у безпосередній взаємозалежності від стану тих суспільних сфер, якими забезпечується ресурс його захисту і зміцнення, – економічної, оборонної, духовної, культурної, комунікативної тощо.

Варто зазначити, що серед науковців має місце певна різноманітність поглядів на поняття і природу суверенітету держави, під яким ученими запропоновано розуміти «властивість самостійно і незалежно від влади інших держав здійснювати функції на своїй території та поза її межами, у міжнародному спілкуванні; «зумовлену волею народу політико-правову властивість держави, що полягає у верховенстві державної влади щодо будь-якої іншої влади в суспільстві та її незалежності у зовнішніх зносинах»; «специфічну властивість держави, що визначає її верховенство і здатність самостійно, без втручання ззовні визначати внутрішню і зовнішню політику; верховенство, незалежність, повноту, загальність і виключність влади держави, тобто державно-організованої публічно-політичної влади»⁷.

З цього приводу доречно зазначити поняття державного суверенітету, сформульоване В. Шевцовим. Науковець під державним суверенітетом розуміє верховенство і незалежність, тобто такі суверенні властивості державної влади, які виражають її політико-правову сутність, виявляються у відповідних формах у внутрішньо- і зовнішньополітичній діяльності держави. Це стан повновладдя, властиве державі верховенство на своїй території та незалежність від будь-якої іншої влади у міжнародних відносинах із метою вільного здійснення державою своїх функцій.

Отже, потрібно зазначити, що властивостями суверенітету, який визначається як державна влада, є єдність трьох гілок державної влади, так би мовити, монополія правотворчості, авторитарність влади, яка здатна застосовувати примус підпорядкування, де під порядкуванням розуміється таке обмеження свободи третіх осіб щодо державної влади, яке відбувається через необхідність й від імені інтересів усього суспільства⁸.

Варто вказати, що сучасні науковці, які вивчають сутність суверенітету, суттєво змінили вектор його дослідження. Тож якщо раніше актуальним залишалось питання щодо повноти державної влади, здійснюваної в межах певної держави, то наразі активно обговорюються правова природа обмеження державного суверенітету і легітимність таких обмежень через участь держави у міжнародних відносинах й реалізацію міжнародної правосуб'єктності.

⁷ Гаврильців М.Т., Лук'янова Г.Ю. Реалізація державного суверенітету та суверенних прав держави в умовах євроінтеграції. Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. 2017. № 4. С. 91.

⁸ Барандій М. В. Поняття суверенітету держави у міжнародному праві / М. В. Барандій // Часопис Київського університету права. – 2010. – № 2. – С. 308.

Наприклад, А. Моїсєєв визначає суть суверенітету держави як властивість державної влади, через яку державна влада законно діє на основі свого централізованого національного права, однак відповідно до децентралізованого міжнародного права.

Погоджуючись з його думкою, варто вказати, що державний суверенітет науковець розуміє як невідчужувану юридичну ознаку незалежної держави, яка символізує його політико-правову самостійність, вищу відповідальність і цінність як первинного суб'єкта міжнародного права. Співвідношення суверенітету і наддержавності необхідне для виняткового верховенства державної влади і передбачає непокору владі іншої держави, що виникає або зникає через добровільну зміну статусу незалежної держави як цілісного соціального організму й зумовлене правовою рівністю незалежних держав, і є основою сучасного міжнародного права.

Як вдало вказує З. П'єтраць, обмеження суверенітету держави у сучасному міжнародному праві можуть мати як внутрішній, так і зовнішній характер. А отже, дослідник зазначає, що внутрішні фактори, які обмежують суверенітет держави, містяться у конституції держави і міжнародно-правових актах, створюючи зобов'язання держави щодо поваги принципу верховенства права, поваги прав людини і автономії різних інститутів громадянського суспільства, як, наприклад, місцеве самоврядування або ж неурядові організації. Відповідно, зовнішні фактори обмеження суверенітету є виявленням прийнятих державою міжнародно-правових зобов'язань, які закріплені у загальноприйнятих нормах міжнародного звичаєвого права, в укладених відповідною державою міжнародних договорах, в односторонніх правових актах, які визначають волю держави, і в правотворчих актах міжнародних організацій, членом яких є держава⁹.

Як зазначає Н. Гринюк, криза класичного розуміння категорії суверенітету безпосередньо пов'язана із процесом самозбереження суверенних держав і розвитком міждержавних відносин, які вимагали нових форм взаємодії та міждержавного співробітництва як додаткового інструменту забезпечення конституційного ладу держав, внутрішньодержавного розвитку й національної безпеки. Слід звернути увагу на сучасну тенденцію вивчення суверенітету держави. Зокрема, чимало дослідників вважає, що в умовах сучасного взаємозалежного світу, інтеграції, глобалізації була визнана допустимість самообмеження державного суверенітету на засадах взаємності під час вступу до міждержавних союзів і створення наднаціональних органів¹⁰.

⁹ Головка-Гавришева О.І. Компетенція міжнародних міжурядових організацій і суверенітет держави у сучасному міжнародному праві. Актуальні проблеми міжнародних відносин. 2013. № 115 (частина II). 228 с. С. 60.

¹⁰ Гринюк Н.В. Поняття суверенітету у сучасному міжнародному праві. Науковий вісник Чернівецького університету. 2011. Вип. 559. С. 60.

Зі свого боку, Є. Стрельцов, розглядаючи внутрішній і зовнішній аспекти суверенітету держави, підкреслює, що з формуванням світової спільноти і посиленням міжнародних організацій зовнішній, а інколи і внутрішній, суверенітет держави зазнає відповідних зміни. Формальним суверенітетом держави вважається тоді, коли він юридично і політично проголошується, а фактично це набуває сили тоді, коли він має змогу хоча б мінімально не підпадати під вплив інших держав.

А отже, дослідник зазначає, що примусове обмеження суверенітету може мати місце, наприклад, щодо переможеної у війні держави з боку держав-переможців. Інакший вигляд має місце добровільного обмеження суверенітету. Воно може допускатися самою державою за взаємною домовленістю з іншими державами, наприклад, заради досягнення певних, спільних для всіх них, цілей. Добровільно суверенітет обмежується і тоді, коли держави об'єднуються у федерацію і передають їй частину своїх суверенних прав¹¹.

Доцільно погодитись з І. Яковюком, який говорить таке: «Визначення особливостей реалізації суверенітету в умовах членства держави у складних міждержавних організаціях є актуальною проблемою, щодо розв'язання якої юридичною наукою і практикою досі не вироблено універсального підходу. Конституційний принцип державного суверенітету, що передбачає непідлеглість держави будь-якій іншій владі як усередині країни, так і за її межами, в епоху Новітнього часу традиційно розглядався як фундаментальна вимога щодо забезпечення світового правопорядку»¹².

Видається слушним звернути увагу на те, що, як підкреслює І. Троян, суверенітет ніколи не був абсолютним, адже були об'єктивні передумови, які його обмежували. Головною з таких причин був суверенітет інших держав. З активним розвитком міжнародних відносин збільшувалась кількість акторів-держав, зокрема з розпадом і кризою імперій. А тому, відповідно, були підставою для формування взаємозалежності, а отже, й обмеження суверенітету держав.

Дослідниця зазначає, що внутрішнім чинником при цьому були процеси демократизації, що унеможливили розуміння суверенітету як абсолютного. Це, своєю чергою, відкидає досить поширену в сучасній юридичній науці думку про те, що держава вже із самого моменту свого виникнення є суверенною, адже такий підхід є результатом абсолютизації ідеї суверенітету, розгляду її у відриві від історичного контексту виникнення та розвитку держави.

¹¹ Стрельцов Є.Л. Державний суверенітет і суверенітет особистості: проблеми взаємовідносин. Правове забезпечення ефективного виконання рішень і застосування практики Європейського Суду з прав людини : матер. 2-ї Міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса, 20-21 вересня 2013 р.) / за ред. С.В. Ківалова; Нац. ун-т. «Одес. юрид. акад.». Одеса, 2013. С. 55.

¹² Яковюк І.В. Державний суверенітет і права людини: питання співвідношення і пріоритету. Вісник Академії правових наук України. 2010. № 2. С. 20.

Суверенітет в такий спосіб є ровесником держави, її незмінним супутником. Друга причина обмеження суверенітету – право. Поява впливових міжнародних організацій змінила принципи та правила міжнародної системи. Міжнародне право в такий спосіб впливає на державу ззовні та трансформує її політико-правовий статус у глобальному вимірі. Врахування принципів і норм міжнародного права (права людини, права меншин) стали необхідними і в національному праві, яке у своєму розвитку завжди базувалося на примусовій силі держави. Ідеї конституціоналізму і правової держави сприяли тому, що і національне право поступово перетворилось на чинник, що обмежує саму державну владу¹³.

Аналізуючи зміст державного суверенітету, потрібно згадати твердження В. Кубальського, який вказує, що суверенітет виступає висхідним елементом побудови всієї міжнародно-правової системи, сучасне міжнародне право зумовлене існуванням суверенітету держав і слугує гарантом державного суверенітету, не підкоряє і не скасовує його. Суверенітет за своєю сутністю виступає як основна якість держави в міжнародному праві.

Необхідно зазначити думку Р. Хорольського, який стверджує таке: «Суверенітет держав є однією із засадничих умов існування сучасного міжнародного права як різновиду світового порядку, оскільки міжнародне право розвивалося одночасно з концепцією політичної суверенності». Потрібно підкреслити, що принцип суверенітету в міжнародно-правовому змісті з часу свого концептуального оформлення і по сьогодні є необхідною юридич-

¹³ Троян І.В. Державний суверенітет як політологічна категорія: сутність, характеристики, особливості трансформації. Українська національна ідея: реалії та перспективи розвитку. Вип. 22. Львів, 2010. С. 133.

ною і політичною основою для ефективної міжнародної співпраці.

Зокрема, відомий вітчизняний учений В. Денисов зазначає, що принцип суверенітету, який включений зі звичаєвого міжнародного права, є принципом Статуту ООН і водночас основним принципом міжнародного права.

Дещо інакше цей принцип розуміє К. Бекашев, який називає його принципом поваги до державного суверенітету та визначає його як основоположний та основний принцип сучасного міжнародного права.

Потрібно погодитись із цією думкою, адже принцип державного суверенітету проявляється повною мірою лише завдяки взаємному визнанню з боку інших держав-учасниць міжнародних відносин.

Висновки

В юридичній літературі підкреслюється, що принцип поваги до державного суверенітету є центральним принципом усієї міжнародно-правової системи. Державний суверенітет робить держави – первинних суб'єктів міжнародного права – юридично рівними. Повага до державного суверенітету є обов'язком усіх суб'єктів міжнародного права¹⁴.

Отже, принцип державного суверенітету під впливом процесів глобалізації набув нових форм правового вираження і закріплення. Відсутність єдиного підходу до його розуміння вказує на багатосторонність способів його виявлення. Посідаючи провідну роль у міжнародно-правовій системі, його забезпечення є необхідним для реалізації правової системи загалом як на внутрішньо-, так і на зовнішньодержавному рівнях.

¹⁴ Кубальський В.Н. Поняття державного суверенітету в міжнародному праві // В.Н.Кубальський / Актуальні проблеми міжнародних відносин – 2017. – № 132 - С. 88–89.

The place of legal norms that regulate the payment systems activity in the system of law

Pozhydaeva Maria

*Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor,
Associate Professor of Finance Law Department
of the Institute of Law
of Kyiv National Economic University named after Vadym Getman, Ukraine*

The author explores schools of thought on the regulation of the relations related to the funds transfer and payment systems operation by the norms related to various branches of law and elaborates her own opinion on the place of legal norms that regulate the payment systems activity, in the system of law. Nowadays and in the future the state has the difficult task of organically combining public-law means of ensuring the effective and smooth functioning of the entire payment system of the state and private legal means of stimulating its development. Adequate regulation of the payment systems activity and the provision of payment services by norms of the special national legislation reflects the proper level of its reliability and safety.

As a social and economic infrastructure, the payment system realizes public and related private interests. Therefore, in general, the payment system satisfies public needs of the state, society, and individuals in the field of funds transfer. Due to steady satisfaction of the public financial interest on the funds transfer and circulation of cash flows the legal phenomenon “legal regulation of payment systems” can be regarded as one of the institutes of Financial Law.

It is concluded that taking into account different tasks of the legal regulation the relations related to the use of payment systems can simultaneously be subject to both financial, administrative, and civil legal regulation. Functioning of payment systems is mainly regulated by imperative legal norms. As a result, imperative empowering financial law norms support the development of initiatives in the field of financial and economic activity and contribute to improving the autonomy of economic entities of payment systems.

Місце правових норм, які регулюють діяльність платіжних систем, у системі права

Пожидаєва Марія Анатоліївна

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри фінансового права
Навчально-наукового інституту «Юридичний інститут»
ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана», Україна*

Вступ

Для задоволення поточних і перспективних потреб національної економіки у платіжних операціях, реалізації грошово-кредитної політики, а також забезпечення фінансової стабільності, підвищення якості, зручності та безпеки розрахунків особливого значення набуває правове регулювання організації та функціонування платіжних систем. В умовах динамічного технологічного розвитку платіжних інновацій (електронні гроші, інтернет-платежі, мобільні платежі, криптовалюти) постає не менш важливе питання щодо правового забезпечення всебічного застосування сучасних електронних платіжних засобів та електронної обробки платіжної інформації.

Проблематиці правового регулювання платіжних систем нормами різної галузевої належності присвячено не так багато досліджень учених-юристів. Зокрема, це наукові праці Є.О. Алісова, Т.К. Адабашева, К.І. Белякова, Д.О. Гетманцева, О.А. Лукашева, І.О. Трубіна, В.С. Цимбалюка, Т.О. Чернадчук та інших науковців, які розглядають лише окремі правові питання функціонування платіжних систем. Водно-

час для встановлення сутності фінансово-правового регулювання платіжних систем наукового матеріалу цих та інших авторів не є достатнім та потребує глибинно аналітичного вивчення цього питання.

Мета статті – визначити місце чинних правових норм, які регулюють діяльність платіжних систем, у системі права. Це пов'язано з тим, що на сьогодні та майбутнє перед державою стоїть складне завдання органічно поєднувати публічно-правові засоби забезпечення ефективного і безперебійного функціонування всієї платіжної системи держави та приватноправові засоби стимулювання її розвитку.

Виклад основного матеріалу

Традиційно до предмета фінансового права як самостійної галузі права включають публічні правовідносини, які виникають у сфері публічних фінансів, різних видів фінансової діяльності держави і органів місцевого самоврядування, а також можуть бути пов'язаними з публічними фондами коштів. Це є вузькою (багаторічно визначеною) концепцією фінансового права. Як завжди справедливо

зазначає Л.К. Воронова, у сучасних умовах розширення співвідношення українського законодавства і законодавства країн континентальної системи права межі фінансово-правового регулювання поступово змінюються¹. У зв'язку з цим разом із вузькою розвивається і широка концепція фінансового права, яка заснована на публічному інтересі і включає як державні, так і приватні фінанси. Тому через призму доктринального розуміння фінансового права слід звернути увагу на наукові погляди фінансистів Польщі, Чехії, Словаччини, які наголошують, що втручання публічного права у сферу регулювання фінансового ринку спрямоване на реалізацію грошового суверенітету та забезпечення ефективного функціонування фінансової системи загалом. У зв'язку з цим учені – фахівці у галузі фінансового права Польщі, Чехії, Словаччини вказують на можливість формування у складі особливої частини фінансового права такої окремої підгалузі, як право фінансового ринку².

У сучасних умовах стрімкого світового зростання числа безготівкових платежів, виникнення великої кількості інноваційних платіжних інструментів, а також нових суб'єктів, які можуть надавати послуги з переказу коштів, багато відносин у сфері здійснення платежів вийшли за межі наявного раніше національного нормативно-правового регулювання і потребують його суттєвого вдосконалення відповідно до вимог часу. А використання під час розрахунків таких окремих платіжних інструментів, як криптовалюта, сьогодні в багатьох країнах взагалі перебуває поза державним регулюванням.

Слід враховувати, що роль фінансового права діяє і в регулюванні публічної фінансової діяльності, яка опосередковується процесами, пов'язаними з використанням реальних (готівкових, безготівкових) і віртуальних (електронних, цифрових) грошей. З цієї причини фінансове право має виходити за межі публічного компонента фінансової системи, щоб поширювати свою дію і на діяльність інфраструктур фінансового ринку з метою забезпечення фінансової безпеки держави. Це пов'язано з тим, що дестабілізація фінансової системи держави, насамперед, підірве довіру суспільства до надавачів фінансових послуг, зокрема платіжних.

Будучи соціально-економічною інфраструктурою, платіжна система реалізує публічний інтерес і пов'язані з ним приватні інтереси, а отже, загалом задовольняє публічні потреби держави, суспільства, окремих осіб у сфері переказу коштів. Реалізація публічного інтересу є умовою реалізації приватних інтересів, а з іншого боку – публічний інтерес зу-

мовлений певними інтересами конкретних осіб³. В одній зі своїх постанов Велика Палата Верховного Суду справедливо визначила публічний інтерес як важливі для значної кількості фізичних і юридичних осіб потреби, які відповідно до законодавчо встановленої компетенції забезпечуються суб'єктами публічної адміністрації. Тобто публічний інтерес є не чим іншим, як певною сукупністю приватних інтересів⁴.

Поділяючи певні правові погляди науковців А.А. Нечай⁵, М.О. Перепелиці⁶, Н.Ю. Пришви щодо логічного розуміння публічного інтересу у фінансовому праві⁷, слід зазначити, що будь-яка платіжна система задовольняє визнані державою або органами місцевого самоврядування та забезпечені правом об'єктивні потреби суспільства щодо своєчасного та у повному розмірі переказу коштів, що є складовою обов'язковою дією в організації акумуляції, розподілу та використання публічних фінансових ресурсів. Наприклад, правовідносини у сфері діяльності платіжних систем опосередковано пов'язані з відносинами з мобілізації, розподілу та використання централізованих і децентралізованих публічних фондів коштів. Оскільки платіжні системи надають можливість і гарантують переміщення (переказ) коштів, то, відповідно, забезпечують циркуляцію грошових потоків у межах фінансової системи держави.

Поділяючи погляди С.В. Запольського⁸, слід зазначити, що сучасні відносини у сфері організації та здійснення платежів наповнюються все більше фінансово-правовим змістом через необхідність державного втручання за участю НБУ шляхом прийняття нормативно-правових актів у сфері регулювання платіжних систем, здійснення нагляду за платіжними системами, антикризового та антиризикового управління ними, контролю за створенням платіжних інструментів і забезпечення безпеки платежів. У разі виявлення збоїв у роботі платіжних систем під час кризових періодів НБУ може застосовувати стимулюючі заходи (наприклад, рефінансування на кредитній основі) або стримуючі (наприклад, запровадження тимчасових обмежень надання окремих видів платіжних послуг).

Наприклад, фінансисти Польщі, Чехії, Словаччини наголошують, що завдяки цілісності фінан-

³ Дмитренко Е.С. Особливості співвідношення публічного і приватного інтересу у фінансовому праві. Науковий часопис Національної академії прокуратури України. 2016. № 2. С. 91.

⁴ Категорія справи №810/2763/17 : Постанова Великої Палати Верховного Суду. Оприлюднено: 19.02.2019. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/79883398>.

⁵ Нечай А.А. Правове регулювання публічних фінансів та публічних витратків. 2-е вид. Чернівці : Рута, 2006. С. 21.

⁶ Перепелиця М.О. Публічний інтерес як мета діяльності суб'єктів фінансового права. Вісник Національної академії правових наук України. 2009. № 2. С. 114–115.

⁷ Пришва Н.Ю. Правове регулювання публічних доходів. Вісник Київського національного університету. 2005. Вип. 63–64. (Юридичні науки). С. 71.

⁸ Запольский С.В. О модернизации доктрины российского финансового права. Финансовое право. 2008. № 4. С. 16.

¹ Фінансове право : навч. посіб. / Л.К. Воронова, Н.Ю. Пришва, Н.Я. Якимчук та ін. / за заг. ред. проф. Н.Ю. Пришви. Київ : Видавництво «Ліра-К», 2018. С. 10–11.

² System of Financial Law: General Part: Conference Proceedings / Petr Mrkúvka. Mrkúvka (ed.). 1st ed. Brno: Masaryk University, Faculty of Law, 2015. Publications of the Masaryk University, theoretical series, edition Scientia; file № 514. P. 23–24, 31–32, 38.

сового права можна досягти якісного правового регулювання фінансових та інших публічних заходів держави, які могли б правильно працювати з причинами і наслідками криз⁹. Повністю погоджуючись із науковою позицією А.А. Нечай щодо державної гарантії захисту інтересів фізичних і юридичних осіб під час розгортання в країні фінансової кризи¹⁰, варто зазначити, що держава повинна забезпечувати правильну роботу як фінансової системи взагалі, так і банківської системи і платіжних систем зокрема, шляхом їх особливого правового регулювання, що має яскравий прояв у періоди нестабільності чи фінансово-економічних криз.

Поділяючи погляди О.В. Турбанова¹¹, справді, можна стверджувати, що, на відміну від інших сфер господарської діяльності, де превалюють приватноправові методи впливу, забезпечення стійкості і сталого розвитку фінансового сектору, зокрема платіжних систем і банківської системи, досягається за допомогою, по-перше, його публічно-правового регулювання, а по-друге – інструментів приватно-правового регулювання, а також саморегулювання. Фінансово-правове регулювання платіжних систем є обґрунтованим для запобігання кризі неплатежів, запобігання втраті ліквідності окремими учасниками платіжних систем, виявлення нетранспорентності діяльності платіжних систем, забезпечення диверсифікації ризиків у платіжних системах і безпеки платежів, а також здійснення оверсайта (нагляду) платіжних систем. Особливо, як вище зазначено, це набуває неабиякого значення у періоди нестабільності, що створює загрозу національній безпеці держави.

Сучасний розвиток платіжної інфраструктури України відбувається шляхом приведення законів України та нормативно-правових актів НБУ у відповідність до міжнародних та європейських стандартів.

З врахуванням негативних наслідків світової фінансової кризи 2008 року міжнародними фінансовими організаціями були розроблені, вдосконалені та прийняті відповідні міжнародні стандарти. Вони мають вигляд рекомендацій для інфраструктур фінансового ринку, зокрема платіжних систем, а також центральних банків. Від правильності та однозначності трактування цих стандартів залежить досконалість національного законодавства у сфері регулювання платіжних систем.

У світовій практиці прикладами загальновищезначаних і відомих стандартів можна назвати принципи Базелю III (Basel III), Комітету з платіжних і

розрахункових систем (CPSS) Банку міжнародних розрахунків (BIS) та Ради Міжнародної організації комісій з цінних паперів (IOSCO), які надають можливість ефективно діагностувати, запобігати розвитку системних ризиків та оцінювати реальну і потенційну дію криз на фінансовий сектор та учасників загалом шляхом проведення ефективного консолідованого нагляду з метою досягнення стійкості платіжних систем до макроекономічних шоків (фінансових криз).

Також для забезпечення процесу безперервного руху коштів міжнародними фінансовими організаціями CPSS – IOSCO були прийняті єдині основоположні засади, на яких у світі ґрунтується правильна робота системно важливих платіжних систем, центральних депозитаріїв цінних паперів, систем розрахунків цінними паперами, центральних контрагентів і торгових репозиторіїв як у межах фінансової системи однієї країни, так і під час здійснення транскордонних і мультивалютних платіжних операцій. При цьому слід зазначити, що в державах-членах Європейського Союзу (далі – ЄС) дотримання окремих із цих стандартів є обов'язковим не тільки для системно важливих роздрібних платіжних систем (systemically important retail payment systems (SIRPS)), але і для тих систем, які мають суттєву значимість (prominently important retail payment systems (PIRPS)), а також для інших роздрібних платіжних систем (other retail payment systems (ORPS))¹². У зв'язку з цим Євросистема центральних банків визначила у межах стандартів для роздрібних платіжних систем умови, яким повинні відповідати ці системи, що відіграють важливу (суттєву) роль в обробленні і проведенні роздрібних платежів. Оскільки настання збоїв у таких платіжних системах може мати серйозні економічні наслідки та надалі підірвати довіру населення до платіжних систем і національної валюти загалом.

Універсальність зазначених вище міжнародних стандартів полягає в описі та поясненні керівних вказівок щодо виявлення, контролю, зменшення та управління ризиками, які можуть провокувати системні збої у платіжних системах, з метою вироблення єдиного розуміння основних цілей і завдань оверсайта (нагляду) платіжних систем. При цьому слід враховувати особливості розвитку національних економік.

В умовах євроінтеграції України цікавою є уніфікація правового регулювання платіжних послуг у межах Договору про функціонування ЄС [7]¹³ та

⁹ System of Financial Law: General Part: Conference Proceedings / Petr Mrkúvka. Mrkúvka (ed.). 1st ed. Brno: Masaryk University, Faculty of Law, 2015. Publications of the Masaryk University, theoretical series, edition Scientia; file № 514. P. 23–24.

¹⁰ Нечай А.А.. Державне регулювання фінансово-економічної кризи: можливо чи необхідно? Право України. 2009. № 6. С. 153.

¹¹ Турбанов А.В. Антикризисные механизмы в банковской системе. Банковское право. 2012. № 1. С. 3.

¹² Regulation of the ECB (EU) № 795/2014 of 3 July 2014 on oversight requirements for systemically important payment systems (ECB/2014/28). Official journal of the European Union, L217. URL: https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/oj_jol_2014_217_r_0006_en_txt.pdf. Revised oversight framework for retail payment systems, ECB. URL: https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/Revised_oversight_framework_for_retail_payment_systems.pdf.

¹³ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union. Official journal of the European Union, C326/01. Електрон. дані. 26.10.2012. Р. 200. URL: http://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/c_32620121026en.pdf.

відповідних регламентів, директив ЄС, присвячених цій сфері. Зокрема, ч. 2 ст. 63 цього Договору передбачено, що на території держав-членів ЄС забороняються будь-які обмеження на рух капіталу (принцип свободи руху платежів) між державами-членами та між державами-членами та третіми країнами.

Для гармонізації платежів на території всієї Європи з використанням загальних єдиних процедур і стандартів для платежів в євро, які не залежатимуть від кордонів та особливостей місцевого фінансового регулювання, було запроваджено Єдиний європейський платіжний простір SEPA (Single Euro Payments Area) на правовій основі Директиви 2007/64/ЄС Європейського парламенту та Ради від 13 листопада 2007 року про платіжні послуги на внутрішньому ринку (Payment Services Directive, PSD)¹⁴. Згідно з цією Директивою SEPA – це єдина зона платежів в євро, в якій ліквідована різниця між внутрішніми і міжнародними платежами у валюті євро. Фізичні та юридичні особи мають можливість вільно здійснювати перекази коштів, використовуючи SEPA, яка скасувала розподіл європейського платіжного ринку національними кордонами. Наприклад, кожен споживач в ЄС може користуватися безготівковими платіжними послугами у своїй країні за тими ж тарифами і так само доступно, як і в усіх інших країнах – учасницях євросони, незалежно від технологій та обладнання, які застосовуються під час надання цих послуг.

Сьогодні замість зазначеної вище чинною є Директива (ЄС) 2015/2366 Європейського Парламенту та Ради від 25 листопада 2015 року про платіжні послуги на внутрішньому ринку (PSD 2), що змінює директиви 2002/65/ЄС, 2009/110/ЄС і 2013/36/ЄС та Регламент (ЄС) № 1093/2010.¹⁵ Відносини, пов'язані з функціонуванням електронних грошей в ЄС, уніфіковано регулюються Директивою 2009/110/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 16 вересня 2009 року про започаткування та ведення діяльності установ щодо роботи з електронними грошима та пруденційний нагляд за ними¹⁶.

Отже, через відповідну уніфікацію та стандартизацію правил переказу коштів, а також здійснення транскордонних платежів, окремі вчені виділяють

у контексті міжнародного фінансового права – міжнародне платіжне право¹⁷, а у складі предмета банківського права – відносини, які виникають у сфері платіжного права¹⁸. Важко погодитись із такими концепціями платіжного права. Оскільки відносини, пов'язані з функціонуванням платіжних систем, вони виникають на «стику» неоднорідних галузей права, а отже, можуть бути предметом регулювання таких галузей права, як фінансове, адміністративне, цивільне. У теорії права таке явище переважно розглядається як комплексна регламентація правовідносин¹⁹. З цього приводу серед науковців-юристів упродовж тривалого часу є різні дискусії, які залишаються актуальними і сьогодні.

Як справедливо зазначає Д.О. Гетманцев, якщо для класичних фінансово-правових відносин характерний жорсткий імперативний метод владних розпоряджень, що не допускає оперативної самостійності сторін, то під час регулювання відносин «на стику» галузі фінансового права з правом цивільним інваріантність поведінки сторін допускається²⁰. Наприклад, у цілому регулювання відносин, які складаються у сфері самої організації та функціонування платіжних систем, здійснюється державою в особі особливого центрального органу державного управління – Національного банку України, – на рівні закону та його нормативно-правових актів за допомогою імперативного методу. Платіжні організації платіжних систем, учасники платіжних систем та оператори послуг платіжної інфраструктури мають право здійснювати діяльність в Україні виключно після їх реєстрації Національним банком (далі – НБУ). При цьому НБУ визначає порядок здійснення в Україні маршрутизації, клірингу та взаєморозрахунків між учасниками платіжної системи за операціями, які здійснені в межах України із застосуванням платіжних карток, емітованих банками-резидентами; веде реєстр платіжних систем, систем розрахунків, учасників цих систем та операторів послуг платіжної інфраструктури; здійснює нагляд (оверсайт) платіжних систем і систем розрахунків тощо. Всі ці названі вище відносини між платіжними системами і НБУ є фінансово-правовими. Водночас відносини між учасником / членом платіжної системи (юридичною особою) та платіжною організацією платіжної системи регулюються на підставі укладеного ними договору про надання послуг користувачам платіжної системи щодо проведення переказу коштів за допомогою цієї системи, а відносини між користувачами (споживачами платіжних послуг) платіжної системи

¹⁴ Directive 2007/64/EC of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on payment services in the internal market amending Directives 97/7/EC, 2002/65/EC, 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 97/5/EC. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32007L0064>.

¹⁵ Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32015L2366>.

¹⁶ Директива 2009/110/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 16 вересня 2009 року щодо започаткування та здійснення діяльності установами – емітентами електронних грошей та пруденційний нагляд за ними, що вносить зміни до Директиви 2005/60/ЄС та 2006/48/ЄС та скасовує Директиву 2000/46/ЄС. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a18.

¹⁷ Петрова Г. В. Международное финансовое право: учебник для вузов. М.: Изд. Юрайт, Высшее образование, 2009. С. 304.

¹⁸ Шумилов В. М. Международное финансовое право: понятие, предмет, система. Внешнеэкономический бюллетень. 2005. № 6. С. 70.

¹⁹ Поленина С.В. Комплексные правовые институты и становление новых отраслей права. Правоведение. 1975. № 3. С. 74-75.

²⁰ Гетманцев Д.О. Об'єкт фінансово-правового зобов'язання. Юридичний журнал. № 2. 2010. URL: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3425>.

та учасниками самої платіжної системи складаються шляхом здійснення ними відповідних правочинів. Такі відносини, без сумніву, регулюються нормами цивільного права.

Підставою виникнення правовідносин у сфері руху / переказу коштів від платників до їх отримувачів можуть бути цивільні, господарські, адміністративні, кримінальні, трудові, податкові, бюджетні правовідносини. Отже, усі останні правовідносини з переліку є первинними та першопричиною для розрахункових правовідносин, які, у свою чергу, є похідними та необхідним наслідком для виконання грошових зобов'язань. Поділяючи наукову позицію Б.А. Яськова²¹, слід зазначити, що саме регламентація механізму здійснення платежів, незалежно від правової природи зобов'язань та форми власності платника й отримувача коштів, завжди має фінансово-правову природу. Як уже зазначалось вище, це пояснюється тим, що банк або небанківська установа (учасник платіжної системи) забезпечує переказ коштів згідно з імперативними вимогами НБУ у сфері здійснення розрахунків, який їх спеціально розробляє та затверджує.

Учасники, які об'єдналися у платіжну систему в процесі переказу коштів, набувають прав та обов'язків на підставі укладених із платіжною організацією договорів і відповідно до правил, установлених не державою, а тією ж платіжною організацією платіжної системи з урахуванням вимог нормативно-правових актів і потреб користувачів платіжних послуг (див. п. 9.2 ст. 9 Закону України «Про платіжні системи і переказ коштів в Україні»).

Враховуючи слушну думку С.С. Алексєєва про визначення імперативних норм²², слід вказати, що правила платіжної системи можна вважати своєрідними локальними категоричними приписами, які не можуть бути замінені на розсуд учасників платіжної системи іншими умовами їхньої поведінки, за винятком внесення платіжною організацією платіжної системи змін до цих правил. Зокрема, порядок легітимації правил кожної платіжної системи шляхом узгодження їх з НБУ передуює подальшій реєстрації такої платіжної системи шляхом унесення відомостей про неї до Реєстру. Це дає змогу зробити висновок, що ці правила мають ознаки локального правового акту нормативного характеру. Вони містять правові норми, які розробляються, приймають-

ся і затверджуються платіжною організацією цієї платіжної системи, узгоджуються з НБУ, встановлюють загальні правила регулювання однотипних відносин у цій платіжній системі, розраховані на тривале застосування та не мають конкретного адресата.

Відносини, які виникають між платіжною організацією певної платіжної системи і НБУ під час узгодження з останнім правил платіжної системи, відчують на собі імперативно-регулюючий потенціал адміністративно-правового регулювання. Наприклад, Д.М. Бахрах вважає, що в адміністративному праві як у фундаментальній галузі міститься вихідна правова матерія, що тією або іншою мірою використовується в ряді інших галузей: фінансовому, земельному, екологічному, трудовому²³.

Для вирішення можливих моментів загроз порушення безперервності, безпеки, миттєвого доступу до платіжної системи і здійснення платежів у режимі реального часу платіжною організацією закріплені у розроблених нею правилах, які затверджені у встановленому державним регулятором порядку, можливості активації публічних фінансово-правових засобів, серед яких важливими є повноваження контролю у рамках управління платіжними ризиками і процедури застосування заходів відповідальності за порушення законодавства у платіжній сфері.

Висновки

Отже, діяльність платіжних систем регулюється переважно імперативними правовими нормами. Ці норми виступають у формі категоричних приписів, що виключають зміну умов норми за волевиявленням суб'єктів правовідносин щодо переказу коштів. При цьому уповноважуючі (правонаділяючі) норми фінансового права (за своєю природою є імперативними) підтримують розвиток ініціативи у фінансово-господарській діяльності та сприяють підвищенню самостійності господарюючих суб'єктів платіжних систем.

Отже, публічною метою стабільного функціонування всієї платіжної системи держави є безперебійна робота загалом фінансової системи цієї країни. Тому через неухильне задоволення публічного фінансового інтересу щодо переказу коштів і циркуляції грошових потоків «правове регулювання платіжних систем» можна розглядати як один з інститутів фінансового права.

²¹ Яськів Б.А. Правове регулювання грошового обігу в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Класичний приватний університет. Запоріжжя, 2016. С. 18–19.

²² Алексєєв С.С. Общая теория права : в 2-х т. Москва : Юридическая литература, 1981. Т. 2. С. 75.

²³ Бахрах Д.Н. Административное право : учебник. 3-е изд., пересмотр. и доп. Москва : Норма, 2008. С. 73.

Persons who can not be representatives in the administrative process (legal proceedings)

Prykhodko Oleksandr

*A scholar of the Department of Administrative and Customs Law
of the University of Customs and Finance, Ukraine*

The article characterizes the persons who cannot be representatives in the administrative process (legal proceedings). The current legislation is analyzed, and a comprehensive list of persons who cannot be representatives in the administrative legal proceedings is defined. The attention is drawn to the fact that the restrictions on representation are provided by material and procedural law. The criteria for limiting the right of individuals for representation in the administrative process have been established. These are: participation in a legal case with various procedural status, representation of another person whose interests conflict with the interests of its principal in this legal case (including the termination of such representation), occupation of relevant job positions. Exceptions for anticipated constraints are considered, and their practical application is described.

The lack of procedural ensuring for the implementation of anticorruption restriction to represent the interests of other persons after the termination of activities related to performance of state and local government functions is determined. In this regard, their ineffectiveness is emphasized. It has been proved that the only possible and effective way of ensuring the implementation of this restriction as a factor in counteracting corruption is to assign control over its observance to the authorities of administrative court.

It has been substantiated that the restriction of the right of individuals to be representatives in the administrative process (legal proceedings) makes it possible to combine various procedural statuses and aims at ensuring equality of participants in the process, inadmissibility of cases of pressure on the court, violation of rights and interests of individuals and legal entities, including the results of representatives' actions, as well as ensuring the implementation of the tasks of administrative justice.

Drawbacks and gaps in the procedural legislation on limitation of being representatives in the administrative process have been established; therefore, amendments and additions to the provisions of the Code of Administrative Legal Proceedings of Ukraine have been offered.

Introduction

The implementation of a complex theoretical, legal and practical study of the legal status of a representative in an administrative process (legal proceedings) necessarily involves the need to establish all persons who may be representatives in accordance with administrative procedural law. In the Code of Administrative Judicial Procedure of Ukraine (further on referred to as the CoAJ of Ukraine), alongside with the definition of persons who may be representatives (Article 57), certain restrictions are provided for the participation of these persons as representatives in a particular administrative case. Thus, both imposed restrictions on the representation and the list of those persons who cannot be representatives require detailed analysis.

Analysis of Recent Scientific Research and Publications

Some issues on the composition and legal status of persons who may be representatives in the administrative process (legal proceedings) are investigated by such theoreticians as O.V. Agieiev, O.V. Anpilohov, V.M. Bevzenko, A.Y. Broda, I.I. Ditkevych, M.V. Dzafarova, V.S. Zaiets, S.V. Kivalov, T.O. Kolomoiets, V.K. Kolpakov, A.T. Komziuk, I.B. Koliushko, O.V. Kuzmenko, R.O. Kuibida,

Y.O. Lysenko, S.H. Stetsenko and many others. At the same time, there is almost no analysis of the prohibitions and restrictions on representation, the admission of some representatives to participate in legal case as established by current legislation in scientific papers. Thereby, **the purpose of the article** is to investigate legal prohibitions and restrictions on the representation as well as characteristics of persons who cannot be representatives in the administrative process (legal proceedings).

Presentation of Basic Material

According to Article 58 of the CoAJ of Ukraine, the following persons cannot be the representatives:

- 1) a person who participates in the legal case as a secretary of a court session, an expert, a specialist, a translator and a witness, or as an assistant to the judge examining the case;
- 2) a person who represents or represented another person in this case, whose interests within this case contradict the interests of its principal;
- 3) judges, prosecutors, investigators, employees of the units conducting operative search activity, with certain exceptions¹.

In fact, the provisions of this article (in particular, Part 1 and Part 3) limit the possibility of combining

¹ Kodeks administratyvnoho sudochynstva Ukrainy vid 06.07.2005 № 2747-IV / Verkhovna Rada Ukrainy. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. 2005. № 35, / 35-36/, 37. St. 446.

several statuses by one person (who participates in a particular case).

We consider it necessary to dwell on their characteristics in detail.

The analysis of the list of persons specified in Part 1 of Article 58 of the CoAJ of Ukraine indicates that, in their procedural status, all of them are participants in the trial (Article 61 of the CoAJ of Ukraine). The authors of scientific-practical commentary of the CoAJ of Ukraine edited by S.V. Kivalov point out that the failure to perform the functions of a judicial representative may be either absolute or relative². Moreover, the inability to be a representative of persons established in Part 1 of Article 58 of the CoAJ of Ukraine, according to the proposed understanding, is absolute, which means that there are no exceptions to it, including being a legal representative.

At the same time, the comparison of the lists of other participants in the case listed in Part 1 of Article 58 and Article 61 of the CoAJ of Ukraine makes it possible to assert that the restriction on being a representative does not apply to all other parties of the trial. Thus, it does not concern a court administrator (Article 64 of the CoAJ of Ukraine) and a legal expert (Article 69 of the CoAJ of Ukraine). It is noteworthy that in the previous edition of the CoAJ of Ukraine, this restriction didn't spread to a court administrator.

The activity of the court administrator is auxiliary. Moreover, according to the decision of the presiding judge, he "may" be involved into the trial (Part 1 of Article 64 of the CoAJ of Ukraine), and, in the absence of the latter in the court session, his functions are performed by the secretary of the court session (Part 4 of Article 64 of the CoAJ of Ukraine). It is not by chance there are assertions that the institution of the court administrator in the administrative legal process of Ukraine does not justify itself, and the coefficient of the useful effect of the service of the court administrators is extremely low and, in accordance with this proposal to return most of the functions of the court administrator to the secretary of the court session are expressed³. We believe that non-presence of a court administrator is a misconception of the restriction of being a representative.

Absence of a legal expert in Part 1 of Article 58 of the CoAJ of Ukraine can be tried to explain by means of its recent appearance among other participants in the trial. However, the analysis of his procedural rights and obligations (Article 69 of the CoAJ of Ukraine) aims at the need to extend and restrict him from being a representative. Thereby, in order to overcome this legal gap, we offer to add the words "court administrator" after the words "secretary of a court session", as well as "expert on law" after the words "secretary of a court session" in Part 1 of Article 58 of the CoAJ of Ukraine.

² Kodeks administratyvnoho sudochynstva Ukrainy / Za red. S. V. Kivalova, O. I Kharytonovoi ta in. H. : Odissei, 2005. 552 s. (S. 150).

³ Mykhailov O.M. Pravovyi status inshykh uchasyukiv administratyvnoho sudochynstva v Ukraini: avtoref. dys... kand. yuryd. nauk: 12.00.07. Nats. Un-t "Odeska Yurydychna Akademiia". Odesa, 2015. 22 s. S. 9.

Another novelty in Part 1 of Article 58 of the CoAJ of Ukraine lies in the proliferation of restrictions on being a representative for the assistant judge hearing the case.

Taking into account that the assistant judge provides for the preparation and organizational provision of the court proceedings (Part 1 of Article 62 of the CoAJ of Ukraine) including exercising the powers of the secretary of the court session (Part 3 of Article 62 of the CoAJ of Ukraine), the inclusion of an assistant to this list is a positive step.

The criterion according to which a court clerk, a court officer, an expert, a legal expert, a specialist, a translator and a witness cannot be representatives is a "participation in a legal case". It also concerns a court assistant, if he is an assistant to the judge examining the case (considering that this criterion extends to those judges who are members of the panel of judges).

We agree that the listed persons may be representatives in the administrative court in the cases when they do not perform the mentioned functions⁴.

In accordance with Part 2 of Article 58 of the CoAJ of Ukraine, a person may not be a representative if he or she represents or represented another person, whose interests in this case are contrary to the interests of the principal⁵. This provision has appeared only in a new edition of the CoAJ of Ukraine and therefore, we are going to emphasize the following. Firstly, this part also refers to the restrictions of being a representative in a particular case.

Secondly, both the continuing representation and the suspended representation are taken into account. In this case, the key criterion is the fact of staying in the relations of representation with another person taking part in this case. The time of emergence and termination of relations of representation already during the trial or even before the claim to court is not specified.

Thirdly, this restriction applies only to simultaneous representation of several persons or the termination of representation of one person and the transition to another one in the case when the interests of their trustees (or the previous and subsequent trustees) contradict each other.

In the other case, the simultaneous representation of several participants in the case is allowed, which is directly provided in the provisions of Part 4 of Article 57 of the CoAJ of Ukraine.

The only the question of determination whether there is a conflict of interest between the relevant parties to the case is unresolved. It is unknown who establishes it and in what order. It is not affordable to discuss the automatic action of amendment to Part 2 of Article 58 of the CoAJ of Ukraine, since sometimes it is quite difficult to accurately determine the correlation of the interests

⁴ Kurs administratyvnoho protsesualnoho prava Ukrainy. Zahalna chastyna: pidruchnyk / S.V. Kivalov, I.O. Kartuzova, A.Y. Osadchyi. Odesa : Feniks, 2014. 342 s. (P. 195).

⁵ Kodeks administratyvnoho sudochynstva Ukrainy vid 06.07.2005 № 2747-IV / Verkhovna Rada Ukrainy. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. 2005. № 35, / 35-36/, 37. St. 446.

of some of the participants in the case, for instance, those of third parties who do not declare independent claims on the subject of the dispute between themselves, between the plaintiff and the defendant, etc.

A Part 4 of Article 60 of the CoAJ of Ukraine establishes that in the case of termination of powers of a representative to carry out representation within a legal case, he cannot be a representative of the other party, a third person of the other party or a third person with independent requirements for the subject of the dispute in the same case⁶. However, this applies only to the case of termination of representation; hence the provision of Part 2 of Article 58 of the CoAJ of Ukraine is wider.

Similar requirements are provided by the Law of Ukraine “On Advocacy and Lawyering”, which the lawyer as a representative must adhere to. So, according to Article 22 of this Law in such cases (as the changes of the principal) the requirements of lawyer's secrecy are taken into account. Also, according to Paragraph 2 of Part 1 of Article 28 of the Law of Ukraine “On Advocacy and Lawyering”, the lawyer is prohibited from concluding an agreement on the has participated in the relevant proceeding, and this is the reason for his removal in accordance with the procedural law (paragraph 3); a lawyer provides legal provision of legal assistance, and he is obliged to refuse to execute an agreement provided by a lawyer, law office or advocacy association, in the case if: the lawyer assistance to another person whose interests may conflict with the interests of the person who applied for the conclusion of a contract for the provision of legal assistance (paragraph 7)⁷. In this case, the lawyer independently determines if the interests of the relevant participants conflict inside the case; additionally, the lawyer will be aware of the interests and legal position of such participants in the case.

Altogether, taking into account that other persons may also be representatives in the administrative process, except for lawyers, the requirements of Part 2 of Article 58 of the CoAJ of Ukraine are fully justified and aimed at preventing cases of abuse of representatives by their provisions, violation of the rights, freedoms and interests of persons, and the ineffectiveness of their judicial protection.

In Part 3 of Article 58 of the CoAJ of Ukraine, which has not been edited, it refers to the restriction of certain persons to be represented as a result of conflicts of interest in connection with the occupations of certain positions (judges, prosecutors, investigators, etc.). It is worthwhile to dwell on the definition of these positions.

In accordance with Part 1 of Article 52 of the Law of Ukraine “On the Judiciary and Status of Judges”, “a judge is a citizen of Ukraine, who is appointed by a judge in accordance with the Constitution of Ukraine

and this Law; he holds a full-time judicial position in one of the courts of Ukraine and performs justice on a professional basis”⁸.

This concept should take into account the judges of Constitutional Court of Ukraine appointed to office in accordance with the Constitution of Ukraine⁹ and the Law of Ukraine “On the Constitutional Court of Ukraine”¹⁰. In one of the commentaries to this article of the previous edition of the CoAJ of Ukraine, it was stated that based on the purposes of the article, it can be concluded that the term “judge” does not include people's assessors, jurors, arbitrators¹¹.

A Part 1 of Article 15 of the Law of Ukraine “On Prosecutor's Office” provides a list of persons who are prosecutors of the prosecutor's office, including, in particular, the Attorney General; his first deputy and deputies, including the Deputy Prosecutor General – Chief Military Prosecutor; Deputy General Prosecutor – Head of the Specialized Anti-Corruption Prosecutor's Office; heads of regional and local public prosecutors, their first deputies and assistants¹², etc.

According to Paragraph 17 of Part 1 of Article 3 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, an investigator is an official of the body of the National Police, a security body, a body supervising the observance of tax legislation, a body of the State Bureau of Investigations, a body of the State Penitentiary Service of Ukraine, detectives' department, an internal control unit of the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine, authorized within the limits of the competence envisaged by this Code to carry out pre-trial investigation of criminal offenses¹³.

The employees of the units conducting operative-search activity can be defined as officials of the units authorized to carry out operative-search activity. So, in Part 1 of Article 5 of the Law of Ukraine “On Operative-Search Activity” for each law-enforcement body, the following units are defined; for instance, there are units of criminal and special police in the National Police; units of internal security in the State Bureau of Investigations, providing personal security, etc.¹⁴

⁸ Pro sudoustrii i status suddiv: Zakon Ukrainy vid 02.06.2016 № 1402-VIII / Verkhovna Rada Ukrainy. Informatsiia Verkhovnoi Rady Ukrainy. 2016. № 31. St. 545.

⁹ Konstytutsiia Ukrainy vid 28.06.1996 № 254k / 96-VR / Verkhovna Rada Ukrainy. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. 1996. No. 30. St. 141.

¹⁰ Pro Konstytutsiinyi Sud Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 13.07.2017 r. № 2136-VIII / Verkhovna Rada Ukrainy. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. 2017. № 35. St.376.

¹¹ Telipko V.E. Naukovo-praktychnyi komentar Kodeksu administratyvnoho sudochynstva Ukrainy. K. : Tsentri uchbovnoi literatury, 2011. 704 s. (S. 174).

¹² Naukovo-praktychnyi komentar Kodeksu administratyvnoho sudochynstva Ukrainy stanom na 3.09.2014 / T.O. Mazelyk, S.T.Honcharuk, A.I.Subbot. K. : “Tsentri uchbovnoi literatury”, 2014. 520 s. (S. 100).

¹³ Pro prokuraturu: Zakon Ukrainy vid 14.10.2014 r. № 1697-VII / Verkhovna Rada Ukrainy. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. 2015. № 2-3. St. 12.

¹⁴ Kryminalnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy vid 13.04.2012 r. №. 4651-VI / Verkhovna Rada Ukrainy. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. 2013. №9-10, № 11-12, №13. St. 88.

¹⁵ Pro operatyvno-rozshukovu diialnist: Zakon Ukrainy vid 18.02.1992 r. № 2135-XII / Verkhovna Rada Ukrainy. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. № 22. St. 303.

⁶ Kodeks administratyvnoho sudochynstva Ukrainy vid 06.07.2005 № 2747-IV / Verkhovna Rada Ukrainy. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. 2005. № 35, / 35-36/, 37. St. 446.

⁷ Pro Advokaturu ta advokatsku diialnist: Zakon Ukrainy vid 05.07.2012 № 5076-VI / Verkhovna Rada Ukrainy. Informatsiia Verkhovnoi Rady Ukrainy. 2013. № 27. St. 282.

There are two cases in which these officials can be representatives in the administrative process, namely:

- when acting on behalf of the relevant authorities that is a party or a third party in the legal case;
- when they are legal representatives of a party or a third party.

It is more likely that in the first case this is a question of self-representation, when an official is a head of the relevant body and acts on his behalf in accordance with Part 1, 4 of Article 55 of the CoAJ of Ukraine. These persons (with the exception of the prosecutor) cannot be representatives of the respective bodies (at least after January 1, 2020), which follows from the provisions of Part 4 of Article 131², Paragraph 2 of Sub-Paragraph 11 of Paragraph 16¹ of Transitional Provisions of the Constitution of Ukraine and Article 57 of the CoAJ of Ukraine. Therefore, this case should be considered solely as self-representation, for instance, the head of the court, as the leader, may represent this court in legal cases. In this regard, the provisions of Part 3 of Article 58 of the CoAJ of Ukraine do not take into account the changes that have taken place with regard to representation.

In the second case, it is allowed to involve these officials into participation in the case as legal representatives in accordance with Article 56 of the CoAJ of Ukraine.

From the analysis of legislation in the field of prevention of corruption, it is clear that in addition to the investigated prohibitions and restrictions on representation, there are also additional ones established in order to prevent corruption and corruption-related offenses. Thus, in accordance with Paragraph 3 of Part 1 of Article 26 of the Law of Ukraine “On Prevention of Corruption” to persons authorized to perform functions of the state or local self-government, specified in Paragraph 1 of Part 1 of Article 3 of this Law, who have quit or otherwise ceased the activities related to the performance of state or local government functions, it is prohibited, within the course of a year from the day of termination of the relevant activity, to represent the interests of any person in legal cases (including those that are considered in the courts) in which the other party is the body, enterprise, institution, organization in which they were working at the time of termination of the mentioned activity¹⁵.

By its very nature, this provision is a restriction after the termination of activity related to the exercise of the functions of the state, local self-government and is characterized by the following. In the methodological recommendations “Prevention and Counteraction of Corruption in State and Local Self-Government Bodies” developed by the Ministry of Justice of Ukraine it is noted that by its nature, mentioned preventive mechanism is aimed at minimizing the risks of a conflict of interests in the transition of an employee to another

occupation that is not related to the performance of state functions; minimizing cases when a person in an unlawful manner creates a particularly favorable conditions for institutions, enterprises, organizations, where he is planning to work after leaving public service job, or uses official information or other possibilities of his former position on a new job (Paragraph 8)¹⁶.

Returning to the characteristics of the restriction mentioned above, we consider it necessary to pay attention to the following. Firstly, this ban applies to all courts, including administrative ones and, accordingly, any court cases, both new and those already pending in the courts.

Secondly, the prohibition has a fixed duration and is valid for one day after the termination of the relevant activity. Furthermore, the effect of this prohibition, within the established deadline, applies to all bodies, enterprises, institutions, organizations in which the person has worked and ceased working. For instance, the person was working as a civil servant in the Dnipropetrovsk Regional State Administration and ceased working on September 15, 2017 with this ban lasting until September 15, 2018. After that, the person has been employed as a local government employee in the Dnipropetrovsk Regional Council and ceased working on January 15, 2018, so this prohibition will be valid until January 15, 2019. Therefore, this person will be simultaneously prohibited from representing the interests of any person in cases in which the party is both Dnipropetrovsk Regional State Administration and Dnipropetrovsk Regional Council for a certain time (from January 16, 2018 to September 15, 2018). Thus, such prohibitions may be more than in the example given, since its number depends on the number of jobs of this person.

Thirdly, the prohibition extends to the cases in which the other party is the body, enterprise, institution, organization in which such person has worked and ceased working. We should take into account that the parties in the administrative process are the plaintiff and defendant (Part 1 of Article 46 of the CoAJ of Ukraine), this prohibition applies to the cases in which such a body, enterprise, institution, organization is a plaintiff or a defendant. Consequently, in the case of their participation in the legal case as a third person, regardless of whether they are claiming independently regarding the subject matter of the dispute (Part 1, Article 2, Article 49 of the CoAJ of Ukraine), this prohibition does not apply.

It should be also agreed that mentioned restriction helps to prevent the former official from using his networking in an unfair manner while performing his representative activity. This rule, for instance, is crucial for those lawyers, among whom the practice

¹⁵ Pro zapobihannia koruptsii: Zakon Ukrainy vid 14.10.2014 No. 1700-VII / Verkhovna Rada Ukrainy. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. 2014. № 49. St. 2056.

¹⁶ Zapobihannia I protydiia koruptsii v derzhavnykh orhanakh ta orhanakh mistsevoho samovriaduvannia: metodychni rekomendatsii ministerstva yustytzii Ukrainy vid 16.10.2013 r. URL : <https://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/n0020323-13> (data zvernennia : 01.02.2019 r.).

of representing the interests of citizens or legal entities after the termination of the civil service or work in law enforcement and controlling structures, including in the process of advocacy (Paragraph 8)¹⁷.

Another specific characteristic connected with the implementation of this restriction is the absence of any liability for its violation. Thus, in the scientific- practical commentary of the Law of Ukraine "On Prevention of Corruption", it is highlighted that the administrative responsibility of former persons authorized to perform functions of the state or local self-government is not established for violation of the prohibitions provided in Article 26 of the Law¹⁸.

The authors of another scientific-practical commentary to the Law of Ukraine "On Prevention of Corruption" also indicate that current legislation does not provide for legal liability for violations by former employees of the prohibition to represent the interests of any person in cases in which the other party is an authority, enterprise, institution or the organization where they worked before. We can assume that in this case it goes about negative procedural consequences (if there has been a representation of interests in court)¹⁹, but these potential consequences are not investigated directly.

Contrary to the prohibition mentioned, in the case of representation, as it is emphasized in written sources, it should be spoken about the urgency of certain procedural consequences and procedural obstacles for access to the case of the relevant representative; however, such effects and obstacles are not directly affixed by current legislation²⁰.

Indeed, the procedural legislation, including the CoAJ of Ukraine, does not provide any statements to ensure compliance of a following anticorruption restriction, as well as no consequences of its violation are foreseen. However, it is not a reason for a person to be refused the admission by a court to participate in a case as a representative, and the termination of such representation does not affect the consideration of the case and the admissibility and authenticity of the evidence adduced by such a representative, etc.

Taking this information into account, we try to determine the prospects of measures to eliminate violations of this restriction, which are provided in Part 2 of Art. 26 of the Law of Ukraine "On Prevention of Corruption", in the procedural meaning.

A form of ensuring compliance with the mentioned restrictions and responding to cases of violation, in

accordance with Paragraph 3 of Part 2 of Article 26 of this Law is the appeal of the National Agency for the Prevention of Corruption to the court for termination of an employment contract, recognition of the transaction to be invalid. Thus, O.P. Khamkhodera states that the enforcement of this restriction is due to the appeal of the National Agency for the Prevention of Corruption to the court with a claim for the declaration of invalidity contract and (if there are any grounds) for recognizing the inaccuracies achieved during such representation of the agreements (for instance, in the case of representing interests in commercial operations, etc.)²¹. Generally, while supporting such a promising interpretation of these legislative requirements, it should be emphasized that such actions by the National Agency for the Prevention of Corruption with regard to all other agreements (except labor contracts (agreements) and business transactions) should be emphasized, in particular, regarding the contracts for representation, in Part 2 of Article 26 of the Law of Ukraine "On Prevention of Corruption" are not foreseen directly.

It is not by chance that the question arises as for the effectiveness of such an appeal to a court, even with the requirement to declare a contract of representation to be invalid, so how much the application to the court allows to counteract or reverse the possible negative consequences of the violation of the ban on representation? The answer is obvious. We consider that the appeal to the court does not provide for the implementation of these restrictions because of the following:

1) the fact of the application of the National Agency for the Prevention of Corruption to a court with a suit on the recognition of a contract for the representation of a void does not terminate such representation, nor results in its suspension, in accordance with procedural law;

2) the time of trial of such a claim may be considerably delayed, so, in connection with it, such a contract for representation ceases to be relevant, the representation under the conditions of violation of the restriction mentioned above will be completed or the negative effects will appear.

Taking the above into account, the only possible effective way to ensure the implementation of this restriction as a factor in counteracting corruption in the context of the procedural representation itself is to assign control over its observance to the powers of the administrative court, and therefore, to one of the grounds that makes it impossible for the person to be a representative.

In this regard, we offer to supplement Article 58 of the CoAJ of Ukraine with a new part of the following content: "A person may not be a representative in court, if he is a subject to restrictions on the representation of other persons' interests, established by the legislation in the field of prevention of corruption".

¹⁷ Zapobihannia i protydiia koruptsii v derzhavnykh orhanakh ta orhanakh mistvevoho samovriaduvannia: metodychni rekomendatsii ministerstva yustitsii Ukrainy vid 16.10.2013 r. URL : <https://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/n0020323-13> (data zvernennia 01.02.2019 r.).

¹⁸ Naukovo-praktychnyi komentar do Zakonu Ukrainy "Pro zapobihannia koruptsii" / Nauk.red. M.I. Havroniuk. K. : Vaite, 2018. 472 s. (S. 220).

¹⁹ Naukovo-praktychnyi komentar do Zakonu Ukrainy "Pro zapobihannia koruptsii" / V.S. Kovalskyi, O.I. Mykolenko, E.L. Streltsov, O.I. Klymenko. K. : Yurinkom Inter, 2018. 380 s. (S. 112).

²⁰ Administratyvne pravo Ukrainy. Povnyi kurs: pidruchnyk / Halunko V., Dikhtievsky P., Kuzmenko O., Stetsenko S. ta in. Vydannia druhe. Kherson : OLDI-PLUS, 2019. 520 s. (S. 328).

²¹ Administratyvne pravo Ukrainy. Povnyi kurs: pidruchnyk / Halunko V., Dikhtievsky P., Kuzmenko O., Stetsenko S. ta in. Vydannia druhe. Kherson : OLDI-PLUS, 2019. 520 s. (S. 328).

Conclusions

Summarizing all above, it should be noted that the criteria defined by the procedural law, which restrict the right of some persons to be representatives in the administrative process (legal proceedings), make it possible to combine various procedural statuses and to ensure equality of participants in the process, the inadmissibility of cases of influence on the court, abuse of representatives by their provisions, violations of rights and interests of individuals and legal entities, as well as to provide the realization of the tasks of administrative justice.

It has been proved that the restrictions on being a representative in the administrative process (legal proceedings) are established not only by the administrative procedural law (CoAJ of Ukraine), but also by material law (Law of Ukraine "On the Prevention of Corruption"). The ineffectiveness of anti-corruption measures to ensure the implementation of the restriction to represent the interests of other persons after the termination of activities related to the exercise of state functions and local self-government is justified. The necessity of assigning the enforcement of this restriction to the administrative court is pointed out. It is offered to make amendments and additions to the CoAJ of Ukraine.

The constitutional foundations of the organization and activities of the intelligence agencies of Ukraine*Proshayev Vladimir**PhD in Law, Docent,**Assistant Professor of the Department**Institute of Foreign Intelligence Service of Ukraine, Ukraine*

Based on the analysis of the legislation of Ukraine in the field of intelligence, the article states that certain provisions of the laws do not fully comply with the current Constitution of Ukraine. The arguments are the recommendations of the PACE 1713 (2005), the provisions of the Ukrainian and national legislation of the post-Soviet states, as well as the author's personal views on the problem of compliance of the constitutional provisions with the current legislation in the field of intelligence agencies. In the practical aspect, specific recommendations are offered for improving certain articles of the laws of Ukraine:

– preamble to the Law of Ukraine “On Intelligence Institutions of Ukraine” in the following wording: “This Law defines the legal basis for the organization and activities of state bodies that carry out intelligence activities in order to protect the vital interests of the individual, society and the state from external threats ...” – further on the text;

– the second sentence of part three of Article 17 of the Law of Ukraine “On Intelligence Institutions of Ukraine” is supplemented with the following words: “Officials of the said bodies of state power, enterprises, institutions and organizations bear the responsibility provided for by law for the disclosure of information about the affiliation of these employees with the intelligence agencies, if such They are known in the process of work, and they determine their functional responsibilities with the consent of the leadership of the intelligence agencies within and without limits, but, on the contrary, contribute solving their intelligence tasks”;

– in Article 16 of the Law of Ukraine “On Intelligence Institutions of Ukraine”, it is to be determined that the employees of the intelligence agencies of Ukraine may be exclusively citizens of Ukraine and, at the same time, are not citizens of other states, that is, they have no dual citizenship; Article 23 shall be supplemented with the provision that a person who confidently cooperates (cooperates) with intelligence agencies of Ukraine and is not a citizen of Ukraine may be adopted by citizenship of Ukraine on an individual basis on the basis of a decision of the President of Ukraine;

– obtaining information by the intelligence agencies, securing intelligence activities', protecting their forces, means and information systems and records, as well as sources of intelligence by restricting constitutional rights and freedoms of people is contrary to the constitutional provisions.

The analysis of the compliance of certain provisions of the Constitution of Ukraine with the provisions of the current legislation regarding the organization and activities of the intelligence agencies of Ukraine testifies to the presence of some contradictions and differences. Their elimination will allow further improving the existing legislative framework, to more clearly reflect in the legal norms democratic principles of the Fundamental Law of Ukraine, to increase the effectiveness of practical activity of the employees of the intelligence agencies of Ukraine.

Конституційні засади організації та діяльності розвідувальних органів України*Процаєв Володимир Володимирович**кандидат юридичних наук, доцент,**доцент кафедри**Інституту Служби зовнішньої розвідки України, Україна***Вступ**

Конституція України закріплює фундаментальні принципи діяльності та межі повноважень усіх державних органів, зокрема тих, що здійснюють розвідувальну діяльність. У преамбулі Закону України «Про розвідувальні органи України» зазначено, що органи, які здійснюють розвідувальну діяльність, належать до державних органів¹. Служба зовнішньої розвідки України (далі – СЗРУ) визначена державним органом у статті 1 Закону України

«Про Службу зовнішньої розвідки України»². Законотворення у сфері діяльності і меж повноважень розвідувальних органів повинно здійснюватися виключно на підставі положень Основного Закону України. Жодна правова норма щодо організації та діяльності розвідувальних органів не може суперечити положенням Конституції України або розширювати (звужувати) їх зміст. Аналіз чинного законодавства у сфері розвідувальної діяльності дає підстави стверджувати, що окремі правові приписи ще не повною мірою відповідають основним положенням Конституції України.

¹ Про розвідувальні органи України : Закон України. Відомості Верховної Ради (ВВР). 2001. № 19. Ст. 94.

² Про Службу зовнішньої розвідки України : Закон України. Відомості Верховної Ради (ВВР). 2005. № 25. Ст. 180.

Особливу актуальність проблема відповідності нормативно-правових актів, що регулюють організацію та діяльність розвідувальних органів, положенням Конституції набуває сьогодні, коли після Революції гідності постало питання перегляду деяких положень чинної Конституції, для чого відповідно до Указу Президента була створена Конституційна комісія, одним з основних завдань якої є «узагальнення практики виконання норм Конституції України, пропозицій щодо її вдосконалення з урахуванням сучасних викликів та потреб суспільства»³.

З огляду на проголошений курс України на євроінтеграцію набуває актуальності також проблема контролю за діяльністю українських розвідувальних служб відповідно до стандартів ЄС. «Балансуючи між проблемами безпеки і демократії, вони (Парламент, Кабінет Міністрів, судова гілка влади, засоби масової інформації, організації громадянського суспільства – *B. V.*) змушені приймати рішення, наскільки, з одного боку, пропозиції, висунуті спецслужбами, сприяють їхній ефективнішій роботі і, з іншого боку, наскільки діяльність спецслужб є *відповідною і відповідає букві закону* (курсив – *B.V.*)»⁴. Тобто вимоги стандартів ЄС щодо діяльності розвідувальних органів стосуються таких основних аспектів: контролю над ними, підзвітності та *відповідності законам, насамперед Конституції*.

Україна, яка прагне в майбутньому набути членства в ЄС, взяла на себе зобов'язання щодо приведення національного законодавства у відповідність до європейських стандартів із дотриманням, зокрема, рекомендацій, які надходять із боку європейських структур. Держави-учасниці ОБСЄ у 1994 році ухвалили «Кодекс поведінки щодо військово-політичних аспектів безпеки». Відповідно до п. 32 Кодексу «кожна держава-учасниця забезпечуватиме, щоб особовий склад військових і воєнізованих сил і *сил безпеки* мав можливість користуватись і здійснювати свої права людини та основні свободи, відображені в документах НБСЄ та на міжнародному праві, згідно з відповідними *конституційними і правовими положеннями* та вимогами служби (курсив – *B. V.*)»⁵.

Мета статті – аналіз відповідності чинного законодавства щодо організації, повноважень і діяльності розвідувальних органів України положенням Основного Закону України. На підставі аналізу автор намагається виділити положення законів, які необхідно, на його думку, привести у відповідність до того, що проголошено в Конституції України, та

запропонувати свої варіанти редакції або підходи до формулювання конкретних статей законів України.

Виклад основного матеріалу

В ст. 3 Конституції України проголошено: «Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави». Як бачимо, на першому місці стоїть особа, людина, громадянин, а не держава, не її національні інтереси. На нашу думку, це дуже важливе положення Основного Закону України не знайшло свого повного відображення у законах України «Про розвідувальні органи України» та «Про Службу зовнішньої розвідки України». У Законі України «Про Службу зовнішньої розвідки України» цього конституційного положення взагалі немає, а у Законі України «Про розвідувальні органи України» у преамбулі зазначено, що розвідувальна діяльність здійснюється «з метою захисту національних інтересів України від зовнішніх загроз...», а в інших статтях мова йде тільки про повагу і дотримання прав та свобод людини і громадянина як одного із принципів діяльності розвідувальних органів (ст. 3) та вказано, що «методи і засоби діяльності розвідувальних органів не повинні завдавати шкоди життю, здоров'ю, честі і гідності людей» (ст. 5). Доцільно було б це конституційне положення розкрити саме там, де вказано про мету діяльності розвідувальних органів, тобто у преамбулі Закону України «Про розвідувальні органи України». Так само зробили законодавці Російської Федерації, Республіки Білорусь, Республіки Таджикистан, Республіки Казахстан тощо. Наприклад, у ст. 1 Закону РФ «Про зовнішню розвідку» зазначено, що «зовнішня розвідка Російської Федерації <...> покликана захищати безпеку особистості, суспільства і держави від зовнішніх загроз...»⁶, в п.п. 1.1 Указу президента Республіки Білорусь «Про питання зовнішньої розвідки» вказано, що «зовнішня розвідка – особливий вид діяльності <...>, який передбачає захист життєво важливих інтересів особистості, суспільства і держави...»⁷, у ст. 1 Закону Республіки Таджикистан «Про військову розвідку Збройних Сил Республіки Таджикистан» читаємо: «... військова розвідка Збройних Сил Республіки Таджикистан <...> призначена захищати безпеку особистості, суспільства та держави від зовнішніх загроз...»⁸, у ст. 1 Закону Республіки Казахстан

³ Про затвердження Положення про Конституційну комісію : Указ Президента України № 119/2015 від 3 березня 2015 р.

⁴ Ханс Борн, Іен Лей. Підзвітність спецслужб: правові норми, досвід і рекомендації. Осло : Видавництво парламенту Норвегії, 2005. С. 135.

⁵ Кодекс поведінки щодо військово-політичних аспектів безпеки (витяг). Ухвалений державами-учасницями Наради з питань безпеки і співробітництва в Європі (НБСЄ), 1994. URL: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_116.

⁶ О внешней разведке: Федеральный Закон Российской Федерации. URL: http://svr.gov.ru/svr_today/doc02.htm.

⁷ О вопросах внешней разведки: Указ Президента Республики Беларусь от 25 марта 2003 г., № 116. URL: <http://pravo.levonevsky.org/>.

⁸ О военной разведке Вооруженных сил Республики Таджикистан: Закон Республики Таджикистан от 2 декабря 2002 года №78. URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=5867.

«Про органи національної безпеки Республіки Казахстан» – «органи національної безпеки Республіки Казахстан <...> призначені у межах наданих їм повноважень забезпечувати безпеку особистості та суспільства, захист конституційного ладу, державного суверенітету, територіальної цілісності, економічного, науково-технічного і оборонного потенціалу держави»⁹.

Отже, преамбулу Закону України «Про розвідувальні органи України» доцільно було б викласти в такій редакції: «Цей Закон визначає правові основи організації і діяльності державних органів, які здійснюють розвідувальну діяльність, з метою захисту життєво важливих інтересів *особистості, суспільства і держави* від зовнішніх загроз...», – далі за текстом.

Якщо законодавець визначив розвідувальні органи державними органами, то ці органи та «їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України» (ст. 19 Конституції). Тобто співробітники СЗР України є представниками держави у сфері захисту національних інтересів України від зовнішніх загроз. Вони мають у своїй діяльності, захищаючи державу, спиратись на конституційний принцип: державні службовці повинні виконувати тільки те, що визначено правовою нормою, яка прописана у законі або відомчому нормативно-правовому акті. Співробітники розвідувальних органів, особливо співробітники кадрового складу, виконують розвідувальні завдання виключно на підставі та у спосіб, який визначений у законах і відомчих нормативно-правових актах СЗР України, ГУР МО України, Держприкордонслужби. Іншої функціональної спрямованості, крім розвідувальної, в їхній діяльності не може бути. Але, згідно із Законом України «Про розвідувальні органи України», співробітники кадрового складу розвідувальних органів «для виконання своїх функціональних обов'язків можуть обіймати, з додержанням вимог цього Закону, посади в органах державної влади, на підприємствах, в установах і організаціях будь-якої форми власності без розкриття їх належності до розвідувальних органів» (ст. 17). Постає цілком зрозуміле питання: якщо розвідник у відомстві прикриття обіймає посаду, то яким чином повинна визначатися правовою нормою його функціональність за цією (фактично другою) посадою (особливо це актуально, коли посада обіймається в органі державної влади)? Чи має бути у розвідника подвійна функціональність? Чи несе він відповідальність перед керівництвом розвідувального органу та відомства за неякісне виконання функціональних обов'язків за другою посадою (посадою прикриття)? За наведеним вище консти-

туційним принципом (ст. 19 Конституції) розвідник може мати тільки одну функціональність. У раз, якщо він обіймає посаду у відомстві прикриття, то усе ж таки його функціональність залишається однією – виконання розвідувальних завдань, захист національних інтересів України від зовнішніх загроз. Задля повної реалізації зазначеного конституційного принципу у чинному законодавстві доцільно друге речення частини третьої статті 17 Закону України «Про розвідувальні органи України» доповнити такими словами: «Посадові особи зазначених органів державної влади, підприємств, установ і організацій несуть передбачену законом відповідальність за розголошення відомостей про належність цих співробітників до розвідувальних органів, якщо такі стали їм відомі в процесі роботи, *та визначають їх функціональні обов'язки за погодженням із керівництвом розвідувальних органів у межах та обсягах, що не перешкоджають, а, навпаки, сприяють вирішенню ними розвідувальних завдань*».

У рекомендаціях ПАРС 1713 (2005 р) щодо діяльності спеціальних служб України дві безпосередньо стосуються конституційних принципів, які, на думку авторів рекомендацій, повинні обов'язково знайти своє відображення у чинному українському законодавстві. Йдеться про те, що кожний парламент повинен мати відповідний спеціальний комітет і важливо, щоб парламент був постійно інформований щодо змін, які можуть впливати на розвідувальну політику взагалі¹⁰. Зміст цих рекомендацій пов'язаний із контролем Верховної Ради України за діяльністю розвідувальних органів України. У Конституції України серед повноважень Верховної Ради України є «здійснення парламентського контролю у межах, визначених цією Конституцією» (ст. 85). У ст. 25 Закону України «Про розвідувальні органи України» це конституційне положення прописано (сформульовано) так: «Контроль за діяльністю розвідувальних органів України здійснюється Верховною Радою України *в порядку* (курсив – В. В.), встановленому Конституцією України». Але, на нашу думку, доцільно було б у Законі більш конкретно визначити правовою нормою зміст цього контролю, до того ж у Конституції прописаного «порядку контролю» немає. Отож, на нашу думку, у ст. 25 Закону України «Про розвідувальні органи України» доцільно визначити правовою нормою такі позиції:

- назву парламентського комітету, що здійснює контроль за діяльністю розвідувальних органів;
- основні функції комітету з отримання інформації від розвідувальних органів (періодичність, обсяг, повнота та якість виконання завдань, проблеми, потреби тощо);

⁹ Об органах национальной безопасности Республики Казахстан: Закон Республики Казахстан от 21 декабря 1995 г. № 2710. URL: https://zakon.uchet.kz/rus/docs/Z950002710_.

¹⁰ Рекомендації ПАРС. Recommendation PA CE 1713 (2005). Democratic oversight of the security sector in member states. URL: <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17360&lang=en>.

– можливість заслуховування керівників розвідувальних органів і порядок їх запрошення на чергові та екстрені засідання комітету;

– умови допуску членів комітету до відомостей розвідувальних органів, що становлять державну таємницю;

– заборону членам комітету розкривати методи і засоби діяльності розвідувальних органів, розшифровувати їх співробітників, розголошувати отриману інформацію тощо.

Не знайшли повного відображення у чинному законодавстві щодо діяльності розвідувальних органів конституційні положення, що «в Україні є єдине громадянство. Підстави набуття і припинення громадянства України визначаються законом» (ст. 4 Конституції), що Президент України «приймає рішення про прийняття до громадянства України та припинення громадянства України, про надання притулку в Україні» (ст. 106 Конституції).

Доцільно було б узяти за основу ці конституційні положення та у ст. 16 Закону України «Про розвідувальні органи України» зазначити, що співробітниками розвідувальних органів України можуть бути виключно громадяни України і які водночас не є громадянами інших держав, тобто не мають подвійного громадянства, а ст. 23 цього Закону «Соціальний захист осіб, які конфіденційно співробітничать із розвідувальними органами України» доцільно було б доповнити положенням, що *особа, яка конфіденційно співробітничала (співробітничала) з розвідувальними органами України і не є громадянином України, може бути прийнята у громадянство України в індивідуальному порядку на підставі рішення Президента України*. Ці доповнення не суперечили б положенням Конституції України, а, навпаки, повністю їм відповідали. Так само зробили законодавці Російської Федерації та Республіки Білорусь. У ст. 17 Закону РФ «Про зовнішню розвідку» зазначено, що «співробітником органу зовнішньої розвідки Російської Федерації може бути громадянин Російської Федерації, який не має громадянства (підданства) іноземної держави та спроможний за своїми професійними та особистими якостями, віком, освітою і станом здоров'я виконувати покладені на нього обов'язки». У п.п. 1.18. Указу президента Республіки Білорусь «Про питання зовнішньої розвідки» читаємо: «Особа, яка конфіденційно співробітничала (співробітничала) із розвідувальними службами і не є громадянином Республіки Білорусь, може бути прийнята у громадянство Республіки Білорусь у порядку, встановленому законодавством».

У ст. 31 Конституції України проголошено: «Кожному гарантується таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. Винятки можуть бути встановлені лише судом у

випадках, передбачених законом, з метою запобігти злочинів чи з'ясувати істину під час розслідування кримінальної справи, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо» (курсив – В. В.). Водночас у частині першій ст. 5 «Методи і засоби діяльності розвідувальних органів України» Закону України «Про розвідувальні органи України» читаємо: «... для виконання покладених на розвідувальні органи України завдань щодо отримання розвідувальної інформації, забезпечення безпеки розвідувальних заходів, захисту своїх сил, засобів та інформаційних систем і обліків, а також джерел розвідувальної інформації вони застосовують методи і засоби оперативно-розшукової діяльності у порядку, визначеному в Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність», з урахуванням особливостей, передбачених цим Законом» (курсив – В. В.). Отже, Закон України «Про розвідувальні органи України» у межах оперативно-розшукової діяльності дозволяє розвідувальним органам для отримання розвідувальної інформації, забезпечення безпеки розвідувальних заходів, захисту своїх сил, засобів та інформаційних систем і обліків, а також джерел розвідувальної інформації знімати інформацію з каналів зв'язку, застосовувати інші технічні засоби отримання інформації, контролювати шляхом відбору за окремими ознаками телеграфно-поштової відправлення (ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»). Але це явно суперечить змісту вищенаведеної ст. 31 Основного Закону України, у якій чітко і недвозначно зазначено, що право особи на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції *може бути порушено виключно з метою запобігти злочинів чи з'ясувати істину під час розслідування кримінальної справи*. Порушувати це право особи та громадянина для отримання розвідувальної інформації тощо, на нашу думку, неможливо, бо це суперечить ст. 31 Конституції України. Як бачимо, частина перша ст. 5 Закону України «Про розвідувальні органи України» явно розширено трактує одне з основних положень Конституції України.

Висновки

Проведений аналіз відповідності окремих положень Конституції України положенням чинного законодавства щодо організації та діяльності розвідувальних органів України свідчить про наявність деяких суперечливостей та розбіжностей. Їх усунення дасть змогу надалі вдосконалити наявну законодавчу базу, чіткіше відобразити у правових нормах демократичні принципи Основного Закону України, підвищити результативність практичної діяльності співробітників розвідувальних органів України.

Doctrinal approaches of international law to determine the concept of “international terrorism”**Reznik Yuliia**

Candidate of Law, Senior Lecturer at the Division of Prosecutors' Training with Issues of Prevention of Corruption of the Institute for the Prosecutor's Training of the National Academy of Public Prosecutor of Ukraine, Ukraine

The article deals with the theoretical basis of the definition of terrorism and reveals the stages of development of this phenomenon, analyzes the existing definitions of terrorism.

Terrorism can be defined as a policy based on terror or violence. In political science, terrorism is also defined as a violent influence on decision-making in any field of society's life.

In its structure, terrorism is a very complicated phenomenon. There are many sets of terrorist classifications.

The study of terrorism plays a very important role in the construction of methods to combat this phenomenon. There are two strategies to combat terrorism: progressive and conservative. A progressive strategy is a partial concession of the government towards the terrorist groups of the negotiations, recognition of the leaders of organizations. A conservative strategy is the unconditional destruction of all actors involved in terrorist activities.

As a conclusion, we can say that terrorism is a very old phenomenon. Current norms of international law and the doctrine of international law have so far failed to elaborate a comprehensive definition of international terrorism, which, in turn, causes difficulties in combining the efforts of States in the struggle against it.

The lack of a unified understanding that clearly characterizes the original values and anti values, the subject and object of joint struggle, impedes effective international cooperation in this field. Separate definitions of “terrorism”, “international terrorism” and “terror” are contained in national law, as well as in the doctrine of international law, but the approaches advocated by it and doctrine, and national laws often do not coincide, contradict each other.

In order to effectively confront international terrorism, it is necessary to clearly define in three things: first, to define the term “international terrorism”; the second is to identify the causes of international terrorism; the third is to develop a real mechanism for counteracting this phenomenon.

Доктринальні підходи міжнародного права до визначення поняття «міжнародний тероризм»**Резнік Юлія Степанівна**

*кандидат юридичних наук,
старший викладач відділу підвищення кваліфікації прокурорів з питань запобігання корупції
Інституту підвищення кваліфікації прокурорів
Національної академії прокуратури України, Україна*

Вступ

Відсутність єдиного розуміння, яке чітко характеризує вихідні цінності і антицінності, суб'єкта та об'єкта спільної боротьби перешкоджає ефективному міжнародному співробітництву. Окремі дефініції «тероризм», «міжнародний тероризм» і «терор» містяться в національному законодавстві, а також у доктрині міжнародного права, однак підходи, що його відстоюють і доктриною, і національним законодавством часто не збігаються, суперечать один одному.

Для того, щоб ефективно протистояти міжнародному тероризму, необхідно чітко визначитися в трьох речах: перше – дати визначення поняттю «міжнародний тероризм»; друге – виявити причини міжнародного тероризму; третє – виробити реальний механізм протидії цьому явищу.

Під час визначення такого складного та багатогранного поняття, як тероризм, слід звернути увагу на те, що цією проблемою займалося багато вітчиз-

няних і закордонних учених різних часів, проте і досі не знайдено єдиного загальноприйнятого вирішення. Особлива актуальність такого визначення спричинена нещодавніми подіями у самому серці нашої держави. Адже завдяки вказаним переломним моментам новітньої історії української державності наочними стали нормативні проблеми у регулюванні боротьби проти тероризму. Це, зокрема, дало змогу на досвіді власної правової системи відчувати всю жахливість наслідків неправильного та розширювального тлумачення як самого поняття тероризму, так і терористичної діяльності загалом. Викладене зумовлює неабияку актуальність теми, проведеного у статті дослідження для створення досконалої системи боротьби з терористичною діяльністю, яка неможлива без розуміння таких основоположних понять, як тероризм і терористичний акт.

Метою статті є розкриття змісту понять «тероризм» і «терористичний акт», проблеми універсалізації їх визначень і нормативного закріплення.

Проблеми універсалізації визначень таких складних понять, як тероризм і терористичний акт, досліджувалася такими науковцями, як Р.М. Севдімалієв, В.П.Смельянов, В.І. Литвиненко, Б. Хоффман, К. Прабга та інші. Проте і досі не було здійснено комплексного дослідження питання визначення вказаних понять на національному та міжнародному рівнях.

Виклад основного матеріалу

Чинні норми міжнародного права і доктрина міжнародного права дотепер не виробили комплексного визначення міжнародного тероризму, що, у свою чергу, спричиняє труднощі в об'єднанні зусиль держав у боротьбі з ним. Відсутність єдиного розуміння, яке чітко характеризує вихідні цінності і антицінності, суб'єкта та об'єкта спільної боротьби перешкоджає ефективному міжнародному співробітництву в цій сфері¹. Окремі дефініції «тероризм», «міжнародний тероризм» і «терор» містяться в національному законодавстві, а також у доктрині міжнародного права, однак підходи, що його відстоюють, і доктриною, і національним законодавством часто не збігаються, суперечать один одному². У зв'язку з цим в документах Генеральної Асамблеї ООН А/41/10 наголошується: «... було б абсолютно марно намагатися встановити причини терористичних дій або методи їх ліквідації без встановлення чітких меж понять, які використовуються в цьому зв'язку»³. Отже, виникає питання про принципову можливість формулювання універсального визначення тероризму.

Уперше міжнародне співробітництво у досліджуваній сфері почалося з роботи міжнародних конференцій з уніфікації міжнародного законодавства в кінці 20-х – другій половині 30-х років ХХ століття. У 1934 році на V Міжнародній конференції з уніфікації кримінального законодавства, скликаній з ініціативи Ліги Націй, було визначено поняття тероризму як застосування будь-якого засобу, здатного тероризувати населення, з метою знищення самого суспільства. До цих дій прирівнювалися навмисне виготовлення, зберігання, використання або перевезення речовин або предметів, призначених для здійснення терористичних актів⁴. Слід зазначити, що саме в 1934 році міжнародне співтовариство вперше звернуло особливу увагу на необхідність боротьби з тероризмом у зв'язку з убивством в Марселі короля Югославії Олександра I і прем'єр-міністра Франції Луї Барту. Тому Радою Ліги Націй був створений комітет у складі представників одинадцятьох держав

для розроблення Міжнародної конвенції, спрямованої на боротьбу з тероризмом. Комітет розробив проекти двох конвенцій: Конвенції про запобігання тероризму та покарання за нього та Конвенцію про заснування Міжнародного кримінального суду, які були відкриті для підписання в листопаді 1937 року. Відповідно до Конвенції про запобігання тероризму та покарання за нього поняття «тероризм» розкривалося через поняття «терористичний акт», яке визначалося як «злочинні діяння, спрямовані проти іншої держави або населення іншої держави і можуть створити атмосферу терору серед окремих осіб, груп осіб або в суспільстві загалом»⁵. Однак ці конвенції не набули чинності, оскільки не були ратифіковані достатнім числом держав. Можливо, що основною причиною неприйняття цих конвенцій було те, що в них містилися неточні і розпливчасті формулювання.

Білоруські дослідники І.І. Басецкій і Н.А. Легенченко зазначають, що починаючи з 1937 року було розроблено близько 115 різних варіантів визначення поняття «тероризм»⁶. Член міжнародного організаційного комітету Всесвітнього антикримінального і антитерористичного форуму (ВААФ) американський дослідник Алекс П. Шмід каже про існування більше ста визначень, розроблених ученими та експертами в галузі боротьби з міжнародним тероризмом⁷. Слід уточнити, що маються на увазі визначення, наведені найбільш авторитетними і відомими представниками доктрини міжнародного права, а загальна кількість визначень поняття тероризм, найімовірніше, буде дорівнювати кількості думок, наявних щодо явища тероризму. Аналізуючи позиції найбільш відомих фахівців у галузі боротьби з тероризмом, можна умовно виявити два підходи до визначення тероризму. Одні вважають, що поняття «тероризм» визначити не можна. Наприклад, американські вчені Т. Арнольд та М. Кеннеді дотримуються думки, що для того, щоб правильно зрозуміти явище тероризму, потрібно відповісти на такі питання: чому, хто, як, де, в чий інтерес? А це дуже важко. Тому вони вважають, що багато хто згоден із тим, що не можна визначити поняття «тероризм»⁸. Схожої думки дотримується Алекс Шмід. Аналізуючи різні точки зору на визначення феномена тероризму і сподіваючись у результаті отримати детальне визначення, він дійшов висновку, що тероризм – це абстрактне поняття без змісту, і єдине визначення не

⁵ Басецкій І.І., Легенченко Н.А. Тероризм: генезис явления и международный опыт борьбы. Минск, 2001. С. 20.

⁶ Schmid A.P. Political Terrorism: A Research Guide to Concepts, Theories, Data Bases and Literature. New Brunswick, CT: Transaction, 1983.

⁷ Arnold T. Kennedy M. Think About Terrorism. The New Warfare. N.Y., 1988. P. 6. // Цит. по Ляхов Е.Г. Терроризм и межгосударственные отношения. Москва, 1991. С. 13–14.

⁸ Schmid A.P. Political Terrorism: A Research Guide to Concepts, Theories, Data Bases and Literature. New Brunswick, CT: Transaction, 1983. P. 83.

¹ Ляхов Е.Г. Терроризм и межгосударственные отношения. Москва, 1991. С. 13.

² Международная борьба с терроризмом (правовые аспекты): научно-аналитический обзор. Москва : АН СССР, ИНИОН, 1988. С. 43.

³ Док. ООН А/41/10. С. 114.

⁴ Трайнин А.Н. Избранные произведения. Защита мира и уголовный закон. Москва : Наука, 1969. С. 55–56.

може вичерпати всі можливі визначення тероризму⁹. Крім того, в доповіді Спеціального комітету ООН з боротьби з міжнародним тероризмом від 2 серпня 1973 року було зазначено, що деякі представники доктрини міжнародного права вказували, що у визначенні міжнародного тероризму немає необхідності, що воно не потрібне і що спроба розробити таке небажана. У зв'язку з цим робилися посилання на старий латинський вислів *omnis definitio in lege periculosa* («кожне визначення в законі небезпечно»), а також зазначалося, що жодне із запропонованих і обговорюваних раніше визначень у межах Спеціального комітету не отримало широкої підтримки¹⁰.

Однак більшість фахівців вважає, що визначення дати можна, і докладає до цього всіх своїх зусиль.

Досліджуючи визначення міжнародного тероризму, запропоноване вченими різних країн, доцільно класифікувати їх за трьома групами. До першої групи належать загальні визначення абстрактного характеру. Для ілюстрації наведемо приклади деяких з них. Найбільш яскравим може служити визначення, запропоноване американськими професорами М. Бассіоні і В. Нанді в «Трактаті з міжнародного кримінального права», що вийшов у 1973 році. У ньому міжнародний тероризм визначається як міжнародний злочин, який загрожує людському спокою і безпеці, ображає загальну совість і завдає шкоди людській гідності¹¹. А Дж. Дугард з ПАР пов'язує міжнародний тероризм із насильницькими актами, метою яких є політичні зміни, що підривають міжнародні відносини¹². Польський учений Т. Олександрович вважає: «... під міжнародним тероризмом розуміються умисні насильницькі акти, що завдають шкоди конкретного аспекту міжнародного правопорядку, об'єктом яких є правовідносини загалом»¹³. Професор Ю. Дінштейн з Ізраїлю, розмірковуючи про сутність міжнародного тероризму, зазначає, що останній проявляється в безсистемному насильстві, спрямованому проти невинних людей із метою поширення в суспільстві ідеї, що мета виправдовує засоби: чим гірший злочин, тим краще з погляду терористів¹⁴. Крім того, загальне визначення абстрактного характеру міститься в радянському «Словнику міжнародного права» 1986 року, який визначає міжнародний тероризм як сукупність суспільно небезпечних у міжнародному масштабі діянь, що тягнуть

за собою безглузду загибель людей, порушують нормальну дипломатичну діяльність держав та їхніх представників і ускладнюють здійснення міжнародних контактів і зустрічей, а також транспортних зв'язків між державами¹⁵. Близьке до вищевказаного визначення міститься також в радянському «Дипломатичному словнику» 1986 року¹⁶.

Ці визначення, по суті, містять лише констатацію фатальних наслідків терористичних актів. Негативною стороною визначень абстрактного характеру є те, що текст цих визначень складений у найзагальніших виразах із викладом характерних особливостей поняття та містить нечіткі терміни, що допускають різні тлумачення.

Другу групу визначень міжнародного тероризму становлять визначення у формі перерахування можливих актів тероризму. До них можна віднести визначення, запропоноване Річардом Клаттербаком з Великобританії. Він спирається на те, що міжнародний тероризм – це здійснення конкретних терористичних актів, пов'язаних із захопленням заручників, викраденням літаків...¹⁷. Радянський учений Д.Б. Левін визначав міжнародний тероризм як «убивство дипломатичних представників і взагалі політичних діячів іноземних держав...»¹⁸. Радянський учений І.І. Карпець розглядав міжнародний тероризм як «організаційну та іншу діяльність, спрямовану на створення спеціальних організацій і груп для здійснення вбивств і замахів на вбивство, завдання тілесних ушкоджень, застосування насильства і захоплення людей як заручників із метою отримання викупу, насильницького позбавлення людини свободи, посягання на вбивство над особистістю, застосуванням тортур, шантажу тощо; тероризм може супроводжуватися руйнуванням і пограбуванням будівель, житлових приміщень та інших об'єктів»¹⁹.

Визначення цієї групи більш конкретні, тому що точно вказують, що саме може бути кваліфіковано як міжнародний тероризм. Однак і в цій групі визначень є свої недоліки. Наприклад, терористичні акти у зазначеному переліку не можуть бути вичерпними. З кожним днем у світі з'являються нові види озброєнь, і з кожним днем з'являються нові й удосконалюються колишні методи здійснення терористичних актів. Тому визначення цієї групи мають необмежений характер перерахування терористичних актів і залишаються відкритими для їх подальшого доповнення.

Третю групу визначень міжнародного тероризму становлять визначення змішаного типу, тобто визна-

⁹ Доклад Специального комитета ООН по вопросам международного терроризма. Официальный сайт ООН. URL: <http://www.un.org/russian/terrorism/a9028>.

¹⁰ Tran-Tam. Crimes of Terrorism and International Criminal Law // A Treatise on International Criminal Law. — Vol. I: Crimes and Punishment, USA. 1973. P. 493. // Цит. по Ляхов Е.Г. Терроризм и межгосударственные отношения. Москва, 1991. С. 15.

¹¹ Там само. С. 16.

¹² Александрович Т. Выдача преступников и её значение в борьбе с международным терроризмом : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Москва, 1986. С. 17.

¹³ International Law Association. Report of the 56-th Conference. New Delhi, 1974. P. 163.

¹⁴ Словарь международного права. Москва : Международные отношения. 1986. С. 318.

¹⁵ Дипломатический словарь. Москва : Наука, 1986. Т. III. С. 461.

¹⁶ Clutterbuck R. Kidnap, Hijack and Extortion: The Response. London, 1987. P. 48.

¹⁷ Левин Д.Б. Ответственность государства в современном международном праве. Москва, 1966. С. 83.

¹⁸ Карпець И.И. Преступления международного характера. Москва, 1979. С. 64.

¹⁹ Латыпов У.Р. К вопросу об определении международного терроризма. Советский ежегодник международного права 1987г. Москва, 1988. С. 139.

чення, що поєднують у собі загальне визначення абстрактного типу і визначення у формі перерахування актів тероризму. Характерним для цієї групи визначенням можна вважати визначення, запропоноване свого часу білоруським ученим У.Р. Латиповим. Він висловував такий проект визначення міжнародного тероризму: «Міжнародний тероризм – це посягання на міжнародний правопорядок, застосування державою або самостійно фізичною особою (їх групою, організацією) насильства, спрямованого на досягнення міжнародно-протиправних цілей шляхом залякування осіб, які не є безпосередніми жертвами нападу». У пояснювальній примітці до цього визначення зазначається, що у визначенні термін «насильство» означає: **а)** посягання на життя, здоров'я, свободу фізичних осіб; **б)** дії, спрямовані на руйнування шляхом вибуху, підпалу або іншим способом транспортних засобів, громадських і житлових приміщень та інших матеріальних об'єктів²⁰.

Слід зазначити, що визначення всіх трьох виснаведених груп є типовими або класичними, оскільки в загальному відображають схожі думки, характерні для більшості фахівців у галузі боротьби з тероризмом. Однак є так звані «радикальні» визначення. Наочним прикладом можуть служити спроби ототожнення тероризму і війни. Наприклад, американські автори Р. Клайн і І. Александер у своїй монографії «Тероризм як підтримувана державою таємна війна» визначають міжнародний тероризм як особливий вид таємних військових операцій. Схожої думки дотримується американець Б. Дженкінс²¹. Як конфлікти малої інтенсивності кваліфікує міжнародний тероризм його співвітчизник Р. Міллер²². Усе це дає змогу зробити висновок про те, що міжнародний тероризм дійсно є серйозною проблемою для світової спільноти. Однак цей підхід не може вважатися цілком обґрунтованим. На нашу думку, міжнародний тероризм – це кримінальний злочин, і боротися з ним треба виключно за допомогою правових інструментів. Звичайно ж, у боротьбі з міжнародним тероризмом кожна держава використовує свої сили спеціального призначення, але це все-таки не класична військова операція, а проведення оперативно-розшукових заходів із використанням збройних сил.

Деякі фахівці намагаються визначити міжнародний тероризм шляхом виявлення специфічних ознак, характерних для цього явища. Наприклад, американський фахівець С. Сігеллер виділяє дванадцять відмінних ознак міжнародного тероризму:

- 1) його тактична мета полягає в тому, щоб привернути увагу до проблеми, стратегічна – домогтися корінних соціальних змін, будь то свобода, незалежність чи революція;
- 2) обов'язково передбачається застосування тієї чи іншої форми насильства;
- 3) знаряддям впливу служить психологічний шок, який породжується усвідомленням того, що і надалі насильство буде холоднокрівно застосовуватися;
- 4) які б то не були закони або обмеження – не визнаються;
- 5) розрахунок робиться на ефект несподіванки;
- 6) передбачається «політичне вимагання».

Тому він не пов'язаний зі стихійними повстаннями і виступами населення;

- 7) потребує негайного задоволення висунутих вимог. В іншому разі використовує ескалацію насильства;
- 8) дає про себе знати лише за наявності організації;
- 9) використовується організаціями будь-якого політичного забарвлення;
- 10) завжди бере на себе відповідальність за скоєні акти насильства. Вони всього лише засіб досягнення мети, а не самоціль;
- 11) являє собою антитезу політичного вбивства. Йому чужа селективність. Особистість жертви значення не має;
- 12) важливо справити враження на людей загалом або на конкретну групу осіб²³.

Інші фахівці виділяють меншу кількість відмінних рис. Наприклад, англієць Р. Фірі вважає, що визначити міжнародний тероризм можна за трьома його обов'язковими властивостями. Перше – це кримінальність. Обов'язково терористичний акт пов'язаний із насильством, тому тут доречно назвати такі його форми, як убивство, вимагання, викрадення тощо. Друге – це політична мотивація, метою якої є ототожнення міжнародного тероризму і визвольної боротьби. Третє – це трансцендентальність терористичного акту, яка проявляється у виході останнього за межі однієї держави²⁴.

Можна перераховувати безліч визначень і досліджувати різні підходи до поняття міжнародного тероризму, однак відсутність міжнародно-правової домовленості про кваліфікацію того чи іншого діяння як акту міжнародного тероризму на практиці призводить лише до декларування державами і міжнародними організаціями прихильності до боротьби з міжнародним тероризмом.

Виникає справедливе запитання про причини, що не дають змоги дійти єдиного розуміння міжнародного тероризму. Серед таких причин слід вказати на значне відставання в розробленні і реалізації ефективних міжнародно-правових угод і норм із боротьби з міжнародним тероризмом на транснаціональному рівні порівняно з темпами розвитку цієї злочинності незалежно від зростаючої уваги громадськості та урядів до зазначеної проблеми. Крім

²⁰ Басецкий И.И., Легенченко Н.А. Терроризм: генезис явления и международный опыт борьбы. Минск, 2001. С. 33.

²¹ Jenkins B.M. International Terrorism: the Other World War // International Terrorism. Characteristics, Causes, Controls. University of South Carolina, 1990. P. 27. // Цит. по Ляхов Е.Г. Терроризм и межгосударственные отношения. Москва, 1991. С. 17.

²² Miller R. The Literature of Terrorism // Terrorism. 1988. No 1. P. 63, 74. // Цит. по Ляхов Е.Г. Терроризм и межгосударственные отношения. Москва, 1991. С. 17.

²³ Segeler M. Invisible armies: Terrorism into the 1990th. Joseph, 1986. Vol. VIII. P. 11–15. // Цит. по: Федянин В.Ю. Проблемы выработки универсального определения терроризма // Московский журнал международного права. 1998. № 1. С. 22.

²⁴ Feary R. Introduction to International Terrorism. International Terrorism in the Contemporary World. London: Westport, 1978. P. 25–35.

того, істотну складність представляє «подвійний стандарт», часто застосовуваний під час правової, політичної та оперативної оцінки акту міжнародного тероризму. Важливу роль відіграє відсутність загального сприйняття міжнародного тероризму як кримінального злочину. Зокрема, підхід деяких держав до міжнародного тероризму не як до кримінального злочину, а як до особливого роду військових дій веде до заперечення правових і міжнародно-правових процедур боротьби з цим злочином, а також підриває національну і міжнародну законність. І як наслідок перерахованих вище причин ми отримуємо небажані відмінності в національних законодавствах і розпливчастість міжнародно-правових норм у галузі боротьби з міжнародним тероризмом. Певну складність під час розроблення визначення поняття «міжнародний тероризм» становлять суттєві розбіжності думок юристів-міжнародників із питань оцінки критеріїв для розроблення відповідної ухвали. Наприклад, російський автор І.В. Кормушкіна вважає, що під час визначення міжнародного тероризму необхідно змінити акценти і перейти від суб'єктивних критеріїв до об'єктивних, тобто не враховувати переслідувані злочинцями цілі, а спиратись на фактично завдані збитки і ті цінність і значущість, яку являють собою об'єкти злочинних посягань для всієї світової спільноти²⁵. Протилежної думки дотримується український учений В.Ф. Антипенко, який вважає, що більшу увагу необхідно приділяти суб'єкту і суб'єктивній стороні злочину, пов'язаним із причинами та умовами виникнення й ескалації тероризму²⁶.

Зважаючи на вищесказане, нам потрібно таке визначення, яке задовольняло б усіх і було реальним відображенням явища міжнародного тероризму. Для цього за доцільне вказати на найбільш характерні ознаки цього явища. Такими ознаками є: **1) Фор-**

ма – сукупність дій, здійснюваних індивідами або організованими групами у вигляді вибухів, підпалів, убивств, незаконного застосування сили, захоплення заручників, захоплення будівель, територій, об'єктів, транспортних засобів, руйнування ліній комунікацій або об'єктів громадської інфраструктури, застосування звичайної зброї, застосування зброї і засобів масового знищення або спроби здійснення таких дій. **2) Цілі** – довільний вплив на прийняття і реалізацію рішень державних структур, залякування населення, порушення громадської безпеки, негативний вплив на міжнародні відносини, отримання економічної вигоди, негативний вплив на громадську думку. **3) Суб'єкти** – фізичні особи (громадяни або особи без громадянства), групи або організації, що діють самостійно або за підтримки держави або державних органів і посадових осіб. **4) Об'єкти** – держави, державні діячі, посадові особи, іноземні громадяни, групи громадян і юридичних осіб, матеріальні і культурні цінності. **5) Специфіка** – застосування насильства щодо населення (мирного цивільного населення) і об'єктів, що безпосередньо не несе зустрічної загрози для терористів, а також заяви вимог і умов, адресованих об'єктам тероризму, виконанням яких обумовлюється припинення насильства з боку суб'єктів тероризму.

Висновки

На підставі викладених ознак можна сформулювати визначення поняття «міжнародний тероризм». Однак слід враховувати те, що ми описуємо не окремий акт міжнародного тероризму, а саме явище міжнародного тероризму. Тому, на нашу думку, визначення міжнародного тероризму може звучати так: міжнародний тероризм – це професійна міжнародно-протиправна діяльність фізичної особи, організації або групи осіб, які переслідують свої суб'єктивні інтереси шляхом учинення або загрози вчинення насильства проти невинних жертв і різних об'єктів із метою довільного впливу на громадську думку і чинення тиску на правлячі структури.

²⁵ Кормушкіна І.В. Конвенционный механизм борьбы с международным терроризмом. Автореф. дис. канд. юрид. наук. — Казань, 1993. — С. 5.

²⁶ Антипенко В.Ф. Механизм международно-правового регулирования борьбы с терроризмом : автореф. дисс. ... докт. юрид. наук. Москва, 2004. С. 9.

Fundamental rights as a general principle of the European Union law**Rym Olena**

*Candidate of Juridical Sciences,
Associate Professor of Social Law Department
of Ivan Franko National University of Lviv, Ukraine*

In the article it is analyzed the essence and significance of fundamental rights in the law of the European Union. The attention is drawn to the fact that in the process of the European Union law development it became increasingly apparent that EU citizens could suffer from unlawful EU regulations. That is why the EU Court recognized the need to protect fundamental rights in the judiciary at the level of the European Union. It is noted that everything began in the 60's of the twentieth century. At that time, the founding treaties of the European Union did not establish a list of fundamental rights, and therefore, in the context of their interpretation, the EU Court appealed to the concept of general principles of law.

It is emphasized that at the European Union level the idea of incorporation of the fundamental rights provisions was implemented in 2000, by adopting the Charter of Fundamental Rights of the EU. Despite the fact that the Charter did not provide formal legal obligations, the EU Court used it to interpret the general principles of EU law and took into account as a benchmark for the interpretation of Community law.

It is noted that the Charter of Fundamental Rights of the EU is a central element of the system of protection of fundamental rights at the EU level. However the EU Court is obliged to cooperate in this area with the other legal procedures, as well as to interpret the fundamental rights in accordance with the constitutional traditions common to the EU member states. It is concluded that in this context, it is important that the content and scope of fundamental rights in the course of their interpretation do not differ. Although formally the EU is not a party to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, today the Charter and the Convention coexist within the EU legal system with the only difference that the first one is applied by the EU Court in connection with the actions of the European Union and the second by the European Court of Human Rights regarding the measures of the member states.

It is also argued that fundamental rights as a general principle of EU law are autonomous from specific principles that are protected at the national constitutional level.

Основоположні права як загальний принцип права Європейського Союзу**Рим Олена Михайлівна**

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри соціального права
Львівського національного університету імені Івана Франка, Україна*

Вступ

Основні засади побудови Європейського Союзу закріплені у ст. 2 розділу 1 «Загальні положення» Договору про Європейський Союз. У ній стверджується, що Союз засновано на цінностях поваги до людської гідності, свободи, демократії, рівності, верховенства права та поваги до прав людини, зокрема осіб, що належать до меншин. Ці цінності є спільними для всіх держав-членів у суспільстві, де панує плюралізм, недискримінація, толерантність, правосуддя, солідарність та рівність жінок і чоловіків¹.

Попри такі декларації, у процесі розвитку права Європейського Союзу (далі ЄС) ставало все більш очевидним, що громадяни ЄС можуть постраждати від неправомірних нормативних актів ЄС. Нагадаємо, що Європейське економічне співтовариство було

обмежене економічними питаннями та мало віддалений стосунок щодо захисту прав людини. Однак часи, коли ЄС вважався суто економічною організацією, залишились у минулому². Сприяла такому розвитку подій діяльність Суду Європейського Союзу (далі Суд ЄС). Саме ця європейська інституція вперше захистила основоположні (фундаментальні) права людини в контексті економічних та комерційних інтересів, права власності, свободи торгівлі та зайнятості³. Щоправда, початково Суд ЄС з обережністю поставився до утвердження концепції прав людини в праві ЄС, адже це могло загрожувати принципу верховенства права Співтовариства⁴.

Однак із часом Суд ЄС все ж визнав необхідність

² Толкачова Н.Б. Принцип захисту основних прав людини у практиці Суду Європейських Співтовариств. Держава і право. 2009. Вип. 46. С. 532. URL : <http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/9075/93-Tolkachova.pdf?sequence=1>.

³ Council of Europe vs. EU. URL : https://www.pravo.unizg.hr/download/repository/Development_of_FR_in_EU_Vasiljevic.pdf.

⁴ Комарова Т.В. Юрисдикція Суду Європейського Союзу. Харків : Право, 2010. С. 242.

¹ Консолідовані версії Договору про Європейський Союз та Договору про функціонування Європейського Союзу з протоколами та деклараціями. URL : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_b06.

захисту основоположних прав на рівні Європейського Союзу. При цьому долучення основоположних прав до правового порядку ЄС обґрунтовувалось потребою захистити принцип верховенства права ЄС. Приводом до цього стала діяльність національних судів, які чинили опір діям Союзу, адже вважали примат права ЄС порушенням основних прав, що були захищені національними конституціями⁵.

Метою цієї статті є з'ясування сутності та значення основоположних прав у праві Європейського Союзу.

Виклад основного матеріалу

Розпочалось усе у 60-х роках ХХ ст. На той час установчі договори Європейського Союзу не закріплювали переліку основоположних прав, а відтак у контексті їхньої інтерпретації Суд ЄС звернувся до концепції загальних принципів права. Зокрема, перша згадка про приналежність основоположних прав до загальних принципів права ЄС міститься в рішенні Суду ЄС у справі *Stauder v. City of Ulm*⁶. У подальшому, розвинувши цю доктрину у справі *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Суд проголосив, що повага до основоположних прав людини є невід'ємною складовою частиною загальних принципів права ЄС⁷.

Згодом у справі *J Nold v. Комісія* Суд ЄС знову наголосив, що основоположні права є невід'ємною частиною загальних принципів права Європейського Союзу. Згідно із цим рішенням для їхнього захисту Суд повинен черпати натхнення з конституційних традицій, які є спільними для держав-членів, і не може підтримувати заходи, які несумісні з основоположними правами, встановленими і гарантованими Конституціями цих держав. Міжнародні договори держав-членів про захист основоположних прав, щодо яких держави-члени співпрацюють або є сторонами, можуть слугувати орієнтирами в рамках права Співтовариства⁸.

Крім цього, ст. 6 Амстердамського договору стверджувалось, що Союз заснований на принципах свободи, демократії, поваги до прав людини та основних свобод, а також верховенства права, принципів, які є спільними для держав-членів. На-

голошувалось, що ЄС вважає основні права, гарантовані Європейською конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод, підписаною в Римі 4 листопада 1950 р.

Наведені формулювання дали підстави деяким науковцям виокремити принцип поваги фундаментальних прав⁹. Інші ж учені доводять існування принципу захисту основних прав у праві ЄС¹⁰. Зокрема, сутність останнього принципу, на їхню думку, розкривається в уже названому рішенні *Stauder v. City of Ulm* та полягає у скасуванні будь-якого рішення або акта органу ЄС, якщо таке суперечить основоположним правам. Згодом, після ухвалення цього рішення Суду ЄС, 5 квітня 1977 року у м. Люксембург було оголошено спільну заяву Європейського Парламенту, Ради та Комісії щодо захисту основоположних прав та Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод¹¹. У цій заяві підкреслюється першочергове значення захисту основоположних прав, що закріплені національними конституціями держав-членів та Європейською конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод. Однак, на наше переко-

⁹ Право Європейського Союзу : навчальний посібник / За ред. Р.А. Петрова. 5-те видання, змінене і доповнене. Київ : Істина, 2013. С. 40.

Лесько Т.В. Захист прав людини в Європейському Союзі. URL : <https://conferences.vntu.edu.ua/index.php/all-hum/all-hum-2018/paper/download/4269/3536>.

Митник О. Європейська інтеграція та права людини в Україні: нові виклики та перспективи. Сучасні виклики українського права в контексті європейської інтеграції : тези доповідей учасників постійно діючого наукового семінару 29 квітня 2016 р. [Текст] / за заг. ред. проф. Р.С. Мельника. Бюлетень № 1(1) квітень 2016 р. С. 9. URL : <http://zdr.knu.ua/images/libraryfiles/2.pdf>.

Бандас Д. Захист прав людини в Європейському Союзі. Економіка України в умовах глобалізації і регіоналізації : зб. тез доп. Міжнар. наук.-практ. конф. студ. та молод. вчених [м. Тернопіль, 3-4 квіт. 2014 р.] / редкол. : С.В. Гродський, Ю.П. Гуменюк, М.А. Живко [та ін.] ; відп. за вип. Є.В. Савельєв. Тернопіль : ТНЕУ, 2014. С. 154-158. URL : <http://dspace.tneu.edu.ua/bitstream/316497/17190/1/154-158.pdf>.

Жукевич І. Принципи права Європейського Союз як гарантія реалізації захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні. Університетські наукові записки. 2009. № 1. С. 44-48.

Назаренко О.А. Загальні принципи права ЄС в правовій системі ЄС. Правове регулювання економіки. 2015. № 15. С. 245. URL : http://irbis-nbu.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/pre_2015_15_23.pdf.

¹⁰ Право Європейського Союзу : навчальний посібник / За ред. Р.А. Петрова. 5-те видання, змінене і доповнене. Київ : Істина, 2013. С. 70.

Толкачова Н.Б. Принцип захисту основних прав людини у практиці Суду Європейських Співтовариств. Держава і право. 2009. Вип. 46. С. 532. URL : <http://dspace.nbu.gov.ua/bitstream/handle/123456789/9075/93-Tolkachova.pdf?sequence=1>.

Стрельцова О.В. Загальні принципи права як джерело права Європейського Союзу. Альманах права. 2012. Вип. 3. С. 268. URL : <http://dspace.nbu.gov.ua/bitstream/handle/123456789/63930/55-Streltsov.pdf?sequence=1>.

¹¹ Joint Declaration by the European Parliament, Council and the Commission concerning the protection of fundamental rights and the ECHR (Luxembourg, 5 April 1977) Official Journal of the European Communities (OJEC). 27.04.1977, No C 103. [s.l.] URL : https://www.cvce.eu/en/obj/joint_declaration_by_the_european_parliament_council_and_the_commission_concerning_the_protection_of_fundamental_rights_and_the_echr_luxembourg_5_april_1977-en-9b6086c8-9763-4355-bf66-3699f1d78b79.html.

⁵ Витвицкая О., Горниг Г. Право Европейского Союза. Санкт-Петербург : Питер, 2005. С. 92.

⁶ Judgment of the Court of 12 November 1969. Erich Stauder v City of Ulm – Sozialamt. Reference for a preliminary ruling: Verwaltungsgericht Stuttgart. Germany. Case 29-69. URL : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61969CJ0029>.

⁷ Judgment of the Court of 17 December 1970. Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel. Reference for a preliminary ruling: Verwaltungsgericht Frankfurt am Main. Germany. Case 11-70. URL : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61970CJ0011>.

⁸ Judgement of the Court of Justice, Nold, Case 4/73 (14 May 1974). URL : https://www.cvce.eu/en/obj/judgement_of_the_court_of_justice_nold_case_4_73_14_may_1974-en-a5d0ff00-7837-4f6c-b0ac-3aa8a2e71de3.html.

нання, однієї згадки про захист прав є недостатньо для виокремлення відповідного самостійного принципу права. Захист та повага основоположних прав є невіддільними та похідними від самих цих прав. Ефективне впровадження принципу основоположних прав вимагає поваги до них та їхнього адекватного захисту, в тому числі і судового.

Набувши статусу одного із загальних принципів права ЄС завдяки судовій практиці, основоположні права людини із часом отримали закріплення і в інших правових актах ЄС. Зокрема, Єдиний європейський акт 1987 року був першим установчим документом, який визнав основоположні права¹². Положення щодо поваги до прав людини також знайшли своє відображення у ст. 6 Амстердамського договору.

Щоправда, відповідні установчі договори не закріплювали переліку основоположних прав. Відсутність власного каталогу прав людини зумовила звернення Суду ЄС до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, який надавав їй особливого значення. Таким чином, завдяки прагматичному підходу європейських інституцій Конвенція стала надзвичайно зручним інструментом захисту прав людини, загальним для всіх країн-членів ЄС, та відіграла особливу роль на всіх етапах становлення та розвитку системи захисту прав людини в ЄС, перетворившись на важливий чинник інтеграційних процесів, що відбуваються в Європі. Приміром, лише у проміжку між 1975 р. та 1998 р. Суд ЄС процитував Конвенцію в більш ніж 70 своїх рішеннях¹³.

На рівні Європейського Союзу ідея власної інкорпорації положень про основоположні права була реалізована у 2000 році шляхом ухвалення Хартії основоположних прав ЄС (далі Хартія). Попри те, що Хартія не передбачала формально-правових зобов'язань, Суд ЄС послуговувався нею для тлумачення загальних принципів права та враховував як орієнтир для трактування законодавства Співтовариства. А Європейський Парламент наголосив, що хоч Хартія і не була спрямована на створення та закріплення нових прав, вона виразно відображає європейські стандарти правового регулювання¹⁴.

Структурна побудова Хартії демонструє якісно новий підхід щодо суті та значення основоположних прав. А саме в основі класифікації основоположних

прав перебувають цінності, на захист яких вони спрямовані. До таких, зокрема, належать людська гідність, свобода особи, рівність та солідарність. Комплекс основоположних прав поділено на кілька категорій. Серед них – особисті права і свободи, політичні права і свободи, економічні, соціальні та культурні права, а також основні обов'язки.

З ухваленням Лісабонського договору 13 грудня 2007 року та набуттям ним чинності 1 грудня 2009 року Хартія основоположних прав ЄС отримала високий правовий статус у правовому порядку Європейського Союзу. Їй було надано однакову з установчими договорами юридичну силу. Відтепер Європейський Союз, на переконання багатьох учених, отримав свого роду «Біль про права»¹⁵. Із того часу Хартія, як частина первинного права ЄС, вважається одним із центральних джерел, що регулюють основоположні права в ЄС. Відтак ці права захищені як відповідно до Хартії, так і відповідно до загальних принципів права ЄС, які продовжують застосовуватися¹⁶. Закріплені Хартією основоположні права, ймовірно, і надалі будуть використовуватись для тлумачення інших правових актів ЄС, а також будуть скеровувати процес розвитку права ЄС. Адже з 2009 року (часу набрання Хартією обов'язкової сили) кількість справ, що розглядалися Судом Європейського Союзу та які пов'язані з тлумаченням основних прав, значно зросла. Зокрема, в кожній десятій справі, яка виноситься на розгляд Суду ЄС, Хартія чітко згадується¹⁷.

Попри те, що Хартія основоположних прав ЄС є центральним елементом системи захисту основоположних прав на рівні ЄС, Суд ЄС не може не співпрацювати в цій сфері із правовими порядками, які межують із Співтовариством. Більше того, він повинен тлумачити основоположні права згідно з конституційними традиціями, що є спільними для держав – членів ЄС. У цьому контексті важливо, щоб зміст та обсяг основоположних прав у процесі їхньої інтерпретації різними європейськими інституціями не відрізнявся. Безумовною умовою однакового розуміння сутності основоположних прав у Європі є конструктивний діалог Суду ЄС із національними судами та Європейським судом із прав людини (далі ЄСПЛ).

¹² Шишкова Н. Хартія основних прав ЕС и вопросы судебной защиты. Адвокат. 2012. № 11. С. 6. URL : http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/adv_2012_11_2.pdf.

Lenaerts K. Speech of the President of the Court of Justice of the European Union, opening of the judicial year, 26 January 2018. Annual report 2018 – European Court of Human Rights. P. 26 URL : https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2018_ENG.pdf.

¹⁶ Cuyvers A. General Principles of EU Law. P. 224. URL : https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/58824/General_Principles_of_EU_Law.pdf?sequence=1.

¹⁷ Lenaerts K. Speech of the President of the Court of Justice of the European Union, opening of the judicial year, 26 January 2018. Annual report 2018 – European Court of Human Rights. P. 26 URL : https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2018_ENG.pdf.

¹² Толкачова Н.Б. Принцип захисту основних прав людини у практиці Суду Європейських Співтовариств. Держава і право. 2009. Вип. 46. С. 536 URL : <http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/9075/93-Tolkachova.pdf?sequence=1>.

¹³ Исполинов А.С. Поиск баланса между свободами внутреннего рынка и правами человека в судебной практике ЕС. Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения / Journal of foreign legislation and comparative law. 2012. № 6. С. 40. URL : http://www.nbpublish.com/library_get_pdf.php?id=22795.

¹⁴ European Parliament resolution on the impact of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and its future status (2002/2139(INI)), O.J. 11 December 2003, C300E/432. URL : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52002IP0508>.

Ураховуючи наведене, звертаємо увагу на положення п. 2 ст. 6 Договору про ЄС¹⁸. Згідно з ним Союз приєднується до Європейської Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. А відтак основоположні права, що гарантуються Європейською Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод і які випливають із конституційних традицій, спільних для держав-членів, є загальними принципами права Союзу.

Хоча формально ЄС не є стороною Конвенції, сьогодні Хартія та Конвенція співіснують у рамках правового поля ЄС із тією лише різницею, що перша застосовується Судом ЄС у зв'язку з діями Європейського Союзу, а друга – Європейським судом із прав людини щодо заходів держав-членів. Після 2007 року Суд ЄС все ж продовжує застосовувати положення Конвенції та практику ЄСПЛ, але лише як допоміжний інструмент тлумачення положень Хартії¹⁹. До 2007 року практика Суду ЄС щодо захисту основоположних прав засвідчує часте звернення Суду та використання прецедентної практики ЄСПЛ. При цьому Суд ЄС постійно наголошував на автономії та першості правової системи Європейського Союзу щодо захисту основоположних прав. Зокрема, у практиці Суду ЄС зберігається тенденція щодо акцентування виключно на Хартії у справах щодо захисту основоположних прав. А саму Хартію навіть іменують тінню права Союзу, оскільки так само, як об'єкт формує контури своєї тіні, так і право ЄС визначає контури Хартії²⁰.

Незважаючи на це, Конвенція відіграла і продовжує відігравати важливу роль у правовому порядку ЄС. Водночас необхідно наголосити на тому, що Хартія основоположних прав Європейського Союзу також вплинула на інтерпретацію основоположних прав Європейським судом із прав людини. Цей взаємний вплив має потенціал для створення синергії між цими інституціями. А основною метою їхньої співпраці повинно стати вдосконалення механізму захисту основоположних прав у Європі в цілому. При цьому практика ЄСПЛ мала б забезпечувати зовнішню перевірку зобов'язань держав-членів ЄС, а діяльність Суду ЄС слугувала б внутрішнім елементом механізму захисту основоположних прав ЄС²¹.

¹⁸ Консолідовані версії Договору про Європейський Союз та Договору про функціонування Європейського Союзу з протоколами та деклараціями. URL : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_b06.

¹⁹ Фалалєва Л.Г. Приєднання Європейського Союзу до Конвенції з прав людини: правова позиція Суду. Судова апеляція. 2017. № 3. С. 155. URL : http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Suap_2017_3_19.pdf.

²⁰ Polakiewicz J. Europe's multi-layered human rights protection system: challenges, opportunities and risks. Lecture at Waseda University Tokyo, 14 March 2016. URL : https://www.coe.int/en/web/dlapil/speeches-of-the-director/-/asset_publisher/ja71RsfCQTP7/content/europe-s-multi-layered-human-rights-protection-system-challenges-opportunities-and-risks?inheritRedirect=false.

²¹ Lenaerts K. Speech of the President of the Court of Justice of the European Union, opening of the judicial year, 26 January 2018. Annual report 2018 – European Court of Human Rights. P. 23. URL : https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2018_ENG.pdf.

Хоч ЄС лише декларативно приєднався до Конвенції, положення ст.ст. 52 та 53 Хартії закріплюють чіткі правила щодо взаємодії між Хартією та Конвенцією. А саме в п. 3 ст. 52 Хартії зазначено, що якщо Хартія містить права, які відповідають правам, гарантованим Конвенцією, то значення та обсяг цих прав є тими ж, що встановлені Конвенцією. Водночас це положення не передбачає жодних перешкод щодо забезпечення більш широкого захисту основоположних прав на рівні ЄС, ніж той, що встановлений у рамках Конвенції. Таким чином забезпечується необхідна узгодженість між Хартією та Конвенцією, та одночасно не виникає загроза автономії права ЄС.

Оскільки громадяни ЄС за захистом своїх прав можуть звертатись як до Суду ЄС, так і до ЄСПЛ, то потребує вирішення питання співвідношення ролей цих судових інституцій, а також особливостей їхньої взаємодії.

Ще до підписання Лісабонського договору Європейський суд із прав людини в низці своїх рішень обґрунтував доктрину еквівалентного захисту основоположних прав. При цьому втручання у сферу компетенції ЄС, якщо правопорядок Союзу забезпечує еквівалентний захист таких прав, повинне бути обмеженим²². На переконання ЄСПЛ, еквівалентність захисту передбачає можливість оскарження в Суді ЄС актів інститутів ЄС, які порушують основоположні права. А сам еквівалентний захист для Страсбурзького суду означає захист, що є співмірним із тим, що передбачено Конвенцією, але не обов'язково йому тотожний²³.

Висновки

Суд ЄС у своїх прецедентних рішеннях надав основоположним правам людини статус загального принципу права ЄС задовго до їх закріплення в установчих договорах ЄС та Хартії ЄС про основоположні права. Крім цього, він наголошує, що основоположні права як загальні принципи права ЄС є автономними від конкретних принципів, які захищаються на національному конституційному рівні. Однак також він визнає, що ці основоположні права, як загальні принципи права ЄС, ґрунтуються на національних правових традиціях та містяться в конституціях держав-членів. Загальнонаціональні конституційні традиції та міжнародні угоди з прав

²² Бандас Д. Захист прав людини в Європейському Союзі. Економіка України в умовах глобалізації і регіоналізації : зб. тез доп. Міжнар. наук.-практ. конф. студ. та молод. вчених [м. Тернопіль, 3-4 квіт. 2014 р.] / редкол. : С.В. Гродський, Ю.П. Гуменюк, М.А. Живко [та ін.] ; відп. за вип. Є.В. Савельєв. Тернопіль : ТНЕУ, 2014. С. 154–158. URL : <http://dspace.tneu.edu.ua/bitstream/316497/17190/1/154-158.pdf>.

²³ Costa J.P. The Relationship between the European Convention on Human Rights and European Union Law – A Jurisprudential Dialogue between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice. Lecture at the King's College (Inner Temple). London, 7 October 2008. P. 6 URL : https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20081007_OV_Costa_London_ENG.pdf.

людини є джерелами натхнення Суду ЄС щодо визначення та утвердження загальних принципів права ЄС.

Наведене дозволяє підсумувати, що основоположні права здатні забезпечити легітимність пра-

вового регулювання суспільних відносин. Саме з їхньою допомогою можна досягнути балансу економічного та соціального виміру правового регулювання. Більше того, основоположні права є важливим та необхідним елементом розуміння права ЄС.

**Legal support of the child's right to protection from all forms of violence in Ukraine:
theoretical and legal issues***Simonenko Tatiana**Applicant of the Department of General Law Disciplines
of the Dnipropetrovsk State University of Internal Affairs, Ukraine*

The article examines the issues of legal support of the child's right to protection against all forms of violence in Ukraine. It provides arguments about the need to create in Ukraine a state legal policy to counter violence against children, which is considered by the author as a scientifically based, normatively enshrined and consistently carried out activities of public authorities to create an effective mechanism for legal regulation of relations arising in relation to ensuring the right of children to protection from all forms of violence. The system of national regulations governing the protection of children from violence is determined.

Proposals are being formulated to improve the effectiveness of the legal framework for the child's right to protection against all forms of violence in Ukraine, in particular, towards improving the quality of the reception of international law governing the protection of the rights of the child at a universal and regional level. Ensuring the child's right to protection from all forms of violence is a general theoretical problem of the understanding of law in the domestic science of mechanisms for introducing international law into national legislation. On this occasion, the author puts forward the following theses: 1) it does not matter in what way the norms of international law in ensuring the child's right to protection against all forms of violence will be incorporated into national law; the main task for Ukraine is to achieve the desired goal: creating safe conditions for the child living and developing one's own potential; 2) the accents should be changed when solving this problem from theoretical to practical.

It is suggested that increasing the effectiveness of the legal provision of a child's right to protection against all forms of violence and the creation of more modern mechanisms to protect a child from violence by the subjects of public authority in Ukraine depends on a clear definition of this right within the framework of a comprehensive inter-sectoral institution of child rights.

**Правове забезпечення права дитини на захист від усіх форм насильства в Україні:
теоретико-правові питання***Симоненко Тетяна Володимирівна**здобувач кафедри загальноправових дисциплін
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ, Україна***Вступ**

Захист прав дитини в державах із різними правовими системами є однією з найгостріших соціально-економічних і політичних проблем, у вирішенні якої має бути зацікавлене все світове співтовариство. Роль зростаючого покоління реалізується не тільки на національному рівні – потенціал дітей буде корисним під час вирішення глобальних проблем, що постають перед людством. В Україні захист прав дітей має бути пріоритетним завданням, а одним із визначальних теоретичних та практичних питань, що має вирішити для себе Україна в її прагненні створити безпечні, позбавлені усілякого насильства, умови розвитку дітей, є правове забезпечення права дитини на захист від усіх форм насильства.

Проблема розуміння засад та механізмів забезпечення права дитини на захист від усіх форм насильства – це достатньо об'ємний комплекс питань, що існують у правовій площині одночасно. Така ситуація зумовлена низкою об'єктивних причин, серед яких – необхідність урахування міжнародного аспекту захисту прав дітей, сама природа суспільних

відносин за участі неповнолітніх, посилення тенденцій щодо збільшення проявів насильства в різних формах відносно дитини, що вимагає створення стратегічних програм для подолання цього негативного явища.

Права дитини, зокрема право на захист від усіх форм насильства, у вітчизняній науці досліджували такі науковці, як: О. Анатолієва, І. Волошина, Н. Крестовська, О. Кудрявцева, Н. Опольська, О. Шевченко-Бітенська та ін. Загальне уявлення про правовий статус дитини у країнах із різними правовими системами можна отримати з аналізу робіт М. Блека, М. Кантвелла, Л. Лейбланка, М. Пайса, Т. Плата, Д. Тодреса, Т. Хаммарберга, С. Харта, Р. Шельду, Д. Штурма, М. Ерлі та інших зарубіжних авторів. Водночас теоретико-правові питання правового забезпечення права дитини на захист від усіх форм насильства комплексно не розглядалися, що зумовлює їх актуальність та важливість для розвитку вітчизняної науки держави та права.

Метою статті є дослідження теоретико-правових питань правового забезпечення права дитини на захист від усіх форм насильства в Україні. Досяг-

нення поставленої мети можливе під час вирішення таких завдань: а) надати аргументи щодо необхідності утворення в Україні державної правової політики протидії насильству відносно дітей; б) визначити систему національних нормативно-правових актів, що регулюють питання захисту дітей від насильства; в) сформулювати певні пропозиції для підвищення ефективності правового забезпечення права дитини на захист від усіх форм насильства в Україні.

Виклад основного матеріалу

Державна правова політика протидії насильству відносно дітей

Правове забезпечення права дитини на захист від усіх форм насильства в Україні є питанням впорядкування відповідних елементів правової системи держави. Проблема становлення в Україні правової системи, особливостей її трансформації та дії в сучасних умовах зближення національного права з міжнародним неодноразово ставала предметом цікавих розсудів вітчизняних авторів. Так, в одній із своїх публікацій К. Степаненко розглядає правову систему України, враховуючи її зближення з європейською правовою системою, як правову систему інтегративного типу, пропонуючи до її структури відносити: а) ідеологічну сферу, що включає правову ідеологію, правову етику, правову освіту та юридичну психологію, притаманні цивілізованому європейському суспільству; б) нормативно-правову сферу, що характеризує особливості зовнішньої та внутрішньої будови права; в) інституційну сферу, що включає сукупність установ правничої специфіки; г) практичну сферу, що визначає особливості правотворчості, правозастосування і тлумачення права за умов розумного поєднання романо-германської традиції з англосаксонським правом у країні¹. Елементи правової системи складають кістяк моделі правового забезпечення права дитини на захист від усіх форм насильства в Україні, тому цей процес має враховувати розвиток та вдосконалення двох головних напрямків: 1) підтримання ідеології протидії усім формам насильства відносно дитини та 2) розвиток джерел права (нормативної основи) для ефективного правового регулювання відносин між відповідними суб'єктами щодо забезпечення права дитини на захист від усіх форм насильства.

Ідеологія протидії усім формам насильства відносно дитини впливає з міжнародних зобов'язань України як суб'єкта міжнародного права сумлінно виконувати положення міжнародних угод, насамперед мова йде про Конвенцію ООН із прав дитини, а також є умовою інтеграції до європейських співтовариств. Наявність розгалуженої системи актів європейського права, присвячених питанням захисту

дітей від насильницьких проявів, вимагає більш активного застосування інтелектуального потенціалу вітчизняної науки права в її спрямуванні на реєстрацію норм універсальних та регіональних угод у сфері захисту прав дітей. Україна, як цивілізована держава світу, має прагнути до високого рівня забезпечення дитини умов її вільного розвитку, попередження насильницьких дій, ставати в окремих питаннях захисту дитини прикладом для інших країн, створювати власний досвід успішного захисту дітей від насильства як основу подальшої міжнародної нормотворчості у цій сфері. На жаль, наявні проблеми ідеологічного характеру виникають як наслідок недостатнього усвідомлення цінності прав людини з боку держави та загального низького рівня кваліфікації суб'єктів правореалізації, що шкодить міжнародній репутації України.

Ідеологія протидії насильству відносно дитини у правовій державі має трансформуватися у відповідну правову політику. Ця категорія використовується для позначення процесів формування та визначення цілеспрямованих, підкріплених інтелектуальним, організаційським та фінансовим ресурсом заходів із реалізації певної стратегічної мети з використанням системи правових засобів відповідно до принципів правової держави. Взаємодія права і політики для забезпечення права дитини на захист від усіх форм насильства може бути цілком продуктивною, для чого потрібно вміти щоразу знаходити оптимальний баланс між цими явищами, який досягається, як правило, в тому випадку, якщо політика є дійсно правовою.

Питання становлення правової політики знаходять своє відображення в публікаціях вітчизняних та зарубіжних авторів. Так, за думкою А. Лопушанського, поняття правової політики як форми державної політики включає комплекс принципів, цілей та методів, що реалізуються за допомогою права, визначають стратегію і тактику розвитку суспільства та держави, спрямовані на реалізацію та захист прав і свобод людини й громадянина, зміцнення законності та правопорядку, реалізацію принципу верховенства права в державному та суспільному житті тощо². Розглядаючи правову політику, М. Матузов має на увазі область відносин, зв'язків і інтересів, які охоплюються поняттям «правовий простір» і об'єктивно потребують регулятивного опосередкування (впорядкування) з боку публічної влади³. О. Малько та К. Шундіков вважають, що правова політика – це «науково обґрунтована, послідовна і системна діяльність державних і муніципальних органів зі створення ефективного механізму правового регулювання, з цивілізованого використання юридичних засобів у досягненні таких

¹ Степаненко К.В. Правова система України: вітчизняна правова традиція та проблеми трансформації. Електронне наукове фахове видання «Проблеми законності». 2018. № 140. С. 33. URL : <http://plaw.nlu.edu.ua/issue/view/7548>.

² Лопушанський А.А. Правова політика і законотворчість: механізм взаємодії та тенденції розвитку : автореферат дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2015. С. 4.

³ Матузов Н.И. Правовая политика: сущность, концепция, реальность. Российская правовая политика: курс лекций. Москва, 2003. С. 77.

цілей, як найбільш повне забезпечення прав і свобод людини і громадянина, зміцнення дисципліни, законності і правопорядку, формування правової державності і високого рівня культури і життя суспільства та особистості»⁴.

Отже, правова політика протидії насильству відносно дітей – це науково обґрунтована, нормативно закріплена і послідовно здійснювана діяльність суб'єктів публічної влади зі створення ефективного механізму правового регулювання відносин, які виникають із приводу забезпечення права дітей на захист від усіх форм насильства. Форми реалізації правової політики різноманітні, вчені доводять існування правоінтерпретаційної, доктринальної, правонавчальної форми⁵, проте в реалізації правової політики протидії насильству відносно дітей слід виділяти два основних напрямки: правотворчість і правозастосування, які одночасно є і формами її реалізації.

Правова політика протидії насильству відносно дітей має стати результатом плідного та комплексного співробітництва всіх суб'єктів її формування. Вона виробляється Парламентом, Президентом, Урядом, органами місцевого самоврядування, місцевими органами виконавчої влади, усіма, хто має право законодавчої ініціативи. У формуванні цієї політики беруть участь наукові установи, політичні партії, громадські організації, рухи, об'єднання, а також громадяни, але не безпосередньо, а через офіційні канали та інститути, через пресу. Наприклад, саме завдячуючи широкому розголосу у засобах масової інформації про непоодинокі випадки насильства відносно дітей в школах, Верховна Рада України у 2018 році прийняла закон, спрямований на боротьбу із булінгом в навчальних закладах.

Система національних нормативно-правових актів, що регулюють питання захисту дітей від насильства.

Розвиток нормативної бази щодо ефективного правового забезпечення права дитини на захист від усіх форм насильства як частина правової політики відбувається за усталеною схемою систематизації нормативно-правових актів, що покликані здійснювати правове регулювання суспільних відносин в цій сфері. Наявна сукупність нормативно-правових актів, що регулюють питання захисту дітей від насильства, складає самостійну систему в загальній системі національного права. Правові засадничі положення щодо гарантування прав дитини визначає Декларація про державний суверенітет України. В основі системи національних нормативно-правових актів щодо забезпечення права дитини на захист від усіх форм насильства лежить Конституція України. Так, відповідно до ст. 3 Основного Закону « <...> людина, її життя і здо-

ров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визначаються в Україні найвищою соціальною цінністю». Важливим для ідеології попередження насильства відносно дітей є положення ст. 52: « <...> будь-яке насильство над дитиною та її експлуатація переслідуються законом»⁶.

Положення Конституції про права дитини деталізуються у відповідних законах України. Так, забезпечення права дитини на захист від усіх форм насильства безпосередньо регулюється Законом України «Про охорону дитинства». Стаття 10 Закону встановлює право дитини на захист від усіх форм насильства, зокрема, кожній дитині гарантується право на свободу, особисту недоторканність та захист гідності. Дисципліна і порядок у сім'ї, навчальних та інших дитячих закладах мають забезпечуватися на принципах, що ґрунтуються на взаємоповазі, справедливості і виключають приниження честі та гідності дитини⁷.

Зважаючи на складний військово-політичний стан, в умовах якого відбувається сучасне державницьке становлення України, права людини, зокрема право дитини на вільний, без усілякого насильства розвиток, включено до об'єктів національної безпеки, а їх ефективне забезпечення є запорукою успішності євроінтеграційної політики нашої держави. Проведення вкрай важливих для країни реформ, впевнений рух до європейських співтовариств, що мало вираз у підписанні Угоди про асоціацію з Європейським Союзом, внесенні відповідних змін до Конституції та прийняті у 2019 році Указу Президента України «Питання європейської та євроатлантичної інтеграції», стали визначальними факторами в ідеології правового регулювання права дитини на захист від усіх форм насильства; механізм забезпечення права дитини на захист від усіх форм насильства слід визначати в невідривному зв'язку із практикою захисту цього виду прав дитини європейськими країнами, що входять в ЄС, а також під кутом зору безпекової стратегії Організації Північноатлантичного договору.

До кодифікованих нормативно-правових актів щодо забезпечення права дитини на захист від усіх форм насильства відносяться Сімейний кодекс України, Цивільний кодекс України, Цивільний процесуальний кодекс України, Кодекс законів про працю України, Кодекс України про адміністративні правопорушення. Важливою є дія норм кримінального законодавства, що визначає високу ступінь суспільної небезпеки та встановлює кримінальну відповідальність за злочини проти дітей. У 2018 році було прийнято Закон України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно

⁴ Малько А.В., Шундиків К.В. Правовая политика современной России: цели и средства. Государство и право. 2001. № 7. С. 15.

⁵ Малько А.В., Шундиків К.В. Правовая политика современной России: цели и средства. Государство и право. 2001. № 7. С. 16.

⁶ Конституція України від 28 червня 1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141 (зі змінами внесеними Законом України «Про відновлення дії окремих положень Конституції України» від 21 лютого 2014 р. Офіційний вісник. 2014. № 19. Ст. 583).

⁷ Про охорону дитинства : Закон України від 26 квітня 2001 р. Відомості Верховної Ради. 2001. № 30. Ст. 14.

жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами», яким, зокрема, була посилена кримінальна відповідальність за сексуальне насильство, вчинене групою осіб, або сексуальне насильство щодо неповнолітньої особи (п. 3, ст. 153 КК України)⁸.

Одним із дієвих видів джерел у сфері забезпечення права дитини на захист від усіх форм насильства є укази Президента України та постанови Кабінету Міністрів України. Безумовно, до системи національних джерел забезпечення права дитини на захист від усіх форм насильства в Україні слід зараховувати і судові рішення. Останні роки у правовій науці дискутується питання щодо судової нормотворчості, окремі вчені небезпідставно визнають за органами судової влади не лише правозастосовчу, а й правотворчу функцію. Вагомим аргументом для цих роздумів стало активне використання у правій системі судового прецеденту, адже рішення як українських, так і міжнародних судів часто застосовують це джерело права. Істотний вплив на розвиток міжнародно-правових стандартів прав дитини надають постанови Європейського суду з прав людини.

Сам механізм застосування рішень ЄСПЛ українськими судами становить на сьогодні окремий предмет наукових пошуків для вітчизняної науки права, однак зараз можна впевнено казати про те, що судові рішення національних органів судочинства у частині забезпечення права дитини на захист від усіх форм насильства, за умов дотримання вимог Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», є важливим джерелом у системі галузевих актів у цій сфері, адже суди здійснюють правотворчу діяльність у напрямку реалізації правової політики протидії насильству відносно дітей.

Пропозиції для підвищення ефективності правового забезпечення права дитини на захист від усіх форм насильства в Україні

Вагоме місце в системі нормативно-правових актів щодо забезпечення права дитини на захист від усіх форм насильства займають норми міжнародних угод у галузі прав людини. Із набуттям Україною незалежності значення міжнародного права в розвитку вітчизняного права тільки збільшується, а вирішення такого питання, як захист прав дитини від насильства, об'єктивно перейшло у сферу міждержавних відносин – двосторонніх і багатосторонніх. Система права України включає в себе не тільки Конституцію, закони та інші внутрішньодержавні правові акти, а й загальновизнані принципи і норми міжнародного права і міжнародні договори. Україна ратифікувала всі міжнародні договори, які своїми положеннями так чи інакше регулюють питання захисту дітей від

насильства, зокрема Конвенцію ООН про права дитини.

Незважаючи на те, що більшість міжнародних договорів у сфері захисту дітей від насильства ратифіковані Україною, а їх норми формально визначають зміст стратегічних документів Кабінету Міністрів України та інших органів виконавчої влади, практика захисту дітей від усіх форм насильства в нашій країні є вкрай незадовільною. Із приводу цього для вітчизняної науки права та суб'єктів законотворчості постає актуальним та практичним завданням коректного впровадження міжнародних норм у цій галузі в національне законодавство. Імплементация в національне право норм міжнародного права щодо забезпечення права дитини на захист від усіх форм насильства є загальною теоретичною проблемою розуміння вітчизняною наукою права механізмів впровадження в національне законодавство норм міжнародного права. В Україні цій проблемі присвячено чимало наукових публікацій, усі вони розвивають міжнародно-правову доктрину, відповідно до якої механізм впровадження в національне законодавство норм міжнародного права реалізується в межах найбільш поширених концепцій трансформації, імплементації та інкорпорації.

Відносно ж упровадження в національне право норм міжнародного права щодо забезпечення права дитини на захист від усіх форм насильства слід сформулювати *дві принципові позиції*. По-перше, не має значення, в який спосіб буде впроваджено в національне право норми міжнародного права у сфері забезпечення права дитини на захист від усіх форм насильства – цей спір між прихильниками тієї чи іншої концепції в даному випадку непродуктивний – головним завданням для України є досягнення бажаної мети створення для дитини безпечних умов життя та розвитку власного потенціалу. По-друге, слід змінити акценти під час вирішення цієї проблеми з теоретичних на практичні.

Інша проблема, що не дозволяє вважати правове забезпечення права дитини на захист від усіх форм насильства задовільним, полягає в тому, що в сучасному українському праві спостерігається певна «розірваність» міжгалузевих і міжпредметних зв'язків, що, у свою чергу, перешкоджає вдосконаленню правового регулювання в цій сфері, заповненню прогалин і подоланню колізій, реалізації на практиці визначених у законодавстві норм. За часів незалежності в різних галузях вітчизняного права (конституційного, цивільного, сімейного, адміністративного та ін.) сформувався величезний масив нормативних актів, які так чи інакше пов'язані з регулюванням прав дитини. Говорячи про особливу значущість правового положення дитини в суспільстві і про право дитини на захист від усіх форм насильства як про юридичну конструкцію, необхідно визначити місце цієї норми права про права дитини в системі права. Збільшення випадків насильства відносно дітей в Україні та світі, розширення форм насильства та застарілість правових інструментів

⁸ Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами: Закон України від 6 грудня 2017 року. Відомості Верховної Ради. 2018. № 5. Ст. 34.

боротьби із цим явищем говорить про те, що право дитини на захист від усіх форм насильства є вкрай важливим об'єктом правового регулювання, який необхідно вивчати в межах *комплексного міжгалузевого інституту прав дитини*. Тільки за таких умов можливо у правовий спосіб вирішити проблеми правового регулювання відносини у сфері забезпечення права дитини на захист від усіх форм насильства, створити більш сучасні, адаптовані під рухливі соціальні процеси, правові механізми захисту дитини від насильства суб'єктами публічної влади України.

Висновки

Таким чином, право дитини на захист від усіх форм насильства є своєрідною моделлю врегулю-

ваних правом окремих елементів правової системи, воно виступає методом пізнання права (його відповідності вимогам щодо особливого захисту дитини від насильства) і суспільних відносин, врегульованих їм, представляючи тим самим юридичну конструкцію. Модельний статус права дитини на захист від усіх форм насильства полягає в тому, що це право знаходиться у центрі правової державної політики протидії насильству відносно дітей в усіх його проявах, діючи однаково під час виникнення типових ситуацій. Право дитини на захист від усіх форм насильства є частиною комплексного міжгалузевого інституту прав дитини, а діяльність суб'єктів публічної влади щодо протидії насильницьким проявам відносно дітей відтворює інституційні елементи, серед яких – об'єкт, правові засоби та методи.

A measure of adequacy of the legal subjectivity volume acquired by the abstract subject of law*Sichevliuk Volodymyr**Candidate of Juridical Sciences,**Doctoral Candidate of the V.M. Koretsky Institute of State and Law**of the National Academy of Sciences of Ukraine, Ukraine*

The author notes that the volume of legal subjectivity available to an abstract subject of law is a dynamic value, that, however, by the influence of social factors on the whole holds within the measures, that are usually sufficient to implementation of a lawful volitional intentions and socially useful activities by the subject of law. However, the presence of deformations in the volume of legal subjectivity negatively affects the potential of the relevant subject of law, and also undermines the implementation of public and/or private interests of other persons in legal relations.

In particular, the insufficient volume of legal subjectivity limits the legitimate will of the subject of law, negatively affects his socially useful activity and/or hinders its development. Insufficient legal subjectivity takes place in a situation where the number of legal opportunities, that available to the subject of law, is unreasonably small. For example, illegal cancellation of a key license deprives a legal entity of the right to conduct the main type of economic activity due to a critical narrowing of its legal capacity. However, in the absence of a significant scale and/or mass reproduction of a such in relation to many persons, the general state of public order in this situation is not affected much, and the range of relevant risks for other subjects of law is insignificant.

The excessive volume of legal subjectivity complicates the implementation of the subject's of law will, since it is aimed at servicing the field of activity, that is inadequate by the number of heterogeneous directions or by the scope. Getting by the subject of law an excessive legal subjectivity resource is characterized by the greatest extent of public risks, since it is always combined with an objectively unjustified limitation of the scope of legal subjectivity of other social figures. For example, the presence of an overly capable apparatus of public power, deprived of the object of regulatory activity with relevant area and complexity, leads to the fact that it begins to justify its existence, creating and maintaining an artificially created need for a significant number of unnecessary administrative concordances, authorizations and approvals.

Міра адекватності обсягу правової суб'єктності, здобутої абстрактним суб'єктом права*Січевлюк Володимир Антонович**кандидат юридичних наук,**докторант Інституту держави і права імені В.М. Корецького**Національної академії наук України, Україна***Вступ**

Законодавство кожної країни, включаючи Україну, насичене нормативним матеріалом, скерованим на визначення меж правової суб'єктності, що диференціюються для різних категорій суб'єктів права. Однак, незважаючи на свою значимість, величезний прикладний масив законодавства, що регулює межі правосуб'єктності учасників правовідносин, практика його застосування та теоретичні здобутки галузевих доктрин у цій царині юридичної науки майже не знайшли свого системного опрацювання та концептуального узагальнення на рівні загальної теорії права.

Мета статті. Ця стаття скерована на дослідження проблеми адекватності обсягу правової суб'єктності, доступної абстрактному суб'єкту права, мірі реалізації його вольових устремлінь, персональним інтересам, а також потребам підтримання публічного правопорядку. При цьому приклади господарської, адміністративної та іншої галузевої правосуб'єктності, що містяться у статті, наведені лише з ілюстративною метою.

Виклад основного матеріалу

Динамічні процеси у сфері правосуб'єктної реальності в більшому чи меншому масштабі відбуваються в усіх галузях права. Правосуб'єктність кожного окремого суб'єкта права ніби «дихає», збільшуючись, затримуючись чи зменшуючись в обсязі, і такі її коливання є нормальними для активного правового актора. Об'єктивне право, матеріалізоване в законодавстві та в інших своїх джерелах, постійно впливає на загальний та особливий (галузевий і спеціальний) обсяг правосуб'єктності кожної із груп суб'єктів права, починаючи з фізичної особи та закінчуючи об'єднаннями країн.

Однак чи завжди обсяг правової суб'єктності, встановлений об'єктивним правом або ж сформований іншим чином, є оптимальним для суб'єкта права та, що, ймовірно, є більш важливим, відповідає потребам підтримання публічного правопорядку? Дослідження емпіричного матеріалу галузевих реалій і здійснення на цій основі методологічно виваженої загальнотеоретичної рефлексії приводить нас

до висновку про те, що обсяг правової суб'єктності, доступної абстрактному суб'єкту права, може бути:

- недостатнім, тобто таким, що повинен бути збільшений, оскільки обмежує легітимну волю суб'єкта права, негативно впливає на його суспільно-корисну діяльність та/чи стримує її розвиток;

- відповідним (адекватним), тобто таким, що повинен підтримуватися, оскільки є оптимальним для реалізації правомірних вольових інтенцій та предмету діяльності суб'єкта права;

- надмірним, тобто таким, що потребує зменшення. Такий обсяг правосуб'єктності ускладнює реалізацію волі суб'єкта права, оскільки скерований на обслуговування предмету діяльності, неадекватного або за кількістю різнорідних напрямків, або за масштабом.

Розглянемо кожен із перелічених вище правосуб'єктних станів детальніше.

Недостатня правова суб'єктність має місце в ситуації, коли кількість правових можливостей, доступних суб'єкту права, є необґрунтовано малою. Виникає такий стан унаслідок підпорядкування суб'єкта права обмежувальній дії відповідних норм об'єктивного права та/або у зв'язку із упровадженням неадекватної практики правозастосування та/чи внаслідок хиб у власній юридично значимій поведінці суб'єкта права. Брак правосуб'єктності негативно впливає на міру реалізації суб'єктом права його вольового та функціонального потенціалу, а також зазвичай шкодить індивідуальним інтересам цього правосуб'єктного діяча і/або інтересам інших учасників правовідносин. Зокрема:

- недостатність правоздатності невинуватно зменшує кількість прав та обов'язків абстрактного суб'єкта права, руйнуючи юридичні містки для його комунікації із суспільством. Тим самим особа чи інший суб'єкт права відгороджується від соціального простору, тобто, в кінцевому вимірі, від ресурсів, що потрібні йому, тобто суб'єкту, для підтримання життєдіяльності та розвитку. Недостатня міра правоздатності практично завжди негативно впливає на весь обсяг правосуб'єктності особи чи іншого суб'єкта права, понижуючи рівень доступного йому правосуб'єктного потенціалу загалом. У рабовласницькому та феодальному світі ця залежність особливо гостро відчувалася для фізичних осіб, у сучасності – для юридичних осіб та інших «штучних» суб'єктів права, включаючи державу. Наприклад, анулювання ліцензії позбавляє юридичну особу права вести окремий вид господарської діяльності. Одночасно із цим припиняються правові зв'язки, в межах яких цей суб'єкт господарювання міг би покладати чи нести специфічну відповідальність, пов'язану з веденням ліцензованого виду діяльності (зменшується обсяг його деліктоздатності), а також унеможлиблюється вольова діяльність виконавчого та інших органів управління у відповідній предметній сфері, частково чи повністю припиняється робо-

та структурних підрозділів, які раніше були залучені в ліцензовану діяльність (тобто господарська організація втрачає певний обсяг дієздатності);

- недостатній обсяг деліктоздатності спричинює ситуацію, за якої права та обов'язки, встановлені для суб'єкта права диспозиціями скерованих до нього правових норм, не підкріплюються їх санкціями. Відповідно, суб'єкти права з пониженою деліктоздатністю можуть із легкістю ігнорувати свої обов'язки та мають можливість безкарно зловживати правами. Така ситуація доволі часто виникає на практиці, наприклад, у процесуальному секторі правового життя.

Крім цього, недостатній обсяг деліктоздатності обмежує можливості суб'єкта права ефективно реалізувати наявний у нього потенціал правоздатності. Так, позичальник, фінансовий стан, а також якість та розмір активів якого не відповідає вимогам, встановленим банківським законодавством із метою гарантування належного виконання кредитних зобов'язань та уникнення дефолту, практично позбавлений можливості отримати банківський кредит. Адже з точки зору банку такий позичальник є «проблемним» в аспекті платоспроможності, має високий коефіцієнт ймовірності дефолту, тобто він у недостатній мірі деліктоздатний;

- недостатність дієздатності ослаблює вольову діяльність кожного суб'єкта права і таким чином також перешкоджає йому користуватися благами правоздатності. Поряд із цим неминучим наслідком обмеження чи повної втрати дієздатності суб'єкта права постає негативна трансформація властивої йому деліктоздатності. З одного боку, недієздатний суб'єкт права позбавляється можливості ефективно застосовувати заходи відповідальності до осіб, які порушують його права та законні інтереси, а з іншого – він обмежено чи зовсім нездатний протистояти несприятливому зовнішньому тиску, скерованому на легітимне (а часто і не зовсім нелегітимне, наприклад, шляхом рейдерства) присвоєння його ресурсів іншими суб'єктами права.

Адекватна правова суб'єктність забезпечує близьку до оптимальної активність суб'єкта права в суспільному просторі, дозволяючи йому ефективно використовувати вже здобуті чи доступні ресурси, примножувати їх обсяги та розвиватися. У такій ситуації різногалузеві права та обов'язки учасника правовідносин забезпечуються легітимно набутим ним обсягом правоздатності, необхідним та достатнім для задоволення його інтересів та/чи досягнення цілей. У свою чергу, збалансована деліктоздатність суб'єкта права, по-перше, сприяє йому уникати надмірної втрати майна та інших ресурсів під час несення відповідальності за допущені проступки, по-друге – дозволяє суб'єкту права активно діяти з метою компенсації понесених ним втрат через застосування адекватних санкцій до порушників його прав і, по-третє, окреслює межі того поля, у

якому суб'єкт права може діяти без ризику порушити рівновагу публічних та приватних інтересів, що склалася стосовно нього.

Відповідна міра дієздатності надає змогу особі чи іншому соціальному діячу бути персоною, здатною ефективно утворити, виявити та здійснити свою індивідуальну волю. Об'єктивне право містить чисельні положення, скеровані на попередження та подолання випадків виникнення диспропорцій у тому обсязі дієздатності, що за визначенням повинен бути адекватним у всіх категорій суб'єктів права, починаючи від фізичної особи та закінчуючи об'єднаннями країн. Як уже відзначалося вище, нормальна міра дієздатності дозволяє кожному суб'єкту права розкрити потенціал своєї правоздатності та деліктоздатності, надавши залученим до регулювання їх статусів вербальним нормативним конструкціям, а саме диспозиціям та санкціям активованих норм права, життєвої форми буття у вигляді правовідносин та юридичних фактів.

Правова суб'єктність, здобута в надмірному обсязі, ускладнює реалізацію вольового потенціалу суб'єкта права через відволікання його ресурсів на виконання завеликої кількості завдань або ж унаслідок надмірного масштабу діяльності, яку здійснює суб'єкт права. На нашу думку, надмірна правова суб'єктність не обов'язково позначена ознакою протиправності, скоріше навпаки – в сучасному демократичному суспільстві вона найчастіше виникає цілком легітимно, постаючи наслідком надто лінійної імплементації у правове життя диспозитивних принципів приватно-правових чи імперативних засад публічно-правового регулювання, які перебувають у складному та динамічному поєднанні. У низці випадків правособ'єктні диспропорції пояснюються історичними причинами. Однак навіть за наявності об'єктивних причин для своєї появи такий правособ'єктний стан завжди або шкодить правам та законним інтересам приватного та/чи публічного походження, або ж містить іманентні ризики спричинити таку шкоду в майбутньому. І саме тому він повинен або контролюватися, або долатися.

Надмірне, невиправдане функціональними завданнями суб'єкта права розширення обсягу його правоздатності достатньо часто зустрічається практично у всіх сферах суспільного життя. Найбільш яскравим та масштабним прикладом такого явища постають країни з авторитарною формою політичної організації суспільства, у яких права і свободи кожного окремого громадянина, рівно як і права громадянського суспільства та утворених ним структур, загалом неадекватно обмежені на користь держави та її органів. Надмірний обсяг правоздатності релігійних інституцій призводить до їх зростання з державою, і в такій ситуації політичний авторитаризм доповнюється релігійним фундаменталізмом (ісламським, православним чи іншим). У сучасній сфері економічної діяльності спостерігається постійне зростання обсягу

правоздатності різноманітних монополій, транснаціональних корпорацій та інших правосуб'єктних форм концентрації капіталу, обсяг економічної потужності яких часто перевищує економічні можливості достатньо великих та розвинутих країн.

Менш масштабні приклади надмірних виявів правоздатності найчастіше втілюються у вигляді завеликої кількості прав та/чи обов'язків, наданих законом тому чи іншому соціальному суб'єкту, починаючи від «природного» суб'єкта права – фізичної особи. Наочним прикладом неадекватно завищеної правоздатності громадян є надання їм надмірних, тобто тих, які не мають економічного обґрунтування, законодавчих гарантій у сфері соціального забезпечення. В економічно розвинених демократичних країнах такі тенденції суб'єктивно підкріплюються популістичними очікуваннями тих громадян, які вважають доступні їм соціальні стандарти життя несправедливими. Відзначимо, що правова ідеологія, яка надихає та вимагає впровадження відповідного «справедливого» законодавства, – це некритично розвинутий юс-натуралістичний принцип, послідовне застосування якого знищує практично всі публічні обмеження правого потенціалу «звільненого» від суспільства індивіда, юридично піднімаючи його до стану людини з абсолютно універсальною, а тому безмежною за обсягом правоздатністю, в якій баланс прав та обов'язків зрушений на користь перших.

Стосовно «штучних» суб'єктів права (юридичних осіб та правосуб'єктних утворень без статусу юридичної особи) відзначимо, що кожен із них виникає та діє з метою реалізації певної суспільної (приватної, приватно-публічної або публічної) функції. Тому властива їм правоздатність завжди специфікується під потреби того функціонально-рольового навантаження, яке виконує конкретно взятий суб'єкт права. Можливість поєднання ними різних за змістом фрагментів правоздатності має межі, еластичність яких задається мірою вимог до ефективності профільної діяльності суб'єкта права, а також можливістю збалансованого суміщення збільшеного обсягу його правоздатності із правами, обов'язками та інтересами інших учасників правовідносин. Надмірна правоздатність неминуче чинить негативний вплив на ефективність профільної діяльності її носія, ускладнює та заплує проходження його внутрішніх управлінських процесів та, основне, вона порушує рівновагу інтересів у зовнішньому суспільному просторі та у випадку її множинного відтворення провокує системний суспільний дисбаланс правосуб'єктності. Наприклад, відповідно до ст. 21 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг»¹ державне регулювання ринків фінансових послуг здійснюється: щодо ринку банківських

¹ Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг». Відомості Верховної Ради України. 2002. № 1. С. 1.

послуг та діяльності з переказу коштів – Національним банком України; щодо ринків цінних паперів та похідних цінних паперів (деривативів) – Національною комісією із цінних паперів та фондового ринку; щодо інших ринків фінансових послуг – Національною комісією, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг. Кожен із перелічених вище державних регуляторів має чітко окреслену сферу правоздатності (компетенції), зміст та обсяг якої визначаються особливостями предметного поля їх владного впливу, а саме об'єктивно наявним в економіці країни ринком фінансових послуг. Неможливо уявити ситуацію, за якої до Національного банку України були б передані регуляторні повноваження стосовно всіх ринків фінансових послуг, що було б рівнозначним руйнуванню в Україні збалансованої системи суб'єктів державного регулювання сфери фінансової діяльності внаслідок штучної монополізації усього різноманітного обсягу відповідної адміністративної компетенції одним мега-регулятором. У цьому зв'язку доцільно згадати відому думку російського цивіліста В. Сінайського про те, що юридична особа повинна мати спеціальну правоздатність для того, щоб не панувати над людиною. У наведеному вище прикладі абсолютизована за обсягом правоздатність постала б доволі масштабним пануванням окремого суб'єкта права над суспільством загалом.

В Україні іншим прикладом суб'єктів права з надмірною правоздатністю можуть послугувати об'єднання підприємств. У сучасному господарському законодавстві України закладена суперечлива та непослідовна правова позиція, якою надміру розширюється обсяг правоздатності корпорацій, концернів та інших видів об'єднань підприємств, а також господарських об'єднань загалом. Для них поряд із профільною сукупністю організаційно-господарських повноважень встановлюється також і додаткова виробнича компетенція, хоча відповідно до правової природи господарських об'єднань, включаючи об'єднання підприємств, виробничі функції не властиві для них та покладаються на учасників, що входять до їх складу, що і відзначено у спеціалізованих дослідженнях. Так, В. Петрина задається питанням, у чому, крім назви, полягає принципова різниця між такими формами юридичних осіб, як об'єднання підприємств та корпоративне підприємство². А І. Кравець підкреслює, що основним призначенням господарського об'єднання є здійснення організаційно-господарських повноважень по відношенню до підпорядкованих йому учасників³.

Вплив надмірної деліктоздатності на правову суб'єктність та загальний стан зовнішньої комунікації суб'єкта права є не менш значним порівняно

з негативною силою дії його надто об'ємної правоздатності. Так, коли у структурі правосуб'єктності деякої особи відбувається акцентуація пасивного аспекту деліктоздатності (тобто якщо невиправдано посилюється її здатність нести відповідальність), то така особа неминуче втрачає можливість повною мірою використовувати надане їй благо правоздатності. Причиною цього ефекту слугує закономірне згасання сили вольового імпульсу відповідного суб'єкта права, в мотиваційній сфері якого розвивається прагнення мінімізувати надто велику міру ризиків несення відповідальності шляхом уникнення своєї участі в потенційно небезпечних правових сценаріях. Негативний тиск надмірної деліктоздатності може призвести до того, що соціальна активність суб'єкта права може практично повністю втратити свою змістовну наповненість і результативність та набутти імітаційного характеру. Особливо часто такий правосуб'єктний «ексцес» зустрічається у сфері публічних правовідносин. Зокрема, в Україні він постійно відтворюється в діяльності органів державної і комунальної влади та їх службових осіб. Останніми роками відповідним прикладом слугує постійно неефективна діяльність Фонду державного майна України, який із-за впливу встановленої для нього законом надмірної деліктоздатності рік за роком не виконує план приватизації.

З іншого боку, в суб'єкта права може відбутися гіпертрофоване зростання активної сторони його деліктоздатності, тобто надмірне збільшення його спроможності покласти юридичну відповідальність на інших суб'єктів права. Користуючись полегшеною можливістю застосовувати до правопорушників надмірні обсяги санкцій, суб'єкти публічного та/чи приватного права неминуче порушують складний баланс суперечливих інтересів, скерованих на легітимне утримання, продуктивне використання та збільшення обсягу матеріальних чи інших ресурсів учасників правовідносин. Наслідками цього є юридична та політична ескалація, тривалі та виснажливі судові війни, громадський резонанс та неминуче зростання соціальної напруги із причини розповсюдження рейдерства, фактів банкрутства за штучно створеними підставами, надмірних фіскальних обтяжень тощо. Проте належить відзначити чітку позитивну тенденцію в законодавстві України, скеровану на нормалізацію правосуб'єктної ситуації у цій царині.

Цікавим прикладом надмірної правової суб'єктності є функціонально невиправдане зростання такого її елемента, як дієздатність. Наочним втіленням даної диспропорції є посилене, за відсутності потреби у функціонуванні, «розбухання» системи органів управління та множини структурних підрозділів підприємств, установ та організацій, а також владних суб'єктів права – органів місцевого самоврядування та органів державної влади. Для суб'єктів господарювання та інших юридичних осіб приват-

² Петрина В. Організаційно-правові форми об'єднань підприємств: порівняльний аналіз ринка. *National law journal theory and practice*. 2014. С. 136.

³ Кравець І. Ознаки господарських об'єднань як центрів господарських систем. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 2011. № 88. С. 42

ного чи публічного права довге володіння надмірним обсягом дієздатності тягне збільшення питомої частки непродуктивних витрат і без того завжди обмежених ресурсів, їх перетворення в неактуальні, а тому непотрібні суспільству блага, втрату функціональної ефективності, цілком закономірним наслідком чого стає їх поступовий чи швидкий занепад. Позитивне вирішення цієї проблеми відбувається у випадку зміни пріоритетів предметної діяльності суб'єкта права та за умови мобілізації ним ресурсів, достатніх для успішної реалізації нових програм діяльності. Стратегічне планування розвитку, яке застосовується великими та успішними корпораціями, слугує прикладом належного саморегулювання цими суб'єктами права міри власної дієздатності.

У свою чергу, наявність надміру дієздатного апарату публічної влади, позбавленого відповідного за масштабом та складністю об'єкта регуляторної діяльності, призводить до того, що останній починає виправдовувати своє існування, генеруючи та обслуговуючи штучно створену потребу у значній кількості непотрібних адміністративних узгоджень, дозволів та схвалень. Бюрократизація та вихолощування корисного змісту публічних управлінських процедур обтяжує громадянське суспільство, неприйнятно уповільнює чи взагалі зупиняє його еволюційний розвиток, збурює суспільну свідомість та породжує в ній прагнення до швидкого та раціонального реформування.

Зрозуміло, що міра правової суб'єктності, природна та нормальна для однієї групи суб'єктів права, не може бути адекватною для інших їх категорій. Адже суб'єкти публічного, приватно-публічного та приватного права володіють різними родами правової суб'єктності, відмінними і за змістом, і за спосо-

бом реалізації, і за підставами виникнення. Тому до оцінки міри правосуб'єктності, доступної тій чи іншій групі суб'єктів права, треба завжди підходити конкретно.

Висновки

На підставі викладеного вище робимо такі висновки:

1. Обсяг правової суб'єктності, доступної абстрактному суб'єкту права, є динамічною величиною, яка, проте, дією соціальних факторів загалом утримується в межах міри, зазвичай достатньої для реалізації суб'єктом права його правомірних вольових інтенцій та для виконання ним суспільно-корисного предмету діяльності.

2. Недостатній обсяг правової суб'єктності обмежує легітимну волю суб'єкта права, негативно впливає на його суспільно-корисну діяльність та/чи стримує її розвиток. Однак за відсутності значного масштабу та/чи масового відтворення такого правосуб'єктного стану стосовно багатьох персон загальний стан публічного правопорядку в такій ситуації, як правило, не уражається, а коло відповідних ризиків для інших суб'єктів права є незначним.

3. Надмірний обсяг правосуб'єктності ускладнює реалізацію волі суб'єкта права, оскільки скерований на обслуговування предмету діяльності, неадекватного або за кількістю різномірних напрямків, або за масштабом. Здобуття суб'єктом права надмірного правосуб'єктного ресурсу позначене порівняно найбільшою мірою саме публічних ризиків, оскільки завжди суміщається з об'єктивно невиправданим обмеженням обсягу правової суб'єктності інших соціальних діячів.

Civil liability of an air carrier for luggage loss

Soloviov Borys

Master Student of Law Faculty

of Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine

Having analyzed current doctrine of civil law, the author can conclude that nowadays researchers are paying more attention to a deep understanding and study of the general provisions of civil liability of an air carrier in general and various aspects and problematic issues of it in particular as the issues related to the legal regulation of an air transportation activity, including responsibility of an air carrier for luggage loss, are crucial for development of infrastructure.

It should be noted that the sphere of air transportation is characterized by a multiplicity of sources of legal regulation and the dualism of their system, as they include both acts of national legislation and international legal acts.

Taking into account the fact that loss of luggage, as a rule, is the result of improper performance of the carrier's obligations under the contract of air transportation of passengers and luggage, the main form of civil liability is compensation for damages caused by the loss of luggage. The actual basis of the air carrier's liability is a composition of a civil offense, which includes the following elements: unlawful behavior of the carrier; losses due to such behavior; causation between wrongful conduct and loss; fault of the carrier.

Analysis of the legislation and the practice of its application give grounds to conclude that the norms of the national legislation on the air carrier's liability for improper transportation of luggage are consistent with international acts in the field of air transportation. At the same time, the mechanism for protecting the rights of passengers is overwhelmed, which does not contribute to the effective and timely recovery of violated rights.

The question of the possibility of getting compensation for non-pecuniary damage caused by the loss of passenger's luggage by the air carrier is still open. In author's opinion, the absence of the norm providing the right to compensation for a passenger for non-pecuniary damage in the Montreal Convention, the Air Code of Ukraine and, accordingly, in the Rules for the Carriage of Passengers and Luggage due to loss of luggage cannot be considered enough reason for concluding that the passenger has no such right. This position leads to a narrow interpretation of the civil liability of the air carrier for the loss of passenger's luggage and violation of the right to protection of the passengers.

Цивільно-правова відповідальність авіаперевізника за втрату багажу

Соловійов Борис Олегович

магістрант юридичного факультету

Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Україна

Вступ

На сучасному етапі має місце активна інтеграція України у європейський та світовий простір, що має безпосередній вплив на розвиток транспортної інфраструктури. Надзвичайно поширеним стає авіаперевезення пасажирів та багажу, що зумовлено зручністю та швидкістю цього виду транспорту. На жаль, непоінформованість пасажирів не завжди дає їм можливість ефективно захистити свої права у випадку їх порушення. Саме тому актуальними є питання, пов'язані з відповідальністю авіаперевізника за затримку, втрату чи пошкодження багажу.

Слід зазначити, що сфера авіаперевезень характеризується множинністю джерел правового регулювання та подвійністю їх системи, адже включає в себе як акти національного законодавства, так і міжнародно-правові акти. Так, до національних джерел правового регулювання авіаперевезень слід віднести Цивільний кодекс України¹, Повітряний кодекс Укра-

їни², Правила повітряних перевезень пасажирів і багажу, затверджені Наказом Міністерства інфраструктури України від 30.11.2012 № 735³ (надалі також – Правила) тощо. Серед міжнародних актів, які регулюють відносини щодо відповідальності авіаперевізника за затримку, втрату чи пошкодження багажу, насамперед слід назвати Конвенцію про уніфікацію деяких правил міжнародних повітряних перевезень⁴ (Монреальська конвенція), яка набрала чинності для України 06.05.2009 року, Загальні умови перевезень пасажирів і багажу, встановлені Міжнародною асоціацією повітряного транспорту («General Conditions of Carriage (passenger and baggage)»), IATA).

Дослідженню питань цивільно-правової відповідальності у цілому та авіаперевізника зокрема присвячені окремі праці М.М. Агар-

¹ Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. [Станом на 31.03.2019 р.]. Відомості Верховної Ради України. 2003. № № 40-44. Ст. 356.

² Повітряний кодекс України : Закон України від 19.05.2011 р. [Станом на 04.11.2018 р.]. Відомості Верховної Ради України. 2013. № № 9-13. Ст. 88.

³ Правила повітряних перевезень пасажирів і багажу : Затв. наказом М-ва інфраструктури України від 30 листопада 2012 р. № 735. Офіц. вісн. 2013. № 48. Ст. 378.

⁴ Конвенція про уніфікацію деяких правил міжнародних повітряних перевезень. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_594.

кова, С.С. Алексеева, В.І. Борисової, М.І. Брагінського, В.В. Вітрянського, О.В. Дзери, О.С. Іоффе, В.В. Луця, Н.О. Санахметової, І.В. Спасибо-Фатеевої, Ю.К. Толстого та інших видатних вчених. У той же час велика кількість проблемних питань, пов'язаних з окремими проблемами цивільно-правової відповідальності авіаперевізника, в тому числі і за втрату багажу, залишаються невирішеними.

Отже, метою цієї статті є аналіз окремих проблем цивільно-правової відповідальності авіаперевізника за втрату багажу та пошук шляхів їх вирішення.

Виклад основного матеріалу

Відповідно до ст. 910 ЦК України за договором перевезення пасажирів одна сторона (перевізник) зобов'язується перевезти другу сторону (пасажирів) до пункту призначення, а в разі здавання багажу – також доставити багаж до пункту призначення та видати його особі, яка має право на одержання багажу, а пасажир зобов'язується сплатити встановлену плату за проїзд, а в разі здавання багажу – також за його провезення. Укладення договору перевезення пасажирів та багажу підтверджується видачею відповідно квитка та багажної квитанції, форми яких встановлюються відповідно до транспортних кодексів (статутів).

Більш деталізоване визначення закріплено в Повітряному кодексі України (ст. 98), у якому зазначається, що повітряні перевезення виконуються на підставі договору між авіаперевізником та пасажиром або вантажовідправником. Документами на повітряне перевезення під час перевезення пасажирів є квиток (паперовий або електронний), а під час перевезення речей як багажу пасажирів – багажна квитанція (паперова або електронна).

Цивільний кодекс України визначає строк доставки багажу пасажирів. Так, перевізник зобов'язаний доставити багаж до пункту призначення у строк, встановлений договором, якщо інший строк не встановлений транспортними кодексами (статутами), іншими нормативно-правовими актами та правилами, що видаються відповідно до них, а в разі відсутності таких строків – у розумний строк (ст. 919 ЦК).

Ураховуючи, що втрата багажу, як правило, є наслідком неналежного виконання перевізником своїх обов'язків за договором авіаперевезення пасажирів та багажу, він притягається до майнової відповідальності у формі відшкодування збитків, заподіяних втратою багажу⁵. Фактичною підставою відповідальності перевізника є склад цивільного правопорушення, який включає в себе такі елементи, як: протиправна поведінка перевізника; збитки як наслідок такої поведінки; причинний зв'язок між протиправною поведінкою та збитками; вина пере-

візника^{6,7}. У зв'язку із цим слід проаналізувати, як визначається розмір збитків та якою мірою перевізник відшкодовує їх.

Загальні положення про відповідальність перевізника за втрату, нестачу, псування або пошкодження багажу закріплені у ст. 924 ЦК України. Аналіз вказаної норми дає підстави зробити висновок про властиву для відносин, що виникають у зв'язку із втратою багажу, презумпцію вини перевізника, зміст якої визначається відповідно до ст. 614 ЦК України. Так, перевізник відповідає за збереження багажу з моменту прийняття його до перевезення та до видачі одержувачеві, якщо не доведе, що втрата, нестача, псування або пошкодження багажу сталися внаслідок обставин, яким перевізник не міг запобігти та усунення яких від нього не залежало. Слід пам'ятати, що перевізник відповідає за втрату, нестачу, псування або пошкодження багажу в розмірі фактичної шкоди, якщо не доведе, що це сталося не з його вини.

Вважаємо, що доцільно звернути увагу на зміст поняття багажу та його види. Так, відповідно до п. 18 ч. 1 ст. 1 Повітряного кодексу України багаж – це предмети, майно та інші особисті речі пасажирів або члена екіпажу, що перевозяться на борту повітряного судна.

Повітряний кодекс визначає 3 види багажу: зареєстрований багаж, несупроводжуваний багаж та ручну поклажу (незареєстрований багаж). Під зареєстрованим багажем слід розуміти багаж пасажирів, прийнятий перевізником під свою відповідальність для перевезення та своєчасної доставки, на який перевізник оформив багажну квитанцію та видав багажну ідентифікаційну бирку. Слід звернути увагу, що багажна квитанція є частиною квитка, що засвідчує прийняття до перевезення саме зареєстрованого багажу. У той же час несупроводжуваний багаж – це багаж, який прийнято до перевезення окремо від пасажирів і оформлено за авіаційною вантажною накладною, що є документом, оформленим вантажовідправником чи іншою особою від його імені, який засвідчує укладення договору про перевезення і прийняття вантажу до перевезення на умовах, визначених у такому договорі. Ручна поклажа (незареєстрований багаж) – це багаж пасажирів, який під час перевезення перебуває в салоні повітряного судна за згодою перевізника і під контролем пасажирів та засвідчується спеціальною биркою.

Для аналізу проблем відповідальності авіаперевізника за втрату багажу важливо визначити момент такої втрати та межі відповідальності. Відповідно до п. 3 глави 3 розділу XXVIII Правил повітряних перевезень пасажирів і багажу багаж вважається втраченим, якщо його не виявлено за результатами розшуку протягом 21 календарного дня з дати, наступної за тією,

⁶ Вітрянський В.В. Договор перевезки. Москва : Статут, 2001. 176 с. С. 34–36.

⁷ Довгополов А.А. Договор перевезки грузов железнодорожным транспортом по российскому праву: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право и гражданский процесс; семейное право; международное частное право». Москва, 2006. 20 с. С. 4.

⁵ Савичев Г.П. Договор воздушной перевозки: Лекция для студентов юридического факультета госуниверситетов. Москва : Изд-во Моск. ун-та, 1963. 43 с. С. 13.

коли багаж повинен був прибути до місця призначення. У той же час перевізник наділений правом визнати багаж втраченим, не чекаючи спливу 21-денного строку. Саме з моменту визнання багажу втраченим пасажир може пред'явити перевізнику вимоги, що випливають із договору перевезення.

У той же час відповідно до ст. 22 Монреальської конвенції відповідальність перевізника у випадку знищення, утрати, пошкодження або затримки в перевезенні багажу обмежується сумою 1000 спеціальних прав запозичення (приблизно 1395 доларів США) стосовно кожного пасажирів, за винятком випадків, коли пасажир зробив у момент передачі зареєстрованого багажу перевізнику особливу заяву про заінтересованість у доставці та сплатив додатковий збір. Подібне правило закріплено у Правилах повітряних перевезень пасажирів і багажу, однак межа відповідальності перевізника трохи вища – 1131 СПЗ (приблизно 1577 доларів США) (п. 2 глава 5 розділ XXVII Правил).

Підкреслимо, що з приводу затримки багажу діє інше правило. Компенсація за затримку в перевезенні багажу встановлюється, виходячи з необхідності забезпечити пасажирів засобами першої потреби. Із цією метою компенсація пропонується пасажирів у разі неприбуття багажу в пункт призначення разом із пасажиром, якщо пункт призначення не є місцем постійного проживання пасажирів. У будь-якому разі така компенсація обмежується сумою 50 доларів США (або еквівалентом в іншій валюті). Однак перевізник не несе відповідальності за шкоду, заподіяну внаслідок затримки багажу, якщо доведе, що він, його службовці та агенти з обслуговування вжили всіх заходів, які могли б бути необхідними для того, щоб уникнути шкоди, або що для нього (них) було неможливо вжити таких заходів.

Важливо пам'ятати, що відповідальність перевізника в разі перевезення багажу із заявленою цінністю визначається сумою заявленої цінності багажу⁸.

Якщо відповідальність перевізника за неналежне перевезення в будь-якому випадку обмежується реальними збитками, доведеними пасажиром, то у випадку пошкодження багажу мають місце деякі винятки. Так, відповідно до Правил повітряних перевезень пасажирів і багажу (п. 7 глава 3 розділ XXVIII) перевізник не несе відповідальності за такі види пошкодження багажу: зламані коліщатка та ніжки валіз, сумок тощо; загублені ремінці та петельки; незначні потертості або подряпини, пошкодження як результат надмірного наповнення валізи; пошкодження ручки валізи або сумки; пошкодження крихких речей або продуктів, що швидко псуються; пошкодження предметів, які неналежно упаковані.

Надзвичайно важливим питанням є визначення порядку захисту порушених авіаперевізником прав пасажирів. Перш за все пасажирів слід пам'ятати, що у сфері

⁸ Безлюдько І.О. Договір перевезення вантажу повітряним транспортом за цивільним правом України : дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2005. 139 с. С. 34.

авіаперевезень діє презумпція належного виконання перевізником зобов'язання з перевезення багажу. Саме тому для ефективного захисту своїх прав пасажирів не слід зволікати. Так, до виходу з багажного відділення аеропорту він повинен засвідчити факт порушення перевізником зобов'язання шляхом оформлення акта про неналежне перевезення багажу (PIR – Property Irregularity Report).

Відповідно до ст. 31 Монреальської конвенції у випадку пошкодження багажу особа, яка має право на його отримання, повинна надіслати перевізнику претензію негайно після виявлення пошкодження й не пізніше семи днів із дати отримання зареєстрованого багажу. У випадку затримки претензія повинна бути заявлена не пізніше двадцяти одного дня з дати, коли багаж був переданий у його розпорядження. Претензії щодо втрати багажу висуваються до перевізника після того, як багаж буде визнано втраченим (п. 3 глава 3 розділ XXVIII Правил).

Будь-яка претензія щодо неналежного перевезення багажу повинна бути подана письмово та вручена або відправлена у строки, зазначені в Монреальській конвенції та у Правилах повітряних перевезень пасажирів і багажу. До претензії мають бути додані всі необхідні документи, що підтверджують права пасажирів вимагати відшкодування залежно від того, щодо чого висувається претензія. Доказами можуть бути квиток (маршрут-квитанцію), фіскальні чеки оплати послуг, квитанція про оплату наднормового багажу, відривний талон багажної ідентифікаційної бирки, акт про неналежне перевезення багажу, довідки про затримки та інші документи, що можуть прискорити розгляд претензійних вимог. Зазначимо, що сума претензії має бути доведена пасажиром.

Звернемо увагу на випадки, коли претензія пред'являється стосовно частково втраченого багажу. Так, компенсація розраховується, виходячи з ваги втраченого багажу та вартості 1 кг відповідно до пункту 2 глави 5 розділу XXVIII Правил.

Відсутність надісланої перевізнику претензії під час міжнародних повітряних перевезень позбавляє пасажирів необхідності звертатися до суду з позовом до перевізника щодо неналежного перевезення багажу, крім випадків застосування перевізником обману. Висування претензій щодо неналежного перевезення багажу на внутрішніх рейсах здійснюється відповідно до чинного законодавства України.

Позови про відповідальність перевізника щодо неналежного перевезення багажу мають бути подані за вибором позивача до суду за місцем реєстрації перевізника, за місцезнаходженням його головного офісу або за місцезнаходженням офісу перевізника, де було укладено договір перевезення, з дати його прибуття до місця призначення або з дати, коли повітряне судно повинно було прибути до місця призначення, або з дати, коли припинилося перевезення. Отже, для цієї категорії справ передбачена альтернативна підсудність за вибором пасажирів.

У разі якщо знищення, втрати, пошкодження, затримки в перевезенні багажу мало місце під час послідовного перевезення, пасажир має право подати позов до першого чи останнього перевізника, а також до перевізника, який виконував перевезення, під час якого сталися знищення, втрата, пошкодження, затримка в перевезенні.

Слід звернути увагу на передбачений Монреальською конвенцією спеціальний строк позовної давності, що становить 2 роки. Так, згідно зі ст. 35 Конвенції право на відшкодування шкоди втрачається, якщо позов про відповідальність перевізника не подано протягом двох років із дати прибуття за призначенням або з дати, коли повітряне судно повинно було прийти, чи з дати зупинки перевезення.

Сьогодні надзвичайно актуальним є питання компенсації моральної шкоди, завданої пасажиру у зв'язку з невиконанням перевізником своїх зобов'язань.

Відповідно до ст. 23 ЦК України, постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» № 4 від 31.03.1995 року⁹ під моральною шкодою слід розуміти втрати немайнового характеру внаслідок моральних чи фізичних страждань або інших негативних явищ, заподіяних фізичній чи юридичній особі незаконними діями або бездіяльністю інших осіб. Особа має право на відшкодування моральної шкоди, завданої внаслідок порушення її прав. Моральна шкода також полягає в душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку зі знищенням чи пошкодженням її майна.

Важливо підкреслити, що моральна шкода відшкодовується незалежно від майнової шкоди, яка підлягає відшкодуванню, та не пов'язана з розміром цього відшкодування, а розмір грошового відшкодування моральної шкоди визначається судом залежно від характеру правопорушення, глибини душевних страждань потерпілої особи, ступеня вини особи, яка завдала моральної шкоди, якщо вина є підставою для відшкодування, а також з урахуванням інших обставин, які мають істотне значення. Під час визначення розміру відшкодування враховуються вимоги розумності і справедливості.

На жаль, ні Монреальська конвенція, ні Правила повітряних перевезень пасажирів і багажу не передбачають можливості компенсації завданої пасажиру моральної шкоди. Згідно з п. 2 глави 2 розділу XXVII Правил відповідальність перевізника за неналежне перевезення в будь-якому випадку обмежена реальними збитками, доведеними пасажиром.

Така позиція поширена і в судовій практиці. Так, відповідно до Постанови Верховного Суду від 17 вересня

⁹ Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» № 4 від 31.03.1995 року. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0004700-95>.

2018 року у справі № 761/46018/16-ц¹⁰ Суд звертає увагу, що правовідносини сторін в галузі міжнародних авіаперевезень пасажирів та багажу не регулюються Цивільним законодавством України та/або Законом України «Про захист прав споживачів», тому що ці правовідносини відносяться до галузі міжнародного приватного права та, відповідно, регулюються спеціальною міжнародною конвенцією, а саме Монреальською конвенцією про уніфікацію деяких правил міжнародних повітряних перевезень від 28 травня 1999 року.

Монреальська конвенція не містить положень щодо відшкодування моральної шкоди у правовідносинах у галузі міжнародного повітряного права, проте у зазначених міжнародних нормативних актах вичерпно врегульовується питання щодо форми, підстав та розміру відповідальності авіаперевізника в разі затримки пасажирів та їх багажу.

Нормами Монреальської конвенції та Повітряного кодексу України, умовами договору перевезення, укладеного з позивачами, не передбачено відшкодування моральної шкоди. Також зазначено, що моральна шкода не може бути визначена та відшкодована, оскільки норми ЦК України не розповсюджуються на правовідносини, що виникли між сторонами, а вищу юридичну силу має Монреальська конвенція, нормами якої не передбачено відшкодування моральної шкоди.

Відповідальність авіаперевізника за вказаною Конвенцією обмежена реальними збитками, доведеними пасажиром. Доказів, що підтверджують витрати у зв'язку з фактичними реальними збитками, пов'язаних із затримкою рейсу та багажу, позивачами не надано.

Висновки

Аналіз законодавства та практики його застосування дають підстави зробити висновок, що норми національного законодавства щодо відповідальності перевізника за неналежне перевезення багажу відповідають міжнародним актам у сфері авіаперевезень. У той же час механізм захисту прав пасажирів є ускладненим, що не сприяє ефективному та своєчасному відновленню порушених прав. Дискусійним є питання щодо можливості відшкодування моральної шкоди за втрату авіаперевізником багажу пасажиром. На нашу думку, відсутність у Монреальській конвенції, Повітряному кодексі України та у Правилах повітряних перевезень пасажирів і багажу норми, яка передбачає право на відшкодування пасажиром моральної шкоди у зв'язку зі втратою багажу, не є підставою для висновку, що в пасажиром таке право відсутнє. Дана позиція призводить до звуженого тлумачення цивільно-правової відповідальності авіаперевізника за втрату багажу та порушення права на захист.

¹⁰ Постанова Верховного Суду від 17 вересня 2018 року у справі № 761/46018/16-ц. URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77456022>.

**Some issues of public administration activity on the realization the right to free elections:
practice of the European Court of Human Rights***Solodova Kateryna**PhD Student**Georg-August-University Goettingen, Germany*

This paper is devoted to the analysis of some aspects of the activities of public administration in ensuring the realization of rights to free election and conducting democratic elections based on the practice of the ECHR. To achieve this goal, the author analyzes numerous decisions of the ECHR, in which the court details such important aspects as drafting and clarifying lists of voters, ensuring access to polling stations, etc. In order to strengthen the point of view proposed by the author, the views of international organizations such as the Venice Commission, the Organization for Security and Cooperation in Europe on the organization of a public administration of proper and just voice will be considered.

The author notes that the ECHR stops its attention on such vulnerable categories of people whose rights to free elections are most often violated by national authorities: representatives of national minorities, persons with special health needs, prisoners, persons abroad.

The result of this study is the selection of criteria used by the ECtHR in the analysis of specific situations in which the rights of individuals to free elections were violated. The author shares the opinion of the ECtHR and comes to the main conclusion that it is a division of forming and updating electoral lists is a shared obligation of both the state and the citizens. Keywords: hierarchy of sources of law, types of international sources of law, international act, European Convention of Human Rights, European Court of Human Rights.

The information provided by author forms a large array of requirements for the compilation and refinement of the voter list, which, in the absence of special legislation in Ukraine - the Electoral Code – becomes an integral part of the source base of the activities of the public administration.

**Окремі питання діяльності суб'єктів публічної адміністрації щодо реалізації громадянами
права на вільні вибори: практика Європейського суду з прав людини***Солодова Катерина Юрївна**аспірант**Геттінгенський університет імені Георга-Августа, Німеччина***Вступ**

У процесі дотримання публічною адміністрацією європейських стандартів та досягнення справжнього рівня демократії вагомим значення набувають міжнародні джерела права, центральне місце в системі яких посідає Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (надалі – ЄКПЛ) та практика Європейського суду з прав людини (надалі – ЄСПЛ) як її невід'ємна частина. На фоні останніх суспільно-політичних подій, що відбуваються в Україні, дедалі більш актуальним стає питання процедури проведення виборів. Право на вільні вибори передбачено статтею 3 Протоколу № 1 до ЄКПЛ¹. Більшість науковців висловлюють думку, що зазначена стаття відрізняється від інших статей ЄКПЛ та протоколів до неї, оскільки її сформульовано не стільки як право кожної особи, скільки у вигляді зобов'язання дер-

жави проводити вибори, які забезпечуватимуть вільне волевиявлення народу².

Погоджуючись із такою позицією, зупинимось на окремих аспектах діяльності суб'єктів публічної адміністрації щодо забезпечення реалізації громадянами наданих їм прав та проведення демократичних виборів на основі практики ЄСПЛ, що й визначатиме **мету статті**.

Виклад основного матеріалу

Розділ III Конституції України визначає основні гарантії проведення виборів та референдуму. Згідно зі статтею 71 Конституції України³ право на вільне волевиявлення є фундаментальним конституційним правом громадян України, а його захист належить до головних обов'язків держави. Порядок реалізації вказаного права регламентується як Законами Украї-

¹ Протокол до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: Протокол, Міжнародний документ від 20.03.1952 р. № 994_535. Офіційний вісник України. 2006. № 32. С. 453.

² Бортновська З. Право на вільні вибори в практиці Європейського суду з прав людини. Вісник Державної судової адміністрації України. 2012. № 3(24). С. 81–84.

³ Конституція України : станом на 1 верес. 2016 р. : відповідає офіц. тексту. Харків : Право, 2016. 82 с.

ОБСЕ у справах національних меншин заявив, що один із показників рівня плюралізму і демократії суспільства залежить від ступеня участі осіб, що належать до національних меншин, у різних сферах життя. Маргіналізація осіб, що належать до національних меншин, у соціально-економічному житті також має значення для країни в цілому, з ризиком втрати їх вкладу та додаткових внесків у суспільство¹³. Включення різних груп населення в державні процеси є самою сутністю права на вільні вибори¹⁴. І справа в даному випадку не в тому, кого в кінцевому підсумку обере народ, а в тому, що політична система за таких умов буде вільною від дискримінації, адже волю народу можна почути тільки через загальне виборче право¹⁵. У цьому відношенні ЄСПЛ постановив, що принцип рівного ставлення з усіма громадянами в можливості здійснення їх права голосувати і балотуватися на виборах має «першорядне значення» в системі ЄКПЛ, оскільки вона закріплює характерний принцип демократії¹⁶.

Практика ЄСПЛ показує, що дискримінаційним вважається будь-який закон про вибори, який забороняє окремим особам голосувати на свій вибір виключно за ознакою етнічного походження, адже право голосу однаково поширюється на всіх людей, незалежно від їх етнічного походження. Можливість вільно користуватися своїм правом голосу є основою сучасної концепції громадянства в демократичному суспільстві. Це право рівною мірою поширюється на всіх громадян держави незалежно від їх етнічної приналежності, раси, релігії або будь-якого іншого визначального чинника¹⁷. Наприклад, ЄСПЛ встановив, що Конституція Боснії і Герцеговини порушує її зобов'язання за ЄКПЛ. У рішенні «Sejdić and Finci vs. Bosnia and Herzegovina» було постановлено, що виключення меншин з активної участі у виборах не має об'єктивного і логічного обґрунтування і тому су-

перечить ЄКПЛ, яка забороняє дискримінацію¹⁸. Конституційна структура, яка забороняє значній частині населення голосувати за членів їх власних етнічних громад, порушує ЄКПЛ. Такі заходи є дискримінаційними і суперечать Копенгагенським зобов'язанням та іншим міжнародним стандартам¹⁹.

Особи з особливостями здоров'я

Як визнано Венеційською комісією в Кодексі належної практики, на практиці у виборчих справах деякі країни можуть накладати обмеження на право голосу для людей, які мають психічні розлади та в належному (найчастіше судовому) порядку визнані недієздатними. Зазначимо, що у практиці ЄСПЛ навряд чи можна знайти велику кількість справ, що стосуються втрати права голосу, що впливає з розумової непрацездатності. Показовою, втім, є справа «Alajos Kiss v. Hungary». За матеріалами справи, заявник перебував під частковою опікою після того, як був визнаний страждаючим від маніакальної депресії, з періодичною агресивною поведінкою та безвідповідальністю з грошима. ЄСПЛ допускає, що міра позбавлення виборчого права переслідувала законну мету, а саме забезпечення того, що тільки громадяни, здатні оцінювати наслідки своїх рішень і приймати свідомі та виважені рішення, могли брати участь у громадських справах. Однак він зазначає, що обмеження не розрізняло осіб, які перебувають під повною опікою і частковою опікою, і торкнулося значної кількості людей. Хоча він визнає, що встановлення порядку оцінки придатності для голосування душевнохворих відноситься на розсуд національного законодавця, у справі заявника відсутні дані про те, що угорський законодавець колись оцінював конкуруючі інтереси або пропорційність обмеження.²⁰

Зазначимо, що хоча іноді питання, що стосуються виборчого права, розглядаються ЄСПЛ у рамках інших статей, це, тим не менш, дає нам можливість побачити логіку побудови прав, зазначених ЄКПЛ у цілому, в тому числі й виборчих прав та способів їх реалізації. Так, у справі «Móčka v. Poland» заявник страждав серйозними фізичними вадами і міг пересуватися лише в інвалідному візку, через що не зміг потрапити на виборчу дільницю. ЄСПЛ звертає увагу на такий факт: як було відзначено польськими судами, заявник не показав, що він не зміг би скористатися допомогою інших осіб для того, щоб

¹³ High comm'r on national minorities, the lund recommendations on the effective participation of national minorities in public life. Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE). 1999. 11, 22. URL : <https://minorityrights.org/wp-content/uploads/2015/03/Intervention-final-version.pdf>.

¹⁴ European Court of Human Rights' Decision "Hirst v. the United Kingdom" from 06.10.2005, case 74025/01, § 59. URL : <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22hirst%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-70442%22%5D%7D>.

¹⁵ European Court of Human Rights' Decision "Zdanoka v. Latvia" from 16.03.2006, case 58268/00. § 115c. URL : <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22CASE%20OF%20ZDANOKA%20V.%20LATVIA%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-72794%22%5D%7D>.

¹⁶ European Court of Human Rights' Decision "Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium" from 02.03.1987, case 9267/81. § 50. URL : <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%2229267%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-57536%22%5D%7D>.

¹⁷ Protocol No. 12 art. 1. Charter of Fundamental Rights of the European Union.]

¹⁸ European Court to Human Rights' Decision "Sejdić and Finci vs. Bosnia and Herzegovina" from 22.12.2009, case 27996/06. URL : <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Sejdi%20and%20Finci%20vs.%20Bosnia%20and%20Herzegovina%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-96491%22%5D%7D>.

¹⁹ Commentary on the Effective Participation of Persons Belonging to National Minorities in Cultural, Social and Economic Life and in Public Affairs. Council Of Europe, Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities. 27.02.2008. ACFC/31DOC(2008)001. § 5.

²⁰ European Court of Human Rights' Decision "Alajos Kiss v. Hungary" from 20.05.2010, case 38832/06. URL : <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22alajos%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-98800%22%5D%7D>.

потрапити на виборчу дільницю. Утім, оскаржувана ситуація стосувалася одиничного, відособленого випадку, на відміну від низки перешкод архітектурного або іншого характеру, що заважають заявникам, що страждають фізичними вадами, розвивати свої відносини з іншими людьми і із зовнішнім світом²¹.

Особи, що відбувають покарання в місцях позбавлення волі

Значна частина практики ЄСПЛ присвячена питанням правової регламентації права голосу ув'язнених. Не завжди легко визначити, чи переслідує позбавлення волі ув'язнів законну мету, тому що це стосується як елементів покарання, так і виборчої системи одночасно. Надання можливості ув'язненим особам реалізувати їхні політичні права переслідує різні цілі. Наприклад, Великобританія таким чином прагне зміцнити громадянську відповідальність і повагу до правопорядку, що в подальшому призводить до запобігання злочинної діяльності. Схожі цілі переслідуються й Італією: запобігання злочинності, підтримання верховенства закону і захист демократичного режиму²². Логіку позиції більшості суддів Великої палати ЄСПЛ можна узагальнити таким чином: позбавлення права голосу ув'язнених, що вже і так відкинуті за межі громадянського суспільства, перешкоджає їх майбутній реадaptaції, підсилює почуття ізольованості від решти суспільства, в яке вони рано чи пізно повернуться²³.

ЄСПЛ наголошує, що будь-які обмеження права голосу мають встановлюватися виключно із законною метою і бути пропорційними їй. Такі обмеження не повинні суперечити свободі вираження поглядів людини саме у частині її бачення складу законодавчого органу. Іншими словами, вони покликані сприяти, а не суперечити забезпеченню повноти та дієвості виборчого процесу, який має за мету встановлення волі громадян шляхом надання їм загального виборчого права. Розглядаючи питання про таку категорію громадян, як особи, засуджені до позбавлення волі, ЄСПЛ наголосив на тому, що вони продовжують користуватися в цілому всіма основними правами та свободами, гарантованими ЄКПЛ, крім права на свободу, з огляду на їх правомірне позбавлення волі, що не суперечить статті 5 ЄКПЛ (право на свободу та безпеку). Таким чином, ув'язнені не позбавляються їхніх прав, гарантованих ЄКПЛ, лише тому, що вони відбувають покарання у вигляді позбавлення волі і мають відповідний статус

згідно з вироком суду.²⁴ На відміну від Великобританії, італійська законодавча база деталізує й конкретизує «конфіскацію» політичних прав на підставі тяжкості злочину і тривалості покарання. У рішенні по справі «Scoppola v. Italy» ЄСПЛ встановив, що в італійському законодавстві позбавлення громадянства особи, відстороненої від державної посади в якості допоміжного покарання, переслідувало законну мету належного функціонування та збереження демократичного режиму. На думку ЄСПЛ, правові норми в Італії, що визначають обставини, за яких окремі особи можуть бути позбавлені права голосу, свідчать про те, що законодавчі органи прагнуть пристосувати застосування заходів до конкретних обставин справи, що розглядається з урахуванням таких обставин, як серйозність скоєного злочину і поведінки злочинця. Він застосовується тільки у зв'язку з певними правопорушеннями проти держави або судової системи або з правопорушеннями, які суди вважають необхідними для винесення особливо суворого вироку, враховуючи критерії, перераховані в Кримінальному кодексі, включаючи особисту ситуацію правопорушника, а також пом'якшуючі чи обтяжуючі обставини. На додаток до цього, ЄСПЛ не може недооцінювати той факт, що відповідно до італійського законодавства для засудженого, який був назавжди позбавлений права голосу, можливо відновити це право. Через три роки після закінчення відбування покарання він може подати заяву на реабілітацію, яка зумовлена послідовним і справжнім проявом доброї поведінки та скасовує невиконане додаткове покарання. Крім того, тривалість фактично відбутого покарання може бути зменшена відповідно до механізму дострокового звільнення²⁵.

Важливо зазначити, що у країнах Європи обмеження на реалізацію активного виборчого права можуть застосовуватись до осіб, засуджених за вчинення не тільки кримінальних злочинів, а й інших правопорушень. Так, у деяких країнах позбавлення права голосу може застосовуватись до осіб, оголошених банкрутами. Практика ЄСПЛ свідчить про те, що подібне є звичайною практикою в Італії²⁶. Дійсно, майже в усіх випадках із моменту прийняття офіційного документу про банкрутство такі особи позбавляються права голосу на виборах строком на 5 років.

²¹ European Court of Human Rights' Decision "Molka v. Poland" from 11.04.2006, case 56550/00. URL : <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%222001-75427%22%7D>.

²² Right to free elections in the case-law of the European Court of Human Rights. URL : <https://tesi.luiss.it/10561/1/viviani-francesca-tesi-2013.pdf>.

²³ European Court of Human Rights' Decision "Hirst v. the United Kingdom" from 06.10.2005, case 74025/01, § 74. URL : <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%22hirst%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%222001-70442%22%7D>.

²⁴ European Court of Human Rights' Decision "Hirst v. the United Kingdom" from 06.10.2005, case 74025/01. URL : <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%22hirst%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%222001-70442%22%7D>.

²⁵ European Court of Human Rights' Decision "Scoppola v. Italy" from 22.05.2012, case 126/05. URL : <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%22scoppola%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%222001-111044%22%7D>.

²⁶ European Court of Human Rights' Decision "Bova v. Italy" from 24.05.2006, case 25513/02. URL : <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%22bova%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%222001-75488%22%7D>.

У рішенні «Campagnano v. Italy» ЄСПЛ висловлює свою думку із цього приводу та не підтримує такі заходи покарання, посилаючись на те, що подібне обмеження виборчих прав банкрутів не має іншої мети, окрім як принижувати осіб, які були оголошені банкрутами, покладаючи на них негативні санкції просто за те, що вони були оголошені фінансово неспроможними, незалежно від того, вчинили вони будь-який злочин чи ні²⁷. ЄСПЛ також вкотре підкреслює, що голосування – це не привілей, а право, гарантоване ЄКПЛ²⁸.

Громадяни, що перебувають за кордоном

Питання можливості обмеження права голосу осіб, які проживають за кордоном, як уже згадувалось вище, входить у межі розсуду кожної держави, що надає можливість національним органам встановлювати адміністративні критерії реалізації права голосу. Важливим при цьому є те, що ЄСПЛ надає великого значення історичному, соціальному та політичному контексту кожної окремої держави. Наприклад, у справі «Py v. France» заяву про внесення до списків виборців було відхилено на тій підставі, що на дату проведення цих виборів тривалість проживання заявника у країні поки ще не складала десяти років. Необхідність відповідати вимозі про постійне проживання або певної тривалості проживання на території країни з тим, щоб мати можливість здійснювати право голосу на виборах, у принципі не становить довільного обмеження права голосу і тому сама по собі не є несумісною з положеннями статті 3 Протоколу № 1 до ЄКПЛ. Утім, зважаючи на те, що в даній конкретній справі мова йде про особливу територію держави – Нову Каледонія, на думку ЄСПЛ, положення заявника відрізняється від становища громадянина-постійного жителя території, що виправдовує застосування вимоги десятирічного терміну проживання на території, а отже, ця вимога має законну мету. Хоча, на перший погляд, такий висновок може здатися непропорційним переслідуваній меті, важливо наголосити, що ЄСПЛ орієнтувався на те, що під час ратифікації ЄКПЛ і Протоколу № 1 до ЄКПЛ Франція заявила, що Конвенція та Протокол № 1 до неї будуть застосовуватися на «всій території Республіки, а у випадках заморських територій – із належним урахуванням місцевих умов, як встановлено статтею 63 Конвенції (в даній час – Статтею 56 Конвенції)».²⁹

У цілому варто зазначити, що з огляду на зростаючу мобільність усередині континенту деякі кроки в

напрямку більш широкого розширення права голосу можуть зміцнити демократію в Європі. У даний час тридцять сім держав-членів створюють умови, що дозволяють громадянам, які проживають за кордоном, голосувати на національних виборах³⁰. Кожна країна встановлює власні правила, що визначають умови для здійснення права голосувати із за кордону і надання конкретних інструментів для цього. У справі «Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece» заявниками, громадянами Греції, які постійно проживають у Страсбурзі (Франція), було висловлено бажання здійснити своє право голосу, у своїй країні проживання, на парламентських виборах, які відбулися у Греції 16 вересня 2007 року. Відповідним національним органом було відмовлено в задоволенні заяви. Із цього приводу ЄСПЛ зазначив, що, по-перше, ані відповідні міжнародні та регіональні угоди, ані їхнє тлумачення компетентними міжнародними органами не є основою для висновку, що право голосу для осіб, які тимчасово або постійно перебувають за межами держави, громадянами якої вони є, вимагає від згаданої держави розробити механізми для здійснення цього права за кордоном. Дійсно, інституції Ради Європи декілька разів пропонували державам-членам включити своїх громадян, які проживають за кордоном, максимально можливим чином, до виборчого процесу. Однак, як вказала Венеційська комісія, полегшення здійснення права голосу для експатріантів, хоча і є безперечно бажаним, не є обов'язком для держави, а є скоріше можливістю, що мала розглядатися законодавчими органами кожної держави. Порівняльний огляд законодавства держав – членів Ради Європи показав, що, за законом, не можна стверджувати, що ці держави були зобов'язані забезпечити своїм громадянам, які проживають за кордоном, здійснення права голосу. Хоча переважна більшість держав-учасниць дозволила своїм громадянам голосувати за кордоном, деякі це не дозволили.³¹

ЄСПЛ підтвердив, що обов'язок особи звертатися за виключенням її імені з одного списку виборців та за включенням його до іншого переслідує легітимну мету, а саме – забезпечення складання списків виборців у задовільних вимогах часу та нагляду, а також забезпечення належної організації процедур, що стосуються списків, і запобігання шахрайства. Детально подібну ситуацію ЄСПЛ розглядав у справі «Benkaddour v. France». Заявник у цій справі домагався від влади, щоб його внесли до списку виборців одного муніципалітету у Франції, коли він все ще був зареєстрований у списку виборців в одному їх фран-

²⁷ European Court of Human Rights' Decision "Sabou i Pircalab v. Romania" from 28.09.2004, case 46572/99, § 48, 49. URL : <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Sabou%20%D1%96%20Pircalab%22%5D%22%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%22CHAMBER%22%22%22itemid%22:%5B%22001-125469%22%5D%7D>.

²⁸ European Court of Human Rights' Decision "Hirst v. the United Kingdom" from 06.10.2005, case 74025/01, § 59. URL : <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Hirst%22%5D%22%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%22CHAMBER%22%22%22itemid%22:%5B%22001-70442%22%5D%7D>.

²⁹ [66289/01, Py v. France, 11 January 2005. URL : <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%2266289%22%5D%22%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%22CHAMBER%22%22%22itemid%22:%5B%22001-67928%22%5D%7D>]

³⁰ Francesca Viviani. Right to free elections in the case-law of the European Court of Human Rights. URL : <https://tesi.luiss.it/10561/1/viviani-francesca-tesi-2013.pdf>.

³¹ European Court of Human Rights' Decision "Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece" from 15.03.2012, case 42202/07. URL : <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Sitaropoulos%22%22%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%22CHAMBER%22%22%22itemid%22:%5B%22001-109579%22%5D%7D>.

цузьких консульств за кордоном. На думку ЄСПЛ, у даній справі заявник не вжив своєчасних заходів до того, щоб виключити своє ім'я зі списку виборців за його попереднім місцем проживання і зареєструватися у списку виборців за новим місцем проживання, хоча він знав про необхідність дотримання цих формальностей; і при цьому він не вжив жодних кроків перед днем виборів для того, щоб гарантувати свою фактичну реєстрацію у списку виборчої дільниці, де він побажав голосувати. Відповідно, обов'язок дотримати – в межах встановленого законом терміну – формальності щодо виключення свого імені зі списку виборців за попереднім місцем проживання і реєстрації у списку виборців за новим місцем проживання не обмежили право голосу заявника в такій мірі, що було завдано збитків самій суті його права на участь у виборах, і саме воно стало абсолютно неефективним³².

Висновки

Підсумовуючи викладене, квінтесенцією даної статті вважаємо одну з головних тез ЄСПЛ щодо складання та уточнення списків виборців, яка полягає в поділі обов'язку формування та актуалізації виборчих списків між державою та громадянами. Кожен громадянин має право ознайомитися зі списком

³² Yannick Lecyuer. The Right to Free Elections. URL : <https://books.google.de/books?id=BLKXBgAAQBAJ&pg=PA129&lpg=PA129&dq=Benkaddour+v.+France&source=bl&ots=IRkaXe4Cxm&sig=ACfU3U2UWz-0pytfUqiUaPeVYQ3q1JGonQ&hl=uk&sa=X&ved=2ahUKewjP29Dt4cbiAhUR2qQKHZ2hApwQ6AEwAHoECAgQAQ#v=onepage&q=Benkaddour%20v.%20France&f=false>.

виборців на офіційному веб-сайті чи у приміщенні відповідної дільничної виборчої комісії та перевірити правильність внесених до нього відомостей. Особа має право звернутися до відповідної дільничної виборчої комісії або безпосередньо до органу ведення Державного реєстру виборців чи до суду за місцем знаходження виборчої дільниці щодо допущених під час складання попереднього списку виборців невірностей, у тому числі невключення, неправильного включення або виключення зі списку виборців його або інших осіб, а також щодо наявності або відсутності відміток про постійну нездатність виборця самостійно пересуватися³³. Крім того, обов'язок суб'єктів публічної адміністрації щодо реалізації громадянами їх права на вільні вибори не закінчується на етапі підготовки, а триває як безпосередньо під час самого голосування, що проявляється в забезпеченні доступу до виборчих дільниць, так і під час підрахунку та оголошення результатів виборів. Вказана нами, а також подальша практика ЄСПЛ у справах щодо права на вільні вибори формує великий масив вимог, що за умови відсутності в Україні спеціального законодавства – Виборчого кодексу – стає невід'ємною частиною джерельної бази діяльності суб'єктів публічної адміністрації.

³³ Про узагальнення практики вирішення адміністративними судами спорів про зміну виборчої адреси та місця голосування, уточнення списків виборців, які виникли під час позачергових виборів Президента України та виборів депутатів місцевих рад та сільських, селищних і міських голів: Постанова Пленуму Вищого Верховного Суду України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0009760-14/print>.

Philosophical foundations of the apprenticeship of invalidity transactions

Tashian Roman

PhD in Law, Docent of Chair of Civil Law № 1

Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine

In the article scrutinized the validity of transactions as one of the most fundamental and at the same time complex issues of civilization. The author suggests to look at questions of validity and invalidity of transactions from a wider angle of view, namely from the standpoint of philosophical doctrines of reality and nullity. This doctrine was founded in Ancient Greece, but it was the most developed in the 19th and 20th centuries in Europe, especially in Germany. In the understanding of German philosophy, reality (Wirklichkeit) in the metaphysical sense is the true existence of the existing. In German, the 'truth' differs from 'reality' in that it is related to the obvious (but not with action), and reality differs from reality in that it also contains the possibility. In philosophical terminology, reality is opposed to both imaginary and simply possible. Of particular importance in the study of questions of reality are the works of G.W.F. Hegel and I. Kant. According to G.W.F. Hegel, reality is the unity of essence and existence. He made distinctions between the absolute reality, the formal and the real. Formal reality determines the form, therefore, "it includes directly in-itself-being, or possibility", that is, formal reality contains potency as the possibility of real reality. I. Kant have moved the problem of reality into the sphere of gnosiology and saw in reality the material conditions of experience that provides the connection of things with perception. The search for answers to the questions of reality led to the development of the concept of the validity of law, widely known in the European philosophy. The foundation of the doctrine of validity is the works of A. Ross, G. Kelsen, G. Hart. The main question of validity is that it is a "basic rule" of law and order. This question in the area of private law is directly linked with the legal force of transactions that are the source of law (thirst of all, contracts). Of course, the issue of validity in law has a wider application, but it can be a philosophical basis for the question of invalidity of transactions. After all, the issue of the invalidity of transactions is not able to be limited only to the statement of whether the transaction complies with the requirements of the law. The author makes a conclusion that the invalidity of transactions grounds in the conformity of such transactions with the autonomy of the will of its participants, their rights and obligations, as well as the legal system in the broadest meaning.

Філософські засади вчення про недійсність правочинів

Таш'ян Роман Іванович

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри цивільного права № 1

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, Україна

Вступ

Недійсність правочинів є одним із найбільш фундаментальних і водночас складних питань цивілістики. У той же час на питання дійсності та недійсності можна подивитися з більш широкого куту зору. Так, ці питання довгий час були у центрі уваги філософської думки, враховуючи, що вони є одними з найважливіших питань філософії.

Метою статті є дослідження недійсності правочинів із позицій філософії, що створить підґрунтя для подальших наукових пошуків у цій сфері.

Серед філософів, на працях яких ґрунтується дана стаття, слід назвати Аристотеля, Дж. Бенґама, В. Блекстоуна, Є.В. Булігіна, Г.В.Ф. Гегеля, І. Канта, Г. Кельзена, С.І. Максимова, Д. Остіна, Платона, А. Росса, Г. Харта. Також загальнотеоретичні питання недійсності правочинів досліджувалися І.В. Давидовою, А.В. Кострубою, Н.С. Кузнєцовою, Д.О. Тузовим та іншими.

Виклад основного матеріалу

У контексті генези вчень про дійсність зазначимо, що ще Платон поділяв світ на справжній (світ ідей) та несправжній (світ речей)¹. Аристотель описував дійсність із позиції переходу можливості в дійсне за посередності здійснення. Він же перший пов'язав дійсне з дією².

Однак особливий внесок у розроблення питання дійсності був зроблений за часів німецької класичної філософії.

У розумінні німецької філософії дійсність («Wirklichkeit»)³ у метафізичному смислі є дійсне буття існуючого. Цей термін як переклад латинського терміну «actualitas» був запроваджений Мейстером Екхартом. У німецькій мові поняття «дійсність» має ще інший смисл: воно включає важливий компонент

¹ Платон. Тимей / Собрание сочинений в 4-х томах, Т. III Москва : Мысль, 1990. С. 451–453.

² Аристотель. Сочинения. В 4 т. Т. 1 / Аристотель ; ред. В. Ф. Асмус. Москва : Мысль, 1976. 550 с.

³ також перекладається як реальність, факт

дії, у той час як у стародавньогрецькій й латинській мовах дійсність ідентична з істиною, а у французькій, російській й англійській – із реальністю. У німецькій мові істина відрізняється від дійсності тим, що вона пов'язана з очевидністю (але не з дією), а реальність відрізняється від дійсності тим, що вона містить також і можливе. У філософській термінології дійсність протиставлена як лише уявному, так і просто можливому. Крім того, в німецькій філософії розрізняються поняття «Щось» (рос. – «нечто») і «Ніщо» (рос. – «ничто»), які можуть не співпадати з відмінностями між дійсним і недійсним; стакан без води наглядно «пустий», але повний води акваріум без риб також «пустий»⁴.

Ф. Шеллінг розрізняв дійсність і дійсне. Дійсне в нього пов'язане з досвідом, чуттєвим пізнанням, а дійсність розумілася як обмежена діяльність, дійсність співвідноситься з необхідністю, протиставляючись при цьому свободі⁵.

За Гегелем, дійсність – це єдність сутності й існування⁶. Він розрізняв абсолютну дійсність, формальну та реальну. Формальна дійсність визначає форму, тому «вона містить у собі безпосередньо у-собі-буття, або можливість»⁷, тобто формальна дійсність містить у потенції як можливість реальну дійсність.

У філософії Гегеля дійсність конститується в опосередкованій суб'єктом субстанції. Вона здійснюється у продуктах Абсолютного духу як процес його самопізнання. У К'єркегора, Фейербаха і Маркса, навпаки, дійсність є дійсністю людського суб'єкта як предметної істоти, яка сама, намагаючись пізнати власну сутність, звертається до вивчення предметів і продуктів власної діяльності. У К'єркегора поняття дійсності виникло під впливом Шеллінга, який, на відміну від свого вчителя Гегеля, надавав велике значення мистецтву, а тому став в опозицію гегелівському трактуванню дійсності як інобуття ідеї. За К'єркегором, для дійсності визначальним є саме те, чи є вона, чи «не є». Дійсність пов'язана з існуванням⁸.

Кант перевів проблему дійсності у план гносеології і вбачав у дійсності матеріальні умови досвіду, що забезпечує зв'язок речі зі сприйняттям. Фіхте, Шеллінг і Гегель вважали дійсність втіленням діяльності розуму, тлумачили її як єдність сутності та існування, внутрішнього та зовнішнього, потенцій і актів. На протигагу об'єктивно-ідеалістичному трактуванню Фейербах ототожнював із дійсністю почуттєво-дане, К'єркегор – акт суб'єктивної віри, Шопенгауер – акт волі. Критика гносеологічного

визначення дійсності в західній філософії ХХ ст. призвела до антропологічних, психологічних, феноменологічних тлумачень цієї категорії. У сучасній західній філософії категорія «дійсність» включає такі сфери, як ідеальні об'єкти науково-теоретичного знання, цінності культури, духовно-душевні акти. При цьому у сучасній західній філософії акцент робиться на соціальному конструюванні реальності, що зумовлено абсолютизацією можливостей людської діяльності й відмовою від визнання первинності матеріальної реальності⁹.

Таке різноманіття поглядів на сутність дійсності може слугувати міцним філософським підґрунтям для дослідження недійсності правочинів. Безумовно, важко узагальнити всі погляди, однак спільним знаменником є те, що дійсне не тільки існує, але й має певне значення. Крім того, дійсність тісно пов'язана з волею. Екстраполюючи цю тезу на правочини, зазначимо, що дійсний правочин повинен існувати (на відміну від неукладеного чи невчиненого), повинен мати значення (створювати правові наслідки), а також містити волевиявлення (останньому особливе значення надається в німецькому цивільному праві)¹⁰.

Пошуки відповіді на питання дійсності призвели до розроблення широківідомої у європейській філософії концепції валідності права.

Проблема дійсності, або валідності (англ. – validity¹¹) є проблемою підстав його обов'язковості. Чому конкретна норма права і нормативний правопорядок у цілому визнаються обов'язковими як його учасниками, так і зовнішніми «спостерігачами», або, як ставить питання Г. Харт, на чому засноване слідування праву?¹² Ця проблема зумовлена відмовою від позитивістської ідеї абсолютного суверена і, відповідно, пошуками нових пояснень обов'язковості. Існують дві моделі валідності – етична (природно-правова) та юридична (позитивістська).

Фундамент вчення про валідність становлять три праці: А. Росса «Про право та справедливість» 1958 р., друге видання «Чистої теорії права» Г. Кельзена 1960 р., друге видання «Поняття права» Г. Харта 1961 р.¹³

Основне питання валідності полягає в тому, що є «основною нормою» правопорядку. Уперше це поняття запровадив ще І. Кант. Він зазначав, що можна би уявити зовнішнє законодавство, яке містило

⁹ URL : <https://iphlib.ru/greenstone3/library/collection/newphilenc/document/HASHc972ba614a19720458b2c9>.

¹⁰ у BGB ідеться про недійсність саме волевиявлення («die Willenserklärung», Titel 2, Abschnitt 3, Buch 1).

¹¹ термін «validity» може перекладатися в залежності від контексту як «дійсність» у різних її варіантах. Див Максимов С.І. Концепція дуальної природи права Роберта Алекси. Проблеми філософії права. 2010-2011. Том. VIII-IX. С. 30–35.

¹² Тимошина Е.В. Право без суверена: проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в. Право и государство. 2015. № 4969. С. 86.

¹³ Перевод с английского / под общей редакцией Е.В. Афонасина и С.В. Моисеева. Санкт-Петербург : Изд-во Санкт-Петербургского университета, 2007. С. 122.

⁴ Философский словарь. URL : <http://www.harc.ru/slovar/583.html>.

⁵ Шеллинг Ф. Собр. соч. В 2 т. Т. 1. Москва : Мысль, 1987. С. 525.

⁶ Гегель Г. В. Ф. Наука логики. 2-е изд. Санкт-Петербург : Наука, 2005. С. 482.

⁷ Гегель, Г. В. Ф. Наука логики. 2-е изд. Санкт-Петербург : Наука, 2005. С. 495.

⁸ Зотов А.Ф. Современная западная философия : учебник. Москва : Высш. шк., 2001. 784 с. URL : <http://filosof.historic.ru/books/item/f00/s00/z0000693/index.shtml>.

би виключно позитивні закони; але в цьому випадку їм повинен був передувати природний закон, який обґрунтував би авторитет законодавця, тобто повноваження зобов'язувати інших виключно за своїм розсудом¹⁴. Природні закони Дж. Локка та І. Канта встановлюють моральний обов'язок підкорятися позитивному праву, тобто є моральними підставами дійсності, валідності права. За твердженнями прихильників цієї концепції, абсолютно несправедливе право не є правом, тобто не має дійсність, юридичну силу¹⁵. Оцінку валідності права філософи роблять, виходячи з ідеї основних норм, які належать до системи права, проте не видаються компетентними органами.

Може виникнути питання, яке значення має концепція валідності для недійсності правочинів? Однак питання «основної норми правопорядку» у площині приватного права безпосередньо пов'язано з юридичною силою правочинів, які є джерелом права (перш за все, це стосується договорів). Як зазначає Н.С. Кузнецова, договір відрізняється від інших юридичних фактів тим, що він безпосередньо регулює поведінку сторін, визначає права та обов'язки учасників правовідношення, а не лише дає підстави для застосування тієї чи іншої норми права до конкретного правовідношення. Відповідно, сам договір є джерелом того правового стандарту, який буде визначати модель належної поведінки сторін¹⁶.

На властивості правочинів бути джерелом права наголошує А.В. Коструба. Вчений згадує про так звану віденську школу права, представниками якої були Kelsen і Merkl, думки яких були використані в дослідженнях М.М. Агаркова, присвячених поняттю правочину за радянським цивільним правом. Для зазначених вище представників віденської школи зміст правової норми вичерпується обов'язковою поведінкою, яку вона встановлює. Зміст правочину також встановлює обов'язкову поведінку для певних осіб. Відповідно, на думку вчених, правочин створює норму права і є нормативним актом (джерелом права)¹⁷.

Безумовно, тема валідності у праві має більш широке застосування, однак саме вона може бути філософським підґрунтям питання недійсності правочинів. Адже проблематику недійсності правочинів не можна обмежувати лише констатацією того, чи відповідає правочин вимогам законодавства. Питання полягає більш глибоко: що є *коренями дійсності правочинів, що взагалі зумовлює їх дійсність (або недійсність)*.

Автором концепції основної норми був автор чистої теорії права Г. Кельзен, який будував логічний

¹⁴ Кант І. Метафізика права. Кант І. Соч. В 6 т. Т. 4, Ч. 2 Москва, 1965. С. 133.

¹⁵ Тимошина Е.В. Право без суверена: проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в. Право и государство. 2015. № 4969. С. 87.

¹⁶ Кузнецова Н.С. Договор в механизме регулирования гражданско-правовых отношений. Право Украины. 2012. № 9. С. 14.

¹⁷ Коструба А.В. Нормотворчі засоби встановлення правоприпиняючих юридичних фактів у цивільному праві. Держава і право. 2011. Вип. 53. Юридичні і політичні науки. С. 349–355.

ланцюжок від обґрунтованості вимог податкового інспектора до обґрунтованості дійсності конституції¹⁸. Також Г. Кельзен розводив дійсність та дієвість права, підкреслюючи незалежність цих категорій одна від іншої. У той же час він зазначав, що дійсність породжує дієвість. З іншого боку, норми правового порядку є дійсними тільки тоді, коли цей порядок є дієвим¹⁹.

У валідності велике значення має моральне обґрунтування дії права. Так, учень Г. Кельзена датський правник А. Росс визначав термін «валідність» як певну моральну силу, а учасники відносин підкоряються до примусу за рахунок совісті. На його думку, обов'язок підкорятися системі права впливає не із самої системи, а має слідувати із правил і принципів, що знаходяться за її межами. Це означає, що валідність, або зобов'язуюча сила насправді виводяться із принципів природного права. Крім того, вчений приділяв велике значення дослідженню судової та іншої правозастосовної практики, яка, на його думку, могла відповісти на питання, які директиви є валідним правом²⁰.

На думку А. Росса, використання терміна «валідність» полягає у встановленні його за допомогою соціальних фактів, включаючи й психічні умови. Із точки зору А. Росса, «зобов'язуюча сила права» Г. Кельзена сама по собі не співвідноситься з жодними соціальними фактами, а отже, не здатна виконувати функцію пояснення реальності права.

Із точки зору недійсності правочинів велике значення мають наробки А. Росса про зміст терміну «валідність». Учений використовував термін «валідність» у трьох значеннях. По-перше, для встановлення, чи досягає правовий акт юридичного ефекту. По-друге, даний термін використовується для пояснення реального існування норми або системи норм. І по-третє, «валідність» означає у природному праві особливу моральну апіорну якість. Таким чином, валідність для А. Росса була певною апіорною ідеєю, яка відноситься до реальності (рос. – «должного»)²¹.

Великий внесок у розвиток теорії валідності зробив Г. Харт, який розглядав це питання з точки зору проблеми підстав його обов'язковості. Чому конкретна норма права й нормативний правопорядок у цілому визнаються обов'язковими як його учасниками, так і зовнішніми до цього процесу «спостерігачами», або, як формулює це питання представник

¹⁸ Чистое учение о праве Ганса Кельзена: К XIII конгрессу Международной ассоциации правовой и социальной философии. Токио, 1987. Сб. переводов. Вып. 1 / отв. ред. В.Н. Кудрявцев, Н.Н. Разумович / пер. С.В. Лезова, Ю.С. Пивоварова. Москва, 1987. С. 17.

¹⁹ Кельзен Г. Чисте правознавство. З додатком «Проблема справедливости». Київ : Юніверс, 2004. С. 35–42.

²⁰ Росс. А. Валідность и конфликт между правовым позитивизмом и естественным правом. Российский ежегодник теории права. 2009. № 2. С. 458–473.

²¹ Росс. А. Валідность и конфликт между правовым позитивизмом и естественным правом. Российский ежегодник теории права. 2009. № 2. С. 458–473.

оксфордської школи філософії права Г. Харт, – на чому ґрунтується слідування праву?²²

І саме тут проявляється унікальність правочину як прояв волі його сторін (сторони). Адже його обов'язковість зумовлена, в першу чергу, не положеннями позитивного права, а автономією волі його учасників.

Дослідники проблем валідності права приділяли також велике значення юридичній практиці. Так, Г. Харт розглядав визнання певного явища правопорядком шляхом відповідної діяльності судів, офіційних і приватних осіб із ідентифікації правил як юридично дійсних шляхом звернення до критеріїв, які надають правило визнання. Таким чином, визнання певного явища дійсним демонструється відповідною юридичною практикою²³. І справді, дійсність правочину означає наявність взаємних прав та обов'язків його учасників, можливість їх реалізації на практиці.

Точку зору А. Росса поділяє представник сучасного юридичного позитивізму Є.В. Булигін, який зазначає, що поняття валідності як зобов'язуючої сили права в тому вигляді, як її визначає, зокрема, Г. Кельзен, неспівставиме з позитивістською програмою, і на цій підставі надає перевагу фактичному правилу визнання Г. Харта²⁴.

Є. Булигін стверджує, що непозитивістські теорії відстоюють тезу про зв'язок (connection thesis), згідно з якою право містить елементи моралі. Тому воно визначається за посередністю трьох характеристик: двох, загальних із позитивізмом, у поєднанні з третьою – правильністю змісту правових норм²⁵.

У філософії права широко відома так звана формула Радбруха про статус «несправедливого права»: правові норми або цілі правові системи втрачають свій правовий статус у випадку перевищення «неприпустимого» (intolerable) ступеня несправедливості²⁶. Знов-таки, екстраполюючи цю тезу на правочини, зауважимо, що правочин, який вчинено під впливом тяжкої обставини (ст. 233 ЦК України), може бути визнаний недійсним, коли він вчинений на край невідгідних умовах, тобто коли він є неприпустимо несправедливим.

Правова валідність встановлює можливість виконання закону, і її стандарти посилюють або обмежують здатність суб'єкта владних повноважень виконувати свою волю шляхом примусу. Західна філософія права розглядає валідність права у трьох вимірах, і кожен із них належить до певної школи юриспруденції.

²² Харт Г. Л. А. Поняття права / пер. с англ. ; под общ. ред. Е.В. Афонина и С.В. Моисеева. Санкт-Петербург, 2007. С. 21.

²³ Харт Г. Л. А. Поняття права / пер. с англ. ; под общ. ред. Е.В. Афонина и С.В. Моисеева. Санкт-Петербург, 2007. С. 110–111.

²⁴ Булигін Е.В. Основана ли философия права (ее часть) на ошибке? Российский ежегодник теории права. № 2. 2009. С. 57, 59.

²⁵ Булигін Е. Алекси между позитивизмом и непозитивизмом. Проблемы философии права. 2010–2011. Том VIII–IX. С. 36.

²⁶ Радбрух Г. Законне неправо та надзаконне право. Проблеми філософії права. 2004. Том II. С. 83–94.

Проблеми обов'язковості права по-різному розуміються прихильниками домінуючих шкіл права – юридичного позитивізму та природного права.

Правовий позитивізм наголошує на політичному вимірі права. Правовий позитивізм визнає політичних правителів єдиним джерелом дійсного закону і приймає волю політичного правителя як стандарт його дії. Провідними юридичними позитивістами є Джеремі Бентам, Джон Остін і Х.Л.А. Харт.

Теорія природного права підкреслює моральний вимір права. Теорія природного права визнає універсальні моральні принципи як першоджерела дійсного права. Ці моральні принципи забезпечують норму юридичною силою, яка накладає моральні обмеження на примусові повноваження правителя. Провідні теоретики природного права включають Арістотеля, Цицерона, Юстиніана і Фому Аквінського.

Саме теорія природного права має велике значення для дослідження недійсності правочинів. Адже моральний вимір закладений у багатьох підставах недійсності правочинів – наприклад, невідповідність правочину моральним засадам суспільства, вчинення правочину під впливом обману, насильства, тяжкої обставини тощо.

Правовий позитивізм визнає позитивне право як єдине реальне право і відкидає моральні та історичні виміри права як джерела чинних законів. З іншого боку, теорія природного права та історична школа часто інтегрують три виміри права.

Вільям Блекстоун у своїх «Коментарях права Англії» на прикладі аналізу судової практики як основного джерела права Англії виділяв два стандарти дійсності, один із яких ґрунтується на звичаї, а другий – на природному праві. Закони, які не відповідають цим стандартам, є не просто «поганим правом» – вони «не є правом». Звичай також включає в себе правові принципи у формах максими, таких як: «Король не може робити нічого неправильного», «Жодна людина не зобов'язана звинувачувати себе», «Ніхто не повинен користуватися своєю власною помилкою». Моральний вимір закону передбачає стандарт правової валідності, заснований на природному праві. Природний закон Блекстоуна засновує справедливість на вічних і незмінних законах добра і зла²⁷.

Природний закон дозволяє акти, які сприяють істинному щастю і забороняють дії, які його знищують. Природний закон впливає з наказу, згідно з яким «людина повинна переслідувати своє справжнє і істотне щастя». Несправедливість приносить нещастя. Позитивне право, що суперечить природному праву, є недійсними.

Джеремі Бентам. Правовий позитивізм відкидає моральні та історичні виміри права як джерела права або норми юридичної сили. Х. Л. А. Харт є найважливішою фігурою в позитивістській традиції,

²⁷ URL : <https://www.iep.utm.edu/legal-va/>.

що починається з Бентама і Джона Остіна. Джон Остін у своїй фундаментальній праці «Визначення предмета юриспруденції» визначає політичний вимір права як єдине джерело права та його валідності. Як і в імперативній теорії Бентама, «командна» теорія Остіна встановлює волю політичного правителя як свій власний стандарт юридичної сили. Суверен може реалізовувати свою волю через закон, не обмежуючись моральними принципами, звичаями або автономією права.

Харт замінює «командну» теорію Остіна моделлю права як об'єднання первинних і вторинних соціальних правил. Первинним є правило, яке встановлює зобов'язання або обов'язок. Первинні правила стосуються дій, які особа повинна або не повинна робити,

такі як обмеження на «насильство, крадіжку і обман». Правило накладає на себе зобов'язання або обов'язок, коли є наполеглива потреба відповідності, і соціальний тиск, що виникає на тих, хто відхиляється від правила, є великим (Hart 1994, pp. 91, 94)²⁸.

Вищезазначене дозволяє зробити такі **висновки**. Із сучасним розвитком цивілістичної науки замало констатувати недійсність правочинів лише з позицій невідповідності їм приписам позитивного права. На першому місці має стояти відповідність таких правочинів автономії волі його учасників, їх правам та обов'язкам, а також правовій системі у широкому розумінні.

²⁸ URL : <https://www.iep.utm.edu/legal-va/>.

Legal doctrine as the form of realization of constitutional and legal policy**Ternavska Viktoriia***Candidate of Juridical Sciences,**Associate Professor of Labor Protection and Environment Department
of Kyiv National University of Construction and Architecture, Ukraine*

Progressive development of legal life requires considered and scientifically grounded decisions of strategic nature regarding the further modernization of the mechanism of legal regulation in order to ensure the sustainable development of the society. Theoretical studies are an important prerequisite of forming the effective state policy in the field of law – legal policy. The author defines legal policy as the aggregate of legal ideas of strategic nature, which are produced by the public authorities and local government bodies with the participation of civil society institutions and are embodied in specific programs of developing the legal life of the state and society.

A theoretical level of developing the fundamentals of legal policy has received in the legal literature the name of a doctrinal form of the implementation of legal policy, which should go ahead of all other forms of its implementation. The article is devoted to the study of the nature of legal doctrine and its role in forming the legal policy of the state as well as its impact on law-making, law-implementing and law-interpretive activities. The position is argued that legal ideas of a doctrinal nature have a serious impact on the process of law-making and law-implementing practice at each stage of the development of state-building. The author's definition of the doctrinal form of legal policy is presented.

It is concluded that the provisions of the doctrine contain legal ideas of a strategic nature which serve as the guidelines for the law-making process that generally contributes to the final result of minimizing factors which adversely affect the progressive development of the legal life of the state and society. Doctrinal documents, elaborated by scientists and research teams, should create the conceptual basics of developing the legislation. The product that legal science provides for legal policy should be expressed in a reasoned and systemic form – in the form of a concept.

Правова доктрина як форма реалізації конституційно-правової політики**Тернавська Вікторія Миколаївна***кандидат юридичних наук,**доцент кафедри охорони праці і навколишнього середовища**Київського національного університету будівництва і архітектури, Україна***Вступ**

Прогресивний розвиток правового життя суспільства потребує наукового обґрунтування засад правових рішень стратегічного характеру та доцільності їх прийняття. Відповідно, розвідки юридичної науки є важливою основою для формування ефективної державної політики у сфері права – правової політики.

Юридична наука, на думку дослідників, є найважливішим напрямом правової політики, оскільки саме тут розробляється ідеологія права як соціального інституту, його дух і сенс, формуються нові юридичні поняття і конструкції, нові галузі та інститути права, прогнозується еволюція правового життя¹. Наукові праці теоретико-правового характеру слугують «дороговказом» для правотворчих органів, а науково обґрунтовані правові ідеї мають бути квін-тесенцією концепцій нормативно-правових актів.

Отже, виходячи з вищезазначеного, **метою статті** є обґрунтування важливості доктринальних положень правової політики для вдосконалення правотворчого процесу в Україні, оскільки вони мають не лише теоретичний, але і прикладний характер.

Проблема визначення природи феномена правової доктрини, її ролі та значення у правовому житті суспільства є традиційно одним зі стрижневих питань для зарубіжної юридичної науки, проте відносно новим для вітчизняного правознавства, що пояснюється домінуванням протягом тривалого часу позитивістської парадигми праворозуміння. Окремі аспекти феномена правової доктрини висвітлювалися у працях О. Петришина, Ю. Шемшученка, В. Тація, О. Скрипнюка, О. Скакун, М. Кармаліти, М. Мочульської, І. Семеніхіна та інших українських правознавців, однак правова доктрина як форма реалізації правової політики ще не стала окремим, самостійним предметом дослідження в українській юридичній науці. Натомість дане питання перебуває постійному полі професійної уваги таких російських вчених, як О. Малько, М. Матузов, Р. Пузіков,

¹ Малько А.В., Затонский В.А. Правовая политика: основы теории и практики : учебно-методический комплекс. Москва : Проспект, 2015. С. 223.

Д. Полянський, В. Затонський, О. Саломатін, Є. Романов та ін.

Виклад основного матеріалу

Модернізація правової системи України, що розвивається сьогодні під впливом глобалізаційних процесів, потребує легітимної і науково обґрунтованої концепції загальнодержавної правової політики, яка має сприяти правильному визначенню цілей сучасних реформ і засобів їх досягнення, пріоритетних сфер перетворення правового життя. Існує також нагальна потреба концептуалізації окремих видів правової політики, зокрема конституційно-правової політики як провідного напрямку (виду) правової політики.

Розроблення нової категорії «правова політика» є безпосереднім завданням вітчизняної юридичної науки, зокрема науки загальної теорії права. На нашу думку, правову політику можна визначити як сукупність правових ідей стратегічного характеру, що вироблені органами державної влади та органами місцевого самоврядування за участі інститутів громадянського суспільства і втілені в конкретні програми розвитку правового життя суспільства та держави.

Теоретичний рівень розроблення засад правової політики одержав у юридичній літературі назву доктринальної форми реалізації правової політики. Висловлюємо свою солідарність із думкою О. Малько, який вважає, що саме доктринальна форма правової політики повинна йти попереду всіх інших форм її реалізації, оскільки розроблені в рамках правової політики юридичні погляди і концепції формують моделі правового регулювання, що із часом лягають в основу правотворчого, правозастосовного чи правореалізаційного процесу².

Юридична наука продукує значну кількість наукових праць у вигляді наукових статей, монографій, коментарів кодексів тощо, однак слід зазначити, що не всі наукові розроблення є втіленням доктринальної форми правової політики, оскільки більша частина науково значимих теоретичних узагальнень не може бути однозначно «верифікована суспільною практикою, лише доктринальні положення обов'язково підтверджуються емпірично»³. Доктринальними вважаються лише комплексні наукові розробки, які відрізняються глибиною та всебічністю, що із часом трансформуються в концептуальні положення⁴.

Термін «доктрина» трактується таких значен-

нях, як вчення, наукова чи філософська теорія, керівний теоретичний чи політичний принцип⁵. На думку Д. Полянського та Р. Пузікова, юридична доктрина – це вироблена юридичною наукою система поглядів на проблему правового регулювання суспільних відносин, що виражена у формі принципів, презумпцій, аксіом та інших основоположень, яка являє собою модель позитивного права, слугує регулятором суспільних відносин, визначає пріоритетні напрями, закономірності і тенденції розвитку законодавства, незалежно від того, чи зафіксовані її положення в якомусь документі⁶. Т. Пряхіна наголошує, що вчення може бути визначено як доктрина лише у випадку його офіційного визнання, тому доктрину дослідниця трактує як наукову теорію, що одержала офіційне визнання шляхом втілення її положень у програмних документах політичного характеру, нормативних правових актах, договірних нормах, рішеннях органів державної влади⁷. Отже, лише фундаментальні і загальновизнані теоретичні положення, на думку більшості дослідників, можуть і повинні визначати закономірності і тенденції розвитку законодавства, становити основу проектів нормативно-правових актів.

У той же час слід наголосити, що в даному дослідженні доктрина не розглядається як доктринальний правовий акт, який є джерелом права. Вважається, що є власне юридична доктрина і юридична доктрина держави, тобто правова політика⁸, тому ми вивчаємо доктрину як продукований вченими-юристами доктринальний документ, який являє собою сукупність правових ідей теоретико-прикладного характеру, що і є джерелом правової політики, формою її реалізації.

В юридичній літературі по-різному підходять до визначення природи юридичної доктрини: на думку одних дослідників, юридична доктрина – це спільний продукт теоретиків і практиків⁹, інші ж вважають, що

⁵ Новейший словарь иностранных слов и выражений. Минск : Современный литератор, 2005. С. 298.

⁶ Полянський Д.А., Пузіков Р.В. Правовая доктрина как особое правовое явление. Вестник Тамбовского университета. Серия: Гуманитарные науки. 2013. Выпуск 11 (127). С. 8. URL : <https://cyberleninka.ru/article/v/pravovaya-doktrina-kak-osoboe-pravovoe-yavlenie>.

⁷ Романов Е.Б. Конституционная доктрина как один из видов источников науки конституционного права. Вестник Томского государственного университета. 2010. № 330. С. 109. URL : <https://cyberleninka.ru/article/v/konstitutsionnaya-doktrina-kak-odin-iz-vidov-istochnikov-nauki-konstitutsionnogo-prava>.

⁸ Полянський Д.А., Пузіков Р.В. Правовая доктрина как особое правовое явление. Вестник Тамбовского университета. Серия: Гуманитарные науки. 2013. Выпуск 11(127). С. 7. URL : <https://cyberleninka.ru/article/v/pravovaya-doktrina-kak-osoboe-pravovoe-yavlenie>.

⁹ Романов Е.Б. Конституционная доктрина как один из видов источников науки конституционного права. Вестник Томского государственного университета. 2010. № 330. С. 109. URL : <https://cyberleninka.ru/article/v/konstitutsionnaya-doktrina-kak-odin-iz-vidov-istochnikov-nauki-konstitutsionnogo-prava>; Ковальчук О. Правова політика і форми її реалізації. Правова політика в Україні: питання теорії та практики: збірник матеріалів міжнародної науково-практичної конференції (Київ, 24 жовтня 2014 року): в 2 т. Київ : Національна академія прокуратури України, 2014. Т. 1. С. 188–190. URL : <http://napu.com.ua/wp-content/uploads/pdf/KONFERENCE-1tom.pdf>.

доктрина – продукт виключно професійної наукової діяльності, оскільки важливими є наукова доведеність теоретичних положень і формально-логічна відповідність загальним вихідним принципам і закономірностям правової науки, а не практичний досвід, на основі якого створена теоретична праця¹⁰. Однак усі дослідники проблематики правової політики солідарні в тому, що юридична доктрина є джерелом формування правової політики¹¹. Так, на думку М. Кармаліти, правова доктрина виступає науковою основою правової політики, оскільки містить систему основоположних поглядів правознавців на державно-правові явища, науково обґрунтовує соціально значущі проблеми з метою більш ефективного їх вирішення та визначає стратегічні перспективи правового розвитку держави¹².

Правові ідеї, що лягають в основу правової політики, зумовлюються типом праворозуміння, яке, своєю чергою, опосередковується пануючими в суспільстві правовими цінностями та офіційною ідеологією в конкретних історичних, соціальних і культурних умовах. Саме науково-теоретичний рівень праворозуміння здатен забезпечити дослідження об'єктивних закономірностей становлення правової політики, її сутності та пріоритетів, оскільки саме на рівні науково-теоретичного праворозуміння відбувається пізнання найсуттєвіших якостей права, де основна увага, на думку М. Козюбри, зосереджується на духовній стороні права, іманентною характеристикою якої виступають не наукові знання, а цінності¹³. Саме ціннісні орієнтири суспільства, як стверджує правознавець, становлять проблему праворозуміння¹⁴.

На думку окремих фахівців, сьогоднішня правова ідеологія є конституційною за своєю суттю, оскільки в основі Конституції України та у чинних нормативно-правових актах визначені пріоритети конституційно-правового забезпечення процесу соціальних змін держави та суспільства¹⁵. Тому, говорячи про концепцію конституційно-правової політики, запропоновану в ній модель подальшого

правового розвитку правової системи і правового життя суспільства, варто розглядати її зміст через призму особливого типу праворозуміння – конституційного праворозуміння, яке вивчає сутність сучасної конституції, її багатоаспектне визначальне значення по відношенню до права. Засновник концепції конституційного праворозуміння В. Крусс стверджує, що вирішальною і необхідною передумовою переходу до розуміння сучасного права як конституційно детермінованого явища, яке органічно поєднує атрибутивність і нормативного (формального), і змістовного порядку, є загальновизнані (у глобальному вимірі) права і свободи людини, які, ставши частиною права, суттєво змінили природу права – воно одержало історично безпрецедентну можливість стати конституційним¹⁶.

Процес державного будівництва має ґрунтуватися на засадах вітчизняної конституційно-правової доктрини, яка обґрунтовує з наукової точки зору соціальні закономірності виникнення, функціонування і розвитку явищ політико-правової дійсності, сприяє формуванню досконалої моделі правового регулювання. За визначенням В. Колісник, конституційно-правова доктрина – це «сукупність усталених та визнаних науковим середовищем ідей, положень, наукових поглядів та теоретичних узагальнень, що в сукупності складають логічно завершене та внутрішньо узгоджене бачення, розуміння й пояснення сутності, особливостей, головних ознак та закономірностей (або тенденцій) розвитку певного конституційно-правового явища (феномену)»¹⁷.

Доктринальні документи, розроблені вченими-правознавцями, повинні створювати концептуальні основи розвитку законодавства. Відповідно, результати наукового узагальнення повинні бути представлені в аргументованій і систематизованій формі – у формі концепції¹⁸. На думку О. Петришина, *концепція правової політики* – це система теоретичних положень, що фіксують досягнутий рівень правового розвитку й визначають цілі, принципи, перспективи і напрями вдосконалення основоположних механізмів правового регулювання і правозастосовної практики, що найбільш ефективно функціонує у формі доктринального документа¹⁹.

¹⁰ Полянський Д.А., Пузиков Р.В. Правовая доктрина как особое правовое явление. Вестник Тамбовского университета. Серия: Гуманитарные науки. 2013. Выпуск 11(127). С. 5. URL : <https://cyberleninka.ru/article/v/pravovaya-doktrina-kak-osoboe-pravovoe-yavlenie>; Мадаев Е.О. Проблемы правопонимания в связи с исследованием доктрины как источника конституционного права. Пробелы в российском законодательстве. Юридический журнал. 2010. № 1. С. 31. URL : <https://cyberleninka.ru/article/v/1-9-problemy-pravoponimaniya-v-svyazis-issledovaniem-doktriny-kak-istochnika-konstitutsionnogo-prava>; Мочульська М.Є. Правова доктрина в континентальній правовій системі : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Львів, 2013. С. 8.

¹¹ Пузиков Р.В. Доктрина как форма и источник формирования правовой политики. Вестник Поволжского института управления. 2011. № 2. С. 71. URL : <https://cyberleninka.ru/article/v/doktrina-kak-forma-i-istochnik-formirovaniya-pravovoy-politiki>.

¹² Кармаліта М.В. Правова доктрина – джерело (форма) права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2011. С. 11, 13.

¹³ Козюбра М. Праворозуміння: поняття, типи та рівні. Право України. 2010. № 4. С. 18.

¹⁴ Козюбра М. Праворозуміння: поняття, типи та рівні. Право України. 2010. № 4. С. 13.

¹⁵ Недюха М.П. Сутність і призначення правової ідеології як визначального складника правової політики України. Правова політика України: концептуальні засади та механізми формування : зб. матеріалів наук.-практ. конф. (Київ, 5 груд. 2012 р.) / за ред. О.М. Рудневої. Київ : НІСД, 2013. С. 42. URL : http://www.niss.gov.ua/content/articles/files/Pravova_pol_new-b7252.pdf.

¹⁶ Крусс В. Конституционное правопонимание. Право України. 2010. № 4. С. 171.

¹⁷ Колісник В.П. Поняття конституційно-правової доктрини та формування конституційного ладу. С. 208. URL : http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/7173/2/Kolisnik_207.pdf.

¹⁸ Малько А.В., Гайворонская Я.В. Доктринальные акты как основной инструмент правовой политики. Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 1. С. 15. URL : <https://cyberleninka.ru/article/v/doktrinalnye-akty-kak-osnovnoy-instrument-pravovoy-politiki>; Романов Е.Б. Конституционная доктрина как один из видов источников науки конституционного права. Вестник Томского государственного университета. 2010. № 330. С. 110. URL : <https://cyberleninka.ru/article/v/konstitutsionnaya-doktrina-kak-odin-iz-vidov-istochnikov-nauki-konstitutsionnogo-prava>.

¹⁹ Петришин О.В. Основні напрями формування і розвитку правової політики. Правова політика України: концептуальні засади та механізми формування : зб. матеріалів наук.-практ. конф. (Київ, 5 груд. 2012 р.) / за ред. О.М. Рудневої. Київ : НІСД, 2013. С. 29. URL : http://www.niss.gov.ua/content/articles/files/Pravova_pol_new-b7252.pdf.

Концепція вважається складовою частиною юридичної доктрини. Важливо також зазначити, що концепції одержали визнання не лише в колах наукової спільноти, але і в колах правотворчих органів, які беруть за основу теоретичні узагальнення прикладного характеру під час розроблення концепцій проектів конкретних нормативно-правових актів. Вважається, що науково обгрунтовані концепції «здають високий стандарт законотворчості»²⁰. Саме тому фахівці наголошують, що «науковий продукт» має більш значиму вагу у формі концепції, оскільки концептуалізація сприяє підвищенню авторитету науки як компонента інноваційних процесів²¹.

Науково обгрунтована концепція має представити оптимальні шляхи для бажаної модернізації суспільних відносин за допомогою права²². Концепція конституційно-правової політики має стати орієнтиром для модернізації конституційного будівництва країни шляхом проведення системних реформ у політичній, економічній, соціальній, культурній сферах життєдіяльності українського суспільства за допомогою правового інструментарію. На жаль, сьогодні в Україні так і не представлено Концепцію правової політики України, хоча ще на початку 2000-х років було розроблено спільно фахівцями Центру правової реформи і законопроектних робіт при Міністерстві юстиції України та НДІ державного будівництва і місцевого самоврядування Академії правових наук України проект Концепції правової політики України²³.

Відсутність науково обгрунтованої концепції правової політики ускладнює, на думку О. Скрипнюка, реалізацію одного з головних внутрішніх завдань правової політики – створення ефективної системи права та національного законодавства²⁴. Що ж стосується конституційно-правової політики, то відсутність її концепції пояснюється дослідниками такими чинниками, як недостатня розробленість і теорії конституційного права, і теорії правової політики в цілому²⁵.

Таким чином, доктринальною формою правової політики є лише ті доктринальні документи, які яв-

ляють собою комплексні науково обгрунтовані розробки, втілені переважно в наукових концепціях, що адресовані правотворчим органам як передбачення розвитку юридичних ситуацій із метою вдосконалення нормотворчої діяльності правотворчих органів.

Сьогодні в юридичній науці спостерігається тенденція до оновлення правової доктрини у зв'язку зі зміною пріоритетів у сучасній правовій політиці держави. Вважаємо, що зміна пріоритетів зумовлюється впливом чинників правової глобалізації. Крім того, нинішня державно-політична криза, яка являє собою наслідок політичного дисбалансу в державному апараті, ставить на повістку дня питання про сутність і зміст конституційного ладу в Україні в аспекті забезпечення сталого розвитку громадянського суспільства і правової держави. Існує нагальна потреба докорінного переосмислення конституційних засад існуючого механізму державного управління та формування натомість нової конституційно-правової доктрини, яка представить раціональну, внутрішньо несуперечливу стратегію і тактику подальшого конституційно-правового розвитку країни, збалансувавши належно публічні і приватні інтереси в контексті вимог верховенства права та особливостей національного правового менталітету.

Оновлення конституційно-правової доктрини, наповнення її змісту такими цінностями та принципами, «які б органічно поєднували ідеали демократії, права, справедливості і добробуту»²⁶, є безпосереднім обов'язком науки конституційного права. Вважаємо, що основу сьогодишньої української конституційно-правової доктрини мають становити правові ідеї антропоцентристського спрямування, в основі якого полягають ідеї примату прав і свобод людини, що відображають сутність постіндустріальної парадигми розвитку держави і суспільства.

Висновки

Виходячи з проведеного дослідження, можна зробити висновок, що *конституційно-правова доктрина* як форма конституційно правової політики – це система основоположних, науково обгрунтованих та верифікованих суспільною практикою правових ідей у формі теоретичних концепцій з актуальних питань конституційного будівництва, що визначають перспективи та стратегію правового розвитку держави і суспільства. Наукові основи правової політики повинні являти собою систему знань не лише теоретичного, але і прикладного характеру, що сприятимуть законодавцю продумано проводити ефективні заходи щодо модернізації соціальних відносин, розвитку громадянського суспільства в

²⁰ Малько А.В., Затонский В.А. Правовая политика: основы теории и практики: учебно-методический комплекс. Москва : Проспект, 2015. С. 227.

²¹ Малько А.В. Петров М.П. Правовая политика как направление научных исследований, область юридической практики и учебная дисциплина. Государство и право. 2012. № 10. С. 22.

²² Исаков Н.В. Правовая политика современной России: проблемы теории и практики : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01. Ростов-на-Дону, 2004. С. 156.

²³ Железняк Н.А. Понятия державної правової політики та її загальної характеристики. Наукові записки КНЕУ. Юридичні науки. 2003. Т. 21. С. 13.

²⁴ Скрипнюк О. Сучасна правова політика та проблеми конституційної модернізації в Україні. Правова політика в Україні: питання теорії та практики: збірник матеріалів міжнародної науково-практичної конференції (Київ, 24 жовтня 2014 року): в 2 т. Київ : Національна академія прокуратури України, 2014. Т. 1. С. 269. URL : <http://napu.com.ua/wp-content/uploads/pdf/KONFERENCE-1tom.pdf>.

²⁵ Малько А.В., Затонский В.А. Правовая политика: основы теории и практики : учебно-методический комплекс. Москва : Проспект, 2015. С. 263.

²⁶ Скрипнюк О.В. Сучасна конституційно-правова доктрина України. Правова доктрина України : у 5 т. Т. 2 : Публічно-правова доктрина України. Харків : Право, 2013. С. 35.

Україні та формування засад правової держави, де головною цінністю і головним пріоритетом має бути людина, її честь і гідність.

Правова доктрина є найпершою формою реалізації правової політики, оскільки саме в її лоні зароджуються та формуються правові ідеї стратегічного характеру, що становлять сутність правової політики та визначають її пріоритети. Саме правова доктрина надає правовій політиці науково обґрунтованого характеру, без якого вона апріорі не може бути валідною, та чинить свій позитивний вплив на правотворчу, правозастосовну та пра-

воінтерпретаційну діяльність. Правова доктрина допомагає заповнювати лакуни та усувати колізії у праві, що є безпосереднім завданням правової політики – вдосконалення механізму правового регулювання. Тому, як справедливо зазначає О. Скакун, учені повинні більш ґрунтовно формувати правову доктрину, через яку ідеї теорії вчених-юристів втілюються у правових приписах законодавчих актів і стають обов'язковими для виконання всіма суб'єктами права²⁷.

²⁷ Скакун О.Ф. Теорія держави і права : підручник. 4-те видання допов. і перероб. Київ : Алерта, 2014. С. 225.

Canada experience in forming crime counteraction programs: opportunities for Ukraine

Tytarenko Oleksii

Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor,

Doctoral Student

of Kharkov National University of Internal Affairs, Ukraine

The author of the article examined the experience of Canada in the formation of crime counteraction programs. According to the results of the research, it was established that the modern practice of crime prevention in Canada is mainly aimed at eliminating the risk factors contributing to crime through the implementation of the crime prevention through social development approach (CPSD).

Defined that strategic priority areas for combating crime in Canada remain: youth crime, drug trafficking, tobacco smuggling, child sexual exploitation on the Internet, human trafficking, arms trafficking, organized crime.

Determined that single comprehensive federal program of crime counteraction in Canada is not being developed. The main focus is on programming the fight against crime on a grant basis through the appropriate state funds.

Formation and implementation of preventive programs is carried out on the basis of the National Crime Prevention Strategy (NCPS). The NCPS provides support and funding for preventive programs in four spheres: security infrastructure development (SIP), community crime prevention actions (through CPAF), crime prevention on the Northern and among Aboriginal (through NACPF), and youth gang prevention (through YGPF).

In general, crime counteraction programming is carried out at three levels: federated / province / territory (F/P/T).

Among the main actors involved in the formation of state programs identified: the National crime prevention center (NCPC), the Public Security Canada (PC), the Canadian Ministry of Justice, and the Federal / Provincial / Territorial crime prevention Working Group (FPT WG CP).

In turn, the FPT WG CP ensures the interaction of subjects at various levels in the programming of crime prevention and the development of appropriate proposals on their formation on the "bottom-to-top" principle for current software projects.

Determined that NCPC, depending on which practices are used by the relevant subjects, ensures the formation and implementation of three types of prevention programs that are implemented at various levels, namely: model programs, promising programs, innovative programs.

Also, on the basis of the study conducted by the author, proposals were formulated on the possibility of using the Canadian experience in the formation of crime prevention programs in Ukraine.

This concerns the issues of expanding the circle of subjects who initiate the formation of such programs, as well as grant funding for preventive programs.

Досвід Канади у формуванні програм протидії злочинності: можливості для України

Титаренко Олексій Олексійович

кандидат юридичних наук, доцент,

докторант

Харківського національного університету внутрішніх справ, Україна

Вступ

У сучасних умовах протидії злочинності як в Україні, так і в інших країнах важливе місце займає питання організації такої діяльності на державному рівні, що безпосередньо пов'язана з формуванням та реалізацією відповідної національної стратегії та державної програми протидії злочинності.

У залежності від того, наскільки якісно буде побудована ця діяльність у державі, буде залежати і ефективність впливу на злочинність та стан кримінологічної безпеки. У даному напрямку з метою вдосконалення вітчизняних підходів до питань програмування протидії злочинності є пріоритетним дослідження зарубіжного досвіду з подальшою можливістю його впровадження.

Окремі аспекти питання зарубіжної практики протидії злочинності досліджували у своїх працях такі вітчизняні та зарубіжні вчені, як: Г.А. Аванесов, О.І. Алексєєв, В.А. Ананіч, Ю.М. Антонян, М.М. Бабаєв, О.М. Бандурка, Ю.Д. Блувштейн, В.І. Борисов, О.М. Ведернікова, М.Г. Вербеньський, В.В. Голина, І.М. Даньшин, О.М. Джужа, А.І. Долгова, А.П. Закалюк, А. Ф. Зелінський, С.М. Іншаков, О.Г. Кальман, М.Г. Колодяжний, О.М. Костенко, О.Г. Кулик, О.М. Литвинов, В.В. Лунєєв, С.А. Мозоль, В.О. Пантелеєв, І.М. Серебрякова, О.Ю.Шостко та інші. Поряд із цим аналіз вітчизняних досліджень говорить про недостатність наукових розробок із вивчення зарубіжного досвіду програмування протидії злочинності. Ураховуючи ту обставину, що в Україні головним суб'єктом протидії злочинності є Націо-

нальна поліція, яка спільно з МВС України виступає і ініціатором формування профілактичних програм, у тому числі і державної цільової програми протидії злочинності, і яка починаючи з 2015 року активно запроваджує досвід Канадської поліції у протидії злочинності, підготовці окремих категорій поліцейських, то вбачається доцільним дослідити і досвід цієї країни в питанні програмування протидії злочинності.

Нагадаємо, що з 2015 року в Україні працює Канадська поліцейська місія (Canadian police mission in Ukraine)¹, яка активно надає допомогу в проведенні реформ Національної поліції, підготовці патрульної поліції, реалізації проекту «Community Policing»², підвищенні кваліфікації кримінального блоку, а також впровадженні з кінця 2018 року проекту «Поліцейський офіцер громади»³. Поряд із цим у науковій літературі недостатньо висвітлений досвід Канади у сфері програмування протидії злочинності. А цей досвід може бути позитивним ще із-за того, що Канада є однією з тих країн, де спостерігається найнижчий рівень злочинності. Це може свідчити про послідовну та виважену стратегію профілактики злочинності та диференційований підхід до формування профілактичних програм та їх ефективну реалізацію. На відміну від Канади, в Україні поки ще відсутня затверджена державна стратегія протидії злочинності, а також і відповідна державна комплексна програма, що також підкреслює важливість обраного напрямку дослідження.

Отже, з огляду на викладене **метою даної статті** є дослідження досвіду Канади з питань програмування протидії злочинності (суб'єкти такої діяльності, підстави та підходи формування державних програм протидії злочинності, рівні програмування, фінансування програм) та визначення підходів та практик, які можуть бути запозичені для України.

Виклад основного матеріалу

Сучасна практика протидії злочинності в Канаді спрямована на усунення факторів ризику, що сприяють злочинності, через реалізацію підходу соціального розвитку (crime prevention through social development – CPSD)⁴. Проте за умов раннього втру-

чання в попередженні злочинності також використовується і ситуативний підхід⁵.

Аналіз кримінальної статистики Канадської поліції (Royal Canadian Mounted Police / Королівська канадська кінна поліція – RCMP), показує, що рівень злочинності в Канаді є низьким. Так, у 2018 році було зареєстровано 42206 злочинів, що на 4% менше, ніж у 2017 році. За останні два роки спостерігається зниження за багатьма показникам, зокрема: замах на вбивство – 10 випадків у 2018 (- 33% по відношенню до 2017 року), сексуальне насильство – 319 (- 18%), злочинні напади – 2912 (- 1%), майнові злочини – 26640 (- 11%), угон автотранспорту – 2069 (- 30%), крадіжки з автомобілів – 7189 (- 15%) тощо. Проте залишається високий рівень злочинів, пов'язаних із незаконним обігом наркотиків (зберігання кокаїну та марихуани), порушенням громадського порядку, незаконним обігом зброї, умисним вбивством (15 у 2018, що на 25% більше ніж у 2017 році)⁶. Також відмічається, за даними поліції, що рівень злочинності в Канаді знизився з 2009 по 2017 роки. Проте в місцевих районах зниження було більш значимим (- 19%), ніж у сільській місцевості (- 13%), середньорічний рівень вбивств становив 2,02 на 100 000 осіб⁷.

Зазначимо, що в Канаді відправним пунктом у протидії (попередженні, запобіганні та профілактиці) злочинності є Національна стратегія щодо запобігання злочинності (NCPS / Стратегія), а вже на її основі – такі головні суб'єкти превентивної діяльності, як Національний центр із попередження злочинності (Public Safety Canada's National Crime Prevention Centre – NCPC) та Міністерство публічної (громадської) безпеки Канади (Public Safety Canada – PC) спільно з іншими суб'єктами такої діяльності (шляхом врахування відповідних пропозицій), формують проекти відповідних профілактичних програм за окремими напрямками. Пропозиції щодо формування відповідних програм також надають і місцеві органи влади, які згодом на конкурсній основі можуть отримати відповідне фінансування для реалізації таких програм на локальному рівні.

Сьогодні Стратегія доповнює інші правоохоронні стратегії, які реалізуються на всіх рівнях в Канаді. Йдеться про такі з них, як: «Федеральна ініціатива з профілактики насильства в сім'ї», «Стратегія розвитку правосуддя для аборигенів», «Канадська стра-

¹ Канада започаткує нові програми підтримки України (14.05.2019). URL : <https://ua.news.ua/kanada-zapochatkuye-novi-programy-pidtrymky-ukrayiny> (дата звернення : 20.05.2019).

² Community Policing. Взаємодія поліції та громади // Community Policing : сайт. URL : <http://cop.org.ua/shcho-take-community-policing> (дата звернення : 20.05.2019).

³ У 2018 році поліцейські Канади проведуть тренінги для понад 400 українських патрульних // МВС України : сайт. URL : https://mvs.gov.ua/ua/news/11821_U_2018_roci_policeyski_Kanadi_provedut_treningi_dlya_ponad_400_ukrainskih_patrulnih_FOTO_VIDEO.htm (дата звернення : 20.05.2019).

⁴ Wanda Jamieson; Liz Hart Compendium of Promising Crime Prevention Practices in Canada / The Caledon Institute of Social Policy. Ottawa, Ontario, Canada. 2003. 68 p. (P. 8). URL : <https://maytree.com/wp-content/uploads/42ENG.pdf> (дата звернення : 14.04.2019).

⁵ Прикладами ситуаційного попередження злочинності можуть бути: системи спостереження і моніторингу; попередження злочинності через екологічний дизайн; автомобільна та домашня сигналізація. Прикладами попередження злочинності через соціальний розвиток можуть бути: навчання навичкам виховання; поліпшення показників грамотності; забезпечення управління агресією і консультування; розширення можливостей працевлаштування; участь спільноти в розробці ініціатив.

⁶ Fourth Quarter Year to Date (YTD) Crime Stat Report 2018. URL : <http://surrey.bc.rcmp-grc.gc.ca/ViewPage.action?siteNodeId=2202&lang=ua&id=1&contentId=57955> (дата звернення : 03.05.2019).

⁷ Police-reported crime in rural and urban areas in the Canadian provinces, 2017. URL : <https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/85-002-x/2019001/article/00009-eng.htm> (дата звернення : 03.05.2019).

тегія боротьби з наркотиками», «Національна ініціатива профілактики бездомності»⁸.

Далі є доцільним у загальних рисах охарактеризувати Стратегію (NCPS), формування та запровадження якої в Канаді почалося ще з 1993 року. Із самого початку Стратегія стала невід'ємною частиною Плану уряду Канади щодо попередження та зменшення злочинності шляхом втручання до скоєння злочинів. У рамках Стратегії Міністерство РС співпрацює із провінціями і територіями для розроблення і реалізації програм, спрямованих на розв'язання конкретних проблем злочинності в регіонах і громадах у всій країні. Стратегія містить три ключові елементи: 1) забезпечення національного лідерства в попередженні та скороченні злочинності шляхом спільної роботи з партнерами, заснованої на використанні фактичних даних, методів для усунення факторів ризику у групах з високим ризиком; 2) підтримка реалізації та оцінка програм із попередження злочинності за допомогою грантового і донорського фінансування; 3) збір і поширення практичних знань про ефективність і реалізацію профілактичних програм серед зацікавлених сторін⁹.

Спираючись на позитивний досвід минулих років, Стратегія спрямована на забезпечення конкретних результатів саме в місцевих громадах шляхом фінансування та оцінки заходів щодо попередження та зменшення правопорушень серед тих, хто піддається найбільшому ризику (діти та молодь; правопорушники з високим ризиком у громадах; корінні і північні громади, особливо з високим рівнем злочинності). У межах цих груп ризику формуються та реалізуються програми, спрямовані на розв'язання проблем, які пов'язані з наркотиками, молодіжними бандами, насильством із застосуванням зброї¹⁰.

Для реалізації Стратегії здійснюється фінансування профілактичних програм у Канаді в межах чотирьох грантових фондів та програм, зокрема¹¹:

⁸ Compendium of Promising Crime Prevention Practices in Canada / Wanda Jamieson and Liz Hart / The Caledon Institute of Social Policy. Ottawa, Ontario, Canada. 2003. P.13 URL : <https://maytree.com/wp-content/uploads/42ENG.pdf> (дата звернення : 10.05.2019).

⁹ 2017-2018 Evaluation of the National Crime Prevention Strategy // Public Safety Canada : сайт. URL : <https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/2017-18-rprt-vltn-ncps/index-en.aspx> (дата звернення : 10.05.2019).

¹⁰ 2017-2018 Evaluation of the National Crime Prevention Strategy // Public Safety Canada : сайт. URL : <https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/2017-18-rprt-vltn-ncps/index-en.aspx> (дата звернення : 10.05.2019).

¹¹ З 2012 по 2017 роки по Міністерству громадської безпеки Канаді в рамках реалізації Стратегії на профілактику злочинності виділено понад 250 мільйонів доларів або близько 50 мільйонів доларів на рік. Більша частина цього фінансування була спрямована на перерахування за чотирма програмами фінансування Стратегії, які були розподілені наступним чином: CPAF (244,2 млн дол. США), YGPF (49,6 млн дол. США), NACPF (33,8 млн дол. США) і SIP (2,5 млн дол. США). Це фінансування є вартість угод про гранти і внески, підписаних між 2012 і 2017 роками [2017-2018 Evaluation of the National Crime Prevention Strategy // Public Safety Canada : сайт. URL : <https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/2017-18-rprt-vltn-ncps/index-en.aspx> (дата звернення : 10.05.2019)].

1. Спільнота в небезпеці: програма безпекової інфраструктури (Security Infrastructure Program – SIP). Програма SIP надає обмежене за часом фінансування для поліпшення інфраструктури безпеки спільнот, де вчиняються злочини на ґрунті ненависті.

2. Фонд сприяння акціям із запобігання злочинності (Crime Prevention Action Fund – CPAF). Фонд сприяння (CPAF) надає обмежені за часом гранти для підтримки ініціатив щодо попередження злочинності в громадах, які базуються на фактичних даних та спрямовані на усунення наявних факторів ризику, пов'язаних зі злочинністю, і забезпечення захисту серед уразливих груп населення, особливо дітей та молоді у віці від 6 до 24 років.

3. Фонд запобігання злочинності на Півночі та серед Аборигенів (Northern and Aboriginal Crime Prevention Fund – NACPF). Цей Фонд підтримує адаптацію, розроблення і впровадження інноваційних та перспективних практик профілактики злочинності з урахуванням культурних особливостей, які спрямовані на: усунення відомих факторів ризику і встановлення захисних факторів, які зменшують кількість правопорушень серед дітей та молоді з груп ризику і правопорушників із високим ступенем ризику; поширення знань та розроблення запобіжних інструментів для аборигенів і північного населення; нарощування потенціалу для застосування культурних методів попередження злочинності серед аборигенів і північного населення.

4. Фонд профілактики молодіжних банд (Youth Gang Prevention Fund – YGPF). Фонд забезпечує фінансування ініціатив у громадах, які утримують молодь, що входить у групу ризику, від потрапляння в банди, представляє стратегії догляду за молоддю, яка належить до банд, і пропонує підтримку молоді, щоб вони не вступали в банди знову¹².

Щодо питання програмування протидії злочинності в межах наявної Стратегії, то в Канаді функціонує з 1998 року, як ми зазначали раніше, Національний центр із попередження злочинності (NCPC / Центр). Робота Центру (NCPC) спрямована на забезпечення, національне керівництво ефективними засобами запобігання і скорочення злочинності шляхом впливу на фактори ризику до скоєння злочину. Специфіка канадського підходу полягає у сприянні впровадженню ефективних методів попередження злочинності на різних рівнях. NCPC здійснює також контроль за реалізацією Стратегії та покращенням координаційної роботи щодо попередження злочинності в Канаді на всіх рівнях, а також підзвітний Міністерству РС. Зазначимо, що в Україні такий суб'єкт відсутній, а головну роль у формуванні державних програм у

¹² Crime Prevention Funding Programs // Public Safety Canada : сайт. URL : <https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/cntrng-crm/crm-prvntn/fndng-prgrms/index-en.aspx> (дата звернення : 12.05.2019).

сфері протидії злочинності відіграє МВС України та Національна поліція¹³.

Сьогодні NCPC співпрацює з такими суб'єктами для забезпечення скоординованого та комплексного підходу до зниження і попередження злочинності: Міністерством публічної безпеки Канади, Міністерством юстиції¹⁴, Королівською кінною поліцією, Канадським центром статистики юстиції, Міністерством охорони здоров'я та з іншими міністерствами, департаментами та агентствами різних рівнів¹⁵.

NCPC у залежності від того, які практики використовуються відповідними суб'єктами, виділяє три види профілактичних програм, які реалізуються на різних рівнях, а саме: типові програми (Model program), перспективні програми (Promising program), інноваційні програми (Innovative program)¹⁶.

Далі в загальних рисах розглянемо кожен з них та наведемо приклади. Так, до *типових програм* (Model program) відносять програми, які відповідають найвищим науковим стандартам ефективності (з наукової точки зору перевірені програми профілактики і втручання), що підтверджується опублікованими оцінками; мають значний, стійкий профілактичний або стримуючий ефект або зниження проблемної поведінки, зниження факторів ризику, пов'язаних із допроблемною поведінкою, або посилення захисних факторів, пов'язаних із проблемною поведінкою, і використовуються в різних спільнотах або громадах. Прикладом такої програми є «Програма посилення ролі сім'ї» (Strengthening Families Program – SFP), яка спрямована на дітей із ризиком від 6 до 12 років та їхні сім'ї¹⁷.

До *перспективних програм* (Promising program) віднесені програми, які відповідають науковим стандартам ефективності, але відповідають не всім стан-

дартам типової програми. Такі програми підлягають ретельному експертному оцінюванню. Загалом, такі програми реалізуються з мінімальним відхиленням від типової програмної моделі та демонструють багатообіцяючі емпіричні результати. Як приклад можна навести програму «Кращий початок, краще майбутнє» (Better Beginnings, Better Futures), яка спрямована на дітей громади у віці від 4 до 8 років, які перебувають у складних умовах¹⁸.

Інноваційні програми (Innovative program) профілактики спрямовані на перевірку нових підходів та теорій для втручання в групи ризику в суспільстві. Дані програми засновані на сильній теоретичній основі. Інноваційні проекти потребують постійного підтвердження наявного причинно-наслідкового зв'язку між експериментальними методами, які застосовуються програмою, та практичними результатами. Як приклад можна навести програму «Розірване коло» (Breaking the Cycle – BTC), спрямовану на молодь, яка піддалася ризику участі в банді у віці від 15 до 26 років¹⁹.

Наступний суб'єкт допомагає узгоджувати запити територій із питань програмування протидії злочинності «знизу-вгору» в межах Стратегії. Існує Федеральна / Провінційна / Територіальна робоча група (The Federal / Provincial / Territorial Working Group on Crime Prevention – FPT WG CP, далі – F/P/T або Робоча група) з попередження злочинності. Дана робоча група (F/P/T)²⁰ є форумом для національного співробітництва та обміну знаннями для просування програм із попередження злочинності на федеральному, провінційному та територіальному рівнях з акцентом на розроблення та просування політики і практики, які зменшують рівень злочинності та віктимізації і підвищують безпеку окремих осіб і спільнот. Подібний суб'єкт в Україні також відсутній²¹.

¹³ Про затвердження Положення про Міністерство внутрішніх справ України : Постанова КМУ від 28 жовтня 2015 р. № 878. URL : <https://www.kmu.gov.ua/ua/nps/248608057> (дата звернення : 15.05.2019); Про затвердження Положення про Національну поліцію : Постанова КМУ від 28 жовтня 2015 р. № 877 (в редакції від 04.01.2019). URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/877-2015-p?find=1&text=%EF%F0%E0%EF%EE%E7%E8%F6#w13> (дата звернення : 15.05.2019).

¹⁴ Victims services and funding // Department of Justice: сайт. URL : <https://canada.justice.gc.ca/eng/cj-jp/victims-victimes/fund-fond.html> (дата звернення : 13.05.2019).

¹⁵ National Crime Prevention Centre // Public Safety Canada : сайт. URL : <https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/cntrng-crm/crm-prvntn/ntnl-crm-prvntn-cntr-en.aspx> (дата звернення : 13.05.2019).

¹⁶ Promising and Model Crime prevention Programs (Volume II) / National Crime Prevention Centre (NCPC). Public Safety Canada (Ottawa, Ontario, Canada). 2011. 80 p. // Public Safety Canada : сайт. URL : <https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/prmsng-mdl-vlm2/prmsng-mdl-vlm2-eng.pdf> (дата звернення : 12.05.2019); Promising and Model Crime Prevention Programs (Volume I) / National Crime Prevention Centre (NCPC). Public Safety Canada (Ottawa, Ontario, Canada). October 2008, 68 p. // Public Safety Canada : сайт. URL : <https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/prmsng-mdl-vlm1/index-en.aspx> (дата звернення : 12.05.2019).

¹⁷ Promising and Model Crime prevention Programs (Volume II) / National Crime Prevention Centre (NCPC). Public Safety Canada (Ottawa, Ontario, Canada). 2011. P.45 // Public Safety Canada : сайт. URL : <https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/prmsng-mdl-vlm2/prmsng-mdl-vlm2-eng.pdf> (дата звернення : 12.05.2019).

¹⁸ Promising and Model Crime prevention Programs (Volume II) / National Crime Prevention Centre (NCPC). Public Safety Canada (Ottawa, Ontario, Canada). 2011. P. 21 // Public Safety Canada : сайт. URL : <https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/prmsng-mdl-vlm2/prmsng-mdl-vlm2-eng.pdf> (дата звернення : 12.05.2019).

¹⁹ Promising and Model Crime prevention Programs (Volume II) / National Crime Prevention Centre (NCPC). Public Safety Canada (Ottawa, Ontario, Canada). 2011. P. 71 // Public Safety Canada : сайт. URL : <https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/prmsng-mdl-vlm2/prmsng-mdl-vlm2-eng.pdf> (дата звернення : 12.05.2019).

²⁰ Робота групи (FPT WG CP) координується одним з заступників Міністра (PC) Канади, а засідання відбувається під головуванням Міністерства юстиції та громадської безпеки Канади з керівниками уряду провінцій. Планування спільних засідань групи здійснюється Секретаріатом Міністерства юстиції Канади. Міністерство громадської безпеки Канади (PS) відповідає за розробку матеріалів зборів відповідно до порядку денного [Public Safety Canada // Public Safety Canada: сайт. URL : <https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/trnsprnc/nfsrc-en.aspx> (дата звернення : 12.05.2019)].

²¹ Federal/Provincial/Territorial Working Group on Crime Prevention // Public Safety Canada : сайт. URL : http://www.crime-prevention-intl.org/fileadmin/user_upload/Evenements/12eme_Colloque/Presentation_Todd_Clarke.pdf (дата звернення: 15.05.2019); Building a Safer Canada. First Report of the National Working Group on Crime Prevention / Institute for the Prevention of Crime (IPC), University of Ottawa. - September 2007. 32p. (P.28-29) : веб-сайт. URL : https://www.sacp.ca/communicating-on-crime-prevention.html?asst_id=252 (дата звернення : 15.05.2019).

Що стосується провінціального та територіального рівня програмування протидії злочинності, то уряди канадських провінцій і території є ключовими партнерами в реалізації Стратегії (NCPS). Провінції і території знаходяться у кращому положенні для визначення цільових груп, проблем і місць, що мають першочергове значення для інвестицій у сфері попередження злочинності в межах їх юрисдикції. Вони здійснюють пошук організацій, які можуть реалізовувати заходи за окремими напрямками з попередження злочинності²².

Триваюче співробітництво між провінціями, територіями і NCPS має важливе значення для ефективної реалізації Стратегії. На рівні провінцій координуючу роль у формуванні профілактичних програм можуть відігравати відповідні комітети, на кшталт Комітету з розгляду проєктів при Міністерстві генерального соліситора в провінції Онтаріо (Ministry of the Solicitor General – MSG)²³, які рекомендують проєкти, що узгоджуються з програмами NCPS, для фінансування.

На місцевому рівні функцію з розроблення відповідних профілактичних програм та здійснення координації суб'єктами з їх виконання можуть виконувати відповідні Ради з профілактики злочинності, на кшталт Ради в м. Оттаві (Crime Prevention Ottawa)²⁴.

Щодо питання фінансування профілактичних програм у межах Стратегії, то відзначається нерівномірний розподіл коштів, які виділяються на забезпечення роботи правоохоронних органів та суду і на фінансування профілактичних програм. Так, тільки щорічні витрати на поліцейську діяльність у Канаді оцінюються в розмірі до 11 млрд. дол., а витрати на кримінальне правосуддя – до 15 млрд. дол.²⁵ Проте останнім часом у Канаді робиться акцент на збільшення інвестицій, у тому числі і за рахунок

конфіскованих правоохоронними органами коштів, на реалізацію профілактичних програм раннього втручання, що в перспективі зменшує збитки від злочинності²⁶.

Висновки

Підсумовуючи все викладене, можна зробити висновки, які можуть бути корисними для вдосконалення програмування протидії злочинності в Україні. Так, сучасна практика попередження злочинності в Канаді в основному спрямована на усунення факторів ризику, що сприяють злочинності через реалізацію підходу соціального розвитку (CPSD).

Формування та реалізації всіх програм у сфері протидії злочинності в Канаді здійснюється в межах чітко сформованої Стратегії (NCPS). Проте єдина комплексна федеральна програма протидії злочинності не розробляється. Програмування протидії злочинності здійснюється на трьох рівнях: федеративний / провінція / територія (F/P/T). Основний акцент державою робиться на програмування протидії злочинності на грантовій основі, яке має фондову підтримку NCPS.

Серед основних суб'єктів, які здійснюють формування профілактичних програм, контроль за її виконанням на різних рівнях, а також взаємодію серед виконавців програм, можна виділити: Центр (NCPS), Міністерство публічної безпеки Канади (PC), Міністерство юстиції Канади, а також Робочу групу (FPT WG CP). Останній суб'єкт забезпечує взаємодію суб'єктів різних рівнів під час програмування протидії злочинності та розроблення відповідних пропозицій за принципом «знизу – вгору» з актуальних програмних проєктів.

Щодо фінансування програм протидії злочинності в Канаді, то в даному напрямі реалізується державний підхід, який є перспективним і для України, щодо збільшення інвестицій на попередження злочинності (раннє попередження) шляхом реалізації відповідних програм для зменшення «ціни злочинності» в майбутньому за рахунок скорочення видатків на утримання судових та правоохоронних органів.

²² Public Safety Canada 2012-2013. Evaluation of the Crime Prevention Program. Final Report 2013-10-03 / Public Safety Canada. 2013. 52 p. // Public Safety Canada : сайт. URL : <https://www.securitepublique.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/2013-vltn-crm-prvntn-prgrm/2013-vltn-crm-prvntn-prgrm-eng.pdf> (дата звернення : 14.05.2019).

²³ Crime Prevention in Ontario: A Framework for Action // Ministry of the Solicitor General. Ontario : сайт. URL : https://www.mcscs.jus.gov.on.ca/english/publications/Crime_Prevention_Framework.html##2 (дата звернення : 14.05.2019).

²⁴ Crime Prevention Ottawa // Ottawa : сайт. URL : www.crimepreventionottawa.ca/en/who-we-are/board-of-directors (дата звернення : 12.04.2019).

²⁵ 2017-2018 Evaluation of the National Crime Prevention Strategy URL : <https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/2017-18-rprt-vltn-neps/index-en.aspx> (дата звернення : 12.05.2019).

²⁶ Public Safety Canada 2012-2013. Evaluation of the Crime Prevention Program. Final Report 2013-10-03 / Public Safety Canada. 2013. 52p. (P.3) URL : <https://www.securitepublique.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/2013-vltn-crm-prvntn-prgrm/2013-vltn-crm-prvntn-prgrm-eng.pdf> (дата звернення : 12.05.2019).

Some aspects of the legalization of orphan works**Tokareva Vira***Candidate of Law,**Associate Professor of Civil Law Department**of the National University "Odessa Law Academy", Ukraine*

The article presents a theoretical aspects of the problem of the origin, use and legalization of orphan works. The experience of legalizing orphan works in the EU, Great Britain and the USA is considered. The main factors contributing to the emergence and spread of orphan works are analyzed.

It has been established that the existence of orphan works is due to the probability that the term of copyright has not expired and that they are subject to copyright protection, while there is no possibility to find the copyright owner. In the absence of information about the author, owner of economic rights, such works do not belong to state objects and therefore cannot be used free. The problem of using orphan works is the impossibility of using them on legal grounds. It is established that the main mechanisms of solving problems of orphan works are: limitation of responsibility in the event of the appearance of a person who claims to be an author of the orphan work; application of license rights to use orphan works; application of the system of collective licensing; expanding the public domain through orphan works and considering additional solutions.

It has been established that the idea of using blockchain technology to solve problem of an orphan works and introduce distribution registers in the field of intellectual property is gaining popularity and is supported by scientists. The advantage of the blockchain technology for registering objects of copyright is the impossibility of making changes to it after registration of the object, and as confirmation to the author an electronic certificate of authenticity is issued that allows the author to identify the work. third parties. Existing platforms, such as Blockai and ascribe, allow authors to register ownership of the exclusive right, receive information about using how their works on the Internet, and apply for a license agreement. The use of the blockchain for registering copyrights may correspond to signs of modern technological support, security, decentralization, accessibility, and no need for third-party transaction verification.

Окремі питання легалізації сирітських творів**Токарева Віра Олександрівна***кандидат юридичних наук,**доцент кафедри цивільного права**Національного університету «Одеська юридична академія», Україна***Вступ**

Існування сирітських творів зумовлене вірогідністю, що не закінчився строк чинності авторського права та авторсько-правової охорони, при цьому неможливо знайти правовласника твору. Зважаючи на відсутність інформації про автора, власника майнових прав, такі твори не входять у число об'єктів суспільного надбання і тому не перебувають у вільному використанні. Проблема використання сирітських творів полягає в тому, що їх використання технічно неможливо на законних підставах

З огляду на те, що кількість сирітських творів є значною та, як показують дослідження, обсяг інформації і знань, які несуть у собі ці твори, неоціненний, тоді як через невирішеність питання про їх статус ці твори не використовуються, зникають із фонду світової культурної спадщини – постає потреба вирішення даної проблеми в Україні.

Стан дослідження. Проблемним питанням використання сирітських творів присвячені роботи таких науковців, як: А.Б. Антопольский, Д.В. Єфре-

менко, О.В. Піхурець, С.Й. Литвин, Е.Б. Леанович, І.Ю. Левова, Д.В. Винник, А.Ю. Моїсєєва, О.А. Штефан та ін.

Мета статті. Метою статті є дослідження засад правового регулювання сирітських творів у законодавстві та доктрині ЄС, США та Великобританії, визначення ефективних шляхів реформування законодавства з метою використання сирітських творів.

Виклад матеріалу

Наслідком неможливості встановлення правоволоділців, попри цінність для дослідників, стає неможливість участі твору в обігу, його незатребуваність, потенційний користувач втрачає можливість створювати нові об'єкти, надихаючись існуючими, володілець авторських прав втрачає можливість отримання доходів, а публіка позбавляється переваг нових і майбутніх творів. Так, через неможливість встановлення правоволоділців, попри цінність для дослідників, Британська бібліотека не може оциф-

рувати та зробити доступними тисячі фотографій британських військовослужбовців часів Першої і Другої світових воєн, що в ній зберігаються¹.

Як визначається неприбутковою організацією EIFL Electronic Information for Libraries, що співпрацює з бібліотеками для забезпечення доступу до знань, проблема сирітських робіт стосується не лише творів, автори яких померли та спадкоємців не можливо знайти; а й користування сучасними матеріалами в мережі Інтернет. Інтернет створює умови для пошуку та поширення оригінальних творів, проте в разі необхідності отримання дозволу на користування твором, власника якого неможливо знайти, наприклад, через застарілий адрес електронної пошти, вказаний на веб-сайті, його корисність зводиться нанівець. А оскільки користувачі знаходяться по всьому світу, пошук правовласника може виявитися досить складною справою².

Ліцензійні умови організації Creative Commons дають авторам можливість ліцензувати твір під певні види користування і включають інформацію про права, що деякою мірою допомагає прояснити ситуацію.

Правове регулювання сирітських творів у більшості випадків передбачає виконання низки послідовних етапів: звернення заявника до уповноваженого державного органу; перевірка виконання вимог законодавства щодо пошуку правоволодільців твору; сплата заявником встановленого внеску; надання заявнику права на правомірне використання сирітського твору.

Спроби вирішити проблему сирітських творів провадяться в різних напрямках у різних державах.

Истотна віха на шляху реформування законодавства з метою поширення культурної спадщини та публікації сирітських творів розпочата прийняттям Директиви ЄС 2012/28/ EU щодо деяких випадків можливого використання сирітських творів, що набула чинності 28 жовтня 2012 році³.

Вважається, що ухваленню Директиви ЄС сприяло проведення обговорень питань та досліджень чинної системи авторських прав і її впливу на сучасну економіку, які здійснювались із 2003 року професором дослідницького університету Уельсу Я. Харгрєвсом, на замовлення уряду Великобританії. Результатом чого став опублікований у 2011 році звіт щодо перспектив зростання цифрової економіки та розвитку права інтелектуальної власності, який закликає до модернізації національного

законодавства держав-членів та законодавства ЄС з інтелектуальної власності для забезпечення сталого розвитку економіки⁴.

Застосування положень Директиви 2012/28 поширюються на такі об'єкти, як: твори, опубліковані у вигляді книг, періодичних видань, газет, журналів, кінематографічні або аудіовізуальні твори і фонограми, що знаходяться у зібраннях загальнодоступних бібліотек, освітніх установ або музеїв, а також у зібраннях архівів, фільмо- або аудіофондів, або створені організаціями громадського мовлення до 31 грудня 2002 року, що вперше опубліковані в державі-члені ЄС або трансляція яких сталася в державі – члені ЄС⁵.

Особами, уповноваженими здійснювати розповсюдження сирітських творів відповідно ст. 1 Директиви 2012/28, визнані некомерційні культурні інститути (бібліотеки, музеї тощо) та некомерційна культурна індустрія.

Умовою отримання дозволу на використання та визнання твору сирітським відповідно до ст. 3 Директиви 2012/28 є проведення процедури належного пошуку (diligent search) правоволодільця.

Звіт професора Я. Харгрєвса у 2011 році на замовлення уряду Великобританії вплинув не лише на прийняття Директиви ЄС 2012/28, а й на реформування законодавства Великобританії в галузі авторського права.

У 2013 році Великобританією були прийняті рекомендації, запропоновані у звіті, та внесені поправки в Закон про авторське право, зразки та патенти 1988 року, що зробило можливим індивідуальне використання сирітських творів за умови отримання невиключної ліцензії на використання, якщо потенційний користувач провів належний пошук та не знайшов правоволодільця. Схема ліцензування поширюється на всі види творів, захищені авторським правом, які потенційно можуть використовуватися будь-яким ліцензіатом у межах Великобританії, та, на відміну від Директиви, яка допускає тільки некомерційне використання, поширюється на комерційні випадки використання творів. Тож Великобританія стала першою державою світу, яка у 2013 році дозволила комерційне та некомерційне використання сирітських творів за умови проведення належного пошуку та виплати ліцензійного збору⁶.

У Канаді та Угорщині успішно застосовується система ліцензування сирітських творів із умовою проведення належного пошуку правоволодільця. Різниця між режимом обмеженої відповідальності та системою ліцензування полягає в тому, що остан-

¹ Yael Lifshitz-Goldberg Orphan Works. WIPO Seminar – May 2010 Lecture Summary p. 5.

² Справочник для библиотек по авторскому праву и смежным вопросам Handbook on Copyright and Related Issues for Libraries. URL : https://eifl.net/sites/default/files/resources/201409/handbook_rus_05.pdf.

³ Директива Европейского парламента и Совета ЕС No 2012/28/ ЕС от 25.10.2012 г. об отдельных случаях легального использования произведений с неизвестной принадлежностью (сиротских произведений), WIPO. URL : <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=13043> Дата обращения 07.05.2016.

⁴ Digital. Opportunity. A Review of Intellectual Property and Growth. An Independent Report by. Professor Ian Hargreaves. May 2011. URL : https://orca.cf.ac.uk/30988/1/1_Hargreaves_Digital%20Opportunity.pdf.

⁵ 24.09.2012 Решения Европы о свободном доступе к сиротским произведениям. URL : https://www.copyright.ru/ru/news/main/2012/9/24/proizvedenie_ocifrovka/?print=1.

⁶ U.S. Copyright Office. Orphan Works and Mass Digitization. A report of the register of copyrights. June 2015 p. 28. URL : www.copyright.gov.

ня вимагає подачі користувачем заяви на отримання ліцензії перед використанням твору. Обидві схем потребують проведення користувачем належного пошуку правоволодільця перед початком використанням. Перевага ліцензування полягає в тому, що користувач начебто страхується на випадок, якщо з'явиться власник авторських прав, який забажає пред'явити позовні вимоги до порушника. Недолік полягає в тому, що отримання ліцензії може бути дорогим та тривалим процесом.

Відповідно до законодавства Канади, де застосовується система ліцензування, якщо власника авторських прав не знайдено в розумний строк, користувач може звернутися до Ради з авторського права Канади за ліцензією на використання твору. Правління визначить ліцензійний збір або роялті, термін дії ліцензії та способи використання сирітських творів. Ліцензійні збори покладаються на вказане авторське колективне суспільство. Після цього у власника авторських прав є п'ять років після закінчення терміну дії ліцензії для отримання роялті. Якщо власник авторських прав не отримує ліцензійний збір, колективне суспільство може залишити роялті⁷.

Слід зазначити, що проведення належного пошуку авторів творів є досить тривалою, дорогою процедурою та може затримувати проведення бібліотекою оцифрування творів. З огляду на те, що належний пошук здійснюється зусиллями окремих установ «централізовано», з метою зменшення тягаря фінансових затрат, британські науковці пропонують застосовувати децентралізований підхід, заснований на краудсорсінгу певних етапів процесу пошуку⁸.

Разом із тим масове оцифрування документів та розміщення їх електронних версій в Інтернеті ускладнено необхідністю пошуку їх правоволодільців та отриманням дозволу на використання кожного твору. Подолання проблеми отримання дозволів для оцифрування кожного твору пропонується вирішувати шляхом застосування колективних ліцензій, які надаються організаціями колективного управління правами (далі ОКУП). Проте такі ліцензії зазвичай мають обмеження, видаються на підставі доручення від членів ОКУП, що не поширюється на значну кількість творів, правовласники яких не входять в ОКУП.

Як зазначає Й. Риден, приступаючи до оцифрування своєї колекції з метою надання доступу до творів у мережі Інтернет, бібліотека стикається з проблемою аутсайдерів, авторів, які не охоплені системи ОКУП та не є учасниками. Основою повноважень для ведення переговорів про ліцензування для

ОКУП служить мандат, отриманий від відповідного члена цієї організації. Представляти інтереси осіб, що не входять в ОКУП, за вказаною схемою неможливо. Аналогічна ситуація постає із сирітськими творами⁹.

Дана проблема у скандинавських державах вирішується застосуванням розширеного колективного ліцензування (Extended Collective Licensing), що діє вже більше 50 років. Законом передбачається, що ліцензія поширюється на твори учасників ОКУП, на твори осіб, які не є учасниками, та на сирітські твори, вирішуючи таким чином проблему аутсайдерів¹⁰.

Однак обов'язковою попередньою умовою є відсутність укладених інших ліцензійних угод, тобто права мають бути не передані третій стороні. У разі бажання обмежити використання твору автор має заборонити використання твору або встановити плату за його використання.

З огляду на фінансову затратність оцифрування творів для реалізації бібліотеками самотужки Комісія ЄС та національні уряди підтримують участь національних бібліотек у системі державно-приватного партнерства (Public Private Partnerships), коли реалізувати проект стає можливим завдяки наявності приватного партнера. При цьому як бібліотеці, так і приватному партнеру буде необхідно отримання ліцензії на користування документами та файлами.

За застосування колективного ліцензування як способу забезпечення доступності у цифровому світі, з посиланням на розширену ліцензію, виступили учасники та представники академічної спільноти, серед яких – професор Л. Лессиг, у листопаді 2010 р на Глобальній зустрічі ВОІВ, присвяченій форматам ліцензій з авторського права та полегшенню доступу до культурних цінностей в цифрову епоху¹¹.

З метою вдосконалення законодавства в галузі авторського права О.О. Штефан вносить такі пропозиції, як: 1) прийняття Загальнодержавної програми з відцифрування сирітських творів або творів, що перейшли у суспільне надбання, що дозволило б вирішити фінансове забезпечення процесу відцифрування; 2) створення Єдиного реєстру творів, їх авторів або осіб, яким належить авторське право та твори; із цією метою зобов'язати установи, заклади та власників приватних колекцій надати інформацію для внесення її до Єдиного реєстру; 3) організаціям колективного управління правами та творчим спілкам надати право на ідентифікацію відповідних видів творів, їх авторів або осіб, яким належить авторське або суміжне право; 4) з метою правово-

⁹ Риден Й. Правовые ограничения и цифровая библиотека: достигим ли электронный доступ к знанию? Доклад на сессии «Политика формирования цифровых коллекций в национальных библиотеках: проблемы и возможности» Всемирного конгресса. ИФЛА (17–23 авг. 2013 г. Сингапур).

¹⁰ Там само.

¹¹ Emerging Copyright Licensing Modalities – Facilitating Access to Culture in the Digital Age. URL : https://www.wipo.int/meetings/ru/details.jsp?meeting_id=20209.

⁷ Див: Yael Lifshitz-Goldberg Orphan Works. WIPO Seminar – May 2010 Lecture Summary p. 5.

⁸ Maurizio Borghi, Kris Erickson & Marcella Favale, With Enough Eyeballs All Searches Are Diligent: Mobilizing the Crowd in Copyright Clearance for Mass Digitization, 16 Chi. -Kent J. Intell. Prop. 135 (2016). URL : <http://scholarship.kentlaw.iit.edu/ckjip/vol16/iss1/6>.

го забезпечення висловлених пропозицій необхідно розробити відповідний законопроект про правовий режим сирітських творів, основу якого буде складала положення Директиви 2012/28¹².

Слід визнати існування протиріччя в питаннях правової охорони сирітських творів у національному праві. У ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права» автору надане особисте немайнове право вибирати псевдонім, зазначити і вимагати зазначення псевдоніма замість справжнього імені автора на творі і його примірниках і під час будь-якого його публічного використання.

Статтею 11 Закону України «Про авторське право і суміжні права», яка визначає порядок виникнення і здійснення авторського права та презумпцію авторства, передбачено: якщо твір опубліковано анонімно чи під псевдонімом (за винятком випадку, коли псевдонім однозначно ідентифікує автора), видавець твору (його ім'я чи назва мають бути зазначені на творі) вважається представником автора і має право захищати права останнього. Це положення діє до того часу, поки автор твору не розкриє своє ім'я і не заявить про своє авторство.

Таким чином, відсутність інформації про автора не є підставою для вільного використання твору та вимагає від користувача вчинення певних дій для отримання дозволу, поки твір не перейде у сферу суспільного надбання. Строки охорони творів, автори яких невідомі через об'єктивні причини, дещо коротші за загальні строки авторсько-правової охорони, водночас досить тривалі. Статтею 7(3) Бернської конвенції передбачено, що для творів, випущених анонімно або під псевдонімом, строки охорони закінчуються через п'ятдесят років після того, як твір було правомірно зроблено доступним для загального відомо.

Водночас в умовах поширення цифрових технологій та Інтернету особа видавця втрачає значення для надання та донесення твору до суспільства.

Аналіз положень Директиви 2012/28 та норм Бернської конвенції про охорону літературних та художніх творів, а також норми Закону України «Про авторське право і суміжні права», в яких уніфіковані положення Бернської конвенції, виявляє протиріччя щодо обов'язку з реєстрації творів та їх авторів або осіб, яким належить авторське право на твір.

Водночас провідною засадою сучасного авторського права є надання охорони твору без вимоги дотримання будь-яких формальностей відповідно до ст. 5(2) Бернської конвенції. Уявляється, цей принцип має бути збережений, і встановлення будь-яких формальних процедур, таких як реєстрація або депонування твору, є неприпустимим. Саме добровільність реєстрації об'єктів авторського права, наприклад реєстрація комп'ютерних програм, є запорукою балансу інтересів авторів і користувачів.

¹² Штефан О.О. Правовий режим використання сирітських творів. Інтернаука. 2017. № 2(2). С. 184–191.

Так, Піхурець О.В. та Литвин С.Й. виступають із пропозицією створення реєстру сирітських творів, який має функціонувати в режимі відкритого доступу щодо літературних і наукових, тобто текстових творів, попри можливі складнощі¹³.

Серед заходів, які можуть бути здійснені для легалізації використання сирітських творів, К.М. Михайлов назвав застосування режиму добровільної реєстрації творів, за допомогою якого автори можуть підтвердити свої авторські права. При цьому вчений акцентує увагу на тому, що введення порядку реєстрації авторства є новим кроком у розвитку авторського права, який багато в чому суперечить історії авторського права, не потребує реєстрації природу, а авторські права виникають із факту створення твору, і лише грамотний процес легалізації сирітських творів дасть новий поштовх подальшому розвитку авторського права¹⁴.

Відповідно, можна констатувати досить поширену позицію науковців, які виступають з ініціативою створення відкритого реєстру сирітських творів і можливості його використання як інструменту захисту прав авторів, а також реєстр творів, які перейшли у статус суспільного надбання.

Російськими фахівцями для збереження прав володільців сирітських творів, які можуть виявитися вже після легалізації творів, пропонується надання права користування сирітськими творами на умовах «умовної» відкритої ліцензії та проведення процедури «опт-аут», яка передбачає створення проміжного реєстру для включення творів-кандидатів на статус сирітських творів, які можуть публікуватись не пізніше 5-10 років від дати формування реєстру та негайно видалятися з реєстру сирітських творів за заявою правовласника¹⁵.

Пропонується створення реєстру сирітських творів та реєстру творів суспільного надбання, перехід сирітського твору до об'єктів суспільного надбання, якщо протягом 6 місяців із моменту його внесення до реєстру володаря авторських прав встановлено, а правовласник не ідентифікує себе шляхом направлення обґрунтованої заяви на адресу уповноваженого органу з прав інтелектуальної власності.

Набуває популярності ідея застосування технології блокчейн для вирішення проблеми сирітських та впровадження розподільних реєстрів у галузі інтелектуальної власності, знаходить підтримку в науці.

¹³ Піхурець О.В. Розвиток правового регулювання відносин, пов'язаних із використанням "сирітських творів" в Україні та країнах Європейського Союзу. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. 2017. Вип. 44(1). С. 81–86.

¹⁴ Михайлов К.М. Сиротские произведения: в поисках правового режима. Право интеллектуальной собственности : Сб. науч. тр. / РАН. ИНИОН. Центр социал. науч.-информ. исслед. Отд. правоведения ; МГУ им. М.В. Ломоносова. Каф. предпринимательского права ; отв. ред. Афанасьева Е.Г. Москва, 2017. 202 с.

¹⁵ Левова И.Ю. Сиротские произведения в России: статус, пути решения проблемы. Общественное достояние. Как открыть доступ к культуре и знаниям : сборник / под ред. И. Засурского, В. Харитоновой. Москва, Екатеринбург : Ассоциация интернет-издателей, 2016. С. 49–88.

Висновки

Проаналізовані різні механізми, які застосовувались протягом 10 років у різних державах для реєстрації сирітських творів, зокрема: сумлінний пошук, централізована база даних, ліцензування. Д. Голденфейн та Д. Хантер приходять до висновку, що державні проекти, такі як «Глобальна європейська база даних творів» (European Global Repertoire Database), Британський центр авторського права (U.K. Copyright Hub), та приватні проекти виявилися недостатньо успішними, зокрема, через відсутність підтримки з боку товариств зі збору авторських гонорарів. Тому пропонується впровадження технології блокчейн, автоматизованої реєстраційної системи для вирішення поставлених завдань¹⁶.

Перевагою технології блокчейн для реєстрації об'єктів авторських і суміжних прав є неможливість внесення в неї змін після реєстрації об'єкта, а в якості підтвердження реєстрації автору видається електронний сертифікат автентичності, дозволяючи ідентифікацію автора твору перед третіми особами. Теоретично треті особи можуть використовувати блокчейн, щоб простежити лан-

цюжок приналежності виключного права, включаючи ліцензійні, субліцензійні договори, договори про відчуження виключного права. Існуючі платформи, такі як Blockai і ascribe, дозволяють авторам робити запис про приналежність виключного права, отримувати інформацію про те, як твір використовується в Інтернеті, звертатися з пропозицією про укладення ліцензійного договору¹⁷.

Створення реєстрів об'єктів авторських і суміжних прав на основі блокчейну може відповідати ознакам сучасності технологічного забезпечення, безпеки, децентралізованості, рівню доступності, відсутності потреби в наявності третьої сторони для верифікації транзакцій. Актуальним є створення реєстрів результатів інтелектуальної діяльності на основі платформи блокчейн у зв'язку зі стрімким розвитком соціальних мереж, у яких постійно відбувається обмін будь-якими файлами. Це дає можливість легального використання контенту – результатів інтелектуальної діяльності, а правовласникам надається можливість отримувати винагороду за таке використання¹⁸.

Підсумовуючи викладене, можна зазначити, що встановлення вільного використання сирітських творів за умов детального нормативного регулювання має стати одним із пріоритетних напрямків удосконалення українського законодавства в області права інтелектуальної власності.

¹⁶ Дорофеев Р.С. Реферат статьи: Голденфейн Д., Хантер Д. Блокчейны, произведения-сироты и общественное достояние. право будущего: Интеллектуальная собственность, инновации, Интернет: Ежегодник. Вып. 1 / РАН. ИНИОН. Центр. социал. науч.-информ. исслед. Отд. правоведения; Каф. предпринимательского права МГУ им. М.В. Ломоносова; Отв. ред. Афанасьева Е.Г. Москва, 2018. 207 с. С. 100–106.

¹⁷ Рузакова О. А., Гринь Е. С. Применение технологии Blockchain к систематизации результатов интеллектуальной деятельности // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2017. Вып. 38. С. 508–520.

¹⁸ Там сам.

Application of order procedure in the economic legal process of Ukraine: advantages and disadvantages

Fakas Ilona

*Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor,
Assistant Professor of Civil Law Disciplines
of the Chernivtsi Institute of Law
of the National University "Odessa Law Academy, Ukraine*

The article is devoted to the investigation of orderly proceedings as a simplified trial procedure in economic legal proceedings of Ukraine. Two models of organization of orderly proceedings of foreign countries are analyzed. The legal nature of ordering proceedings in the economic process of Ukraine is investigated, its main distinctive features are characterized, criteria are defined for determining the admissibility of the case to this form of proceedings. Particular attention is paid to the analysis of the requirements on which a court order may be issued, as well as on the legal regulation of the stages of ordering proceedings.

The judicial statistics on the consideration by the local economic courts of the cases of order proceedings are analyzed. The trends on the results of consideration by the economic courts of the relevant applications of claimants in the enforcement proceedings are outlined.

The problems of application of ordering proceedings in the aspect of optimization of regulatory and legal regulation of economic process are revealed. The advantages and disadvantages of using the orderly proceedings after the reform of the economic procedural legislation of Ukraine were determined.

The experience of the Federal Republic of Germany with regard to simplified documentary proceedings and the possibility of its application in Ukraine is analyzed. It was clarified that the European order procedure facilitated communication between the parties and the court, and also provided opportunities for its implementation and rationalization by means of electronic means and information technologies.

The positive role played by the institute of ordering proceedings in the modern economic process is noted. The directions of making changes to the domestic economic procedural legislation concerning the consideration of cases in the order of the order process are outlined. On the basis of the analysis of the law, conclusions are made regarding the improvement of the legal regulation of the institution of ordering proceedings in economic legal proceedings. The expediency of introduction of simplified judicial procedures, in particular, orderly proceedings, has been proved for harmonization of domestic and European procedural laws.

Застосування наказного провадження в господарському судочинстві України: переваги та недоліки

Факас Ілона Борисівна

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
Чернівецького юридичного інституту
Національного університету «Одеська юридична академія», Україна*

Вступ

Спрощені процедури судового розгляду в комерційному судочинстві є доволі поширеним явищем у практиці зарубіжних країн, при цьому застосовуються впродовж тривалого часу. Проблема спрощення судочинства приділялась увага не лише в окремих країнах, а і в рамках Європейського Союзу (далі – ЄС). Зокрема, неодноразово порушувалось питання про реформування процесуального законодавства країн-учасниць, що мало би передбачити створення подібних та більш удосконалених, але в той же час спрощених національних процесуальних норм.¹

¹ Рекомендація R (81) 7 Комітету міністрів державам-членам стосовно шляхів полегшення доступу до правосуддя від 14.05.1981 р. / Відомості Верховної Ради України : [сайт]. URL : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_133.

Не менш важливим в рамках ЄС є питання уніфікації окремих інститутів судочинства. Зокрема, Комітет Міністрів видав стосовно цього Рекомендації № R(81)7 державам-членам стосовно полегшення доступу до правосуддя [14]. Також 12 грудня 2006 року, Європейський Парламент і Рада ЄС прийняла Регламент № 1896/2006 «Про введення Європейського наказного провадження», що надав змогу кредиторам стягувати за безспірними вимогами у цивільних і комерційних справах у судах країн – членів ЄС відповідно до єдиної процедури видачі європейського наказу про сплату, що іменувався «European order for payment procedure» та діяв на основі стандартних форм.²

² Брановицкий К. Возможности использования информационных технологий в европейском приказном производстве (Регламент ЕС №1896/2006 «О введении европейского приказного производства»). Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 10. С. 36–39.

Отже, з огляду на викладене **метою** даної статті є аналіз, виявлення позитивних аспектів та недоліків наказного провадження в господарському судочинстві.

Виклад основного матеріалу

На необхідності запозичення світового досвіду щодо впровадження в господарський процес України прискореної та спрощеної процедури неодноразово наголошували вітчизняні науковці. На їхню думку, запровадження інституту наказного провадження в господарському судочинстві вирішить ряд проблем, пов'язаних із правозастосуванням у сфері господарювання та дозволить суттєво розвантажити суди.

Різні аспекти щодо запровадження форм спрощеного розгляду справ у судовому процесі висвітлювалися фахівцями в галузі цивільного процесу, такими як В.І. Бобрик, М.В. Вербіцька, Н.А. Громшина, Т.М. Кучер, М.А. Черьомін, у галузі адміністративного процесу – такими, як І.В. Завальнюк, К.Ю. Молодіко, М.І. Смокович, у галузі власне господарського (арбітражного) процесу – такими, як Ю.Ю. Грибанов, Е.П. Кочаненко, О.П. Подцерковний, Н.В. Сівак, Є.А. Таликін, О.С. Фонова та інші.

Зазначимо, що європейське законодавство, зокрема регламент ЄС № 1896/2006, а також національне законодавство багатьох країн передбачають можливість здійснення наказного провадження в торгових (економічних, господарських) справах майнового характеру.³

Під час дослідження спрощених форм судочинства зарубіжних країн Д.І. Кримський посилається на те, що в законодавстві країн ЄС втілено дві моделі організації наказного провадження: 1) документарна модель, яка передбачає, що заявник повинен подати до суду письмові докази, які обґрунтовують його вимогу, і за наявності таких доказів суд видає судовий наказ; 2) без процедур відносять видачу судами наказів про сплату (*injunction de payer*) та вчинення певних дій (*injunction de faire*).⁴

Законом України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 03 жовтня 2017 р. були внесені досить суттєві зміни в процесуальні кодекси.⁵

Однією з новел нового (зміненого) господарського процесуального кодексу (далі – ГПК) є інститут

наказного провадження, який запозичений із цивільного процесу та спрямований на стягнення з боржника незначних грошових сум щодо безспірних вимог.

У науковій літературі наказне провадження розглядається як вид цивільного судочинства, що полягає у спрощеній документарній процедурі захисту майнових прав та інтересів заявника (стягувача), вимоги якого до боржника щодо стягнення грошових коштів або витребування майна ґрунтуються на безспірних документах, що здійснюється за відсутності спору шляхом видачі судового наказу.⁶

Наказне провадження застосовується у випадках, якщо предметом позову є стягнення грошових сум у незначних розмірах, щодо яких спір відсутній або про такий спір невідомо заявнику (ч. 2 ст. 12 ГПК України). При цьому головною умовою для застосування в господарському процесі наказного провадження та видачі судового наказу є стягнення грошової заборгованості за договором, укладеним у письмовій формі, якщо сума вимог не перевищує 100 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб (ст. 148 ГПК України).

Так, на відміну від достатньо розгорнутого переліку договірних відносин, щодо яких може бути виданий судовий наказ за Цивільним процесуальним кодексом України, Господарський процесуальний кодекс містить лише два критерії до визначення допустимості справи до наказного провадження: сума вимоги не перевищує сто розмірів прожиткових мінімумів для працездатних осіб, тобто з 01.01.2019 р. – 192 100 грн., скоріш за все на момент подачі заяви, а не укладення договору.

Строк розгляду судом заяви про стягнення неоспорюваної заборгованості в порядку наказного провадження складає 5 днів (без засідання та повідомлення сторін (ст. 154 ГПК України)). Судовий наказ надсилається сторонам та може бути скасований судом на підставі заяви боржника протягом 15 днів із дня отримання останнім копії наказу та інших документів. У разі неоскарження такого наказу боржником він набуває чинності протягом 20 днів (ст. 157, 159 ГПК України).⁷

Особа має право звернутися до суду з вимогами, визначеними у частині першій цієї статті, в наказному або спрощеному позовному провадженні на свій вибір.

Заява про видачу судового наказу подається до суду першої інстанції за загальними правилами підсудності, встановленими ГПК України для подання позовної заяви. Заявник має право відкликати заяву про видачу судового наказу до її розгляду судом. За подання заяви про видачу судового наказу справляється судовий збір у розмірі, встановленому

³ EC Regulation # 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure / official Journal of the European Union. 2007. L. 199/1.

⁴ Крымский Д.И. Упрощенные производства в гражданском процессе зарубежных стран : автореферат дис. ... канд. юрид. наук, специальность 12.00.15. Москва. 2011. 27 с.

⁵ Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів / Відомості Верховної Ради України : [сайт]. 2017. № 48, 436. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147-19>.

⁶ Зґама А.О. Про застосування спрощеної процедури в господарському судочинстві. Актуальні проблеми держави і права. 2014. С. 182–187.

⁷ Господарський процесуальний кодекс України. Відомості Верховної Ради України : [сайт]. 1992. № 6, 56. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>.

законом. Необхідно відзначити, що для цієї форми провадження Законом України «Про судовий збір» від 08.07.2011 р. встановлено пільгові ставки. Так, за заяву про видачу судового наказу заявник буде сплачувати 0,1 розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб – 192,1 грн., за подачу заяви про відміну судового наказу – 0,05 такого ж розміру, тобто 96,05 грн.⁸

Пільговими ставками судового збору забезпечується вільний доступ заінтересованих осіб до правосуддя та їх бажання заявити свої вимоги саме до використання наказного провадження, оскільки розгляд спорів із таким розміром вимог є недоцільним у рамках позовного провадження, де тільки розмір судового збору може вдвічі або і в більше разів перевищувати суму заявлених вимог.

Суд розглядає заяву про видачу судового наказу протягом п'яти днів із дня її надходження. Розгляд проводиться без судового засідання і повідомлення заявника і боржника. За результатами розгляду заяви про видачу судового наказу суд видає судовий наказ або постановляє ухвалу про відмову у видачі судового наказу.

Судовий наказ оскарженню в апеляційному порядку не підлягає, проте може бути скасований у порядку, передбаченому ГПК України.

Боржник має право протягом п'ятнадцяти днів із дня вручення копії судового наказу та доданих до неї документів подати заяву про його скасування до суду, який його видав. У разі ненадходження до суду заяви від боржника про скасування судового наказу протягом п'яти днів після закінчення строку на її подання судовий наказ набирає законної сили.

Таким чином, наказне провадження не передбачає судового засідання, воно відбувається без повідомлення боржника та без оцінки доказів.

Підсумовуючи вищевикладене, можна відзначити переваги наказного провадження в господарському судочинстві. По-перше, цю форму провадження слід вважати одним із способів оптимізації судочинства, яка сприяє зростанню оперативності судового захисту суб'єктивних прав. По-друге, це зменшує навантаження на господарські суди із розгляду певних справ, що не потребують повної і детальної процедури розгляду. По-третє, одним із найбільш позитивних моментів цієї форми провадження є здешевлення судової процедури для осіб, що володіють безспірними вимогами по відношенню до боржника.

Водночас цей вид провадження не позбавлений недоліків. Основним недоліком наказного провадження в Україні слід вважати те, що в разі виявлення в судовому засіданні спору про право суддя відмовляє у видачі судового наказу, після чого кредитор може подати позов із тих же підстав у порядку позовного провадження, що перетворює такий вид

судочинства на невиправданий і нелогічний спосіб захисту громадянами своїх прав та інтересів.

Звернення до судової статистики дозволяє зробити висновок про неоднозначність набрання цієї форми провадження популярності в Україні. Так, зокрема, місцевими господарськими судами за період з 15 грудня 2017 р. (дата набрання законної сили новою редакцією ГПК України) по 30.05.2019 р. видано 24259 судових наказів. Найбільшу кількість судових наказів видано господарськими судами: Дніпропетровської області – 7116, Запорізької області – 3130, м. Києва – 1927, Миколаївської області – 1507, Вінницької області – 1185, Волинської області – 1162, Рівненської області – 1050. Найменшу кількість судових наказів видано господарськими судами: Київської – 470, Івано-Франківської – 160, Хмельницької – 145, Чернігівської – 38 областей.⁹

Наведені статистичні дані свідчать, що, незважаючи на переваги наказного провадження, учасники господарюючих відносин в окремих регіонах України практично не застосовують даний інструмент для вирішення господарських спорів.

Необхідно відзначити певні тенденції за результатами розгляду відповідних заяв стягувачів у наказному провадженні. Після спливу більш як півтора року з моменту набрання чинності новою редакцією ГПК України вже усталеним можна назвати підхід, відповідно до якого не підлягають розгляду в порядку наказного провадження вимоги про стягнення 3% річних, штрафних санкцій, збитків, інфляційних втрат. Судові накази видаються за результатами розгляду вимог про стягнення основної заборгованості. Водночас вимоги про стягнення 3% річних, штрафних санкцій, збитків, інфляційних втрат у межах наказного провадження суди не задовольняють. Відмовляючи у видачі наказів за даною категорією вимог, суди наголошують на тому, що вони не відповідають приписам ст. 148 ГПК України (не є вимогами про стягнення грошової заборгованості за договором, укладеним у письмовій формі), зазначаючи, що заявники можуть звернутись із відповідними вимогами в порядку позовного провадження. Як приклад можна навести постанову Київського апеляційного господарського суду від 27 березня 2018 року у справі № 910/1002/18 та ухвалу Господарський суд міста Києва від 30 березня 2018 року у справі № 910/3640/18.¹⁰

У процесі адаптації законодавства України до законодавства ЄС доцільно ознайомитися з досвідом держав-членів, які вже реформували свої правові системи відповідно до зазначених стандартів. Однією з таких держав є Федеративна республіка Німеччина.

На території Німеччини також втілено спрощене документарне провадження (Mahnverfahren), яке за-

⁸ Закон України «Про судовий збір» від 08 липня 2011 р. Відомості Верховної Ради України : [сайт]. 2012. № 14, 87. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3674-17>.

⁹ Єдиний державний реєстр судових рішень. URL : <http://reyestr.court.gov.ua/>.

¹⁰ URL : <http://evris.law/uk/stattja-nakazne-provadžennja-persha-praktika-zastosuvannja-procesualnoi-noveli-gospodarskimi-sudami/>.

звичай є найдешевшим способом отримання судового рішення про стягнення з боржника основного боргу разом із належними за законом відсотками за несвоєчасну оплату. Також до спрощених форм судового розгляду в Німеччині відносять провадження справ амтсгеріхтами (Verfahren vor den Amtsgerichten), особливість яких полягає в тому, що у випадку, коли ціна спору не перевищує 600 євро, суд може визначати розвиток процесу, тобто видозмінювати ті чи інші приписи на власний справедливий розсуд; відсутність необхідності участі у процесі адвоката; винесене в цьому випадку рішення є остаточним, вступає в законну силу негайно і оскарженню не підлягає.

Спеціальні правила також призначені вексельному і чековому процесам, які є особливими формами документарного провадження, орієнтованими на досягнення ще більшого динамізму за рахунок подальшого спрощення і прискорення процесуальної форми.¹¹

¹¹ Колодницька Т.В. Спрощені судові процедури в господарському процесі. Одеса, 2018. 34 с.

Висновки

Підсумовуючи викладене, вважаємо, що господарське процесуальне законодавство країни повинно рухатись у напрямку власної моделі застосування спрощених процедур з урахуванням світового досвіду в цьому питанні.

Дійсно, вдосконалюючи господарське процесуальне законодавство, слід максимально відобразити спрямованість процедур на оперативне вирішення спору, що зумовлене специфікою господарської діяльності, створивши належні умови для функціонування й розвитку економіки. Водночас потребують уведення в господарський процес лише ті виважені апробовані процесуальні елементи, які забезпечують прийняття правосудних рішень, а не утворюють численні можливості недобросовісних відповідачів (боржників) для ухилення від відповідальності шляхом затягування розгляду господарських справ.

Success fee as a form of advocate's remuneration: the prospect for implementation

Fomina Oksana

Postgraduate Student of the Department of Judicial, Law Enforcement Agencies and Advocacy of the National University "Odessa Law Academy", Ukraine

The article is devoted to the study of the success fee. The advantages (increasing of accessibility to justice for the population, increasing of motivation of an advocate etc.) and possible difficulties that may arise in case of its use (temptation of an advocate to get the desired result by any means on the principle of "the purpose justifies the means", problem of collecting a success fee) are analyzed. Ways of overcoming of difficulties are explored.

The draft Provision on the Success Fee, which should be approved by the decision of the Council of Advocates of Ukraine, is proposed. Was mentioned that the Draft Provision should include following elements: general provisions (definition of the concept of "success fee" as a form of advocate's remuneration for the implementation of protection, representation in case of a positive decision in favor of the client); principles of applying of a success fee (rule of law, legitimacy, confidentiality, priority of client's interests, honesty, voluntariness and proportionality); size of the success fee; procedure for payment of a successful fee; responsibility of the parties and the procedure for the compulsory collection of a success fee.

As conclusion was mentioned that changes in the payment of an advocate's activity is a logical step because of the changes in organizational forms of advocate activity (creation of corporations by advocates with economists and auditors), expanding the list of types of advocate activities etc. Therefore, in spite of the possible difficulties during introducing of a success fee, idea of its implementation to Ukrainian legislation is acceptable in the case of a settlement of its existence at the corporate level with the simultaneous amendments to the Law of Ukraine "On Advocacy and advocate's activity" and other legal acts in this sphere.

Гонорар успіху як форма винагороди адвоката: перспектива впровадження

Фоміна Оксана Ігорівна

аспірант кафедри організації судових, правоохоронних органів та адвокатури Національного університету «Одеська юридична академія», Україна

Вступ

Гонорар успіху, або умовний гонорар відомий багатьом країнам світу. Вже досить тривалий час така форма винагороди використовується в США, Канаді, Австралії, Великобританії (з обмеженням розміру суми виплати та категорій справ, в яких її може бути передбачено), Франції (винагорода залежно від результату розгляду справи може бути додатково передбачена договором між адвокатом та клієнтом)¹.

В Україні проблематика гонорару успіху набула особливої актуальності після висловлення Верховним Судом, як найвищим судовим органом, правової позиції у справі № 462/9002/14-ц, відповідно до якої додаткова винагорода адвокату за досягнення позитивного рішення у справі є платою за сам результат (позитивне рішення), досягнення якого відповідно до умов договору не ставиться в залежність від фактично наданих послуг².

Дослідженням питань гонорару адвоката переважно займалися зарубіжні науковці та вчені: Т. МакГуіннесс (Т. McGuinness), Де Баккерс Ц. (De

Backere С.), Латхаувер Де Н. (Lathauwer De N.), Й. Кришнан (J. Krishnan), Х. Критзер (H. Kritzer), В. Микрюков, А. Зелепухин, Г. Чернишов, М. Захарина, Д. Степанов та ін. Серед українських науковців та практиків варто відзначити Н. Бакаянову, А. Бірюкову, О. Дроздова, І. Голованя, С. Іваницького, С. Фурсу та ін.

Метою статті є визначення основних характеристик гонорару успіху, умов та перспектив його застосування в адвокатській практиці в Україні.

Виклад основного матеріалу

Гонорар успіху є різновидом гонорару адвоката. Відповідно до ст. 30 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» гонорар – це форма винагороди адвоката за здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги клієнту. Порядок його обчислення (фіксований розмір чи погодинна оплата), підстави для зміни розміру, порядок сплати, умови повернення та ін. визначаються в договорі про надання правової допомоги. Під час визначення розміру гонорару має враховуватися складність справи, кваліфікація і досвід адвоката, фінансовий стан клієнта тощо³.

¹ Мерзляя Ю.Е. «Гонорар успеха» как форма оплаты услуг адвоката в Украине и некоторых зарубежных странах. Сучасна цивільстика: матеріали 10-ої Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 27-28 квіт. 2015 р.). 2015. 620 с. С. 269.

² Постанова Верховного Суду у справі № 462/9002/14-ц від 12 червня 2018 р. URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75003682>.

³ Адвокатура України: Книга 1. Організація адвокатури (з практикумом) : підручник у двох книгах / за заг. ред. д.ю.н., проф. заслуженого юриста України С.Я. Фурси та к.ю.н. доцента Бакаянової Н.М. 2-ге вид. доповн. і перероб. Київ : Алерта, 2016. С. 649.

У Правилах адвокатської етики, окрім загальних умов щодо порядку обчислення та сплати гонорару (ст. 28), визначаються такі питання, як отримання невнесеного (недовнесеного) гонорару (ст. 30), сплата гонорару у випадку одностороннього розірвання клієнтом договору про надання правової допомоги (ст. 31), можливість адвоката ділити свій гонорар з іншими особами, якщо це не заборонено законодавством (ст. 6) тощо.

Щодо гонорару успіху, то варто відзначити, що він знаходить як своїх прихильників, так і супротивників. Основні характеристики такої форми виплати винагороди адвокату впливають із переваг та недоліків, які спостерігаються під час її використання.

До переваг відносять:

- збільшення доступності правосуддя для населення (основні економічні ризики бере на себе адвокат, інвестуючи власні фінанси, час і зусилля у справу клієнта);

- підвищення мотивації адвоката (винагорода адвоката залежить від позитивного для його клієнта результату справи);

- гонорар успіху є методом залучення та утримання адвокатом своїх клієнтів⁴.

Убачається, що окреслені переваги є дискусійними. Так, Конституцією України (ст. 59) проголошено право кожного на правову допомогу, в тому числі безоплатну. Законодавство про безоплатну правову допомогу визначає діяльність системи надання безоплатної правової допомоги. Таким чином, доступ правосуддя для населення пов'язується не з економічними ризиками адвоката, а з гарантіями, які встановлені державою і реалізуються шляхом державної політики у сфері реалізації права громадян на професійну правничу допомогу. Щодо другої тези, а саме підвищення мотивації адвоката як переваги такої форми оплати, то вважаємо, що дане твердження перетворює адвоката на підприємця, головним завданням якого стає отримання прибутку, що прямо суперечить призначенню інституту адвокатури, засадам адвокатської діяльності та присязі адвоката. Третя теза, відповідно до якої гонорар успіху є *методом* залучення та утримання адвокатом своїх клієнтів, також є спірною, оскільки поняття «метод» у науці використовується для визначення способу пізнання або дослідження певного явища. Крім того, виходячи з того, що ст. 30 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» визначає гонорар *формою* винагороди адвоката, тобто зовнішнім виразом винагороди за здійснення адвокатської діяльності, то гонорар успіху, як різновид гонорару адвоката, також слід визначати як форму винагороди.

До недоліків гонорару успіху відносять:

- спокусу адвокатів отримати бажаний результат будь-якими засобами за принципом «мета виправдує засоби»;

- гонорар успіху робить адвоката особисто зацікавленим у результаті справи, що перешкоджає його незалежності та неупередженості. Адвокат, погоджуючись на гонорар успіху, стає своєрідним співучасником ризикованої операції, яка лише частково залежить від професіоналізму адвоката, а більшою мірою – від інших обставин;

- застосування гонорару успіху в низці випадків ускладнюється уявленням про «успіх» у контексті виконання певного доручення, особливо якщо йдеться про кримінальне провадження або немайнові спори;

- проблематичність стягнення гонорару успіху. Укладаючи договір про надання правової допомоги, клієнт із легкістю погоджується на умови гонорару успіху порівняно з випадками, коли він змушений буде сплатити послуги адвоката в повному обсязі незалежно від результату;

- орієнтир адвоката на гонорар успіху змушує його приймати доручення лише з високою вірогідністю їх успішного і швидкого виконання;

- активне застосування гонорару успіху невідвратно призведе до завищення вартості послуг адвокатів, адже останні змушені будуть закладати у таку вартість певну «страхову суму»⁵.

Проаналізувавши можливі переваги та недоліки гонорару успіху, вважаємо за можливе поділити їх на дві групи: організаційні та морально-етичні. Перша група пов'язана з порядком стягнення гонорару успіху, визначенням його розміру. Проблеми цієї групи можна вирішити шляхом законодавчого закріплення можливості застосування гонорару успіху (як умови договору про надання правової допомоги) з визначенням особливостей його застосування. Друга група стосується моральних дилем, що можуть виникнути під час адвокатської діяльності. Погоджуємося із І. Семенюком, який вказує, що професійні дилеми проявляються в розбіжностях між професійними стандартами та особистими переконаннями адвоката⁶. Проте вважаємо, що у випадку дотримання адвокатом Правил адвокатської етики та передбачених ними принципів діяльності, а саме: верховенства права, законності, пріоритету інтересів клієнтів тощо – всі дилеми у діяльності адвоката будуть вирішені.

Відсутність законодавчого закріплення (дозволу або заборони використання) гонорару успіху є причиною виникнення юридичних колізій. Відзначимо, що проблему його застосування спробували вирі-

⁴ Бірюкова А.М. Забезпечення адвокатурою конституційного права обвинуваченого на захист у кримінальному процесі України : дис... докт. юрид. наук : 12.00.09 ; Одеська національна юридична академія. Одеса, 2006. С. 387.

⁵ Бірюкова А.М. Забезпечення адвокатурою конституційного права обвинуваченого на захист у кримінальному процесі України : дис... докт. юрид. наук : 12.00.09 ; Одеська національна юридична академія. Одеса, 2006. С. 387.

⁶ Семенюк І.Я. Професійні дилеми, принципи, та цінності в адвокатській діяльності. Часопис Київського університету права. 2012. № 2. С. 66.

шити судові органи. Так, Вищий Господарський Суд у рішенні № 925/71/16 від 15.11.2016 р., вказав, що гонорар успіху цілком відповідає принципу свободи договору та не має колізій із нормами чинного законодавства⁷.

У рішенні Касаційного цивільного суду № 462/9002/14-ц від 12.06.2018 р., в якому було визначено, що однією з умов вказаного договору між адвокатом та клієнтом було те, що за досягнення позитивного рішення в зазначеній цивільній справі (визнання права власності на частину квартири, укладення мирової угоди на умовах, що прийняті позивачем) адвокат мав отримати винагороду в розмірі 10% від суми, що становить експертну вартість частини квартири (предмета судового розгляду)⁸.

Судді ВС посилалися на положення ст. 901 Цивільного Кодексу України, відповідно до якого за договором про надання послуг одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається у процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором. У рішенні було визначено, що додаткова винагорода адвокату за досягнення позитивного рішення у справі за своїм змістом і правовою природою не є платою за надані послуги в розумінні статей 632, 903 ЦК України та статті 30 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», а є платою за сам результат (позитивне рішення), досягнення якого відповідно до умов договору не ставиться в залежність від фактично наданих послуг.

Отже, вищенаведене рішення ВС поставило гонорар успіху поза законом. Проте варто наголосити на тому, що Україна належить до романо-германської правової сім'ї, та суди не мають законодавчих повноважень, на відміну, наприклад, від суду у США, який «створює право». Як зазначив американський вчений Е. Уоррен, суд творить право у процесі своєї основної судової діяльності⁹.

У зв'язку з непослідовністю судової практики варто підтримати точку зору А. Бірюкової, яка вказує, що можливість здійснення адвокатської діяльності на умовах гонорару успіху безпосередньо залежить від існування його регламентації на законодавчому/корпоративному рівнях, яка наділяє його юридичною силою та забезпечує судовим захистом¹⁰.

⁷ Постанова Вищого господарського суду України у справі № 925/71/16 від 15 листопада 2016 р. URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/62823481>.

⁸ Постанова Верховного Суду у справі № 462/9002/14-ц від 12 червня 2018 р. URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75003682>.

⁹ Остапенко В.Д. Щодо проблем судової правотворчості при здійсненні конституційного контролю. Юридичний науковий електронний журнал. 2015. № 5. С. 51.

¹⁰ Бірюкова А.М. Забезпечення адвокатурою конституційного права обвинуваченого на захист у кримінальному процесі України : дис... докт. юрид. наук : 12.00.09 ; Одеська національна юридична академія. Одеса, 2006. С. 399.

На доцільність такого закріплення звертав увагу і О. Дроздов, запропонувавши доповнити ст. 30 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» частиною 4:

«4. Адвокат має право відповідно до порядку, затвердженого Радою адвокатів України, включати в договір про надання правничої (правової) допомоги умову, відповідно до якої розмір та/або виплата клієнтом винагороди ставиться в залежність від результату надання адвокатом правничої (правової) допомоги, зокрема у випадку ухвалення судового рішення на його користь (гонорар успіху)»¹¹.

У зв'язку із цим вважаємо, що таким змінам має передувати нормативне визначення гонорару успіху шляхом прийняття рішення Радою адвокатів України, зокрема затвердження Положення про гонорар успіху. Доцільно, щоби Положення містило такі структурні елементи:

1. Загальні положення:

– визначення поняття «гонорар успіху» як форми винагороди адвоката за здійснення захисту, представництва в разі позитивного вирішення справи на користь клієнта адвоката;

– засади застосування гонорару успіху (верховенство права, законність, конфіденційність, пріоритет інтересів клієнта, добросовісність, добровільність та співрозмірність);

– розмір гонорару успіху;

2. Порядок виплати гонорару успіху. В юридичній науці є точка зору, згідно з якою гонорар успіху повинен бути сплачено стороною, що прогнала спір. І. Головань, наприклад, вважає недоцільним допущення такої ситуації, обґрунтовуючи, що гонорар успіху – це ті кошти, якими сторона не ризикує: сторона або програє справу і не повинна буде платити цю суму адвокату, або виграє і ще додатково «заробить» ці кошти від сторони, що прогнала¹².

3. Відповідальність сторін та порядок примусового стягнення гонорару успіху.

Висновки

Інститут адвокатури поступово змінюється, про що свідчать розвиток організаційних форм діяльності адвокатів (адвокати об'єднуються в корпорації разом із економістами та аудиторами), розширення переліку видів адвокатської діяльності, зміни порядку набуття статусу адвоката. Отже, зміни у формах оплати діяльності адвоката є логічним та очікуваним етапом. Важливо, щоби вони не вступали у протиріччя із принципами організації та діяльності адвокатури.

¹¹ Гонорар успіху адвоката: світовий досвід і перспективи законодавчого врегулювання в Україні. URL : https://jurliga.ligazakon.net/analitics/171358_gonorar-uspikhu-advokata-svtoviy-dosvd-perspektivizakonodavchogo-vregulyuvannya-v-ukran.

¹² Гонорар успіху у судовому процесі: бути чи не бути. URL : <http://ukrainepravo.com/news/ukraine/gonorar-uspikhu-u-sudovomu-protsesi-buty-chy-ne-buty-/?month=03&year=2019&>.

Гонорар успіху можна визначити як форму винагороди адвоката за здійснення захисту, представництва в разі позитивного вирішення справи на користь клієнта адвоката. Основними характеристиками гонорару успіху вважаємо: наявність домовленості між клієнтом та адвокатом про його застосування; добровільність його сплати; наявність позитивного для клієнта результату розгляду справи, тобто прийняття рішення суду на користь клієнта. Додатковими характеристиками гонорару

успіху вважаємо засади його застосування, розмір, порядок виплати, примусового стягнення та відповідальність сторін у разі порушення зобов'язань, що можуть виникнути під час використання такої форми винагороди.

Гонорар успіху може застосуватись адвокатами в Україні, проте питання його застосування підлягають належному врегулюванню в нормах Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та Правил адвокатської етики.

Principles of the judicial ethics: features of training

Shevtsova Yana

Deputy Director

of Kharkiv Regional Department of the National School of Judges of Ukraine, Ukraine

According to the Basic Principles on the Independence of Justice, approved by UN General Assembly Resolutions 40/32 and 40/146 of 29 November and 13 December 1985, the principle of the independence of the judiciary gives the courts the right and duty to ensure the fairness of the trial and respect for the rights of the parties. Paragraph 10 of this document stipulates that judges must have high moral qualities and abilities to ensure the independence of the court. That is, legal proceedings should be not only highly professional, but also highly moral, because if it ignores the notion of morality, then it is not a judicial process in the full modern sense of this notion. In addition, the author analyzed complaints submitted to judges to the High Council of Justice, and it was found that a significant part of them, according to the applicants, relates to violations of the rules of judicial ethics itself. Therefore, the topic of the article is relevant to the study.

The rules of ethical conduct for judges are defined in international acts and enshrined in the norms of the national legislation: the Law of Ukraine "On the Judiciary and Status of Judges" and the Code of Judicial Ethics, and the National School of Judges of Ukraine has developed a special ethical training course for judges. According to the author, this course must necessarily include the study of different approaches to the definition of the concept of judicial ethics and their basic principles. Thus, under the judicial ethics, the author proposes to understand a certain system of basic principles of the regulation of the conduct of judges in court, in court and extra-judicial behavior, which are constructed taking into account the peculiarities of the judge's professional activities and created to support judicial standards, act objectively and independently in order to increase the significance existing legal norms and rules of conduct for judges. And among the principles distinguishes: 1) service to society, 2) decent behavior, 3) integrity, 4) competence, 5) political neutrality, 6) transparency, 7) integrity.

The article examines not only the main components of these principles, but also outlines the main methods of training judges by trainers of the National School of Judges of Ukraine on ethical issues, which will improve the quality of judicial education and, as a consequence, the administration of justice.

Принципи суддівської етики: особливості навчання

Шевцова Яна Олександрівна

заступник директора

Харківського регіонального відділення Національної школи суддів України, Україна

Вступ

Згідно з Основними принципами щодо незалежності правосуддя, схваленими резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада та 13 грудня 1985 року, принцип незалежності судочинства наділяє суди правом і обов'язком забезпечувати справедливість судового розгляду та повагу до прав сторін. У пункті 10 цього документа передбачено, що судді для забезпечення незалежності суду повинні мати високі моральні якості та здібності¹. Аналогічні положення закріплені і в ряді інших міжнародних документів. Тобто судочинство має бути не лише високопрофесійним, а й високоморальним, оскільки якщо воно ігнорує поняття моральності, то не є судочинством у повному сучасному розумінні цього поняття. До того ж, аналізуючи скарги, які надходять на суддів до Вищої ради правосуддя, значна їх частина, на думку заявників, стосується порушень саме правил суддівської етики. Тому вважаємо тему роботи актуальною, а **метою статті** визначає-

мо дослідження принципів суддівської етики, які є базисом доброчесності; особливостей навчання суддів етичним засадам.

Виклад основного матеріалу

Високоморальним принципом правосуддя є незалежність суддів. Розглядаючи цей принцип із точки зору саме моральних засад, слід мати на увазі, що його зміст полягає не тільки у виключенні будь-яких впливів на суддів із метою схилити їх до винесення певного рішення, але і в наявності певних моральних якостей суддів, які дають їм можливість протистояти будь-яким таким впливам. Виховання моральних якостей у суддів є основною гарантією їх незалежності. Якими б довершеними не були об'єктивні гарантії цієї незалежності, вони будуть мати нікчемне значення, якщо моральні засади судді дозволяють йому виносити рішення не за совістю і внутрішнім переконанням, а на угоду тому чи іншому впливу².

¹ Міжнародні стандарти у сфері судочинства. Київ : видавництво «Істина», 2010.

² Кокорев Л.Д. Участники правосудия по уголовным делам. Издательство Воронежского университета, 1971. С. 138–139.

Так, аналізуючи походження поняття суддівської етики, варто зазначити, що вона є різновидом професійної етики, однієї із галузей етичної науки, науки про мораль. Етичні норми являють собою систему ідей і уявлень про правильну і неправильну поведінку, які вимагають виконання одних дій і забороняють інші.

О. Овсяннікова вважає, що етичні вимоги до поведінки судді являють собою сукупність моральних правил поведінки, за допомогою яких можна оцінити дії судді з погляду таких цінностей, як справедливість, сумлінність, гідність, людяність тощо. Науковиця зазначає, що під суддівською етикою треба розуміти певну систему базових принципів регламентації поведінки суддів у судовому засіданні, в суді та позасудової поведінки, які побудовані з урахуванням особливостей професійної діяльності судді та створені для підтримки суддівських стандартів, діють об'єктивно і незалежно з метою збільшення значущості наявних правових норм та правил поведінки для суддів³.

Велика кількість положень різних міжнародних актів приділена питанням суддівської етики. Так, наприклад, п. 10 Основних принципів незалежності судових органів передбачає, що судді повинні мати високі моральні якості й здібності, а також відповідну підготовку і кваліфікацію в галузі права⁴. Аналогічне положення було пізніше закріплене і в Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи щодо незалежності, ефективності і ролі суддів, де зазначено, що всі рішення стосовно професійної кар'єри суддів повинні ґрунтуватися на об'єктивних критеріях, а відбір та кар'єра суддів – на основі заслуг, беручи до уваги кваліфікацію, чесність, здібності та вміння⁵.

Законодавець приділяє значну увагу питанням професійної етики суддів. Так, 28.03.2015 набув чинності Закон України «Про забезпечення права на справедливий суд»⁶, а 30.09.2016 року вступив в силу новий Закон України «Про судоустрій і статус суддів»⁷. Статтею 56 профільного Закону, у якій визначені права та обов'язки судді, передбачається, що суддя зобов'язаний дотримуватися правил суддівської етики. Крім того, суддівській етиці присвячена спеціальна норма – стаття 58, яка має саме таку назву – «Етика судді». Пунктом 3 частини 1 статті 106 Закону визначено, що однією з підстав притяг-

нення судді до дисциплінарної відповідальності є допущення суддею поведінки, що порочить звання судді або підриває авторитет правосуддя, зокрема в питаннях моралі, чесності, непідкупності, відповідності способу життя судді його статусу, дотримання інших норм суддівської етики та стандартів поведінки, які забезпечують суспільну довіру до суду, прояв неповаги до інших суддів, адвокатів, експертів, свідків чи інших учасників судового процесу.

Вважаємо, що принципам етики має бути приділена особлива увага під час навчання (підвищення кваліфікації), адже вони допомагають розвитку культури суддів та працівників суду, що сприяє суспільному порозумінню. Етика повинна бути їх внутрішнім переконанням, основним правилом життя, сприяти зміцненню довіри суспільства до судової системи загалом.

Національна школа суддів України (*далі – НШСУ*), враховуючи вищевикладені обставини, в межах підготовки запровадила тренінги під назвою «Суддівська етика та добросовісність судді», основним завданням яких є виявлення індивідуальних потреб суддів щодо вдосконалення і стимулювання їх до підтримання кваліфікації на належному рівні й до професійного зростання.

Проведення таких тренінгів необхідно розпочинати з аналізу терміна «суддівська етика», адже жоден нормативно правовий акт не містить його тлумачення. Так, під нею треба розуміти певну систему базових принципів регламентації поведінки суддів у судовому засіданні, в суді та позасудової поведінки, які побудовані з урахуванням особливостей професійної діяльності судді та створені для підтримки суддівських стандартів, діють об'єктивно і незалежно з метою збільшення значущості існуючих правових норм та правил поведінки для суддів.

Окрему увагу під час професійного навчання (підвищення кваліфікації) суддів необхідно зосередити на принципах суддівської етики: 1) служіння суспільству, 2) гідної поведінки, 3) добросовісності, 4) компетентності, 5) політичної нейтральності, 6) транспарентності, 7) сумлінності.

Розглянемо їх окремо і більш детально.

1. Принцип служіння представника судової системи суспільству має виходити з того, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Отже, в інтересах підтримки і зміцнення довіри громадян до діяльності органів судової влади їх представники зобов'язані виконувати свої посадові обов'язки сумлінно, на високому професійному рівні, сприяти в межах своєї компетенції реалізації головної місії держави – служінню суспільним інтересам у рамках закону, своєю поведінкою, діями і вчинками сприяти зміцненню віри громадян у чесність і неупередженість цих органів; діяти в загальнонаціональних інтересах на благо українського народу, не допускати дій і вчинків, які обмежують його

³ О. Овсяннікова. Професійна етика суддів та працівників суду як чинник, що впливає на формування громадської думки. Підприємництво, господарство і право. 2016. № 8. С. 196–200.

⁴ Основні принципи незалежності судових органів. Права людини і професійні стандарти для юристів. Амстердам-Київ : Укр.-Америк. бюро захисту прав людини, 1996. С. 28–31.

⁵ Марков О. Нравственные начала судебской профессии (опыт и размышления). Российская юстиция. 2001. № 11. С. 43–45.

⁶ Закон України від 12.02.2015 № 192-VIII «Про забезпечення права на справедливий суд». URL : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/192-19> (дата звернення : 13.05.2019).

⁷ Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 02.06.2016 р. № 1402-VIII. URL : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1402-19> (дата звернення : 04.06.2019).

права, свободи й законні інтереси або здатні завдати шкоди честі й гідності людини і громадянина.

2. Гідна поведінка передбачає: повагу до гідності інших осіб, ввічливість і дотримання високої культури спілкування, доброзичливість і запобігання виникненню конфліктів у відносинах з громадянами⁸, недопущення (в тому числі й поза службою) дій і вчинків, які можуть зашкодити інтересам служби чи негативно вплинути на репутацію судді. Неприпустимо, більше того, варто взагалі уникати обговорення будь яких деталей тих чи інших робочих моментів поза процесуальним порядком.

Вважаємо, що для досягнення бажаного результату під час навчання необхідно комплексно підходити до вивчення кожного з принципів. Так, перед початком тренінгу викладачу НШСУ слід провести тестування, яке б містило життєві кейси та запропонувати різні моделі поведінки у відповідях. Такі питання мають бути різнобічними та містити в описі складні життєві обставини. Причому до їх розроблення та перевірки результатів опитування мають бути залучені фахівці в галузі психології, для моделювання психологічного портрету кожного судді. Такий портрет дасть змогу виявити «проблемні аспекти» поведінки опитуваного та скорегувати подальше навчання, враховуючи всі особливості.

3. Доброчесність передбачає: а) спрямованість дій на захист публічних інтересів, забезпечення пріоритету загального блага громадян над особистими, приватними або корпоративними інтересами; б) неприпустимість використання державного майна в особистих цілях; в) недопущення наявності конфлікту між публічними й особистими інтересами; г) нерозголошення й невикористання інформації, що стала відома у зв'язку з виконанням особою своїх обов'язків, у тому числі після припинення обіймання нею тієї чи іншої посади, крім установлених законом випадків; д) прискання надання будь-яких переваг чи виявлення прихильності до окремих фізичних чи юридичних осіб, політичних партій, громадських і релігійних організацій.

У процесі вивчення цього принципу представникам НШСУ доречно застосовувати інтерактивні методи в суддівських групах. Так, групове обговорення максимально підвищує активність і внесок кожного учасника. Конфуцій свого часу мудро зазначав: «Скажіть мені – і я забуду. Покажіть мені – і я запам'ятаю. Дайте можливість обговорити – і я зрозумію. Дайте можливість навчити іншого – і я досягну досконалості⁹». Рекомендують для обговорення навести реальний приклад із життя, ситуацію, яка сталась із колегами (не обов'язково в судовій

системі). Дискусія допомагає уточнити свої уявлення, усвідомити почуття і ставлення. Обговорення у групах дає змогу колегам більше дізнатися один про одного, стимулює вільний обмін думками, збільшує ймовірність того, що учасники краще зрозуміють почуття і позиції інших, більше зважатимуть на них, а тренер, у свою чергу, зможе оцінити ставлення того чи іншого судді до окресленої ситуації, з'ясувати прогалини у знаннях, наявні професійні деформації та напрямки, в яких треба попрацювати з тим чи іншим слухачем.

4. Компетентність може бути професійною, особистою і соціальною¹⁰. Професійна передбачає: (а) рівень знань у сфері права; (б) рівень практичних навичок та умінь у правозастосуванні; (в) ефективність здійснення правосуддя; (г) діяльність щодо підвищення фахового рівня.

Компетенція особистості оцінюється (встановлюється) за такими показниками: 1) когнітивні якості особистості (логічне, абстрактне, вербальне мислення); 2) емотивні якості особистості (стресостійкість, контроль емоцій, емоційна стабільність тощо); 3) мотиваційно-вольові якості особистості (відповідальність, дисциплінованість, стійкість робочої мотивації тощо).

Ці показники визначаються за допомогою відповідних тестувань особистих морально-психологічних якостей та загальних здібностей і оцінюються на підставі висновку про підсумки таких тестувань та за результатами дослідження інформації, яка міститься в особовій справі особи або суддівському досьє, і співбесіди.

Відповідність судді критерію соціальної компетентності оцінюється (встановлюється) за такими показниками, як комунікативність, організаторські здібності, управлінські властивості, моральні риси особистості: чесність, порядність, розуміння й дотримання правил і норм, відсутність схильності до контрпродуктивних дій, дисциплінованість. Проте варто звернути увагу на оцінюваність таких показників і можливість проведення додаткового усного спілкування тренера НШСУ із суддями або розгляд ними додаткових кейсів для остаточного і коректного формулювання висновку тренером і ефективного корегування системи етичного навчання.

4. Політична нейтральність полягає: (а) в недопущенні впливу політичних інтересів на дії і рішення представника судової системи, (б) у відмові від публічної демонстрації політичних поглядів і симпатій, (в) у дотриманні установлених законом вимог стосовно обмежень щодо політичної діяльності, (г) в уникненні використання символіки політичних партій під час виконання своїх обов'язків, (д) у

⁸ Про затвердження Правил етичної поведінки державних службовців : пост. Каб. Міністрів України від 11.02.2016 р. № 65. Офіційний вісник України. 2016. № 15. Ст. 592.

⁹ Яремчук Н. Форми та методи інтерактивного навчання: семінар-тренінг для вчителів. Директор школи. 2005. № 44. С. 23–25.

¹⁰ Положення про порядок та методологію кваліфікаційного оцінювання, показники відповідності критеріям кваліфікаційного оцінювання та засоби їх встановлення, затв. рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів України від 03.11.1016 р. № 143/зп-16. Вища кваліфікаційна комісія суддів України. URL : <https://vkksu.gov.ua/userfiles/doc/polozhennia.pdf> (дата звернення : 13.05.2019).

забезпеченні прозорості у відносинах з особами, які виконують політичні функції.

Вважаємо, що під час проведення навчання в НШСУ мають бути продемонстровані (запропоновані) моделі допустимої поведінки судді. Кожен представник Феміди повинен мати в арсеналі декілька заготовлених відповідей на різноманітні політичні питання, які б відображали не лише політичну нейтральність, а й були б коректними по відношенню як до співрозмовника, так і до об'єкта питання (дискусії).

6. Транспарентність охоплює відкритість, гласність, прозорість та доступність інформації про діяльність судді¹¹ або будь-якого іншого працівника суду, крім випадків, визначених Конституцією й законами України.

7. Сумлінність становить собою: (а) добросовісне, чесне й належне професіональне виконання своїх обов'язків, виявлення ініціативи і творчих здібностей; (б) постійне підвищення рівня своєї професійної компетентності й удосконалення організації професійної діяльності; (в) недопущення ухилення від прийняття рішень і відповідальність за свої дії й рішення.

Принцип сумлінності і транспарентності дещо співвідносяться один із одним. Так, відкрита, прозора діяльність судді дає можливість кожному самостійно переконатися в його сумлінності. Крім

¹¹ Овсяннікова О. Транспарентність судової влади: поняття та зміст. Вісник академії правових наук. 2010. № 4(55). С. 228–237.

того, відкритість судового процесу є базисом демократичної та незалежної судової системи, проте деяким суддям, особливо на початку своєї кар'єри, достатньо складно виступати публічно. Така складність містить декілька аспектів, основним із яких є не відсутність ораторських навиків, а психологічний аспект – постійна увага, тиск, навіть незадоволення з боку учасників процесу. Тому, крім тренування добросовісного, чесного, неупередженого виконання своїх професійних обов'язків та ораторського мистецтва, тренери НШСУ мають викладати основи конфліктології для суддів.

Висновки

Вважаємо, що детальне вивчення окреслених принципів під час навчання (підвищення кваліфікації) суддів сприятиме забезпеченню справедливого та неупередженого судочинства. Крім того, високі стандарти суддівської етики сприятимуть зростанню підтримки судової системи з боку громадськості та покращенню якості правосуддя в Україні. Причому Національній школі суддів подібні освітні програми слід поширювати не лише на суддів, а і на всіх представників судової системи України, а саме: представників апарату суду, членів Вищої кваліфікаційної комісії суддів, Вищої ради правосуддя, Громадської ради доброчесності, Державної судової адміністрації.

Recht der Osteuropäischen Staaten (ReOS)
Issued quarterly
Passed for printing: 03.06.2019