

ЧАСОПИС КИЇВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ ПРАВА

Український науково-теоретичний часопис

Заснований
у жовтні 2001 року

2021/2

Виходить
4 рази на рік

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

ISSN 2219-5521

«Часопис Київського університету права» внесено до переліку фахових видань
за спеціальністю «Юридичні науки», категорія «Б»
(наказ Міністерства освіти і науки України № 1643 від 28.12.2019)

Журнал внесено до міжнародних наукометричних баз

HeinOnline (США)
та
«Index Copernicus International» (Польща)

Рекомендовано до друку
Вченою радою Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України
(протокол № 6 від 01.07.2021)
Вченою радою Київського університету права НАН України
(протокол № 2 від 15.06.2021)

Передплатний індекс 23994

Редакційна колегія

Шемшученко Ю.С. – доктор юридичних наук, професор, академік НАН України, директор Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України (*головний редактор*);

Бошицький Ю.Л. – кандидат юридичних наук, професор, заслужений юрист України, ректор Київського університету права НАН України (*заступник головного редактора*);

Ходаківська Т.В. – завідувач відділу Київського університету права НАН України (*редактор*);

Андрійко О.Ф. – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, заслужений юрист України, завідувач відділу Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України;

Батанов О.В. – доктор юридичних наук, професор, провідний науковий співробітник Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України;

Білоцький С.Д. – доктор юридичних наук, професор, професор Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

Гулієв А.Д. – доктор юридичних наук, професор Національного авіаційного університету;

Короєд С.О. – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри Університету Короля Данила;

Костенко О.М. – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, заслужений діяч науки і техніки України, завідувач відділу Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України;

Кулинич П.Ф. – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, провідний науковий співробітник, керівник сектору Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України;

Ладиченко В.В. – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри Національного університету біоресурсів і природокористування України;

Малишева Н.Р. – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, заслужений юрист України, завідувач відділу Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України;

Медведєва М.О. – доктор юридичних наук, професор Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

Оніщук М.В. – доктор юридичних наук, професор, ректор Національної школи суддів України;

Пархоменко Н.М. – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, заслужений юрист України, вчений секретар Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України;

Подорожна Т.С. – доктор юридичних наук, доцент, професор Львівського торговельно-економічного університету;

Попко В.В. – доктор юридичних наук, професор Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

Савчук К.О. – кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, старший науковий співробітник Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України;

Сімутіна Я.В. – доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, провідний науковий співробітник Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України;

Софінська І.Д. – доктор юридичних наук, доцент, професор Навчально-наукового Інституту права, психології та інноваційної освіти Національного університету «Львівська політехніка»;

Тимченко Г.П. – доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, провідний науковий співробітник Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України;

Удовика Л.Г. – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри Запорізького національного університету;

Усенко І.Б. – кандидат юридичних наук, професор, заслужений юрист України, завідувач відділу Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України;

Шатіло В.А. – доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України, завідувач кафедри Національного транспортного університету;

Шимон С.І. – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана;

Шпакович О.М. – доктор юридичних наук, професор, професор Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка.

Іноземні члени редакційної колегії

Амір Ібрагім огли Алієв – доктор юридичних наук, професор, декан юридичного факультету Бакинського державного університету (Азербайджан);

Райнер Арнольд – доктор права, професор Університету Регенсбурга (Німеччина);

Вільям Е. Батлер – доктор права, іноземний член НАН України, заслужений професор Лондонського університету, професор Школи права Університету штату Пенсильванія (США);

Адам Махарадзе – доктор юридичних наук, професор, декан юридичного факультету Батумського державного університету імені Шота Руставелі (Грузія);

Вероніка Сікора – доктор права, професор, декан юридичного факультету Дебреценського університету (Угорщина);

Герберт Шамбек – доктор права, професор (Австрія);

Анджей Шміт – доктор права, професор, завідувач кафедри факультету права та управління Гданського університету (Польща).

ЗМІСТ

<i>Шемшученко Ю.С., Бошицький Ю.Л., Ходаківська Т.В.</i> Часопису Київського університету права – 20 років	11
Видатні правознавці України	
<i>Музика І.В.</i> Правознавець-енциклопедист Євген Васильович Спекторський (1875–1951)	14
Теорія та історія держави і права. Філософія права	
<i>Копча В.В.</i> Правові методи дослідження явища: загальні поняття, структура, інструментарій	20
<i>Стовпець О.В.</i> Теоретико-правові аспекти нового кейнсіанства й лібертаріанства в сучасних державознавчих дискусіях	24
<i>Білаш О.В., Менджул М.В.</i> Особливості правосуб'єктності релігійних організацій в Україні: теоретичний та практичний аспект	29
<i>Васецький В.Ю.</i> Суттєві соціально-політичні події як витоки змін у сфері забезпечення прав і свобод людини	35
<i>Кахнич В.С.</i> Євген Коновалець – яскравий студент юридичного факультету Львівського університету (1909–1914)	39
<i>Рязанов М.Ю.</i> Особливості права Запорізької Січі у правовій спадщині України	43
<i>Єгоров П.В.</i> Змішана форма надання безоплатної юридичної допомоги: моделі та зарубіжний досвід	47
<i>Радзівський Д.І.</i> Юридична техніка актів земельного законодавства: теоретико-методологічні підходи до розуміння	51
<i>Шеховцова Т.О.</i> Ісламський стандарт прав людини: тенденції трансформації під впливом глобалізаційних процесів	55
Конституційне право. Муніципальне право	
<i>Пархоменко Н.М.</i> Конституційне законодавство: компаративно-доктринальні виміри сутності і змісту	62
<i>Корнієнко П.С.</i> Правозахисна діяльність та становлення прав і свобод людини в Україні	66
<i>Софінська І.Д.</i> Подвійне громадянство, принцип вірності і публічне врядування: мати не можна позбавити	71
<i>Боярський О.О.</i> Характерологічні ознаки людини як біосоціальної істоти: соціальне та нормативно-правове вимірювання на рівні локального соціуму	77
<i>Лисенко О.М.</i> Забезпечення права людини на судовий захист у національному та зарубіжному законодавстві: порівняльний аспект	84
<i>Вольська І.В.</i> Порівняльно-правовий аналіз компетенції та порядку формування конституційних судів в Україні та Сербії	88
<i>Гордійок С.А.</i> Конституція і культура в аспекті прав людини	92
<i>Звоздецька І.В.</i> Інтегративна функція конституційного права України	99
<i>Левандовська І.В.</i> Окрема думка судді Конституційного Суду України як гарантія принципу незалежності: pro et contra	103
<i>Посторонко І.Г.</i> Становлення та розвиток феноменології муніципалізму: історичні цивілізаційно-локальні підходи до розуміння та визначення	107
<i>Роскошній І.В.</i> Історичні передумови становлення та розвитку конституційно-правових відносин людини і держави в умовах інформаційного суспільства	114
<i>Чоренька Д.С.</i> Взаємодія особи з органами публічної влади крізь призму використання електронного судочинства та електронного підпису	122
Адміністративне право і процес. Фінансове право. Інформаційне право	
<i>Андрійко О.Ф.</i> До питання тлумачення правових норм в адміністративному праві	126
<i>Пухтецька А.А.</i> Про удосконалення положень Кодексу України про адміністративні правопорушення: критичний огляд законотворчих ініціатив	129
<i>Щербатюк Н.В.</i> Процедури зовнішньої торгівлі в Україні	134
<i>Гавалешко П.С.</i> Апеляція як самостійна стадія в сучасному адміністративному процесі: особливості реалізації прав людини на перегляд судового рішення	138
<i>Лис О.Г.</i> Реалізація стратегії розвитку інклюзивної освіти в Україні: адміністративно-правовий аспект	141
<i>Яремович О.І.</i> Вплив інститутів громадянського суспільства на правоохоронні органи держави крізь призму діяльності громадських рад	145
Проблеми цивільного, господарського, трудового права та права соціального забезпечення в Україні	
<i>Діковська І.А.</i> Вплив підстави виникнення міжнародної юрисдикції на механізм стягнення сімейного утримання	149
<i>Коструба А.В.</i> Формула тлумачення змісту правочину: приватноправові аспекти правозастосування	155
<i>Пироза І.С., Пироза С.С.</i> Особливості реалізації накопичувальної моделі пенсійного страхування в Україні	159
<i>Рябченко Ю.Ю.</i> Цивільний процесуальний статус як наукова категорія: перспективи впровадження у правотворчість та правозастосування	163
<i>Сімутіна Я.В.</i> Право на справедливі умови праці крізь призму положень Європейської соціальної хартії та практики Європейського комітету з соціальних прав	169

<i>Грамацький Е.М.</i> Удосконалення інституту обходу закону у процесі рекодифікації цивільного законодавства України	174
<i>Крижевська О.О.</i> Поняття нотаріальних процесуальних правовідносин	178
<i>Опанасюк Н.А., Попович С.І.</i> Історичні витoki правового регулювання туризму	182
<i>Печений О.П.</i> Деякі проблеми недійсності заповіту	189
<i>Стасів О.В., Бутинська Р.Я.</i> Поняття та завдання кадрової служби підприємства: правовий аспект	192
<i>Дубицька Н.Т.</i> Ризик та відповідальність у приватному праві	197
<i>Ліпатнікова О.О.</i> Особливості реалізації права застави кредитором	201
<i>Можаровський М.Ю.</i> Комплаєнс суб'єкта господарювання: поняття, види та принципи	204
<i>Нікітіна Т.О.</i> Специфіка медичних послуг (допомоги) в контексті реформування системи медичного обслуговування населення	209
<i>Степанченко О.С.</i> Деякі проблеми правового регулювання договірних відносин за участю споживачів у сфері електронної торгівлі	214
Проблеми права інтелектуальної власності	
<i>Бошицький Ю.Л.</i> Щодо підвищення ефективності кримінальної юстиції у сфері охорони інтелектуальної власності в Україні	219
<i>Ропотаренко М.В.</i> Theory and practice of intellectual property rights protection in software	228
<i>Потурай К.С.</i> Європейський Союз як суб'єкт охорони прав інтелектуальної власності на кінематографічний твір ..	232
Аграрне, земельне та екологічне право	
<i>Бусуйок Д.В.</i> Правовий режим земельних часток (паїв): сучасний стан та перспективи розвитку	237
<i>Григор'єва Х.А.</i> Мала гідроенергетика в Україні: юридичні проблеми розвитку (на матеріалах судової практики)	241
<i>Юсупов В.А., Ченішова Н.В.</i> Міжнародний досвід судового захисту екологічних прав громадян: сучасний стан	246
<i>Заєць О.І.</i> Характерні ознаки та особливості визнання земельного права як способу захисту	249
<i>Толкачова І.А., Кононенко А.С.</i> Проблеми забезпечення екологічних прав людини в Україні та зарубіжних країнах	254
Кримінальне право та кримінологія	
<i>Підюков П.П., Калиновський О.В.</i> Посилення протидії організованій злочинності, криміналізація «злочинів (ворів) у законі» та припинення діяльності злочинних спільнот в Україні: передісторія, сучасний стан і перспективи	259
<i>Величко Д.М., Шевченко В.В.</i> Домашнє насильство та способи його запобігання	263
<i>Куц В.М.</i> Звільнення від кримінальної відповідальності та перспективи його законодавчого врегулювання	267
<i>Любавіна В.П.</i> Вина в системі суміжних правових категорій	270
<i>Перелигіна Р.В.</i> Тенденції розвитку світової юридичної практики у сфері запобігання та протидії домашньому насильству	274
<i>Ракінова І.В., Мельник А.В.</i> Особливості комунікації потерпілого як суб'єкта кримінального процесуального доказування	277
<i>Тарасевич Т.Ю.</i> Правове регулювання біометричної ідентифікації особи: національні тенденції та зарубіжний досвід	281
<i>Альєва Х.Р.</i> Основа для признання юридического лица потерпевшим в уголовном процессе Азербайджанской Республики	287
<i>Кривоускова К.Л.</i> Кримінальна відповідальність за публічні заклики до вчинення злочинів проти основ національної безпеки за законодавством іноземних держав та України	290
<i>Русасєв А.В.</i> Особливості доказування обставин вчинення кримінального правопорушення, пов'язаного із декларуванням недостовірної інформації	295
Правова система України й міжнародне право, порівняльне правознавство	
<i>Мальський М.М.</i> Становлення міжнародного виконавчого процесу через розвиток виконавчого процесу та його місце в системі права України	301
<i>Medvedieva M.O.</i> Protection of the health-related rights in international law	307
<i>Ващинець І.І.</i> Деякі питання впливу практики Європейського суду з прав людини на формування стандартів міжнародного комерційного арбітражу	312
<i>Ковальова М.В.</i> Деякі питання міжнародно-правової відповідальності в міжнародному публічному праві	316
<i>Ляшенко Р.Д., Нагієв Б.М., Кудра А.В.</i> Проблеми виконання рішень Європейського суду з прав людини Україною	320
<i>Данилова І.О.</i> Щодо формування морського законодавства України	324
<i>Лутууєнко А.А.</i> The patient's right to access to psychiatric records: doctrine and jurisprudence	328
<i>Стефанов Г.С.</i> Правові особливості проведення досліджень морського середовища у виключній економічній зоні	339
<i>Шишикін С.М.</i> Характеристика інституту обмеженої відповідальності судновласника у міжнародному приватному морському праві	343

Гість номера

<i>Péterfalvi A.</i> Data Protection and Freedom of Information on digital platforms	348
<i>Szili K., Kalmár F.</i> Proposed basic principles for the protection of national minorities in the EU	352

Студентська трибуна

<i>Стрий Т.О.</i> Права та обов'язки володільця на комерційну тасмницю	357
<i>Сухов Д.О.</i> Цивільно-правове регулювання договорів про створення і використання об'єктів права інтелектуальної власності	362

Рецензії

<i>Орлеан А.М.</i> Актуальне дослідження кримінально-правових аспектів осудності	367
<i>Біленчук П.Д., Кравчук О.О.</i> Електронне суспільство, електронне право, кібербезпека: стратегія розвитку інноваційної ери	368

Нові видання

<i>Szmyt A.</i> W kręgu prawa konstytucyjnego	370
---	-----

Редакційні повідомлення	372
--------------------------------------	-----

Адреса редакції: 01601, м. Київ, вул. Трьохсвятительська, 4.
Головний редактор: +38044-278-51-55. Редактор: +38044-235-63-24, +38097-431-97-77.

www.chasprava.com.ua www.kul.kiev.ua

e-mail: chasprava@ukr.net

Редактор *Т.В.Ходаківська*. Художник *В.С.Жиборовський*
Комп'ютерне макетування *О.С.Бондаренко*

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації КВ № 16356-4828ПР від 19.02.2010 р.
Підп. до друку 30.08.2021. Формат 60×84 1/8. Друк офсетний. Ум.-друк. арк. 43,2. Обл.-вид. арк. 51,2. Наклад 500 прим.
Видання та друк: Київський університет права НАН України. 01601, м. Київ-1, вул. Трьохсвятительська, 4. Тел. +38044-278-73-11.

Law Review **OF KYIV UNIVERSITY OF LAW**

Ukrainian scientific and theoretical periodical

Founded
in October, 2001

2021/2

Published
4 times per year

Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine
V.M. Koretskyi Institute of State and Law of the NAS of Ukraine

ISSN 2219-5521

**“Law Review of Kyiv University of Law” is included into the professional
publication list “Legal sciences”, category “B”
(Ministry of Education and Science of Ukraine: order № 1643, 2019/12/28)**

The journal is entered in the international scientific metric bases

**HeinOnline (USA)
and
“Index Copernicus International” (Poland)**

Recommended for publishing by
V.M. Koretskyi Institute of State and Law of the NAS of Ukraine Academic Council
(protocol № 6, 2021/07/01)
Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine Academic Council
(protocol № 2, 2021/06/15)

Subscription index 23994

Editorial team

Yuriy Shemshuchenko, Dr. hab. in Law, Professor, Academician of the NAS of Ukraine, Director of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine (*Editor-in-Chief*);

Yuriy Boshytskyi, Ph.D. in Law, Professor, Honored Lawyer of Ukraine, Rector of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine (*Editor-in-Chief deputy*);

Tetiana Khodakivska, Head of the Department of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine (*editor*);

Olha Andriyko, Dr. hab. in Law, Professor, Corresponding Member of the NALS of Ukraine, Honored Lawyer of Ukraine, Head of the Department of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine;

Oleksandr Batanov, Dr. hab. in Law, Professor, Leading Researcher of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine;

Sergiy Bilotsky, Dr. hab. in Law, Professor, Professor of the Institute of International Relations of Taras Shevchenko National University of Kyiv;

Arif Guliev, Dr. hab. in Law, Professor of the National Aviation University;

Sergey Koroed, Dr. hab. in Law, Professor, Head of the Department of King Danylo University;

Olexander Kostenko, Dr. hab. in Law, Professor, Academician of the NALS of Ukraine, Merited Figure of Science and Technology of Ukraine, Head of the Department of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine;

Pavlo Kulynych, Dr. hab. in Law, Professor, Corresponding Member of the NALS of Ukraine, Leading Researcher, Head of Sector of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine;

Viktor Ladychenko, Dr. hab. in Law, Professor, Head of the Department of the National University of Life and Environmental Sciences of Ukraine;

Nataliya Malysheva, Dr. hab. in Law, Professor, Academician of the NALS of Ukraine, Honored Lawyer of Ukraine, Head of the Department of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine;

Maryna Medvedieva, Dr. hab. in Law, Professor of the Institute of International Relations of Taras Shevchenko National University of Kyiv;

Mykola Onishchuk, Dr. hab. in Law, Professor, Rector of the National School of Judges of Ukraine;

Natalia Parkhomenko, Dr. hab. in Law, Professor, Corresponding Member of the NALS of Ukraine, Honored Lawyer of Ukraine, Scientific Secretary of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine;

Tetiana Podorozhna, Dr. hab. in Law, Associate Professor, Professor of Lviv University of Trade and Economics;

Vadym Popko, Dr. hab. in Law, Professor of the Institute of International Relations of Taras Shevchenko National University of Kyiv;

Kostiantyn Savchuk, Ph.D. in Law, Senior Researcher, Senior Researcher of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine;

Yana Simutina, Dr. hab. in Law, Senior Researcher, Leading Researcher of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine;

Iryna Sofinska, Dr. hab. in Law, Professor of the National University "Lviv Polytechnic";

Gennady Tymchenko, Dr. hab. in Law, Senior Researcher, Leading Researcher of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine;

Larisa Udovyka, Dr. hab. in Law, Professor, Head of the Department of the Law Faculty of Zaporizhzhia National University;

Igor Usenko, Ph.D. in Law, Professor, Honored Lawyer of Ukraine, Head of the Department of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine;

Volodymyr Shatilo, Dr. hab. in Law, Professor, Honored Lawyer of Ukraine, Head of the Department of Kyiv National Linguistic University;

Svitlana Shimon, Dr. hab. in Law, Professor, Head of the Department of Kyiv National Economic University named after Vadym Hetman;

Olga Shpakovych, Dr. hab. in Law, Professor, Professor of the Institute of International Relations of Taras Shevchenko National University of Kyiv.

Editorial team foreign members

Amir Aliyev, Dr. hab. in Law, Professor, Dean of the Faculty of Law of Baku State University (Azerbaijan);

Rainer Arnold, Dr. hab. in Law, Professor of the University of Regensburg (Germany);

William E. Butler, Dr. hab. in Law, Professor, Foreign Member of the NAS of Ukraine and NALS of Ukraine, Emeritus Professor of University of London, Professor of Pennsylvania State University (USA);

Adam Makharadze, Dr. hab. in Law, Professor, Dean of Law and Social Science Faculty of Batumi Shota Rustaveli State University (Georgia);

Herbert Schambeck, Dr. hab. in Law, Professor (Austria);

Veronika Szikora, Professor, Dean of the Faculty of Law of the University of Debrecen (Hungary);

Andrzej Szmyt, Dr. hab. in Law, Professor, Head of the Department of Constitutional Law and Administration of the University of Gdańsk (Poland).

CONTENTS

<i>Yuriy Shemshuchenko, Yuriy Boshytskyi, Tetiana Khodakivska. Law Review of Kyiv University of Law marks its 20th birthday</i>	11
Outstanding Ukrainian Lawyers	
<i>Iryna Muzyka. Jurist-encyclopedist Yevhen Vasyliovych Spektorsky (1875–1951)</i>	14
State and law theory and history. Philosophy of law	
<i>Vasyl Kopcha. Legal methods of research of the phenomenon: general concepts, structure, tools</i>	20
<i>Oleksandr Stovpets. Legal-theoretical aspects of the New Keynesianism and Libertarianism in current political discussions</i>	24
<i>Oleksandr Bilash, Marija Mendzhul. Peculiarities of legal personality of religious organizations in Ukraine: theoretical and practical aspect</i>	29
<i>Viacheslav Vasetsky. Significant socio-political events as the origins of changes in the field of ensuring human rights and freedoms</i>	35
<i>Volodymyr Kakhnych. Yevhen Konovalts is a bright student of the Faculty of Law of Lviv University in 1909–1914</i>	39
<i>Mykhailo Ryazanov. Features of the law of the Zaporizhian Sich in the legal heritage of Ukraine</i>	43
<i>Pavlo Yehorov. Mixed form of free legal aid: models and foreign experience</i>	47
<i>Dmytro Radziievskyi. Legal technique of acts of land legislation: theoretical and methodological approaches to understanding</i>	51
<i>Tatiana Shekhovtsova. Islamic standard of human rights: transformation trends under the influence of globalization processes</i>	55
Constitutional law. Municipal law	
<i>Natalia Parkhomenko. Constitutional legislation: comparative-theoretical dimensions of essence and content</i>	62
<i>Petro Korniyenko. Human rights activities and the formation of human rights and freedoms in Ukraine</i>	66
<i>Iryna Sofinska. Dual citizenship, principle of faithfulness and public governance: to have not be deprived</i>	71
<i>Olexandr Boyarsky. Characteristic features of man as a biosocial being: social and normative-legal measurement at the level of local society</i>	77
<i>Serhiy Hordiyuk. Constitution and culture in the human rights aspect</i>	92
<i>Oleksandr Lysenko. Ensuring the human right to judicial protection in national and foreign legislation: a comparative aspect</i>	84
<i>Inna Volskaya. Comparative analysis of competence and procedure for the formation of constitutional courts in Ukraine and Serbia</i>	88
<i>Iryna Zvozdetska. Integrative function of the constitutional law of Ukraine</i>	99
<i>Irina Levandovska. Separate opinion of the judge of the Constitutional Court of Ukraine as a guarantee of the independence principle: pro et contra</i>	103
<i>Inna Postoronko. Formation and development of the phenomenology of municipalism: historical civilization-local approaches to understanding and definition</i>	107
<i>Illya Roskoshnyy. Historical prerequisites for the formation and development of constitutional and legal relations between man and state in the conditions of the information society</i>	114
<i>Danyila Chornenka. Interaction of an individual with public authorities through the prism of the use of e-justice and e-signature</i>	122
State governing and administrative law issues. Financial law. Information law	
<i>Olga Andriyko. On the question of interpretation of legal norms in administrative law</i>	126
<i>Alla Pukhtetska. On development of the provisions of the Code of Ukraine on administrative offences: critical overview of modern law-drafting initiatives</i>	129
<i>Natalia Shcherbatiuk. Foreign trade procedures in Ukraine</i>	134
<i>Petro Havaleshko. Appeal as an independent stage in modern administrative proceedings: features of the exercise of human rights to review of judgement</i>	138
<i>Olena Lys. Implementation of the strategy for the development of inclusive education in Ukraine: administrative legal aspect</i>	141
<i>Oleksandra Yaremowych. Influence of civil society institutions on state law enforcement agencies through the prism of public councils</i>	145
The issues of civil law, commercial law, labour law and social security law of Ukraine	
<i>Iryna Dikovska. The Impact of the Ground for International Jurisdiction on the Mechanism of Recovery of Family Maintenance</i>	149
<i>Anatolii Kostruba. The formula for interpreting the transaction content: private-legal aspects of legal enforcement</i>	155
<i>Ihor Pyroha, Serhii Pyroha. Features of implementation of the accumulative model of pension insurance in Ukraine</i>	159
<i>Yurii Riabchenko. Civil procedural status as a scientific category: prospects for implementation in lawmaking and law enforcement</i>	163

<i>Yana Simutina</i> . The right to just conditions of work through the prism of the provisions of the European Social Charter and the practice of the European Committee of Social Rights	169
<i>Ernest Gramatskiy</i> . Improvement of the evasion of law institute in the process of recodification of the civil legislation of Ukraine	174
<i>Olena Kryzhevska</i> . The concept of notarial procedural legal relations	178
<i>Nataliia Opanasiuk, Sergii Popovych</i> . Historical highlights of legal regulation of tourism	182
<i>Oleg Pechenyi</i> . Some problems with the invalidity of the testament	189
<i>Oksana Stasiv, Roksolana Butynska</i> . Concept and tasks of the personnel service of an enterprise: legal aspect	192
<i>Natalia Dubytska</i> . Risk and responsibility in private law	197
<i>Olga Lipatnikova</i> . Peculiarities of the exercise of the right of pledge by the creditor	201
<i>Mykyta Mozharovskyi</i> . Business entity's compliance: concepts, types and principles	204
<i>Tetiana Nikitina</i> . Special features of medical services (assistance) in the context of the system of medical service of the population' reforms	209
<i>Olena Stepanchenko</i> . Some problems of legal regulation contractual relations with customer participation in the field of electronic commerce	214
Intellectual property law issues	
<i>Yuriy Boshytskyi</i> . About the increase of the efficiency of criminal justice in intellectual property protection in Ukraine	219
<i>Mykhailo Ponomarenko</i> . Theory and practice of intellectual property rights protection in software	228
<i>Kateryna Poturai</i> . The European Union as a subject of protection of intellectual property rights to the cinematographic work	232
Agricultural, land and environmental law	
<i>Diana Busuiok</i> . Legal regime of land plots (shares): current situation and prospects of development	237
<i>Khrystyna Hryhorieva</i> . Small hydropower in Ukraine: legal problems of development (on the materials of judicial practice)	241
<i>Valerii Yusupov, Nataliia Chenshova</i> . International experience of judicial protection of environmental rights of citizens: a current status	246
<i>Olena Zaiets</i> . Characteristic features and peculiarities of recognition of land right as a method of protection	249
<i>Iryna Tolkachova, Anna Kononenko</i> . Problems of ensuring environmental human rights in Ukraine and foreign countries	254
Criminal law and criminology	
<i>Petro Pidyukov, Oleksandr Kalynovskiy</i> . Strengthening the fight against organized crime, criminalization of «thieves (vory) in law» and stopping activity of the criminal community in Ukraine: background, current state and prospects	259
<i>Dmitro Velychko, Vitalina Shevchenko</i> . Domestic violence and the ways to prevent it	263
<i>Vitalii Kuts</i> . Exemption from criminal liability and the prospects for its legislative regulation	267
<i>Victoria Lubavina</i> . The concept of guilt as an element of the content of criminal law of Ukraine	270
<i>Raisa Perelygina</i> . Trends in the development of world legal practice in the field of preventing and combating domestic violence	274
<i>Inna Rakipova, Andrii Melnyk</i> . Features of communication of the victim as a subject of criminal procedural evidence ...	277
<i>Tetiana Tarasevych</i> . Legal regulation of biometric identification: national trends and foreign experience	281
<i>Halima Aliyeva</i> . Grounds for recognition of a legal person as a victim in criminal proceedings of the Republic of Azerbaijan	287
<i>Kateryna Kryvopuskova</i> . Criminal responsibility for public calls to commit crimes against the foundations of national security under the legislation of foreign states and Ukraine	290
<i>Andrii Rusaiev</i> . Features of proving the circumstances of committing a criminal offense related to submission of inaccurate information	295
The legal system of Ukraine and international law, comparative legal studies	
<i>Markian Malskyy</i> . Establishment of international enforcement process through development of the enforcement process and its place in the legal system of Ukraine	301
<i>Maryna Medvedieva</i> . Protection of the health-related rights in international law	307
<i>Ivan Vashchynets</i> . Certain issues of the human rights impact on establishing the standards of the international commercial arbitral proceedings	312
<i>Maryna Kovalova</i> . Some issues of responsibility under public international law	316
<i>Ruslana Liashenko, Bohdan Nahiiev, Alona Kudra</i> . Problems of execution of decisions of the European Court of Human Rights in Ukraine	320
<i>Iryna Danilova</i> . Regarding the formation of maritime legislation of Ukraine	324
<i>Anatoliy Lytvynenko</i> . The patient's right to access to psychiatric records: doctrine and jurisprudence	328
<i>Georgi Stefanov</i> . Legal Features of Research on the Marine Environment in the Exclusive Economic Zone	339
<i>Sergii Shyshykin</i> . Characteristics of the institution of limited liability of a shipowner in private maritime law	343

Contents

Issue guest

- Attila Péterfalvi*. Data Protection and Freedom of Information on digital platforms 348
Katalin Szili, Ferenc Kalmár. Proposed basic principles for the protection of national minorities in the EU 352

Students' forum

- Tetiana Strii*. Rights and obligations of the owner of a trade secret 357
Dmytro Sukhov. Civil legal regulation of agreements on the creation and use of objects of intellectual property rights 362

Reviews

- Andriy Orlean*. Topical study of criminal law aspects of sanity 367
Petro Bilenchuk, Alexander Kravchuk. Electronic society, electronic law, cybersecurity: strategy for the development of the innovation era 369

New editions

- Andrzej Szmyt*. In the circle of constitutional law 370

- Editorial message** 372

The editorial office address: 4, Triokhsviatytska Street, Kyiv, 01601.

The editor-in-chief: +38044-278-51-55. The editor: +38044-235-63-24, +38097-431-97-77.

www.chasprava.com.ua **www.kul.kiev.ua**

e-mail: chasprava@ukr.net

The editor *T.Khodakivska*. The artist *V.Zhyborovskyi*.
Computer premastering *A.Bondarenko*

Printed media state register certificate KV № 16356-4828 PR, 19.02.2010

Signed for printing 2021/08/30. Format 60×84 1/8. Offset printing. Conventional printed sheets 43,2. Published sheets 51,2. Sheet feed 500 copies.
Edition and printing: Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine. 4 Triokhsviatytska St., 01601, Kyiv-1, phone number +38044-278-73-11.

ЧАСОПISУ КИЇВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ ПРАВА – 20 РОКІВ

Київський університет права НАН України та Інститут держави і права імені В.М. Корецького НАН України щиро і радісно вітає редакційний колектив, авторів і читачів юридичного науково-теоретичного щоквартальнику «Часопис Київського університету права» з 20-річним ювілеєм!

Двадцятирічна історія журналу має відмітну рису – постійний розвиток, незважаючи на будь-які обставини. Саме тому можна з упевненістю сказати, що «Часопис Київського університету права» розвивається, він визнаний науковою громадськістю та користується заслуженим авторитетом. Тож побажаймо йому подальшого процвітання задля розвитку юридичної науки та освіти!

З метою висвітлення результатів наукових досліджень з фундаментальних проблем держави і права заснований у жовтні 2001 року «Часопис Київського університету права» вже у 2002 році Постановою Президії ВАК України був внесений до списку фахових видань України за спеціальністю «Юридичні науки».

За роки існування журналу відбулися істотні соціально-політичні зміни в країні, що призвело до трансформації юридичної науки. При цьому слід наголосити, що саме юридична наука, глибоко пов'язана з формуванням суспільної свідомості та правосвідомості, виступає запорукою розбудови України як правової та демократичної держави.

Щороку «Часопис Київського університету права» оновлював та осучаснював свій формат та вдосконалював тематику. Так, якщо в № 1-2001 журнал містив 14 фахових статей, то в № 1-2021 – вже 100. За цей час у «Часописі» опубліковано понад 5000 фахових статей. Обсяг журналу збільшився з 96 до 500 сторінок.

Завдяки злагожденій і наполегливій праці редакційної колегії та потужної команди фахівців «Часопис Київського університету права» збільшував свій формат, обсяг і наклад, набував все більшої популярності та завойовував авторитет читачів.

На сторінках журналу друкуються статті провідних вітчизняних та зарубіжних фахівців у сфері юриспруденції, висвітлюються актуальні проблеми всіх галузей права, а також теоретичні та практичні питання, що виникають у юристів під час здійснення ними професійної діяльності. Поряд із цим, часопис оперативного інформує наукову та юридичну громадськість про нові видання в галузі юриспруденції, розміщує на своїх сторінках рецензії на наукові та навчальні видання. Значну увагу приділено висвітленню наукових заходів, новин академічного життя.

«Часопис Київського університету права» пишається своєю потужною науковою редакційною колегією, до складу якої входять такі відомі вітчизняні вчені, як **Шемшученко Ю.С.** – доктор юридичних наук, професор, академік НАН України, директор Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України (*головний редактор*); **Бошицький Ю.Л.** – кандидат юридичних наук, професор, заслужений юрист України, ректор Київського університету права НАН України (*заступник головного редактора*); **Ходаківська Т.В.** – завідувач відділу Київського університету права НАН України (*редактор*); **Андрійко О.Ф.** – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, заслужений юрист України, завідувач відділу Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України; **Батанов О.В.** – доктор юридичних наук, професор, провідний науковий співробітник Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України; **Білоцький С.Д.** – доктор юридичних наук, професор, професор Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка; **Гулієв А.Д.** – доктор юридичних наук, професор Національного авіаційного університету; **Короєд С.О.** – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри Університету Короля Данила; **Костенко О.М.** – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, заслужений діяч науки і техніки України, завідувач відділу Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України; **Кулинич П.Ф.** – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, провідний науковий співробітник, керівник сектору Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України; **Ладиченко В.В.** – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри Національного університету біоресурсів і природокористування України; **Малишева Н.Р.** – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, заслужений юрист України, завідувач відділу Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України; **Медведєва М.О.** – доктор юридичних наук, професор Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка; **Оніщук М.В.** – доктор юридичних наук, професор, ректор Національної школи суддів України;

Пархоменко Н.М. – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, заслужений юрист України, вчений секретар Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України; **Подорожна Т.С.** – доктор юридичних наук, доцент, професор Львівського торговельно-економічного університету; **Попко В.В.** – доктор юридичних наук, професор Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка; **Савчук К.О.** – кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, старший науковий співробітник Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України; **Сімутіна Я.В.** – доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, провідний науковий співробітник Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України; **Софінська І.Д.** – доктор юридичних наук, доцент, професор Інституту права, психології та інноваційної освіти Національного університету «Львівська політехніка»; **Тимченко Г.П.** – доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, провідний науковий співробітник Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України; **Удовика Л.Г.** – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри Запорізького національного університету; **Усенко І.Б.** – кандидат юридичних наук, професор, заслужений юрист України, завідувач відділу Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України; **Шатіло В.А.** – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри Національного транспортного університету; **Шимон С.І.** – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана; **Шпакович О.М.** – доктор юридичних наук, професор Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка.

Для розвитку часопису пріоритетним напрямом є міжнародна науково-освітня діяльність, які активно здійснюються в рамках угод про співпрацю, укладених із 22 країнами світу та 47 навчальними закладами. Основними положеннями цих угод є обмін науковим досвідом, спільна науково-дослідницька діяльність.

І як результат, нині «Часопис Київського університету права» має тісні наукові зв'язки з багатьма закордонними навчальними закладами держав СНД, США, Європи та Близького Сходу. Починаючи з 2011 року, до складу редакційної колегії Часопису ввійшли представники зарубіжних закладів та установ, зокрема: **Амір Ібрагім огли Алієв** – доктор юридичних наук, професор, декан юридичного факультету Бакинського державного університету (Азербайджан); **Райнер Арнольд** – доктор права, професор Університету Регенсбурга (Німеччина); **Вільям Е. Батлер** – доктор права, іноземний член НАН України, заслужений професор Лондонського університету, професор Школи права Університету штату Пенсильванія (США); **Адам Махарадзе** – доктор юридичних наук, професор, декан юридичного факультету Батумського державного університету імені Шота Руставелі (Грузія); **Вероніка Сікора** – доктор права, професор, декан юридичного факультету Дебреценського університету (Угорщина); **Герберт Шамбек** – доктор права, професор (Австрія); **Анджей Шміт** – доктор права, професор, завідувач кафедри факультету права та управління Гданського університету (Польща).

Вже традиційними стали публікації мовами оригіналів праць відомих іноземних науковців та юристів-практиків. Нові можливості сприяють апробації результатів наукових досліджень, а також обговоренню нових тенденцій у вітчизняній та закордонній юридичній науці й освіті. Зокрема, за ці роки авторами нашого журналу стали представники різних наукових та навчальних закладів Австрії, Азербайджану, Білорусі, Грузії, Литви, Молдови, Німеччини, Польщі, Росії, Словаччини, США, Угорщини, Чехії тощо.

Слід зазначити, що «Часопис Київського університету права» як науково-теоретичне видання постійно розширює свої рубрики, зокрема:

- Видатні правознавці.
- Теорія та історія держави і права. Філософія права.
- Конституційне право. Муніципальне право.
- Адміністративне право і процес. Фінансове право. Інформаційне право.
- Проблеми цивільного, господарського, трудового права та права соціального забезпечення в Україні.
- Проблеми права інтелектуальної власності.
- Аграрне, земельне та екологічне право.
- Кримінальне право та кримінологія.
- Правова система України й міжнародне право, порівняльне правознавство.
- Юридична освіта.
- Гість номера.
- Юридична практика.
- Студентська трибуна.
- Рецензії.
- Нові видання.
- Наукова хроніка.
- Наші ювіляри.
- Сторінки пам'яті.

Спеціально для молодих дослідників у журналі запроваджено рубрику «Студентська трибуна», адже необхідність здійснення науково-дослідної діяльності студентів університет сприймає як аксіому, оскільки характерною особливістю вищої освіти є органічне поєднання навчального та наукового процесів, що сприяє підвищенню якості підготовки фахівців з вищою освітою, поглибленому вивченню програмного матеріалу, розвитку наукового мислення і творчого підходу до вирішення теоретичних та практичних завдань майбут-

ньої діяльності. У студентів завдяки науково-дослідній діяльності формується певний рівень навичок, умінь та творчого потенціалу. У 2011 р. започатковано рубрику «Гість номеру», у якому опубліковані десятки статей як вітчизняних, так і зарубіжних науковців та громадсько-політичних діячів. У 2016 р. «Часопис Київського університету права» започатковував нову рубрику «Видатні правознавці», присвячену вітчизняним фахівцям, чий імена золотими літерами вписані в книгу пам'яті української юриспруденції. Це цикл науково-біографічних розвідок про основоположників української правової науки. У розділі «Юридична практика» провідні українські юристи діляться своїм досвідом роботи із читачами нашого журналу, а також наводять приклади з судової практики.

Враховуючи сучасні інформаційні тенденції, на сайті журналу розміщується його електронна версія, завдяки чому постійно розширюється коло наших читачів. Також кожен номер Часопису, що побачив світ, можна читати на сайті Національної бібліотеки ім. В.І. Вернадського та університетському сайті. Нещодавно вчергове побачила світ електронна збірка «Часопису Київського університету права». Електронний архів, випущений на CD-диску, містить повнотекстові версії журналів у форматі PDF.

Журнал можна передплатити в будь-якому поштовому відділенні. Слід зазначити, що кількість наших передплатників щороку зростає. Часопис також розповсюджується в системі органів державної влади та управління, системі вищої освіти України, юридичних навчальних закладах, правничих фірмах тощо.

За підсумками V Всеукраїнського конкурсу на краще юридичне видання у номінації «Періодичні юридичні видання, часописи тощо» було присуджено першу премію «Часопису Київського університету права» за висвітлення широкого спектра проблемних питань реформування правової системи та законодавства України.

Водночас «Часопис Київського університету права» інтенсивно розширює та поглиблює закордонні контакти, сприяє розвитку міжнародного співробітництва, прагнучи не лише національного визнання, а й міжнародного статусу. Свідченням відповідності нашого видання фаховим вимогам стало й те, що у 2014 р. «Часопис Київського університету права» внесено до двох наукометричних баз – *Index Copernicus International* (Польща) та *HeinOnline* (США). Ці бази мають кілька інструментів оцінки продуктивності, що допомагають відслідковувати вплив наукових робіт і публікацій, окремих вчених або науково-дослідних установ. Щороку показники індексації «Часопису Київського університету права» в *Index Copernicus* зростають і нині вони одні з найкращих серед українських юридичних видань. Із 2019 р. журнал також входить до бази даних цитувань *CrossRef* (США).

Черговим свідченням відповідності «Часопису Київського університету права» високим фаховим вимогам стало те, що він успішно пройшов перереєстрацію та відповідно до Наказу Міністерства освіти і науки України від 28.12.2019 № 1643 був внесений до *Переліку наукових фахових видань України (категорія «Б»)*.

Надбання «Часопису Київського університету права» є також результатом плідної колективної праці КУП НАНУ, який становлять академіки, члени-кореспонденти Національної академії наук України, Національної академії правових наук України, кандидати і доктори наук, доценти та професори, провідні юристи-практики.

Висловлюємо вдячність редакційному колективу, всім авторам і читачам «Часопису Київського університету права»! Бажаємо Вам успіхів, професійних здобутків, натхнення і творчої невичерпності, що закладає надійний фундамент у розвиток юридичної науки та освіти!

З повагою,

Ю.С. Шемчученко, професор, академік НАН України,
директор Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України

Ю.Л. Бошицький, професор, заслужений юрист України,
ректор Київського університету права НАН України

Т.В. Ходаківська, завідувач відділу Київського університету права НАН України,
редактор «Часопису Київського університету права»

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.01

УДК 340.12 (477)(091); 340.15

І.В. МУЗИКА

*Ірина Володимирівна Музика, кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України**

ORCID: 0000-0002-8822-6156

**ПРАВознавець-енциклопедист Євген Васильович Спекторський
(1875–1951)**

Цього року виповнилося 70 років від дня смерті професора Євгена Васильовича Спекторського – одного із найвидатніших фахівців свого часу в сфері соціально-правової і соціально-філософської думки, чий дослідження сприяли розвитку теорії права, філософії права й соціології права як важливих напрямів сучасної вітчизняної юридичної науки, становлення яких було зумовлено його теоретичними та методологічними розробками в галузі філософії, загальної соціології, культурології.

Огляд літератури за тематикою дослідження. Біографію та науковий доробок професора у сфері правознавства висвітлюють сучасні вітчизняні та зарубіжні вчені В.І. Ульяновський, В.А. Короткий, О.С. Скиба¹, В.Г. Рутман², В.І. Тимошенко³, В.І. Андрейцев⁴, І.Б. Усенко⁵, І.В. Музика⁶, М.І. Герасимов⁷, О.В. Ткаченко⁸, С.І. Михальченко⁹, О.Р. Слободян¹⁰, О.М. Ковальчук¹¹, О.Д. Білімовіч¹², В.Д. Козлітін¹³, В.О. Щученко¹⁴, С.Д. Чернік¹⁵ та ін. Деякі погляди науковця на правні та державні категорії й інститути є доволі дослідженими та мають власну історіографію. Утім, комплексного дослідження правових поглядів ученого до цього часу не здійснено.

Формулювання мети статті. Мета статті полягає у викладенні в рамках обсягу даної публікації особливостей праворозуміння, правових концепцій та ідей мислителя, які, на наш погляд, є найбільш визначальними для його наукової спадщини й залишаються актуальними для сьогодення.

Виклад основного матеріалу. Євген Васильович Спекторський – відомий філософ, правознавець, культуролог, народився 3 (15) жовтня 1875 р. в Острозі, в родині мирового судді, випускника юридичного факультету університету св. Володимира у Києві. Закінчив гімназію у м. Радомі (Царство Польське) 1893 р. і юридичний факультет Варшавського університету 1897 р. Після захисту роботи «Жан-Жак Руссо як політичний письменник» у 1898 р. здобув звання кандидата прав. Був залишений професорським стипендіатом кафедри державного права для підготовки до викладацької діяльності. Наукові пошуки розпочав під керівництвом професора державного права О.Л. Блока (батька поета). Спеціалізувався на питаннях філософії права, історії політичної і правової думки. У 1900–1901 рр. успішно склав магістерські іспити, але у зв'язку з відсутністю вакантної посади два роки працював у прокуратурі Царства Польського. Упродовж 1902–1903 рр. поглиблював свої знання в університетах Парижа, Берліна, Геттінгена, Гейдельберга. У 1903 р. обраний доцентом кафедри енциклопедії та історії філософії права Варшавського університету. За монографією «Проблема соціальної фізики в XVII столітті. Том 1. Новий світогляд і нова теорія науки» (Варшава, 1910) у травні 1911 р. захистив магістерську дисертацію в Юр'євському (Дерптському, тепер – Тартуський) університеті. У вересні 1911 р. був переведений на посаду екстраординарного професора Варшавського університету. У 1913 р. обраний екстраординарним професором кафедри енциклопедії та історії філософії права Київського університету св. Володимира, затверджений на цій посаді 7 липня 1914 р. міністром народної освіти. Водночас викладав на Вищих жіночих курсах та у 1914–1918 рр. очолював Київське науково-філософське товариство.

Після захисту в Московському університеті дисертації за другим томом монографії «Проблема соціальної фізики в XVII столітті» (К., 1917) 27 травня 1917 р. здобув ступінь доктора державного права й у вересні

1917 р. був затверджений ординарним професором кафедри енциклопедії права й історії філософії права університету Св. Володимира. З травня 1917 р. був обраний деканом юридичного факультету цього університету, а з 6 квітня 1918 р. – став ректором університету (затверджений міністром народної освіти 28 вересня). Входив до складу Київського юридичного товариства і ряду інших наукових товариств. Брав активну участь у діяльності Комісії для вироблення законопроекту про заснування Української Академії наук (липень-вересень 1918 р.)¹⁶.

У період гетьманату П. Скоропадського входив до складу спеціальної комісії у справах вищої школи для розробки нового університетського Статуту під головуванням М.П. Василенка. Імовірно, саме під впливом Є.В. Спекторського і Б.О. Кістяківського в Статуті УАН було передбачено окрему кафедру філософії права, тоді як в університетах була лише кафедра енциклопедії права й історії філософії права. Після закінчення роботи комісії активної участі в академічному житті Є.В. Спекторський уже не брав, до українського руху ставився обережно, а з приходом денікінців – і загалом негативно¹⁷. Після окупації Києва більшовиками посади ректора і деканів було скасовано й відновлено після приходу денікінців у серпні 1919 р. Одночасно Є.В. Спекторський був призначений попечителем Київського навчального округу та заступником головноуправляючого народною освітою. Після того як Добармія залишила Київ, виїхав до Одеси (грудень 1919 р.).

На початку 1920 р. емігрував до Королівства сербів, хорватів і словенців (КСХС, з 1929 р. – Югославія). У 1920–1924 рр. – професор юридичного факультету Белградського університету. У 1924–1927 рр. – професор і декан Руського юридичного факультету в Празі (упродовж одного семестру також обіймав посаду професора чеського Карлова університету). У 1927–1930 рр. знову викладав у Белградському університеті, був організатором і першим головою (1928–1930 рр.) Руського наукового інституту в Белграді (1928–1944 рр.). Брав участь у роботі Руського археологічного товариства в Королевстві СХС. У 1930 р. переїхав до Любляни, де викладав в університеті конституційне право, філософію права і введення до соціології. Водночас у 1930–1945 рр. очолював Словенське товариство з вивчення філософії права та соціології, культурно-освітнє товариство «Руська матиця» та словенське Товариство філософії права і соціології у Любляні.

Офіційно Є.В. Спекторський звільнився з Люблянського університету 10 серпня 1945 р. Упродовж 1945–1947 рр. перебував в Італії у таборах для переміщених осіб. З 1947 р. і до самої смерті – професор Свято-Володимирської православної духовної академії в Нью-Йорку. Був він також головою Руської академічної групи в США (з 1948 р.), очолював руську секцію Асоціації американських та іноземних вчених. Помер від випадкової черепно-мозкової травми в Нью-Йорку 3 березня 1951 р.

Є.В. Спекторський є автором понад 400 наукових праць, у яких розглядається низка важливих проблем з теорії права, історії філософії права, церковного права, історії права, юридичної соціології, а також загальнонотейоретичних проблем філософії, соціології, культурології, релігієзнавства, історії соціальних ідей. Найбільш важливими роботами, присвяченими ключовим проблемам правознавства, є фундаментальна двотомна монографія «Проблема соціальної фізики в XVII столітті»; монографії і статті: «До питання про систематизацію в суспільствознавстві» (Варшава, 1903 р.); «Органічна теорія суспільства» (Варшава, 1904 р.); «Нариси з філософії суспільних наук» (Варшава, 1907 р.); «Суспільні науки і теоретична філософія» (Варшава, 1907); «Фізицизм в суспільній філософії XVII ст.» (Ярославль, 1909 р.); «Поняття суспільства в античному світі. Етюд з семантики суспільствознавства» (Варшава, 1911 р.); «До питання про систему «Духа законів» Монтеск'є і його філософські джерела» (Ярославль, 1912 р.); «Енциклопедія права» (Варшава, 1912 р.); «Філософія і юриспруденція» (Юридичний вісник, 1913. Кн. Н.); «Есмен як державознавець» (Юридичний вісник. 1913. Кн. Ш); «До суперечки про філософію права» (Москва, 1914 р.); «До суперечки про реальність права» (Юридичний вісник. 1914. Кн. V(I)); «До століття історичної школи в правознавстві» (Юридичний вісник. 1914. Кн. VI.ІІ); «Походження протестантського раціоналізму» (Варшава, 1914 р.); «Протестантизм і раціоналізм в XVI і XVII сторіччях» (Варшава, 1914 р.); «Номіналізм і реалізм в юридичних науках» (Юридичний вісник. 1915. Кн. IX (I)), «Походження ідеї загального або універсального права» (Журнал министерства народного просвещения, 1916 р.); «Теорія солідарності» (Юридический вестник, 1916 р.); «Посібник до лекцій з історії філософії права» (Саратов, 1916 р.); «Що таке конституція» (Москва, 1917 р.); «Установчі збори і конституція (Київ, 1917 р.); «Держава» (Пг.: Огни, 1918 р.); «Криза сучасної держави» (Русские сборники. София, 1921. Кн. 2); «Російський анархізм» (Русская мысль. Прага, 1922. № 12); Посібник до лекцій з історії філософії права (Прага, 1925. Вып. П); «Лібералізм» (Белград, 1935 р.); «Свобода і детермінізм» (Записки Русской академической группы в США. Нью-Йорк, 1967. Т. I); «Уряд і влада» (Записки Русской академической группы в США. Нью-Йорк, 1968. Т. II) та інші. Значну частину цих робіт присвячено історико-генетичному аналізу юридичних термінів і понять.

Поняття усякого права, наголошував Є.В. Спекторський, складається з двох моментів: субстанційного й формального. Субстанційний момент – це існування тих цілей, заради яких створюється право. Цілями є інтереси, вигода, пов'язана з користуванням даним правом. Формальний момент – це засіб здійснення інтересу, а саме юридичний захист. Право, таким чином, є юридично захищеним інтересом, нормальним домаганням. Таке визначення права, на думку ученого, охоплює як позитивне, так і природне право, а також право у об'єктивному і суб'єктивному смислі та приватне й публічне право. Елемент «нормального» у визначенні права вказує, зазначає правознавець, на етичний характер права. Елемент домагання відмежовує його від моральності у вузькому розумінні¹⁸.

Учений виводив право безпосередньо з моралі. Зокрема, він стверджував, що існує три світи: «світ фізичний, інакше кажучи, світ тіл, що наповнюють простір і підлягають механічному дослідженню; світ

психічний, тобто світ душевних актів і станів, що підлягає психологічному дослідженню з точки зору причинності; світ моральний, тобто світ людських діянь, що підлягає моральній оцінці з точки зору ідеї належного й тих чи інших моральних цілей. До останнього світу і належить сфера права і правознавства¹⁹. І якщо кожна наукова сфера (психологічна, фізична й моральна) підлягає своїй соціальній закономірності, то, очевидно, юридична закономірність – це не психологічна і не соціологічна, а моральна. Це – відповідність певного роду спеціально юридичних актів, фактів, відносин, притягань і т.п. певній нормі діючого етичного порядку²⁰.

На думку вченого, існують два види законів: природні соціальні закони й штучні юридичні закони. Бувають випадки, коли штучні юридичні закони максимально наближаються до природних соціальних, а інколи вони є чимось прямо протилежним ним. Розглядаючи проблему співвідношення «належного» і «суцього» у праві, Є.В. Спекторський, одним із перших ставив питання про необхідність узгодження штучних юридичних законів з природними соціальними законами. Зокрема, наголошував, що трапляються випадки, коли законодавець різко розходиться з життям і намагається нав'язати йому невідповідні норми²¹. Джерелами права Є.В. Спекторський вважав природу (природне право) та етику.

Є.В. Спекторський був одним із небагатьох вітчизняних вчених, який обстоював позитивне значення християнської моралі для розвитку права. Хоча ним не було написано спеціальної праці, присвяченої впливу християнської етики на формування принципів сучасного права, все ж зміст його двох ґрунтовних праць «Християнство і культура»²² (видана в Празі в 1925 р.) і «Християнська етика»²³ (видана у Нью-Йорку в 1950–1951 рр.) чітко вказує на те, що основні принципи права учений виводив саме з християнської етики.

Головним науковим інтересом Є.В. Спекторського в теорії права була проблема співвідношення права, моральності та релігії. Є.В. Спекторський наполягав на необхідності розвитку нової ідеалістичної методології права, заснованої на ідеології християнства. Головною особливістю робіт ученого, яка відрізняла його від інших дослідників цієї проблематики, було включення релігії у питання про співвідношення етики і права. Він був переконаний, що подальший розвиток правової теорії має будуватися виключно на християнській філософії права відповідно до трьох основних принципів: відсутності розмежування права і моральності, відсутності ідеалізації юстиції та на проповіді прощення, а не стягненні свого²⁴.

Виходячи з цих його переконань, можна розкрити зміст основних принципів права, сформульованих у згаданих працях вченого, який є тотожним принципам християнської етики. Так, Є.В. Спекторський вважав, що суб'єктивну, внутрішню основу етики становить совість, закладена в кожному нормальному людину як моральне почуття або як моральна свідомість. Об'єктивну, зовнішню основу етики утворюють вимоги моралі, права, держави. Вони утворюють те, що зветься етосом. І суб'єктивні, і об'єктивні основи відносні, залежать від особистостей і мінливі у зв'язку з місцем та часом. Тому етика потребує абсолютної основи. Такою може бути або природа, або людина, або Бог²⁵.

Найголовнішим принципом, який сформувався під впливом християнської етики відповідно до положень праць Є.В. Спекторського, є принцип гуманізму²⁶. Основними ідеями християнського гуманізму учений називає: виконання заповідей, любов не лише до ближнього, а й до ворогів (тобто людей як таких), життя і діяння з «Богом у серці». Це означає, що тривалий і всезагальний мир можливий лише тоді, коли люди «мають ласку Божу у серці і благовоління замість ненависті та байдужості»²⁷.

Зокрема, учений обстоював ідею рівноправності чоловіків і жінок та зазначав: «Зараз жіноче питання більш-менш всюди вирішене в сенсі правової, політичної і господарської рівноправності. ... виявилось можливим стверджувати, що настає царство жінки («гінекократія») і що майбутнє належить їй»²⁸.

Є.В. Спекторський доводив, що ідеалом християнського суспільства є рівність і братерство та підкреслював, що воно має ґрунтуватися на духовній спільності людей. Він також засуджував «примусову «зрівнялівку» або тоталитарну Gleichschaltung»²⁹. Із християнської етики учений виводив і принцип свободи, оскільки християнська етика звернута до вільної людини. Але це не свобода нічим не стриманого свавілля, це свобода, пов'язана нормою повинності, що оцінює людську поведінку. Зло, на думку ученого, походить від зловживання свободою. З християнського розуміння свободи випливає розуміння Є.В. Спекторським принципу законності, зокрема він спирається на вислови апостола Павла «де немає закону, немає і злочину» й «я не інакше пізнав гріх, як за допомогою закону»³⁰.

Стрижнем християнської етики Є.В. Спекторський вважав принцип справедливості, який ґрунтується на християнській духовній любові, що проявляється у самопожертві, милосерді до нужденних і знедолених, братерстві всіх людей та визнанні найвищою цінністю людського життя й поваги до особистості будь-якої людини, навіть злочинця³¹.

Таким чином, Є.В. Спекторський принципи гуманізм, рівність, верховенство закону, свободу і справедливість вважав принципами права й трактував їх зміст відповідно до його розуміння християнської етики.

Становлення вітчизняної соціології права також тісно пов'язано з ім'ям Є.В. Спекторського, який першим з викладачів Київського університету звернувся до розгляду соціологічних аспектів права.

Відповідно до змісту його праць можна сформулювати основні ідеї Є.В. Спекторського, що стосуються соціологічних аспектів права: 1. Право – це соціальне явище, яке виникає і існує об'єктивно як частина життя суспільства і є насамперед етичною категорією. 2. Соціологічні аспекти права повинно бути невід'ємною частиною предмета юриспруденції поряд з психологічними, політичними та етичними. 3. Джерелом права є суспільство. 4. Права, як особливе етичне соціальне явище, повинно досліджуватись не загальною соціологією, а спеціальною моральною соціологією.

Ці концептуальні ідеї ученого стали підґрунтям процесів у вітчизняній юридичній науці, які на початку ХХ ст. зумовили появу соціологічного напрямку у юриспруденції та розвиток нової юридичної науки – юридичної соціології.

Прогресивним кроком у розвитку правознавства вчений вважав розвиток ідеї загального або універсального соціального права, а важливою проблемою правознавства – дослідження структури права як соціального явища³². Він спирався на концепцію, розроблену Генриком Йене Кюлером (Henrico Jenaе Koehlero), відповідно до якої право поділялося на державне, міждержавне (міжнародне), універсальне приватне, універсальне публічне. Вдалим учений також вважав поділ універсального соціального права на зовнішнє і внутрішнє, здійснений Готфридом Ахенвалем (Gottfriedo Achenwall)³³.

Зокрема, Є.В. Спекторський досліджував процес становлення універсального приватного права на прикладі рецепції римського права. Учений звернув увагу на причини рецепції норм приватного римського права. Такими причинами він вважав (задовго до концептуального оформлення синергетичного підходу до осмислення процесу трансформації права) циклічність і хвильовий характер процесу становлення європейського приватного права.

Соціальні проблеми, які виникли у першій половині ХІХ ст., наголошував він, зумовили необхідність перегляду традиційних правових понять, які не відповідали вимогам правової дійсності. Тому, на думку Є.В. Спекторського, нові умови життя суспільства змусили юристів вийти за межі пандектного правознавства через застосування історичного методу до догматів класичної юриспруденції нового часу. У зв'язку з цим, визначаючи завдання нової соціологічної юриспруденції, учений наголошував на необхідності врахування історичної еволюції права. У ході цієї еволюції будь-яка догматична конструкція права, на його думку, була не більш ніж його своєрідною історичною характеристикою³⁴.

Позитивною стороною концепції універсального соціального права Є.В. Спекторський вважав те, що ідея суспільства не поглинала й не придушувала ідеї індивіда, і соціальна закономірність сприймалась як закономірність моральна та юридична, що зобов'язувала індивідів до поведінки, відповідної до всезагальної і необхідної норми³⁵.

Таким чином, на нашу думку, Є.В. Спекторський, використовуючи прийоми наукового пізнання, відомі сьогодні як синергетичний метод пізнання історико-правової реальності, одним із перших розглянув право як суспільний процес, що є частиною процесу соціокультурного розвитку людства. Дослідження ученим концепції соціального універсального права дає можливість вирізнити в його концепції історико-правової реальності два важливі зрізи, пов'язані з онтологічною та епістемологічною сторонами буття права, а саме: 1) трансформація реально існуючого права, що проявляється в певному типі порядку, певних формах і конкретних джерелах права; 2) накопичення та трансформація теоретичних знань і уявлень про право, сформульованих у вигляді категорій, понять, термінів, теорій, концепцій, ідей тощо. Нові наукові підходи та ідеї Є.В. Спекторського суттєво збагатили юридичну науку, а широкий спектр проблем, порушений вченим, залишається актуальним для сучасної юриспруденції.

¹ Ульяновський В.І., Короткий В.А., Скиба О.С. Останній ректор Університету Святого Володимира Євген Васильович Спекторський: монографія. Київ: Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2007. 311 с.

² Рутман В. Г. Государственно-правовые воззрения Е.В. Спекторского : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Белгород: Белгородский национальный исследовательский университет, 2013. 23 с.

³ Тимошенко В.І. Теорія государства в политико-правовой мысли Украины и России (конец XIX – начало XX вв.). Чернигов: Издатель Лозовой В.М., 2014. С. 334–335.

⁴ Андрейцев В.І. Спекторський Євген Васильович. *Юридична енциклопедія* : в 6 т. / НАН України. Ін-т держави і права імені В.М. Корецького. Київ: Вид-во «Українська енциклопедія», 2003. Т. 5 : П–С. С. 572.

⁵ Усенко І.Б. «Волинський внесок» у становлення й розвиток української довоєнної академічної юридичної науки. *Людноцентристський вимір в історії права, держави і юридичної думки: до 150-річчя початку наукової діяльності М.П. Драгоманова* : матеріали XXVIII Міжнародної історико-правової конференції, 13–16 червня 2013 р., м. Рівне. Київ: Вид-во НПУ імені М.П. Драгоманова, 2013. С. 30–31; Усенко І.Б. Спекторський Є.В. *Антологія української юридичної думки*: в 10 т. Київ: Видавничий Дім «Юридична книга», 2002. Т. 1. Загальна теорія держави і права, філософія та енциклопедія права. С. 454–459; Усенко І.Б. Спекторський Є.В. *Міжнародна поліцейська енциклопедія*: у 10 т. Понятійний апарат. Концептуальні підходи. Теорія та практика. Київ: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. Т. 1: Теоретико-методологічні та концептуальні засади поліцейського права та поліцейської деонтології. С. 977–978.

⁶ Музика І.В. Розвиток соціології права викладачами Київського університету у другій половині ХІХ століття – на початку ХХ століття. Регіональні аспекти історико-правових досліджень: матеріали XVII Міжнародної історико-правової конференції 31 трав. – 3 черв. 2007 р., м. Донецьк. Донецьк: ДЮІ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2008. С. 309–311; Музика І.В. З історії вітчизняної соціології права: Є.В. Спекторський. *Правова держава*. Київ: Ін-т держави і права імені В.М. Корецького НАН України, 2010. Вип. 21. С. 18–23. Музика І.В. Проблема дуальної природи права у соціологічному праворозумінні: історико-правовий аспект. *Альманах права. Праворозуміння та правореалізація: від теорії до практики*: науково-практичний юридичний журнал. Київ: Ін-т держави і права імені В.М. Корецького НАН України, 2011. Вип. 2. С. 121. Музика І.В. Поняття «джерело права» у працях представників вітчизняної соціологічної школи права кінця ХІХ – початку ХХ ст. *Часопис Київського університету права*. 2013. № 3. С. 38–39. Музика І.В. Класифікація джерел права представниками вітчизняної соціологічної школи права кінця ХІХ – початку ХХ ст. *Джерела права України, інших країн та міжнародної спільноти : історія та сучасність* : матеріали XXIX Міжнародної історико-правової конференції, 19–22 вересня 2013 р., м. Феодосія. Київ; Сімферополь, 2013. С. 388–389. Музика І.В. Концепція універсального права у творчій спадщині вітчизняних соціологів права. *Альманах права. Правовий прогрес: складові забезпечення в сучасних умовах*. Ін-т держави і права імені В.М. Корецького НАН України. 2016.

Вип. 7. С. 208–209; Музика І.В. Християнська етика і принципи права в інтерпретації Є.В. Спекторського. *Релігійний чинник в історії права, держави та юридичної думки* : матеріали XXXIV Міжнародної історико-правової конференції, 27–29 травня 2016 р., м. Тисмениця / ред. колегія : І.Б. Усенко (голова) та ін. Київ–Херсон: ФОП Грін Д.С., 2016. С. 211–215.

⁷ Герасимов Н.И. Е.В. Спекторский как историк «социальной физики». *История философии*. 2016. Т. 21. № 1. С. 116–127.

⁸ Ткаченко Е.В. Научно-образовательная деятельность и общественно-политические взгляды Е.В. Спекторского : дис. ... канд. ист. наук: 07.00.02. Брянск, 2008. 226 с.

⁹ Михальченко С.И., Ткаченко О.В. Е.В. Спекторский в эмиграции (1920–1951). *Славяноведение*. 2009. № 1. Январь. Февраль. С. 14–24.

¹⁰ Слободян О.Р. Рецепція ідей марбурзького неокантіанства у ранній період творчості Євгена Спекторського. *Наукові записки НаУКМА. Філософія та релігієзнавство*. 2018. Т. 2. С. 35–42.

¹¹ Ковальчук О.М. *Теорія права у працях вчених Київського університету (19 – початок 20 століття)* : монографія. Київ, 2009. С. 133–143.

¹² Билимович А.Д. Памяти профессора Е.В. Спекторского. *Записки Русской акад. группы в США*. Нью-Йорк, 1970. Т. IV. С. 148–157.

¹³ Козлитин В.Д. Русская и украинская эмиграция в Югославии (1919–1945). Харьков, 1996. 476 с.

¹⁴ Шученко В.А. Некоторые идеи христианской культурологии Е.В. Спекторского в свете современного общественного развития. *Православие в русской культуре*. Санкт-Петербург, 1998. С. 6–13.

¹⁵ Чернік С.Д. Конституційна держава в поглядах Є.В. Спекторського. *Порівняльно-аналітичне право*. 2020. № 1. С. 82–84.

¹⁶ Збірник праць комісії для вироблення законопроектів про заснування Української Академії наук у Києві. Київ: Видання Української Академії наук, 1919. IV, 88, XXXIV с.

¹⁷ Усенко І.Б. «Волинський внесок» у становлення й розвиток української довоєнної академічної юридичної науки. *Людноцентристський вимір в історії права, держави і юридичної думки: до 150-річчя початку наукової діяльності М.П. Драгоманова* : матеріали XXVIII Міжнародної історико-правової конференції, 13–16 червня 2013 р., м. Рівне. Київ: вид-во НПУ імені М.П. Драгоманова, 2013. С. 31.

¹⁸ Спекторский Е.В. Энциклопедия права. Лекции. Вып. 1. Варшава, 1912. С. 136–137.

¹⁹ Там само. С. 28.

²⁰ Спекторский Е.В. К спору о реальности права. *Юридический вестник*. Кн. V (1). Москва, 1914. С. 67–68.

²¹ Там само. С. 27.

²² Спекторский Е.В. Христианство и культура. Центр стратегической конъюнктуры, 2013. 360 с.

²³ Спекторский Е.В. Христианская этика: Лекции, прочитанные в Свято-Владимирской Духовной академии в г. Нью-Йорке в 1950/51 академическом году. Москва: Центр стратегической конъюнктуры, 2013. 150 с.

²⁴ Рутман В.Г. Государственно-правовые воззрения Е. В. Спекторского ... С. 19–21.

²⁵ Спекторский Е.В. Христианская этика: Лекции, прочитанные в Свято-Владимирской Духовной академии в г. Нью-Йорке в 1950/51 академическом году. Москва: Центр стратегической конъюнктуры, 2013. С. 16.

²⁶ Там само. С. 31.

²⁷ Там само. С. 32.

²⁸ Там само. С. 56–57.

²⁹ Там само. С. 58–59.

³⁰ Там само. С. 61, 63, 67.

³¹ Там само. С. 69–71.

³² Спекторский Е.В. Энциклопедия права. Лекции. Вып. 1. Варшава, 1912. С. 131, 134.

³³ Спекторский Е.В. Происхождение идеи общего или универсального права. Антология украинської юридичної думки : в 6 т. Київ, 2002. Т. 1. С. 511–513.

³⁴ Спекторский Е.В. Из области чистой этики. *Вопросы философии и психологии*. 1905. Кн. 78. С. 406–407.

³⁵ Спекторский Е.В. Происхождение идеи общего или универсального права... С. 514.

Резюме

Музика І.В. Правознавець-енциклопедист Євген Васильович Спекторський (1875–1951).

Розглянуто особливості праворозуміння професора Євгена Васильовича Спекторського та правові концепції й ідеї мислителя, що вплинули на формування і розвиток вітчизняної теорії права, філософії права, юридичної соціології й залишаються актуальними в сучасній юридичній науці.

Ключові слова: Євген Васильович Спекторський, юридична наука, теорія права, філософія права, юридична соціологія, історія права, концепція універсального права.

Резюме

Музыка И.В. Правовед-энциклопедист Евгений Васильевич Спекторский (1875–1951).

Рассмотрены особенности правопонимания профессора Евгения Васильевича Спекторского, правовые концепции и идеи мыслителя, повлиявшие на формирование и развитие отечественной теории права, философии права, юридической социологии, остающиеся актуальными в современной юридической науке.

Ключевые слова: Евгений Васильевич Спекторский, юридическая наука, теория права, философия права, юридическая социология, история права, концепция универсального права.

Summary

Iryna Muzyka. Jurist-encyclopedist Yevhen Vasyliovych Spektorsky (1875–1951).

This year marks the 70th anniversary of the death of Professor Eugene Spektorsky – one of the most prominent specialist of his time in the field of socio-legal and socio-philosophical thought, whose research has contributed to the development of legal theory, phi-

osophy of law and sociology of law as important areas of modern law, the formation of which was due to his theoretical and methodological developments in the field of philosophy, general sociology, culturology.

The scientist derived law directly from morality. In particular, he argued that there are three worlds: “the physical world, in other words, the world of bodies that fill space and are subject to mechanical study; the mental world, ie the world of mental acts and states, which is subject to psychological study in terms of causality; the moral world, that is, the world of human actions, which is subject to moral evaluation in terms of the idea of due and certain moral goals. The sphere of law and jurisprudence belongs to the last world“. And, if each scientific sphere (psychological, physical and moral) is subject to its social regularity, then, obviously, legal regularity is not psychological and not sociological, but moral. This is the conformity of a certain kind of specially legal acts, facts, relations, appeals, etc. a certain norm of the current ethical order.

Spektorsky was one of the few domestic scholars who defended the positive importance of Christian morality for the development of law. Although he did not write a special work on the influence of Christian ethics on the formation of the principles of modern law, yet the content of his two thorough works “Christianity and Culture”.

Spektorsky considered the principle of justice to be the core of Christian ethics, which is based on Christian spiritual love, which is manifested in self-sacrifice, mercy for the needy and disadvantaged, brotherhood of all people and recognition of the highest value of human life and respect for any person, even a criminal.

Peculiarities of legal understanding of Professor Yevhen Vasyliovych Spektorsky are considered. The legal concepts and ideas of the thinker that influenced the formation and development of the domestic theory of law, philosophy of law, legal sociology and remain relevant in modern legal science are highlighted.

According to the content of his works, we can formulate the main ideas of EV Spektorsky concerning the sociological aspects of law: 1. Law is a social phenomenon that arises and exists objectively as part of society and is, above all, an ethical category. 2. Sociological aspects of law should be an integral part of the subject of jurisprudence, along with psychological, political and ethical. 3. The source of law is society. 4. Rights, as a special ethical social phenomenon, should be studied not by general sociology, but by special moral sociology.

E.V. Spektorsky was one of the first to consider law as a social process, as part of the process of socio-cultural development of mankind. The main ideas of E.V. Spektorsky: 1. Law is a social phenomenon that arises and exists objectively as part of society and is, above all, an ethical category. 2. Sociological aspects of law should be an integral part of the subject of jurisprudence, along with psychological, political and ethical. 3. The source of law is society. 4. Right, as a special ethical social phenomenon, should be studied not by general sociology, but by special moral sociology.

Key words: Yevhen Vasyliovych Spektorsky, jurisprudence, theory of law, philosophy of law, legal sociology, history of law, concept of universal law.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.02

УДК 340.12:342.7.001.36

В.В. КОПЧА

*Василь Васильович Копча, доктор юридичних наук, доцент, ДВНЗ «Ужгородський національний університет»**

ORCID: 0000-0001-9888-1464

ПРАВОВІ МЕТОДИ ДОСЛІДЖЕННЯ ЯВИЩА: ЗАГАЛЬНІ ПОНЯТТЯ, СТРУКТУРА, ІНСТРУМЕНТАРІЙ

Постановка проблеми. Результати будь-якого дослідження можуть бути отримані виключно за умови вживання дослідником дієвої методології. Не є винятком і сучасні правові дослідження, актуальність яких істотно зростає на початку XXI ст. Своєчасність дослідження цієї теми вимірюється різнопланово. По-перше, тривалий час в рамках правничої науки проблематика методології правового дослідження явно недооцінювалося. Хоча публікацій з тематики було чимало, основні проблеми методології дослідження не були вирішені. По-друге, в останні десятиліття в Україні насправді поступово змінюється парадигма праворозуміння, яка створює теоретичне та філософське підґрунтя для формування нової методології дослідження правових явищ. По-третє, предмет юриспруденції (правова реальність) зазнав істотних змін, що спричинило активний пошук нових методологічних інструментів пізнання.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. В останні роки правнича наука більш активно опрацьовує проблеми методології правового дослідження. Серед таких публікацій можуть бути названі праці В. Брата-сюка¹, А. Фальковського^{2,3}, О. Сердюка⁴, В. Дудченко⁵, М. Кельмана⁶, О. Данильяна⁷ та інших. Однак науковий доробок істотно не применшує актуальність продовження досліджень різних аспектів методології правового дослідження.

Формулювання мети статті. Метою цієї статті є аналіз методів дослідження явища в таких її аспектах:

- а) з'ясування основних підходів до розуміння методології та її співвідношення з методикою дослідження;
- б) дослідження обсягу та структури відповідного поняття;
- в) окреслення основних методів дослідження.

Виклад основного матеріалу. Одним із перших факторів правових методів дослідження є окреслення типу праворозуміння, характерного для даної правової системи. Слід погодитися, що спроби науковців дати просту відповідь про природу права неминуче приречені на провал, відтак, у майбутньому можна прийти до певного плюралізму інтегральності – такого інтегративного праворозуміння, яке поєднає, синтезує плюральні підходи до пізнання права⁸.

Однак продовжуються дискусії щодо можливості створення універсальної теорії права і, як зазначають учені, основна причина такої складності – різноманіття філософських і теоретичних концепцій права. О. Мережко зазначає з цього приводу, що власне, тут постає одвічне питання – що таке право? Єдиної відповіді на нього на сьогодні просто немає; але ж без вирішення цього основного питання вибудувати мета-теорію права просто неможливо. На його ж думку, юристи, які спеціалізуються в галузі національного права, і юристи-міжнародники уособлюють різні типи юридичного мислення. Якщо юрист, фахівець у галузі національного права, орієнтується у своєму мисленні на волю держави, то юрист-міжнародник виходить з ідеї міжнародної спільноти⁹.

Однак розуміння «методології права» і «правових методів» не є однозначним. Власне метод дослідження частіше всього розуміється як «шлях до чогось», процедура дослідження. Йдеться про певні дії, які спрямовані певними принципами на досягнення поставленої мети. Натомість поняття «методології» сприймається як наука про методи, вчення про способи пізнання. У широкому сенсі – це наука про обґрунтування наукових знань та побудови наукових систем. Методологія права є складовою юридичної науки, виходячи з того, що вона є системною знань, яка включена до певної пізнавальної системи. Разом із тим варто погодитися, що теоретична юридична наука жодним чином не залежить від позитивного права, оскільки вона створює об'єк-

© В.В. Копча, 2021

* *Vasyl Kopcha, Dr. hab. in Law, Associate Professor of Uzhhorod National University*

тивні знання того, який має бути закон, без підпорядкування авторитету закону. Звісно, ці знання є лише науковими знаннями, а не довільним виправленням чинного закону. Йдеться про привілей і найважливіше завдання будь-якої реальної науки не приймати державних позицій (законодавчих, виконавчих чи судових) стосовно того, що є правильним¹⁰.

До правової методології дослідження є можливість підійти також з інших позицій. У літературі зазначається, зокрема, що методологія – це наукова дисципліна, яка стосується визначення та систематизації методів, тобто відповідних способів розпізнавання предмета дослідження, відтак правова методологія – це наукова дисципліна, що займається методами розрізнення права та правових явищ. Разом із тим методика проведення правового дослідження охоплює відповіді на наступні запитання: Як підібрати тему? Як знайти відповідні матеріали – наприклад, джерела права + судову практику? Як скласти план роботи? Як писати? Як цитувати? Скільки має бути глав (підрозділів)? Як зробити конспект? Як дослідити тему? Окремим питанням є набір класичних методів опрацювання емпіричних джерел, зокрема: а) метод опису. Описові дослідження, як випливає з назви, описують стан справ, що існує в даний час. Він просто описує явище чи ситуацію, що вивчається, та їхні характеристики. Методи, які зазвичай використовуються в описових дослідженнях, це методи опитування всіх видів, включаючи порівняння та фактичні запити різних видів; б) метод концептуального аналізу. Концептуальне дослідження пов'язане з якоюсь абстрактною ідеєю або теорією. Його зазвичай використовують філософи та мислителі для розробки нових концепцій або для повторної інтерпретації існуючих; в) метод оцінювання. Оцінювальне дослідження стосується перевірки того, чи працюють правила на практиці, чи відповідають вони бажаним моральним, політичним, економічним цілям, чи відповідають законодавству, чи може працювати певна пропозиція щодо гармонізації з іноземним законодавством з урахуванням інших важливих розбіжностей у правовій системі. До інших особливих методологічних підходів належать: теорія раціонального вибору, теорія ігор, економічний аналіз права тощо¹¹.

Для правової методології дослідження важливими є ще декілька вагомих аспектів.

1. Поступовий перехід від національного контексту правового дослідження до наднаціонального характеру такого контексту. Правова наука сформувалася як коментування учених до діючих текстів законів та прецедентного права (XIX ст.), однак на сьогодні вона не може бути вичерпана цим. В останні роки тридцять разом із процесами інтернаціоналізації, європеїзації та глобалізації правнича наука значною мірою стала іншою, заохочуючи поєднання коментування (аналізу) (проєкту) норм, судової практики та розвитку подій у національних юрисдикціях із подібними процесами у міжнародно-правовому ракурсі. Більш того, юридична наука зосереджується на дослідженні найкращих способів розробки законодавства та того, як правові норми слід застосовувати у конкретних випадках, наприклад, з огляду на єдність практики та правової визначеності¹².

2. Для методологічного сприйняття правової реальності важливим є розуміння самого права, зокрема його співвідношення з іншими базовими регуляторами. У цьому контексті слід підтримати позицію, згідно з якою національні та міжнародні системи цінностей впливають із загальних та спільних цінностей, таких як гідність, рівність та свобода. Ця позиція стверджує, що вказані цінності підтверджують дотримання основних прав людини. У цьому виявляється сприйняття того, що право є кодифікацією моральних поглядів суспільства. Дійсність будь-якого національного правового порядку ґрунтується на фундаментальних принципах гідності, рівності та свободи, які закріплені у багатьох правилах національних правових порядків, але по суті належать до категорій етики, моралі та справедливості. Основні права людини як норми національного та міжнародного права одночасно належать і до моралі та етики, а відтак мають більше шансів бути гарантованими. Загальнолюдські цінності та основні права людини перетинаються, і таке перекриття цінностей та основних прав людини фіксує фундаментальну єдність між мовою права та мораллю. Отже, в цьому сенсі право – це концепція передових моральних принципів, яка є загальною для всіх учасників міжнародної спільноти і, як це загально визнано, є пізнаваною лише людським розумом¹³.

3. Обрання певного методу дослідження на емпіричному рівні (описовий, герменевтичний чи нормативний?) відображає дилему правничої науки: з одного боку, правнича наука не може ігнорувати надто складного предмета дослідження (реальності права та його контексту), а з другого боку, розуміння того, що надто широкий предмет загрожуватиме вийти на поле інших наук (юридична наука може просто не справитися з ним). Суто внутрішній аналіз правової системи, ізольований від будь-якого суспільного контексту, залишається варіантом і все ще спостерігається у підході багатьох учених, але оскільки право спрямоване на впорядкування суспільства та вплив на поведінку людини, такий підхід, як впливає з позиції багатьох, може бути недостатнім¹⁴.

4. Нарешті, методологія правового дослідження потребує ще одного – знаходження оптимального співвідношення емпіричного і теоретичного. Донедавна юридична наука демонструвала посилену увагу до емпіричних досліджень у розробці та оцінці права та політики й практиці юридичних органів. Однак слід погодитися з особливою цінністю використання не лише емпіричних методів дослідження при оцінці існуючої політики та практики, а й теорій суспільних наук. Теоретичне дослідження дає основу для уявлення та тестування різних моделей щодо того, як може працювати правова система¹⁵.

Торкаючись оптимальної методики проведення дослідження (на відміну від його методології), слід зазначити, що в процесі проведення правового дослідження алгоритм дій наступний: а) вибір координаційного центру дослідження; б) огляд літератури; в) постановка гіпотези; г) дизайн досліджень; д) збір даних; е) аналіз даних; є) інтерпретація даних; звіт. При цьому, звісно, слід мати на увазі, що право не знаходиться у вакуумі, воно діє в складному соціальному контексті. Воно відображає ставлення та норми поведінки, а

також контролює та формує їх. Однак, оскільки ці норми є також часово-просторовими, тобто змінюються з часом та простором, бажано, щоб право могло адаптуватися та бути динамічним, щоб впоратися зі змінами. Важливим при цьому є соціальний аудит права (закону), щоби виявити дистанцію між юридичним ідеалом та соціальною реальністю, а також дізнатися про причини, що їх зумовили. Врешті, правове дослідження – це систематичне розуміння права з метою його вдосконалення і, виходячи з того, що право діє в суспільстві, у цьому процесі вони впливають один на одного¹⁶.

Варто звернути увагу на наступні правові методи дослідження явища.

Системний метод правового дослідження. У літературі його інколи називають систематичним контент-аналізом, який спрямований на тексти (що завжди традиційно вчиняла юридична наука), а також до систематизації емпіричних юридичних досліджень¹⁷. У рамках правничої науки України (наприклад, І. Заморська) найчастіше системний підхід сприймається як методологічний напрям, основне завдання якого полягає у розробці методів дослідження та у формуванні певних об'єктів – систем різних типів. Такий підхід насамперед припускає що право – це структурно-елементне утворення, первинним елементом якого є правові норми, що для забезпечення найбільш ефективного регулювання окремих видів суспільних відносин об'єднуються у відповідні галузі, а також визначає правову нормативність як системне явище соціальної дійсності, яка проявляється через нормативно-правові приписи. Побудова всієї сукупності правових норм на основі певної послідовності та взаємозв'язку дає змогу говорити про складне, цілісне утворення – систему права¹⁸.

Доктринальний метод правового дослідження. Коли говорять про доктринальне правове дослідження, йдеться про дослідження юридичної концепції та принципів усіх типів справ, статутів (законів) і норм. Мета цього методу – стабільність та визначеність права. Цей спосіб дослідження охоплює систематичний аналіз законодавчого регулювання та правових принципів, що включаються або впливають із нього з метою їх логічного і раціонального впорядкування. Переважно такі дослідження проводяться суддями або ж викладачами права. До джерел доктринального дослідження належать: тексти законів, періодичні видання та коментарі, звіти комітетів парламенту, правові історії тощо¹⁹.

Історико-правовий метод дослідження. Для дослідження кожного правового явища важливим є з'ясування двох моментів функціонування явища: а) інтелектуальної історії, пов'язаної з ним; б) його інституційної історії. Насправді на сьогодні чимало актуальних проблем юриспруденції стали розроблятися внаслідок інтересу до історії.

Історико-правовий підхід при цьому охоплює від короткої (в мікросоціальних вимірах) до глобальної інтелектуальної історії, перетворивши дискурс правової історії за його обсягами далеко за межі традиційних національних чи релігійних кордонів, він став міжнародним та порівняльним за обсягом та орієнтацією. Взаємозв'язок між правовою історією та історичним аналізом права є багатоаспектним²⁰. Разом із тим історико-правовий метод є складовою методології, виступаючи історичним аналізом, він є видом критичного аналізу права, методом, який дозволяє подолати давнє і непродуктивне розмежування між «сучасною» і «традиційною» правничою наукою²¹.

Однак історичний підхід часто визначає орієнтири, що показують, як все розвивалося і розвивалося з роками. Відомий вислів О. Холмса «Життя права – це не логіка; це досвід» проявляє одну важливу річ: досвід не можна оцінити, якщо ми не оцінимо історію. Іншими словами, як говорить індійський вчений Рабіндра К. Патак (Rabindra K. Pathak): «Наш досвід продовжує зберігатись у формі історії. Сьогоднішній досвід є частиною історії завтрашнього дня. Досвід може бути інституційним або індивідуальним. Таким чином, історичний підхід до правових досліджень набуває великого значення для розуміння внеску, внесеного інституційно чи індивідуально в еволюцію та дію права». Цей же учений дійшов висновку, що історичний підхід до правових досліджень залишається відмінним по відношенню до будь-якого іншого підходу, оскільки він забезпечує основу для аналізу розвитку права, а також дії права як з внутрішньої, так і із зовнішньої точки зору. Особливо важливо, на його думку, врахувати величезний потенціал, який накопичує історичний підхід, стосовно його внеску до правових досліджень та розуміння того, як право працює, як тексто-во, так і контекстуально і який взаємозв'язок обох результатів для творення права²².

Висновки. Перше, методологія дослідження правових явищ потребує оновлення, виходячи зі зміни правової парадигми, пов'язаної з розумінням права (співвідношенням із державою та її функціями), та формуванням на початку XXI ст. правової реальності як на рівні національному, так і в міжнародно-правовому аспекті. Друге, сучасна методологія правового дослідження продовжує перебувати в координатах важливої дилеми щодо співвідношення «чисто» юридичних методів дослідження і так званих «міждисциплінарних» підходів. Третє, методологічний інструментарій (конкретні методи дослідження) правничої науки залишається невичерпним за змістом та особливо – за можливими комбінаціями їх уживання для досягнення пізнавального результату. На розширення їх каталогу впливає як розвиток юриспруденції та інших наук, їх гносеологічних складових, так і процеси глобалізації та інтернаціоналізації правового життя.

¹ Братасюк В. Особливості методологічного аналізу правової дійсності. *Вісник Академії МВС*. 2008. № 1–2. С. 74–87. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/ucnavs_2008_1-2_9

² Фальковський А.А. Концепції та функції методологічних підходів у сучасних правових дослідженнях. *Актуальні проблеми держави та права*. 2009. Вип. 45. С. 40–44. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp_2009_45_8

³ Фальковський А.А. Різноманітність аксіологічних підходів у методології права. *Актуальні проблеми держави та права*. 2009. Вип. 50. С. 73–79. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp_2009_50_13

⁴ Сердюк О.В. Методологічні дослідження в юриспруденції: зміна парадигм. *Актуальні проблеми держави та права*. 2005. Вип. 24. С. 217–224. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp_2005_24_32

⁵ Дудченко В.В., Манько Д.Г. Роль методології юридичної науки у формуванні інноваційного науково-правового мислення. *Актуальні проблеми держави і права*. 2003. Вип. 21. С. 13–17. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp_2003_21_3

⁶ Кельман М.С. Методологічна ситуація в сучасній юриспруденції та тенденція розвитку її методології. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Правознавство*. 2013. Вип. 5. С. 4–8. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvmgu_jur_2013_5_3

⁷ Данилян О.Г. Теоретико-методологічні проблеми захисту прав людини в сучасному суспільстві. *Вісник Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого*. Серія: Філософія, Філософія права, Політологія, Соціологія. 2013. № 3. С. 84–91. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vnyua_2013_3_13

⁸ Лук'янова Г.Ю. Методологічний пошук синтезу типів праворозуміння в сучасній українській юриспруденції. *Європейські перспективи*. 2012. № 2 (2). С. 53–59. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/evpe_2012_2\(2\)_11](http://nbuv.gov.ua/UJRN/evpe_2012_2(2)_11)

⁹ Мережко О. До питання про можливість створення універсальної теорії права. *Філософія права та загальна теорія права*. 2013. № 1. С. 180–182. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/filpr_2013_1_17

¹⁰ Jan Pinz. Ancient Methodology in Architects' First Aid. *DNY PRÁVA 2013 – DAYS OF LAW 2013. Part I. Actual Otázky Ancient Methodology Eds.: Miloš Vecer and Tatiana Machalová Jiří Valdhans*. S. 81–91. URL: https://www.academia.edu/7215406/Srokosz_Jacek_The_American_discussion_on_the_value_of_the_Langdell_s_education_method_of_teaching_students_to_think_like_a_lawyer_and_possimulation_ation_in_Palliance

¹¹ Miodrag Jovanovic. Legal Methodology & Legal Research and Writing. URL: Access mode: <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/materials/jovmio/mei/Legal%20methodology%20and%20legal%20research%20and%20writing.pdf>

¹² Philip Langbroek, Kees van den Bos, Marc Simon Thomas, Michael Milo, Wibo van Rossum Legal Research Methodology: Challenges and Opportunities. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3118156

¹³ Jernej Letnar. International value system, fundamental human rights and law. Nova Gorica, October 15–16, 2009 European Faculty of Law in Nova Gorica Slovenia. URL: https://www.evro-pf.si/media/website/2013/04/knjizica_LegArg2009-final-PDF.pdf

¹⁴ Legal Research Methodologies. Which Kind of Method for What Kind of Discipline? Editor: Mark Van Hoecke. 28-02-2011 1st. 310. URL: <https://www.bloomsburyprofessional.com/en/methodologies-of-legal-research-9781847317803/>

¹⁵ Tyler, Tom, Methodology in Legal Research (December 12, 2017). *Utrecht Law Review*, Vol. 13, No. 1 3, p. 130–141, 2017. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3128268>

¹⁶ Legal research. Prof. dr. (Dr.) Ranbir Singh. Prof. dr. (Dr.) G.S. Bajpai. URL: http://epgp.inflibnet.ac.in/epgpdata/uploads/epgp_content/law/09_research_methodology/02_legal_research/et/8149_et_et.pdf

¹⁷ The Value of Systematic Content Analysis in Legal Research. Maryam Salehijam. *International Journal of Law*. Volume 3. Issue 5. September 2017. Page No. 128–130.

¹⁸ Заморська Л.І., Системний підхід у вивченні правової реальності. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України*. 2016. № 7. С. 38–44. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vprc_2016_7_6

¹⁹ Vijay M. Gawas. Doctrinal legal research method a guiding principle in reforming the law and legal system towards the research development. URL: <http://www.lawjournals.org/archives/2017/vol3/issue5/3-5-13>

²⁰ Bryan Wagner. Historical Method In The Study of Law And Culture. *The Oxford Handbook of Legal History*. Edited by Markus D. Dubber and Christopher Tomlins. URL: <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780198794356.001.0001/oxfordhb-9780198794356>

²¹ Dubber, Markus D., *Legal History As Legal Scholarship: Doctrinalism, Interdisciplinarity, and Critical Analysis of Law* (July 13, 2017). *Oxford Handbook of Historical Legal Research*, 2016. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3002587>

²² Rabindra Kr. Pathak. Historical Approach to Legal Research. URL: https://www.researchgate.net/publication/336676844_Historical_Approach_to_Legal_Research

Резюме

Копча В.В. Правові методи дослідження явища: загальні поняття, структура, інструментарій.

У статті досліджуються правові методи явища. При цьому особливу увагу було приділено таким аспектам, як з'ясування основних підходів до розуміння методології та її співвідношення з методикою дослідження; дослідження обсягу та структури поняття методології; окреслення основних методів дослідження.

Автором зроблені висновки за результатами дослідження. Перше, методологія дослідження правових явищ потребує оновлення, виходячи зі зміни правової парадигми, пов'язаної з розумінням права (співвідношенням із державою та її функціями), та формуванням на початку ХХІ ст. правової реальності як на рівні національному, так і в міжнародно-правовому аспекті. Друге, сучасна методологія правового дослідження продовжує перебувати в координатах важливої дилеми щодо співвідношення «чисто» юридичних методів дослідження і так званих «міждисциплінарних» підходів. Третє, методологічний інструментарій (конкретні методи дослідження) правничої науки залишається невичерпним за змістом та особливо – за можливими комбінаціями їх уживання для досягнення пізнавального результату. На розширення їх каталогу впливає як розвиток юриспруденції та інших наук, їх ґносеологічних складових, так і процеси глобалізації та інтернаціоналізації правового життя.

Ключові слова: право, методологія дослідження, методи дослідження, системний метод, догматичний метод, історико-правовий метод.

Резюме

Копча В.В. Правовые методы исследования явления: общин понятие, структура, инструментарий.

В статье исследуются правовые методы явления. При этом особое внимание было уделено таким аспектам, как выяснение основных подходов к пониманию методологии и ее соотношению с методикой исследования; исследования объема и структуры понятия методологии; определение основных методов исследования.

Автором сделаны выводы по результатам исследования. Первое, методология исследования правовых явлений нуждается в обновлении, исходя из изменения правовой парадигмы, связанной с пониманием права (соотношением с государством и его функциями), и формированием в начале ХХІ в. правовой реальности как на уровне национальном, так и в международно-

правовом аспекте. Второе, современная методология правового исследования продолжает находиться в координатах важной дилеммы о соотношении «чисто» юридических методов исследования и так называемых «междисциплинарных» подходов. Третье, методологический инструментарий (конкретные методы исследования) юридической науки остается неисчерпаемым по содержанию и особенно – по возможным комбинациям их употребления для достижения познавательного результата. На расширение их каталога влияет как развитие юриспруденции и других наук, их гносеологических составляющих, так и процессы глобализации и интернационализации правовой жизни.

Ключевые слова: право, методология исследования, методы исследования, системный метод, догматический метод, историко-правовой метод.

Summary

Vasyl Kopcha. Legal methods of research of the phenomenon: general concepts, structure, tools.

The article is aimed at studying the legal methods of the phenomenon. Particular attention was paid to such aspects as clarifying the main approaches to understanding the methodology and its relationship with the research methodology; study of the scope and structure of the concept of methodology; outlining the main research methods.

The author draws conclusions from the results of the study. First, the methodology of research of legal phenomena needs to be updated based on the change of the legal paradigm related to the understanding of law (relationship with the state and its functions) and the formation of legal reality at the beginning of the XXI century both nationally and internationally. Second, the modern methodology of legal research continues to be in the coordinates of an important dilemma regarding the relationship between “purely” legal research methods and the so-called “interdisciplinary” approaches. Third, the methodological tools (specific research methods) of legal science remain inexhaustible in content and especially in the possible combinations of their use to achieve a cognitive result. The expansion of their catalog is influenced by the development of jurisprudence and other sciences, their epistemological components, and the processes of globalization and internationalization of legal life.

Regarding the optimal methodology of the study (as opposed to its methodology), it should be noted that in the process of conducting a legal study, the algorithm is as follows: a) the choice of the coordination center of the study; b) literature review; c) statement of the hypothesis; d) research design; e) data collection; f) data analysis; g) interpretation of data; report. At the same time, of course, it should be borne in mind that law is not in a vacuum, it operates in a complex social context. It reflects attitudes and norms of behavior, as well as controls and shapes them. However, since these norms are also temporal-spatial, ie they change with time and space, it is desirable that the law be able to adapt and be dynamic to cope with the changes. It is important to have a social audit of the law (law) to identify the distance between the legal ideal and social reality, as well as to find out the reasons that led to them.

Key words: law, research methodology, research methods, system method, dogmatic method, historical-legal method.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.03

УДК 342.5 + 330.8

О.В. СТОВПЕЦЬ

*Олександр Васильович Стовпець, доктор філософських наук, професор Одеського національного морського університету**

ORCID: 0000-0001-8001-4223

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ НОВОГО КЕЙНСІАНСТВА Й ЛІБЕРТАРІАНСТВА В СУЧАСНИХ ДЕРЖАВОЗНАВЧИХ ДИСКУСІЯХ

Постановка проблеми. Ідеологічний конфлікт між індивідуалізмом та колективізмом здавна присутній у житті цивілізації, особливо західної (до якої в цілому можливо віднести й Україну). Та проблема пандемії знову актуалізує роздуми щодо того, яке співвідношення – між індивідуалізмом і соціальною солідарністю, між розрахунком тільки на свої сили та комунітарним підходом до організації соціально-економічної системи – могло б вважатися оптимальним, і якою все ж повинна бути роль держави в умовах, що склалися.

Якщо ще більше конкретизувати поставлене питання, то йдеться про те, у чому ж має полягати роль держави в економіці? Хоча різні школи економічної думки дають на це питання різні відповіді, протягом останніх кількох десятиліть у «мейнстрімній» лінії економічної теорії вкоренилося негативне ставлення до багатьох аспектів державного втручання в економіку. Ймовірно, відбулося це зусиллями Ф. фон Гайєка^{1,2}, Дж. Б'юкенена³, Р. Лукаса⁴. Окремо від них, ідейною натхненницею концепції «нульової держави» можна назвати А. Ренд з її відомими творами^{5,6}. Вона виходила з того, що метою життя кожної людини є прагнення до власного щастя. При цьому соціальна система повинна забезпечувати індивідуальні права людей, що досягається дотриманням принципу *Laissez-faire* (невтручання держави в економіку). Зазначений принцип лежить в основі такої ідейної течії, як лібертаріанство (лібертаріанізм). Але серйозну опозицію йому становлять переосмислені ідеї Дж. Кейнса^{7,8}, концептуалізовані в рамках т.зв. «нового кейнсїанства».

© О.В. Стовпець, 2021

* *Oleksandr Stovpets, Dr. Hab. in Philosophy, Professor of Odessa National Maritime University*

Разом із тим реалізація на практиці трактувань ролі держави в працях Л. фон Мізеса^{9,10}, Ф. фон Гайєка¹¹, почасти – М. Фрідмана¹² майже в усіх пострадянських країнах призвела до великої кількості негативних наслідків, багато з яких не подолано й досі. Головні серед них – сформовані в ході зазначених перетворень неефективні соціальні інститути, які гальмують економічне зростання. Ситуацію непросто змінити, якщо не відмовитися від укорінених стереотипів щодо ролі, функцій та місця держави у господарському житті суспільства.

Мета статті. Спробуємо провести порівняльно-правовий і структурно-функціональний аналіз згаданих вище концепцій, розмірковуючи про сучасну роль держави як з лібертаріанських, так і з ново-кейнсіанських позицій. Вказуючи на сильні й слабкі моменти в тому і в іншому вченнях, намагатимемося обґрунтувати, чому лібертаріанський концепт нині менш адекватний, одночасно уточнюючи сенс «нового кейнсіанського» погляду на те, якою має бути держава.

Виклад основного матеріалу. В останній чверті ХХ ст. ідея активного державного втручання в економіку піддалася масованій критиці, зокрема з боку таких поважних представників «неоавстрійської» школи економічної теорії, як лауреати Нобелівської премії з економіки – Ф. фон Гайєк, Дж. Б'юкенен, Р. Лукас. У результаті установка на «активну державу» виявилася значною мірою дискредитованою, і багато в чому вона залишається у такому статусі й донині. Шкідливий вплив деяких стереотипів, сформованих діяльністю цих авторитетних вчених, потребує пом'якшення. Нижче стисло викладемо основні аспекти критики кожного з цих мислителів.

З точки зору Ф. фон Гайєка^{1,2,11}, втручання держави у економіку засноване на хибному розумінні стихійного характеру багатьох важливих соціальних і економічних явищ. Він каже і про спонтанність порядку, що встановлюється в ринковому господарстві, і про спонтанний характер еволюції інститутів цього господарства. Система господарювання досягає певної впорядкованості без «направляючої руки» якогось могутнього центру влади, самостійно. Крім того, ідеологи державного втручання (як стверджує Гайєк) ігнорують гіпотезу «розсіяного знання». Кожен агент окремо володіє обмеженою інформацією, але значна частина цієї інформації відома тільки йому і не відома іншим агентам. Ринкова система, через конкуренцію і вільне ціноутворення, акумулює та обробляє ці знання. Результатом стає саме така структура цін, яка ідеально відображає існуючі в суспільстві технологічні можливості та споживчі вподобання. Таким чином, практично будь-яке державне втручання і спроба регулювати економіку спотворюють відносні ціни, порушують структуру розміщення ресурсів, тим самим дезорієнтуючи агентів.

З точки зору Дж. Б'юкенена³, втручання держави у економіку зумовлюється прагненням осіб, які перебувають при владі, якнайкращим чином задовольнити свої приватні інтереси. Для цього вони і намагаються постійно розширювати масштаби присутності держави у економіці. Головна проблема полягає в тому, що самі рішення, які приймаються державними посадовими особами, найчастіше аж ніяк не служать «спільному благу», а стають наслідком боротьби різних лобістських угруповань за ресурси, блага, активи тощо. Іншими словами, цільові орієнтири осіб, які перебувають при владі, принципово не відрізняються від цільових функцій приватних агентів.

З точки зору автора «концепції раціональних очікувань» Р. Лукаса⁴, втручання держави в економіку, як правило, передбачується приватними агентами (тобто всіма учасниками економічних відносин), чий очікування формуються раціонально. Тому ці агенти приймають, зрештою, *не ті* рішення, на які розраховує уряд. Іншими словами, державне втручання необґрунтовано змінює об'єктивні існуючі взаємозв'язки між економічними перемінними. У відомій (в економічному середовищі) теоремі еквівалентності Рікардо-Барро, зокрема, зазначається, що спроби держави стимулювати приватне споживання, знижуючи податки і фінансуючи державні витрати через емісію державних облігацій, виявляються приреченими на поразку. Адже раціональні агенти розуміють, що в майбутньому держава захоче поліпшити бюджетні справи, знову збільшивши податки. Економічні агенти намагаються заздалегідь до цього підготуватися, розширюючи обсяги своїх заощаджень. У результаті зниження податків, на думку Р. Лукаса, частіше стимулює не споживання, а збереження.

Подібні уявлення глибоко вкоренилися в магістральній економічній думці та спонукають значну кількість економістів сприймати більшість різновидів активного державного втручання у економіку скоріш як шкідливі. Багато в чому з цими ж міркуваннями були пов'язані й рекомендації представників Вашингтонського консенсусу щодо стратегій трансформації планових господарств у ринкові системи в 1990-і, в ході проведення системних перетворень в країнах колишнього соціалістичного блоку. Ідея якнайшвидшого і великомасштабного, вкрай стрімкого виходу держави з економіки була одним із ключових аспектів «шоко-терапевтичних» рекомендацій, які навряд чи були б сформульовані так категорично, якби не «анти-статичний» тренд магістральної економічної теорії того часу, що на ідеологічному рівні трансформується у *лібертаріанський* світогляд.

Значною мірою підірвати концептуальні засади згаданих вище поглядів здатний фактор *невизначеності* (саме на ньому роблять акцент представники т.зв. нової кейнсіанської течії). Щодо першого напряму критичної «атаки на державу», в дусі Гайєка, можна сказати, що існування фундаментальної невизначеності часто призводить до того, що система ринкового капіталізму на довгі роки поринає у кризові стани, з яких вона не здатна вибратися самостійно. Саме тоді й потрібна участь держави. До того ж, ринкова система не в змозі акумулювати релевантну інформацію, оскільки в умовах фундаментальної невизначеності значна її частина ще просто не створена. Пов'язані між собою система цін і рішення людей часто є наслідком дотримання зви-

чок, емоцій і паттернів групової поведінки, а зовсім не раціонального врахування реальних технологічних можливостей і споживацьких вподобань.

На додаток, підхід Гайєка дуже сильно недооцінює роль ринкової влади. Адже для зниження невизначеності окремі агенти намагаються поставити під контроль значущі для них перемінні та, зокрема, ціни. Цього контролю домагаються ті, хто переміг у конкурентній боротьбі. Результатом усього цього стає той факт, що ціни відображають насамперед саме ринкову владу тих агентів, які найбільшою мірою досягли успіху в процесі суперництва, а не об'єктивні технологічні можливості та споживчі бажання. У такому разі державне втручання в економіку, в тому числі й у процеси ціноутворення, часто не тільки не спотворює структуру відносних цін, а коригує і балансує її, знижуючи в цих цінах частку ринкової влади представників великого бізнесу (за умови, що державна влада та крупний бізнес – це різні суб'єкти).

Таким чином, якщо зовсім усунути державне регулювання, то в багатьох випадках «невидима рука ринку» і «спонтанний порядок» працюють неефективно. Система ринкового капіталізму – це система, у якій рішення приймаються в умовах фундаментальної невизначеності агентами, котрі керуються звичками, емоціями і стандартами групової поведінки. При цьому економічні агенти розрізняються між собою за ступенем ринкової влади. Держава може послаблювати впливовість і агресивність окремих агентів антимонопольними та іншими регуляторними методами, а також шляхом створення різних соціально-економічних інститутів. Досвід економічного розвитку в ХХ ст., включаючи й Велику депресію та інші кризи, вказує на невідповідність рекомендацій Ф. фон Гайєка складній соціальній реальності сучасних економічних систем.

Не цілком відповідають нинішній реальності також ідеї Дж. Б'юкенена³. Оскільки далеко не завжди державні посадові особи прагнуть до розширення масштабів присутності держави. Серед основних ілюстрацій – феномени «рейганоміки» й «тетчеризму». Політики, які прийшли до влади у Великобританії, США і деяких інших розвинених країнах на рубежі 1970–1980-х рр., своїми діями – від підпорядкування грошової політики монетаристським правилам до зниження податків і масштабної приватизації – різко скоротили ступінь втручання держави у сферу економіки¹³. Тут доречно навести висловлювання Дж. Кейнса про те, що ідеї економістів і політичних мислителів – і коли вони праві, і коли помиляються, – мають набагато більше значення, ніж прийнято думати. Насправді, сила корисливих інтересів значно перебільшується порівняно із поступовим посиленням впливу ідей⁷.

Також доволі сумнівні, з неокейнсіанської точки зору на роль держави, теоретичні побудови Р. Лукаса і його послідовників щодо *раціональних очікувань* учасників соціально-економічних відносин. Згадувана вище теорема еквівалентності Рікардо-Барро в нинішніх умовах практично не працює насамперед з тієї причини, що в умовах фундаментальної невизначеності економічні агенти не здатні бачити майбутнє на значний проміжок часу. Їм доводиться спиратися на звичаї, суспільну свідомість та групову поведінку під час прийняття рішень. У результаті люди не так вже часто замислюються про те, що робитиме держава через декілька років.

Ймовірно, саме тому зниження податкових ставок швидше сприймається домогосподарствами так, як описують кейнсіанські моделі: економічні агенти зазвичай збільшують свої витрати на споживання, в результаті зростає сукупний попит, і економіка отримує шанси на поживлення. Стосовно ж гіпотези раціональних очікувань можна також додати, що наявність невизначеності робить будь-які розрахунки про параметри й співвідношенні попиту і пропозиції вельми умовними. Можна сказати, що в умовах невизначеності очікування носять конвенціональний характер: кожна людина сприймає поведінку інших людей як джерело додаткових знань¹⁴.

Взагалі ж «невизначеність» – одне з ключових понять у новій кейнсіанській теорії. У цьому плані необхідно усвідомлювати різницю між *неясністю* (ambiguity), за якої відсутню інформацію в принципі може бути виявлено, і *фундаментальною невизначеністю* (fundamental uncertainty), за якої відсутня інформація ніяк не може бути виявлена, оскільки її ще навіть не створено¹⁵. Новий кейнсіанський підхід виходить з принципу історичного часу, згідно із яким минуле є незворотнім, а майбутнє – невизначеним. Саме в історичному часі рухається економічне середовище, що характеризується т.зв. неергодичністю¹⁶, тобто онтологічними відмінностями між минулим, теперішнім та майбутнім. Це невід'ємна властивість складної економічної системи, тобто такої системи, у якій виробництво здійснюється за допомогою активів тривалого користування, а також має місце поділ праці та її спеціалізація.

Для зниження невизначеності в складній системі люди та їхні групи формують специфічні *економіко-правові інститути*. Якщо ми звернемося до інститутів, які утворили ринковий капіталізм, або т.зв. «грошову економіку», то чи не найважливішим з таких інститутів є форвардні контракти¹⁷. Адже вони забезпечують певні гарантії, що стосуються майбутніх матеріальних і грошових потоків. Форвардні контракти є формою контролю над заробітною платою і цінами, конвертуючи невизначеність у відносну визначеність, однак не за допомогою ймовірного аналізу, а шляхом фіксації й гарантування майбутніх цін і витрат¹⁸.

Подібно до того як природа не терпить порожнечі, так і економічна система є нетолерантною до невизначеності. Вона реагує на відсутність інформації, яку ринок не в змозі забезпечити, створенням інститутів, що зменшували б ступінь невизначеності. Контракти – один із таких найважливіших інститутів. Однак чи може суспільство обійтися без державного втручання у контрактній сфері? Мабуть, може, але тільки за умови, що всі контрагенти будуть дотримуватися своїх контрактних зобов'язань, що на практиці відбувається далеко не завжди. Тому відповідь на питання про можливість повністю усунути державу зі сфери приватних економічних відносин (як пропонують лібертаріанці) – швидше негативна. Держава все ж є гарантом законності та стабільності в економічних правовідносинах.

Тут ми впритул підходимо до необхідності прояснення ново-кейнсіанського трактування основних інституційних функцій держави. У світлі вищесказаного державу можна розглядати не тільки як виконавця соціальних зобов'язань, як гаранта законності й правосуддя, а й як інститут, що виконує функцію захисту форвардних контрактів. На думку кейнсіанців нової хвилі, головна функція держави полягає зовсім не в усуненні негативних екстерналій і не у боротьбі з монополіями, а в тому, щоб забезпечувати легальний і легітимний примус до виконання контрактних зобов'язань. Нездатність або небажання держави виконувати цю функцію нерідко йменується (у посткейнсіанській термінології) «інституційною неадекватністю держави»¹⁹. Така якість державного функціонування ставить під загрозу саме існування грошової економіки. Адже інституційна неадекватність держави як «захисника контрактів» підриває довіру до таких контрактів, внаслідок чого більшість людей будуть уникати їхнього укладення. Тоді система форвардних контрактів почне руйнуватися, ступінь невизначеності – зростати, з усіма несприятливими макроекономічними наслідками в майбутньому.

У попередніх дослідженнях ми вже розмірковували про зростання ролі держави в умовах екстраординарних обставин²⁰, а також про зміни у *співвідношенні статусів* держави (суверена), громадянського суспільства і особи у різних культурно-історичних^{21,22} та соціально-економічних²³ умовах. Результати цих досліджень, можливо, варто було б доповнити аналізом інших не менш важливих інституційних функцій держави, серед яких: охорона і захист прав власності, забезпечення конкурентного доступу на ринки (що особливо актуально для України в світлі нашої участі в СОТ та в Угоді про асоціацію з ЄС), формування своєчасних і несуперечливих законів, грамотна регуляторна політика у фінансовому секторі, сприятлива податково-фіскальна політика. Ефективна держава створює організаційно-правові умови для розвитку. Належне виконання цих функцій багато в чому допомагає знижувати загальний ступінь невизначеності в економіці.

Таким чином, основне «інституційне призначення» держави полягає в тому, щоб упорядкувати господарське та соціальне життя в суспільстві, яке страждає від невизначеності. Ось чому кейнсіанці нової хвилі схильні розглядати державу передусім як інститут, що зменшує невизначеність (англ. uncertainty-reducing institution)²⁴. Саме в тому, наскільки ефективно держава зменшує невизначеність, якраз і проявляється загальна успішність її діяльності. Занадто високий рівень невизначеності пригнічує інвестиційну та інноваційну активність і прирікає національну економіку на стагнацію.

Іншими словами, в сучасному світі як *інституціональна неадекватність держави*, так і її *повна відстороненість* від участі в економічних процесах у довгостроковій перспективі згубна для розвитку суспільства, оскільки призводить до швидкого технологічного і соціально-економічного відставання. Разом із тим і *надмірне втручання* в приватно-економічну сферу, *зайвий етатизм і патерналізм* щодо громадян не позбавляють грошову економіку серйозних проблем. У зв'язку із цим, усвідомлюючи, що ідеологія лібертаріанства в умовах серйозних криз дає збій і демонструє свою неспроможність вирішити концептуальні проблеми суспільства, одночасно ми змушені констатувати, що й нова кейнсіанська концепція може бути названа правильною лише із певним ступенем умовності. Вона також вимагає постійного коригування в режимі реального часу.

Висновки. Сучасні державознавчі дискусії щодо лібертаріанської ідеології дають змогу говорити про амбівалентну природу лібертаріанізму. Бо, з одного боку, тут робиться акцент на принципі *Laissez-faire*, на «мінімальній державі», яка зайвий раз не втручається у приватні сфери життя, й наголос на індивідуальну ініціативу і здатність людського виду домовлятися. Держава в такому контексті навіть розглядається мало не як джерело утриманських настроїв і завищених очікувань з боку інертної більшості населення. З іншого боку, дана ідеологія не дає чітких відповідей на такі важливі питання, як гарантії безпеки (особливо в умовах зовнішньої агресії), боротьба з наслідками серйозних катастроф, реалізація масштабних соціальних програм і всі інші проблеми, які зазвичай прийнято вирішувати за участю держави. Саме в цьому і полягає невідповідність лібертаріанізму життєвим реаліям сьогодення навіть у найбільш розвинених країнах.

Усі ці міркування вказують на те, що широкомасштабне макроекономічне втручання держави в економіку достатньо часто стає необхідним не тільки для її успішного функціонування, а й для елементарного виживання в умовах екзистенціальних криз. При цьому ми вважаємо, що основні принципи *нової кейнсіанської концепції держави* можна сформулювати наступним чином.

По-перше, в умовах фундаментальної невизначеності держава відіграє роль органу, який несе основну відповідальність за зниження рівня цієї невизначеності. Подібне зниження може здійснюватися за рахунок виконання як інституційних функцій на кшталт захисту прав власності та контрактів, так і макроекономічних функцій, серед яких: проведення дискреційної фіскальної політики, впровадження заходів зі стабілізації ринків, заохочення т.зв. політики доходів тощо. При цьому нерідко доволі складно кваліфікувати такі функції як суто інституціональні або ж як макроекономічні.

По-друге, ефективність діяльності держави щодо зменшення невизначеності проявляється передусім у тому, якою є структура вкладень економічних агентів у активи тривалого користування. Чим більше коштів вкладається у виробничі активи, які дають значний внесок у ВВП і створення робочих місць, тим успішнішою є держава, і тим більше в неї соціальних резервів. І навпаки, чим більше коштів вкладається у невиробничі активи (в гроші та сурогатні засоби накопичення на кшталт іноземної валюти, старого фонду нерухомості, антикваріату тощо), тим менш успішною стає держава. Сприятливий інвестиційний клімат в країні, в свою чергу, залежить від її *законодавства* та від спроможності держави *змусити ці закони працювати*.

Макроекономічне втручання, обґрунтоване Дж. Кейнсом і наступними поколіннями представників різних гілок кейнсіанства, за багатьма параметрами себе виправдовує. Воно набуває все більш широкого засто-

сування в сьогоdnішньому світі, що підтверджується тим комплексом заходів, які реалізуються розвиненими економіками в умовах світових фінансових криз, пандемій, інших чинників нестабільності й невизначеності. Багато проявів державної активності в області макроекономічної політики сьогодні майже неможливо відокремити від виконання державою своїх інституціональних функцій.

¹ Hayek F.A. *The Road to Serfdom*. London; Chicago: University of Chicago Press, 1944. 266 p.

² Гайек Ф.А. Індивідуалізм та економічний порядок (Originally published: *Individualism and Economic Order*, 1948) / пер. з англ. Харків: Акта, 2002. 418 с.

³ Buchanan J.M. *The limits of liberty: between anarchy and Leviathan*. London; Chicago: University of Chicago Press, 1975. 210 pages.

⁴ Lucas R.E. Expectations and the Neutrality of Money. *Journal of Economic Theory*. 1972. Vol. 4 (2). P. 103–124. DOI: 10.1016/0022-0531(72)90142-1

⁵ Ренд А. Атлант розправив плечі (Originally published: *Atlas Shrugged*, 1957) / пер. Київ: Наш Формат, 2015. 456 с.

⁶ Ренд А. Джерело (Originally published: *The Fountainhead*, 1943) / пер. Київ: Наш Формат, 2016. 752 с.

⁷ Кейнс Дж.М. Общая теория занятости, процента и денег (Originally published: *The General Theory of Employment, Interest and Money*, 1936) / пер. Москва: Прогресс, 1978.

⁸ Keynes J.M. *A Treatise on Money*. Vol. I, *The Pure Theory of Money*. London: Macmillan, 1930. 363 p.

⁹ Мизес Л. Индивид, рынок и правовое государство. *Антология* / под ред. Д. Антисери и М. Балдини. Санкт-Петербург: Пневма, 1999. 196 с.

¹⁰ Мизес Л. Либерализм в классической традиции (Originally published: *Liberalism: the classical tradition*). Москва: Социум, 2001. 239 с.

¹¹ Гайек Ф.А. Право, законодательство и свобода. Нове визначення ліберальних принципів справедливості і політичної економії / пер. з англ. В. Дмитрук. Київ: Аквілон-Прес, 2000. 448 с.

¹² Фридман М. Капіталізм і свобода (Originally published: *Capitalism and Freedom*, 1962) / пер. з англ. Н. Рогачевська. Київ: Наш Формат, 2017. 216 с.

¹³ Pressman S. *The Role of the State and the State Budget*. In: *A New Guide to Post-Keynesian Economics*. Ed. by R.P.F. Holt and S. Pressman. London; New York: Routledge, 2001. P. 102–113.

¹⁴ Arestis P. *Post-Keynesian Economics: Towards Coherence*. *Cambridge Journal of Economics*. 1996. Vol. 20 (1). P. 111–135.

¹⁵ Розмаинский И.В. Неопределенность и институциональная эволюция в сложных экономических системах: посткейнсианский подход. *Вопросы экономики*. 2009. № 6. С. 48–59.

¹⁶ Gray R.M. *Probability, random processes, and ergodic properties*. 2nd edition. New York: Springer, 2009. 322 p.

¹⁷ Шемшученко Ю.С. Форвардні угоди. *Юридична енциклопедія: у 6 т.* Київ: Українська енциклопедія ім. М.П. Бажана, 2004. Т. 6. 768 с.

¹⁸ Rousseas S. *Post Keynesian Monetary Economics*. 3rd edition. London: Macmillan, 1998. 126 p.

¹⁹ Davidson P. *Post Keynesian macroeconomic theory: a foundation for successful economic policies for the twenty-first century*. 2nd edition. Cheltenham: Elgar, 2014. 354 p.

²⁰ Стовпець О.В. Філософсько-правові роздуми щодо статусу громадянського суспільства в умовах застосування державою екстраординарних повноважень. *Часопис Київського університету права* (Law Review of Kyiv University of Law, ISSN 2219-5521). 2021. № 1. С. 31–37. DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.04.

²¹ Stovpets O.V. Chinese legal-philosophic syncretism and its influence to value orientations of the Chinese society. *Skhid* (Схід, ISSN 1728-9343). 2019. № 1 (159). P. 55–60. DOI: [https://doi.org/10.21847/1728-9343.2019.1\(159\).157856](https://doi.org/10.21847/1728-9343.2019.1(159).157856)

²² Borinshtein Y., Stovpets O., Kukshinova O., Kisse A., Kucherenko N. Phenomena of freedom and justice in the interpretations of T. Hobbes and J. Locke. *Amazonia Investiga* (ISSN 2322-6307). 2021. Vol. 10 (42). P. 255–263. DOI: <https://doi.org/10.34069/AI/2021.42.06.24>

²³ Stovpets O. Sinitic civilization's worldview features and their system-forming role in the complex of social relations in modern China. *Interdisciplinary Studies of Complex Systems* (Міждисциплінарні дослідження складних систем, ISSN 2415-3761; 2307-4515). 2020. Vol. 17. P. 59–72. DOI: <https://doi.org/10.31392/iscs.2020.17.059>

²⁴ Palley T.I. *Post Keynesian Economics: Debt, Distribution and the Macroeconomy*. London: Palgrave Macmillan, 1996. 239 p.

Резюме

Стовпець О.В. Теоретико-правові аспекти нового кейнсіанства й лібертаріанства в сучасних державознавчих дискусіях.

Досліджується проблема сучасного правового статусу держави та різні погляди щодо її головних функцій з позицій лібертаріанства і нового кейнсіанства. Позначаються сильні й слабкі сторони в обох філософсько-економічних течіях. Робиться спроба обґрунтувати з філософсько-правових позицій, чому лібертаріанський концепт нині менш життєздатний. Одночасно уточнюється зміст «нового кейнсіанського» погляду на те, якою має бути держава. Робиться висновок, що бачення функцій держави прихильниками «нового кейнсіанства» за багатьма параметрами себе виправдовує, при цьому прояви державної активності у сфері макроекономічної та соціальної політики сьогодні майже неможливо відокремити від виконання державою своїх інституційних функцій.

Ключові слова: держава, соціально-економічна політика, функції держави, невтручання, регулювання, лібертаріанство, нове кейнсіанство.

Резюме

Стовпець А.В. Теоретико-правовые аспекты нового кейнсианства и либертарианства в современных дискуссиях о государстве.

Исследуется проблема современного правового статуса государства и разные взгляды относительно его главных функций с позиций либертарианства и нового кейнсианства. Обозначаются сильные и слабые стороны в обоих философско-эконо-

мических течениях. Делается попытка обосновать с философско-правовых позиций, почему либертарианский концепт ныне менее состоятелен. Одновременно уточняется смысл «нового кейнсианского» взгляда на то, каким должно быть государство. Делается вывод, что видение функций государства сторонниками «нового кейнсианства» по многим параметрам себя оправдывает, при этом проявления государственной активности в области макроэкономической и социальной политики сегодня почти невозможно отделить от выполнения государством своих институциональных функций.

Ключевые слова: государство, социально-экономическая политика, функции государства, невмешательство, регулирование, либертарианство, новое кейнсианство.

Summary

Oleksandr Stovpets. Legal-theoretical aspects of the New Keynesianism and Libertarianism in current political discussions.

The main object of this research is a problem of contemporary legal status of the State, and different views on its key functions, which are investigated from the standpoint of Libertarianism and New Keynesianism. Strengths and weaknesses in both philosophical-economic concepts are indicated, taking into account their implications inside a Legal system. Here is made an attempt to substantiate, from a legal-philosophic standpoint, why the libertarian concept is now less consistent. At the same time, we try to clarify the meaning of the “New Keynesian” view of what the State should be.

Libertarian ideology and libertarianism as its product has ambivalent nature. On the one hand, there is an emphasis on the Laissez-faire principle, on the “minimal state” and non-interference in private spheres of life, on individual initiative and the negotiability of the humankind. In this context, the State is even considered as a source of dependent sentiments and inflated expectations of those parts of the population, which are used to define as “an inert majority”. On the other hand, this ideology does not provide intelligible answers to such important questions as national security guarantees (especially in conditions of external aggression), the issues of prevention and mitigation of the consequences of dangerous disasters, the implementation of large-scale social programs, and all other substantial problems that are usually resolved with the participation of the State. All these issues show-up an essential misconception of libertarianism, and give an evidence of serious mismatch of this ideology with the realities of today’s life, even in the most developed countries.

All these considerations indicate that large-scale macroeconomic, social, and legal intervention of the State in the economy is often vital not only for its successful functioning, but also for elementary survival in the face of existential crises. That is why we guess that the basic principles of the New Keynesian concept of the State could be considered justified in its general approaches and dimensions. The overall conclusion is that the vision supported by “new Keynesians”, in respect of the State’s functions, justifies itself in many parameters, while the manifestations of state activity in the field of macroeconomic and social policy today are hardly possible to separate from the State’s performance of its institutional functions.

Key words: the State, socio-economic policy, state functions, non-interference, regulation, Libertarianism, New Keynesianism.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.04

УДК 347.1

О.В. БІЛАШ, М.В. МЕНДЖУЛ

*Олександр Володимирович Білаш, кандидат юридичних наук, доцент, доцент ДВНЗ «Ужгородський національний університет»**

ORCID: 0000-0002-1248-7798

*Марія Василенна Менджул, доктор юридичних наук, доцент, професор ДВНЗ «Ужгородський національний університет»***

ORCID: 0000-0002-3893-4402

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОСУБ'ЄКТНОСТІ РЕЛІГІЙНИХ ОРГАНІЗАЦІЙ В УКРАЇНІ: ТЕОРЕТИЧНИЙ ТА ПРАКТИЧНИЙ АСПЕКТ

Постановка проблеми. Кількість релігійних організацій в Україні щороку зростає, ця тенденція спостерігається і до цього часу. До прикладу, станом на 1 липня 2021 р. офіційно зареєстровано як юридичних осіб 26785 релігійних організацій, а станом на 1 червня 2020 р. їх було 26452¹. Релігійні організації мають на меті здійснювати релігійну діяльність, у тому числі сприяти громадянам у сповідунні та поширенні віри. Гарантування в Україні свободи віросповідання неможливе без створення належних правових засад для діяльності релігійних організацій, можливості реєстрації їх як юридичних осіб та здійснення ними власних прав. За таких обставин дослідження правових норм, що визначають особливості правосуб'єктності релігійних організацій та практики їх застосування є вкрай необхідним.

© О.В. Білаш, М.В. Менджул, 2021

* *Oleksandr Bilash, Ph.D. in Law, Associate Professor, Associate Professor of Uzhhorod National University*

** *Marija Mendzhul, Dr. hab. in Law, Associate Professor, Professor of Uzhhorod National University*

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Поняття правосуб'єктності залишається в центрі уваги теоретиків права, зокрема нещодавно вийшла монографія В.А. Січевлюка, в якій досліджено еволюцію категорії «правова суб'єктність», а також науковців у різних галузях права (А.Ю. Бабаскін, В.І. Борисова, В.А. Васильєва, А.В. Зеліско, О.І. Зозуляк, В.М. Кравчук, І.М. Кучеренко, Р.А. Майданик, В.Д. Примак, С.О. Сліпченко, І.В. Спасибо-Фатєєва, Є.О. Харитонов та ін.). Водночас питання правосуб'єктності невідомої товариств досліджувало невелике коло вчених (Н.П. Гаєва, В.В. Кочин, В.О. Чепурнов, Н.А. Циганчук та ін.). Проблеми правосуб'єктності релігійних організацій досліджені в окремих працях Ю.В. Кривенко, В.Ф. Піддубної, В.Д. Фучеджі та ін. Не зважаючи на розробленість у теорії права поняття «правосуб'єктність», а також ґрунтовні дослідження поняття правосуб'єктності у доктрині цивільного права, особливості правосуб'єктності релігійних організацій залишаються недостатньо дослідженими.

Формулювання мети статті. Враховуючи це, метою статті є ґрунтовний теоретичний аналіз особливостей правосуб'єктності релігійних організацій та розробка пропозицій до вирішення проблем, які виникають при практичній реалізації релігійними організаціями своєї правосуб'єктності.

Виклад основного матеріалу. Не зважаючи на те, що вже традиційним є в теорії права термін «правосуб'єктність», є спроби обґрунтувати доцільність застосування саме терміна «правова суб'єктність»², хоч за змістом вказані поняття тотожні. Крім цієї дискусії, досі нема єдності серед науковців щодо обсягу сутнісного наповнення правосуб'єктності. Так, деякі вчені ототожнюють правосуб'єктність з правоздатністю³, інші вважають, що правосуб'єктність є поєднанням правоздатності та дієздатності⁴, поширеним є й підхід, коли до вказаних двох елементів включають ще й деліктоздатність⁵, а також правочиноздатність⁶. Остання позиція є найбільш дискусійною, оскільки право на укладення правочинів є таким ж правом як і інші, тому охоплюється правоздатністю. Різноманітність наукових позицій підтверджує важливість дослідження поняття правосуб'єктності, і проведений аналіз дав нам змогу констатувати, що єдності науковці дійшли у розумінні того, що правосуб'єктність є сукупністю властивостей, які дозволяють особі бути суб'єктом права та вступати у правовідносини.

Відповідно до міжнародних стандартів відмова держави надати правосуб'єктність релігійній організації є втручанням у реалізацію права на свободу релігії та переконань у контексті права на свободу об'єднань⁷. Отож, правосуб'єктність релігійних організацій є невід'ємним та ключовим елементом їх правового статусу.

У науковій літературі також традиційно поділяють правосуб'єктність на загальну, галузеву і спеціальну⁸. Релігійна організація, володіючи конституційною, адміністративною, цивільною правосуб'єктністю, є єдиним суб'єктом права. Очевидно, що не будучи юридичною особою, релігійна організація не може володіти цивільною правосуб'єктністю, проте така організація може бути учасником конституційних та адміністративних правовідносин.

В.Ф. Піддубна обґрунтовує, що релігійні організації мають спеціальну правосуб'єктність і пропонує внести відповідні зміни до Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації»⁹. Спеціальна правосуб'єктність релігійних організацій передбачає, що діяльність таких організацій визначається і обмежується метою їх створення, яка чітко визначена у ст. 7 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації». Вказані положення закону дозволяють констатувати, що діяльність релігійних організацій передбачає насамперед створення умов для реалізації людиною свободи совісті та віросповідання. За таких умов можна погодитися із науковцями, що вказану діяльність варто називати релігійною.

В.В. Новіков вважає, що релігійна (культува) діяльність може бути різноманітною, і при цьому вчений описує види такої діяльності. Перелік видів діяльності, запропонований автором, доволі широкий, включає, до прикладу, будівництво храмів, нагляд за обрядовістю під час богослужінь, обрядів тощо. Крім того, автором запропоновано розширений підхід до розуміння поняття «релігійна діяльність»¹⁰. Водночас, на нашу думку, помилковим є ототожнення науковцем релігійної та культувої діяльності, а також віднесення до практичної сфери релігійної діяльності виробничої та господарської діяльності, останні здійснюються релігійними організаціями як юридичними особами. Безперечно, виробнича та господарська діяльність є допоміжними щодо релігійної діяльності, але аж ніяк не її складовими.

Крім того, ми не погоджуємося із пропозицією В.В. Новікова про доцільність закріплення форм релігійної діяльності у чинному законодавстві України «з метою утвердження церковної правосуб'єктності і удосконалення правового регулювання релігійної діяльності», оскільки держава не повинна регулювати саме релігійну діяльність, а тільки визначати ті межі, які така діяльність не може порушувати (наприклад, права та здоров'я людини, громадську безпеку, національні інтереси і т. п.). Саме у такому випадку буде створено умови для гарантування свободи віросповідання, у тому числі й через діяльність релігійних організацій.

Таким чином, релігійні організації мають спеціальну правосуб'єктність, яка включає правоздатність (здатність релігійних організацій мати права та обов'язки), дієздатність (здатність релігійних організацій здійснювати права та виконувати обов'язки) і деліктоздатність, які виникають водночас з моменту створення релігійної організації. Разом із тим цивільними права та обов'язками релігійна організація володіє з моменту реєстрації її як юридичної особи.

Релігійна організація, так само як і громадське об'єднання, може нести різну юридичну відповідальність з моменту створення, у тому числі конституційну, адміністративну, цивільну та навіть кримінальну (останній вид в Україні може застосовуватися до релігійних організацій, які набули статусу юридичної особи, з моменту доповнення Кримінального кодексу України у 2013 р. розділом XIV-1 «Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб»).

Крім того, до релігійних організацій може бути застосована відповідальність у виді примусового припинення їх діяльності, підстави застосування якої чітко визначені у ст. 16 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації»¹¹.

Доволі численними є судові рішення, в яких відмовлено у скасуванні державної реєстрації релігійних організацій у тих випадках, коли до суду звертається не уповноважений державний орган. Зокрема, податкові інспекції подають позови про скасування державної реєстрації релігійних організацій з підстав неподання ними податкової звітності. При відмові у задоволенні таких позовів суди зазначають, що спеціальним законом, яким є Закон України «Про свободу совісті та релігійні організації», передбачено припинення діяльності релігійної організації як спеціальна санкція за порушення норм Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації», і що подавати позовну заяву може чітко визначене коло осіб (орган, який уповноважений здійснювати реєстрацію статуту або прокурор)¹².

Для припинення діяльності релігійної організації слід довести факт порушення нею відповідних норм законодавства України. Така позиція прослідковується у судовій практиці. Так, до прикладу, в позові Черкаської обласної державної адміністрації до релігійної громади «Божичі» про припинення діяльності судом було відмовлено. Позивач вважав, що релігійна громада «Божичі» в своїй діяльності порушує вимоги власного статуту, заявляючи про свою приналежність до сатанізму, розпалює міжрелігійну ворожнечу, пропагує релігійну нетерпимість, а також здійснює інші порушення. Водночас позивачем не було подано до суду належних доказів¹³.

Релігійна організація з моменту створення володіє особистими немайновими та майновими правами, здійснення яких гарантується законодавством України. Доволі поширеною є позиція, згідно з якою «...церква наділена широким обсягом прав та обов'язків, які виникають із них, окреслити які в межах одного спеціального закону неможливо...», але при цьому на рівні законодавства пропонується визначити перелік таких прав¹⁴. Ми не погоджуємося з таким підходом. Вважаємо, що необхідно не визначити чітко систему прав релігійних організацій, а навпаки залишити перелік відкритим із одночасним врегулюванням критеріїв обмеження прав релігійних організацій з боку держави.

Зупинимося на практичних проблемах, що виникають при здійсненні релігійними організаціями окремих прав. Кожна релігійна організація має право на найменування. Статут релігійної організації також повинен містити інформацію про вид релігійної організації, її віросповідну приналежність і місцезнаходження. Наразі, враховуючи ситуацію в Україні, у тому числі окупацію АРК та частину Луганської і Донецької областей, держава вжила заходи, щоб забезпечити незалежність релігійних організацій від впливу зарубіжних держав. З таких позицій обґрунтованим було внесення у 2018 р. змін до законодавства, згідно з якими релігійні організації повинні внести зміни до власних найменувань, що мають відображати приналежність до релігійного об'єднання за межами України, у державі, яка здійснила військову агресію проти України та/або тимчасово окупувала частину її території¹⁵.

Релігійна організація має право здійснювати релігійну діяльність, право брати участь у громадському житті, а також використовувати нарівні з громадськими об'єднаннями засоби масової інформації. На практиці доволі часто виникають спори між релігійними організаціями щодо здійснення ними права на проведення богослужінь та релігійних обрядів. Як правило, це пов'язано із наявністю на території громади однієї культової будівлі, на яку претендує декілька релігійних організацій. При вирішенні таких спорів суди дотримуються принципу рівності та недискримінації, надаючи по чергове право на проведення богослужінь та релігійних обрядів кожній релігійній організації. Так, наприклад, Господарський суд Івано-Франківської області розглянув позовну заяву про визнання права у РГ УГКЦ на безперешкодне проведення богослужінь та релігійних обрядів в церкві Св. Миколая с. Вікторів та відсутність такого права у РГ УАПЦ. Зокрема, суд відмовив у задоволенні таких вимог, у тому числі із міркувань, що культова будівля і майно, що є державною власністю, можуть передаватися у спільне (по чергове) користування двом і більше релігійним громадам за їх взаємною згодою. У випадку відсутності такої згоди саме державний орган визначає порядок користування культовою будівлею та майном і може укладати з кожною громадою окремих договір¹⁶.

Релігійна організація має право змінювати підлеглість у канонічних і організаційних питаннях. Водночас таке питання має вирішуватися загальними зборами релігійної організації із дотриманням вимог законодавства та її статуту. Наприклад, судовим рішенням було визнано незаконним та скасовано наказ начальника управління у справах національностей та релігій Вінницької обласної державної адміністрації № 38 від 2 квітня 2019 р. в частині реєстрації статуту релігійної організації «Релігійна громада Свято-Успенського храму с. Велика Кісниця Ямпільського району Могилів-Подільської єпархії УПЦ» у новій редакції із зміною найменування на релігійну організацію «Релігійна громада Свято-Успенського храму с. Велика Кісниця Ямпільського району Вінницько-Тулчинської єпархії УПЦ (ПЦУ)». Підставою для прийняття такого судового рішення було те, що матеріали справи не містять доказів того, що загальні збори скликалися та проводилися відповідно до положень статуту¹⁷. Подібні судові рішення винесено також в інших областях України¹⁸.

Релігійні організації відповідно до ст. 18 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» володіють, користуються і розпоряджаються майном, яке належить їм на праві власності, вказані правомочності можуть бути обмежені тільки в порядку, передбаченому законом. У 2019 р. були внесені зміни до вказаної статті і посилено її гарантією, яка захищає майно релігійної організації. Зокрема заборонено продаж, обмін, передачу у заставу майна релігійної організації, а також встановлення іпотеки, безоплатну передачу

у власність та управління інших осіб, до завершення процедури зміни підлеглості релігійної організації у канонічних та організаційних питаннях.

Крім того, Закон України «Про свободу совісті та релігійні організації» передбачає порядок користування релігійними організаціями власністю держави та інших суб'єктів правовідносин. Зокрема, згідно зі ст. 17 вказаного закону релігійні організації згідно з договором можуть отримувати майно у користування від держави, громадських організацій або громадян. На нашу думку, вказане положення носить необгрунтовано обмежувальний характер і суперечить нормам Цивільного кодексу України. Зокрема, будь-яка територіальна громада, а також юридична особа може передати по договору майно у користування релігійній організації. Саме тому необхідно внести відповідні зміни до ст. 17 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації».

Проблема повернення церковного майна є однією із пріоритетних у державній політиці України. У 2008 р. Кабінет Міністрів України прийняв рішення щодо першочергового повернення культових будівель, і у 2010 р. було розроблено законопроект «Про повернення культових будівель релігійним організаціям», але до Верховної Ради України він не був внесений, оскільки не був підтриманий Всеукраїнською Радою церков і релігійних організацій. ВРЦіРО відстоює позицію, за якої реституція повинна передбачати повернення релігійним організаціям усього культового та іншого колишнього церковного майна, яке було реквізовано у радянський період. Якщо майно неможливо повернути, то має бути передбачено ефективний механізм компенсації всього майна, а не тільки культового.

Частина п'ята ст. 60 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» встановлює, що органи місцевого самоврядування можуть приймати рішення про подальше використання колишніх культових споруд, в тому числі щодо їх передачі у користування або у власність релігійним організаціям. На рівні територіальних громад є практика повернення культового майна релігійним організаціям. Наприклад, 29 серпня 1990 р. Виконавчий комітет Ужгородської міської ради передав Горянську ротонду в користування греко-католицькій громаді мікрорайону Горяни, а 27 серпня 1991 р. Рішенням Виконавчий комітет Ужгородської міської ради № 171 клопотав до обласної ради передати Горянську ротонду у власність греко-католицькій громаді. Проте Закарпатська ОДА розпорядженням № 24 Горянську ротонду передала греко-католицькій релігійній громаді тільки у користування.

Закон України «Про свободу совісті та релігійні організації» у 2018 р. був доповнений ст. 17-1, яка врегулювала особливості передачі у користування визначного об'єкта культурної спадщини, пам'ятки архітектури національного значення, культової споруди – Андріївської церкви Національного заповідника «Софія Київська». Зокрема, передбачено, що тільки Кабінет Міністрів України може прийняти рішення про передачу вказаного об'єкта культурної спадщини в постійне користування, що не тягне за собою виключення її з переліку об'єктів нерухомої культурної спадщини Національного заповідника «Софія Київська».

Враховуючи доволі часті спори між релігійними організаціями про доступ до тих чи інших культових споруд, при вирішенні питання про передачу релігійній організації культового та іншого майна у власність (або користування) слід враховувати: пріоритетність гарантування отримання релігійними організаціями майна у власність, і тільки у випадку неможливості такої передачі (коли будівля є пам'яткою архітектури або вже використовується різними релігійними громадами) – у користування; права релігійної організації, яка була власником такого майна на момент його переходу у державну власність; права релігійної організації, яка наразі користується будівлею чи іншим майном; права та інтереси релігійної організації, яка вклала кошти у підтримання майна в належному стані, у тому числі його реконструкцію; врахування часу, протягом якого релігійна організація публічно використовує майно; наявність інших культових будівель та можливість їх використання іншими релігійними організаціями.

Рішення державного органу щодо передачі майна релігійній організації у власність (або користування) має бути обгрунтованим і гарантувати врахування прав та інтересів різних релігійних організацій, запобігати розпалюванню релігійної ворожнечі. Враховуючи, що доволі часто в одній територіальній громаді жителі можуть сповідувати різні релігійні переконання, бути прихильниками різних релігійних конфесій, важливим є забезпечення рівного доступу до культових будівель. На практиці можуть укладатися договори про по чергове ведення служінь, прийматися рішення загальними зборами жителів. Проте непоодинокими є випадки судових спорів щодо користування культовими будівлями різними релігійними громадами (наприклад, рішення Господарського суду Івано-Франківської області від 7 лютого 2008 р. у справі № 3/264¹⁹, рішення Господарського суду Закарпатської області від 21 травня 2007 р. у справі № 1/65²⁰, рішення Господарського суду Рівненської області від 20 травня 2020 р. у справі № 918/915/19²¹, Постанова Верховного Суду від 5 лютого 2019 р. у справі № 918/553/16²² та ін.). При цьому суди вірно застосовують принципи рівності та заборони дискримінації щодо релігійних організацій, доволі неупереджено та об'єктивно розглядають вказані спори.

Проблеми виникають також щодо повернення релігійним організаціям майна, яке з різних причин перейшло у приватну власність. За таких умов можливий тільки викуп майна, але держава та органи місцевого самоврядування не мають на це коштів. Крім того, відсутні які-небудь темпоральні рамки повернення церковного майна чи виплати компенсації.

Висновки. Отже, спеціальна правосуб'єктність релігійних організацій передбачає, що вона може здійснювати тільки ті дії, що відповідають меті такої організації (виключно релігійну діяльність, а також діяльність, субсидіарну до релігійної, яка необхідна для досягнення мети створення). У випадку здійснення нере-

лігійної діяльності або релігійної діяльності з порушенням законодавства, за рішенням суду, може бути припинено діяльність релігійної організації.

Релігійні організації можуть володіти на праві власності різним майном, у тому числі культового характеру, а також отримати таке майно в користування. Водночас проблема повернення церковного майна чи виплати за нього справедливої компенсації залишається актуальною. Саме тому на рівні держави необхідно розробити чіткий план, що передбачав би ґрунтовний аналіз майна, яке підлягає поверненню релігійним організаціям, із зазначенням чітких часових рамок повернення або виплати компенсації. Подібний досвід вже опрацьований у європейських державах і його слід впроваджувати в Україні.

¹ Кількість юридичних осіб за організаційно-правовими формами господарювання. Державна служба статистики України. URL: <http://www.ukrstat.gov.ua/>

² Січевлюк В.А. Еволюція категорії «правова суб'єктність» (теоретико-прикладні засади): монографія. Київ: Вид-во «Юридична думка», 2020. С. 106–107.

³ Толстой Ю.К. К теории правоотношения. Ленинград: Изд-во Ленинградского университета, 1959. С. 11.

⁴ Скакун О.Ф. Теория государства и права: учебник. Харьков: Консум, Ун-т внутр. дел, 2000. С. 388.

⁵ Примак В.Д. Правосуб'єктність та ознаки юридичної особи в контексті її цивільно-правової відповідальності. *Вісник господарського судочинства*. 2003. № 4. С. 227; Старинський М. Деліктоздатність юридичної особи: поняття та види. *Юридична Україна*. 2006. № 6. С. 10; Парасюк В.М., Парасюк М.В. Особливості правосуб'єктності юридичної особи. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2018. № 2. С. 141.

⁶ Фролов В.Д. Правочиноздатність юридичної особи та її здійснення за цивільним законодавством України (цивільстичний аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2004. С. 14.

⁷ Рекомендації щодо правосуб'єктності релігійних громад та громад, які дотримуються певних переконань. Бюро з демократичних інститутів і прав людини ОБСЄ (БДПЛ). 2015. С. 21. URL: <https://www.osce.org/files/f/documents/8/1/176361.pdf>

⁸ Окунев І.С. Проблема правосуб'єктності як складова теорії правового статусу суб'єкта права. *Держава і право*: зб. наук. праць. Юридичні і політичні науки. Київ: Інститут держави і права імені В.М. Корецького НАН України, 2007. Вип. 37. С. 63.

⁹ Піддубна В.Ф. Релігійні організації як суб'єкти цивільних правовідносин: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2008. С. 4.

¹⁰ Новіков В.В. Основні форми релігійної діяльності в Україні. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2014. № 1. С. 190–201. С. 198.

¹¹ Про свободу совісті та релігійні організації: Закон України від 23 квітня 1991 р. № 987-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/987-12#Text>

¹² Рішення Дніпропетровського окружного адміністративного суду від 6 жовтня 2014 р. у справі № 804/15171/14. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/41367451>

¹³ Рішення Смілянського міськрайонного суду Черкаської області від 30 листопада 2017 р. у справі № 703/3425/15-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/70668434>

¹⁴ Вароз Т.В. Конституційно-правовий статус церкви в Україні та зарубіжних країнах: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Київ, 2020. 20 с. С. 11.

¹⁵ Про внесення зміни до статті 12 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» щодо назви релігійних організацій (об'єднань), які входять до структури (є частиною) релігійної організації (об'єднання), керівний центр (управління) якої знаходиться за межами України в державі, яка законом визнана такою, що здійснила військову агресію проти України та/або тимчасово окупувала частину території України: Закон України від 20 грудня 2018 р. № 2662-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2662-viii>

¹⁶ Рішення Господарського суду Івано-Франківської області від 2 березня 2010 р. у справі № 3/264-5/106. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/8240595>

¹⁷ Рішення Господарського суду Вінницької області від 1 червня 2020 р. у справі № 902/59/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89705188>

¹⁸ Рішення Острозького районного суду Рівненської області від 24 лютого 2021 р. у справі № 567/1207/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95335343>

¹⁹ Рішення Господарського суду Івано-Франківської обл. від 7 лютого 2008 р. у справі № 3/264. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/1390736>

²⁰ Рішення Господарського суду Закарпатської обл. від 21 травня 2007 р. у справі № 1/65. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/683895>

²¹ Рішення Господарського суду Рівненської області від 20 травня 2020 р. у справі № 918/915/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89348305>

²² Постанова Верховного Суду від 5 лютого 2019 р. у справі № 918/553/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79687764>

Резюме

Білаш О.В., Менджул М.В. Особливості правосуб'єктності релігійних організацій в Україні: теоретичний та практичний аспект.

У статті наведено результати дослідження правосуб'єктності релігійних організацій, виявлених їх особливостей, а також викладено пропозиції щодо вирішення проблем, які виникають при практичній реалізації релігійними організаціями своєї правосуб'єктності.

Встановлено, що спеціальна правосуб'єктність релігійних організацій передбачає, що діяльність таких організацій визначається і обмежується метою їх створення. Обґрунтовано, що релігійні організації можуть володіти на праві власності різ-

ним майном, у тому числі культового характеру, а також отримати таке майно у користування. Водночас проблема повернення церковного майна чи виплати за нього справедливої компенсації залишається актуальною. Саме тому на рівні держави необхідно розробити чіткий план, що передбачав би ґрунтовний аналіз майна, яке підлягає поверненню релігійних організацій, із зазначенням конкретних часових рамок повернення або виплати компенсації.

Ключові слова: релігійна організація, правосуб'єктність, правоздатність, права, майно, відповідальність.

Резюме

Билаш А.В., Менджул М.В. Особенности правосубъектности религиозных организаций в Украине: теоретический и практический аспект.

В статье приведены результаты исследования правосубъектности религиозных организаций, выявленных особенностей, а также изложены предложения к решению проблем, возникающих при практической реализации религиозными организациями своей правосубъектности.

Установлено, что специальная правосубъектность религиозных организаций предусматривает, что деятельность таких организаций определяется и ограничивается целью их создания. Обосновано, что религиозные организации могут обладать на праве собственности разным имуществом, в том числе культового характера, а также получить такое имущество в пользование. В то же время проблема возвращения церквям имущества или выплаты за него справедливой компенсации остается актуальной. Именно поэтому на уровне государства необходимо разработать четкий план, который предусматривал бы основательный анализ имущества, подлежащего возврату религиозных организаций, с указанием конкретных временных рамок возвращения или выплаты компенсации.

Ключевые слова: религиозная организация, правосубъектность, правоспособность, права, имущество, ответственность.

Summary

Oleksandr Bilash, Marija Mendzhul. Peculiarities of legal personality of religious organizations in Ukraine: theoretical and practical aspect.

The article presents the results of the study of the legal personality of religious organizations, identified their features, as well as proposals for solving problems that arise in the practical implementation of religious organizations of their legal personality.

It has been established that scholars have reached a unity in the understanding that legal personality is a set of properties that allow a person to be a subject of law and enter into legal relations. It is noted that in accordance with international standards, the state's refusal to grant legal personality to a religious organization is an interference with the exercise of the right to freedom of religion or belief.

It is substantiated that the special legal personality of religious organizations provides that the activities of such organizations are defined and limited by the purpose of their creation, which is clearly defined in Article 7 of the Law of Ukraine "On Freedom of Conscience and Religious Organizations" and may be specified in the organization's charter.

A religious organization may have various legal responsibilities since its inception, including constitutional, administrative, civil, and even criminal. In addition, religious organizations may be subject to liability in the form of forced termination of their activities, the grounds for which are clearly defined in Art. 16 of the Law of Ukraine "On Freedom of Conscience and Religious Organizations".

It was found that there are quite a number of court decisions refusing to cancel the state registration of religious organizations in cases where an unauthorized state body, in particular, tax inspections, applies to the court (on the grounds of non-submission of tax reports by religious organizations). In order to terminate the activity of a religious organization, it is necessary to prove the fact that it violated the relevant norms of the legislation of Ukraine. This position is traced in judicial practice.

From the moment of its establishment, a religious organization has personal non-property and property rights, the exercise of which is guaranteed by the legislation of Ukraine. It is substantiated that it is necessary not to clearly define the system of rights of religious organizations, but on the contrary to leave the list open with the simultaneous settlement of the criteria for restricting the rights of religious organizations by the state.

In practice, disputes often arise between religious organizations over their exercise of the right to worship and religious rites. This is usually due to the presence of a single religious building in the community, which is claimed by several religious organizations. In resolving such disputes, the courts adhere to the principle of equality and non-discrimination, granting the right to hold religious services and religious rites to each religious organization.

It is substantiated that religious organizations can own various property rights, including religious ones, as well as receive such property for use. At the same time, the problem of returning church property or paying fair compensation for it remains relevant. That is why at the state level it is necessary to develop a clear plan that would provide for a thorough analysis of property to be returned to religious organizations, indicating a clear time frame for damage or compensation.

В.Ю. ВАСЕЦЬКИЙ

*Вячеслав Юрійович Васецький, кандидат юридичних наук, науковий співробітник Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України**

ORCID: 0000 0001 5595 5291

СУТТЄВІ СОЦІАЛЬНО-ПОЛІТИЧНІ ПОДІЇ ЯК ВИТОКИ ЗМІН У СФЕРІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ

Постановка проблеми. Суттєві соціально-політичні події масштабного характеру у переламні історичні періоди є одночасно і витокom суттєвих змін у правовій сфері, коли часто в боротьбі викристалізуються нові, потрібні для розвитку держави, правові положення, що мають доктринальний характер. Таку тенденцію можна спостерігати практично на всіх історичних етапах.

У новітній історії фактом є поява після Першої світової війни яскраво виражених тоталітарних держав, в яких право не мало суттєвого значення. Яскравим прикладом є Радянська держава. Прийняті там вже на початку її існування закони обслуговували потреби правлячої верхівки, вони виконували роль виправдання зlodіянь влади, що призвели до трагедії цілого покоління людей в цих країнах. Історичним фактом є також поява після Другої світової війни колективної системи безпеки, метою якої було забезпечення неможливості катаклізмів подібного масштабу. Була створена Організація Об'єднаних Націй з цілою системою організаційних і правових інститутів. Забезпечення прав людини стало основою для створення правових інститутів на міждержавному і національному рівнях. На європейському континенті приєднання держав до Конвенції про захист прав і свобод людини та створення Європейського суду з прав людини¹ стало основою юридичної відповідальності держави перед особою.

Сучасні тенденції суттєвих змін, що зумовлені науковим і технологічним прогресом, проявляються не тільки з позитивної сторони, а й мають суттєві негативні прояви, наслідком яких є поява можливості розповсюдження засобів масового знищення, різким зростанням кількості терористичних організацій, що також використовують можливості сучасних досягнень. У зв'язку з цим вчені та громадські діячі звертають увагу на необхідність нових напрямів у правовій сфері, які б гарантували у майбутньому достойне життя людини, її безпеку, захист її прав та свобод.

Нині актуальним є питання реформування також і правової системи України, її прагнення досягти європейських стандартів, що відбуваються у часи, коли світ зазнає величезних змін, коли він відходить від попередніх досягнень, але не уявив ще свого сучасного положення і у загальному розумінні не може з певною достовірністю прогнозувати майбутнє становище.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У зв'язку з викликами, перед якими стикається суспільство, однією з сучасних тенденцій розвитку теорії права стає фундаменталізація його методології. Про це у вітчизняних наукових виданнях, зазначають українські вчені: Н. Оніщенко², П. Рабінович³ та інші, які приділяють увагу загальним питанням теорії права, витокom права, теорії праворозуміння, доктринальним джерелам права.

Ця проблема є предметом наукових досліджень не тільки фахівців загальної теорії права, вона вивчається науковцями галузевих напрямів юридичної науки. Проблеми витоків та джерел права з різних боків досліджували представники юридичної науки: В. Бабкін, О. Васильєв, В. Журавський, О. Зайчук, М. Козюбра, О. Копиленко, Н. Оніщенко, Н. Пархоменко, П. Рабінович, В. Селіванов, Т. Тарахонич, Ю. Шемшученко та багато інших.

Формулювання мети статті. Метою є дослідження історичних аспектів розвитку джерел права, його витоків, насамперед у сфері забезпечення прав людини, роблячи акцент на зв'язок з важливими історичними подіями, які певним чином вплинули не тільки на тодішнє життя, а й мали довгострокову дію в майбутньому.

Виклад основного матеріалу. Ідея прав людини і, зокрема, її втілення у правову практику має тривалу історію розвитку. Прийнято вважати, що коріння ідей про природні та невідчужувані права людини походять ще з часів античності. Сучасні стандарти прав людини мають загальнолюдське надбання і не обмежуються національними рамками. Разом із тим в історичному становленні інституту прав людини можна спостерігати моменти найбільш інтенсивного його розвитку, навіть «вибухового» характеру, коли формулювалися доктринальні положення, які втілювалися у правові норми. В такі історичні періоди відбуваються суттєві зміни в соціальному, політичному та економічному житті, які зумовлюють за певними обставинами, і суттєві зміни в області прав людини.

А. Дмитрієв, аналізуючи соціально-політичні події в Європі XVI–XVII ст. в період Реформації та положення Вестфальського миру 1648 р., яким завершилася Тридцятирічна війна, зазначає важливе значення

Вестфальського миру в проблемі прав людини. Він зазначає, що Оснабрюцький і Мюнстерський договори, як складові Вестфальського миру 1648 р., містять низку положень доктринального характеру та є витоком сучасного міжнародного права, з них бере початок правове закріплення основних прав людини⁴. У свою чергу, В. Денисов відзначає принципи, які з'явилися внаслідок ухвалення Вестфальського миру, зокрема, такі: державний суверенітет став загально визнаною юридичною категорією; задекларував принцип терпимості шляхом рівноправності католицьких і протестантських держав та надання певних гарантій релігійним меншинам, чим започаткував принцип свободи совісті та захист прав меншин; ідеї єдиної міжнародної християнської спільноти було протиставлено ідею суверенітету і незалежності кожної держави. Враховуючи суттєве значення Вестфальського миру 1648 р., його концептуальний характер, прийнято з цього часу вести відлік сучасної епохи в міжнародних відносинах. Європейська, а за нею і всесвітня історія розвивалися саме через утвердження та збагачення цінностей Вестфальського миру. Наступними віхами цього процесу стали Віденський конгрес 1815 р., Версальський мирний договір 1919 р., Ліга Націй, Пакт Бріана–Келлога 1928 р. (Паризький пакт) та Організація Об'єднаних Націй⁵. В Оснабрюцькому і Мюнстерському договорах важливе місце посідають питання прав людини. Насамперед це стосується релігійних свобод, вибору місця проживання, права індивіда на власність, яке не тільки задекларовано, а й визначено конкретний механізм його забезпечення⁶.

Таким чином, масштабні історичні події в Європі періоду Реформації в першій половині XVII ст. можна розглядати як приклад необхідних умов витоку у розвитку в правовій сфері, що знайшло відображення у текстах Вестфальського миру, який не тільки поклав кінець Тридцятирічній війні, а й надав значного впливу, зокрема, доктринального характеру, на подальший розвиток правових відносин між країнами.

Розвиток конституціоналізму у XVII–XIX ст. супроводжувався прийняттям актів, основою яких є власне права людини. В кожному випадку цей процес також виявлявся наслідком бурхливих соціальних подій, які детально проаналізовано в численній науковій літературі. Серед прийнятих документів треба насамперед відзначити такі: Декларацію прав людини і громадянина 1789 р. у Франції, яка стала результатом революційних подій; Білля про права, прийнятий у 1791 р. Конгресом США, що складається з 10 поправок до Конституції. Ще раніше в Англії з прийняттям у 1689 р. Білля про права боротьба суспільства за свої права з владою короля дійшла свого логічного кінця.

У Новітній історії витоком права в області прав людини з'явилися історичні події середини XX ст. Після Другої світової війни у 1948 р. в Парижі було прийнято Загальну декларацію прав людини⁷. З цього приводу М. Оніщук зазначає, що повоєнний світ очікував не лише на поновлення ідеалів гуманізму та людяності, втілених у правах людини, а й на їх визнання і гарантування на міжнародному рівні. «Особливістю Загальної декларації прав людини є те, що вона втілила в своїх положеннях тисячолітній досвід і здобутки боротьби за права людини, які найбільш рельєфно та концентровано відображають ідеї та ідеали верховенства права і гуманізму»⁸.

Цей документ з'явився на світ завдяки плідній діяльності членів Комісії з прав людини, що була очолювана відомим правозахисником Е. Рузвельт, і в яку входили Р. Кассен (Франція), Ч. Малік (Ліван), Пенг Чанг Ченг (Китай), Ернан Санта Круз (Чилі), О. Богомолів і О. Павлов (СРСР), Лорд Дьюкстон і Дж. Уїлсон (Велика Британія), У. Ходксон (Австралія) і Дж. Хамфрі (Канада). Зокрема, В.М. Корецькому належить ключова роль у написанні Декларації. Саме він є автором ст. 1 Декларації: «Всі люди народжуються вільними і рівними у своїй гідності та правах. Вони наділені розумом і совістю і повинні діяти у відношенні один до одного в дусі братерства».

Прийняття Декларації відбулося як подія світового масштабу. Вже з самого початку засновники ООН, приймаючи Статут цієї поважної міжнародної організації на Конференції в Сан-Франциско в 1945 р., визначили принцип поваги до прав людини основною метою та завданням діяльності ООН.

А. Мовчан визначає історичну передумову розвитку міжнародного захисту прав людини після Другої світової війни. Він підкреслює, що включення до Статуту ООН положень про права людини пояснюється насамперед вимогою відновити зневажені фашизмом під час Другої світової війни основні права і свободи людини⁹. Серед головних причин розвитку співробітництва держав у галузі захисту прав людини дослідники зазначають напрями, які унеможливають у подальшому жахливі поведінки з людиною, що зрештою може мати наслідками також конфлікти між державами. Так, Ю. Колосов виділяє наступні причини: по-перше, це історичний досвід, який свідчить, що держави-порушниця прав і свобод людини являють собою загрозу загальному миру і безпеці; по-друге, забезпечення прав людини і особливо боротьба з їх грубими і масовими порушеннями вимагає об'єднання зусиль держав; по-третє, загально визнані уявлення про мінімальні стандарти поведінки з людьми в цивілізованому суспільстві, закріплені в універсальних міжнародних актах як вираження досвіду людства, дають змогу реалізувати ідею єдності людського роду через їх відображення у національному законодавстві окремих країн¹⁰.

М. Оніщук пише: «Загальна декларація прав людини 1948 р. стала першим документом універсального характеру, який на міжнародному рівні проголосив основні громадянські, політичні, соціально-економічні та культурні права і цим встановив їх стандарти. Багато держав світу, зокрема Україна, вмістили посилення на Декларацію або її положення у своїй конституції та конституційні акти, до того ж абсолютна більшість актів, конвенцій і договорів з питань прав людини, прийнятих після 1948 р., ґрунтуються на її принципах. І нині, в XXI ст. Декларація, не маючи юридичної сили міжнародного договору, залишається пріоритетним джерелом правозахисної діяльності і визначальним актом у сфері загального руху на захист прав людини»¹¹.

Можна стверджувати, що в новітній історії Загальна декларація прав людини стала юридичним актом, в якому правова доктрина в галузі прав і свобод людини отримала позитивне затвердження, що мало унікальне та епохальне значення в історичному розвитку людства.

На європейському континенті на підставі положень, передбачених Європейською конвенцією про захист прав і основних свобод людини з поправками, внесеними відповідно до положень Протоколу № 11, діє міжнародний орган – Європейський суд з прав людини. Вступ України до Ради Європи та ратифікація Європейської конвенції дає змогу по-новому оцінювати функціонування механізму захисту прав людини в нашій державі. Вимоги Конвенції ставлять державу перед необхідністю утримуватися від будь-яких дій, які могли б призвести до порушення прав і свобод людини.

У цьому відношенні важливого характеру набула юридична відповідальність держави перед особою. Н. Оніщенко зазначає, що проблема відповідальності держави перед особою – це проблема відповідних правовідносин, в яких держава, має виступати не суб'єктом особливої значущості, а суб'єктом-відповідною стороною¹². На її думку, це є правові відносини рівних сторін, в яких держава має низку переваг перед особою. Проблему юридичної відповідальності держави перед особою щодо забезпечення прав людини доцільно розглядати саме з цих двох сторін: гарантій держави (насамперед на конституційному рівні) і відповідальності держави у разі порушення нею відповідних норм (дотримання державою міжнародних зобов'язань).

Питання юридичної відповідальності держави перед особою постає у зв'язку із загальними процесами глобалізації, що передбачають створення єдиних правових стандартів, зближення національних правових систем, насамперед у сфері прав людини. Серед факторів, що актуалізують проблему відповідальності держави перед особою, А. Олійник виділяє місце та роль особистості в політичному житті суспільства, а також права й свободи особи, її обов'язки тощо¹³. Однією з причин посиленої уваги до юридичної відповідальності держави перед особою є те, що в умовах глобального світу права, свободи, обов'язки людини і громадянина виявляються найважливішими серед інших правових явищ.

Міжнародно-правові гарантії зумовлені міжнародними договорами, обов'язковими для України. Так, відповідно до Європейської конвенції про захист прав і основних свобод людини держава повинна не лише мати законодавство, яке найповніше забезпечує дотримання конвенційних прав та свобод, а й вживати всіх необхідних заходів для того, щоб воно реально діяло. Водночас принципи конституційно-правового статусу людини і громадянина, конституційні норми, в яких визначено повноваження відповідних органів державної влади щодо забезпечення прав та свобод людини і громадянина, а також їх відповідальність, формують конституційні гарантії.

З нашої точки зору, сучасні умови розвитку України, її прагнення приєднання до європейського товариства цивілізованих країн, здійснення таких кроків, як ратифікація Європейської конвенції про захист прав і основних свобод людини і відповідних зобов'язань держави є тими основними факторами, які визначають юридичну відповідальність української держави щодо забезпечення захисту основних прав і свобод людини і громадянина, створення засобів та процедур, вироблення відповідних механізмів у цьому напрямі¹⁴.

Висновки. Суттєві соціально-політичні події масштабного характеру в переламні історичні періоди є одночасно і витоком істотних змін у правовій сфері, появою потрібних для розвитку держави правових положень, що мають доктринальний характер. Таку тенденцію можна спостерігати практично на всіх історичних етапах. Ця тенденція природно відобразилася в українській дійсності.

В історичній ретроспективі соціально-політичні події в Європі XVI–XVII ст. в період Реформації положення Вестфальського миру 1648 р., яким завершилася Тридцятирічна війна, можна розглядати як приклад необхідних умов розвитку змін у правовій сфері, в тому числі у вирішенні низки питань в області прав людини.

Юридична відповідальність держави перед особою щодо дотримання прав і свобод людини, яка стосується також і української держави, з'явилась наслідком історичних подій середини XX ст. – подій, що стали витоком суттєвих змін в правовій сфері. Ці зміни можна охарактеризувати як прогресивний процес розвитку права не тільки на європейському континенті, а й у всьому світі.

¹ Конвенція про захист прав і свобод людини (ETS No.5) із поправками, внесеними відповідно до положень Протоколу № 11. *Збірка договорів Ради Європи. Українська версія*. Київ: Парламентське вид-во, 2000. 656 с.

² Оніщенко Н.М. Сучасне праворозуміння (еволюція терміно-поняття «право» та «права» як явища соціальної дійсності). *Альманах права. Праворозуміння та право реалізація: від теорії до практики. Науково-практичний юридичний журнал*. Київ: Інститут держави і права імені В.М. Корецького НАН України, 2011. Вип. 2. С. 11–17.

³ Рабінович П.М. Наука філософії права: до характеристики предмета й методології. *Проблеми філософії права*. 2003. Т. 1. С. 22–26.

⁴ Дмитрієв А. Вестфальський мир 1648 року: витоки сучасного міжнародного права. *Людина і політика*. 1999. № 2. С. 21–25.

⁵ Денисов В.Н. Вестфальський мир 1648. *Юридична енциклопедія*: в 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко та ін. Київ: Укр. енцикл, 1998. Т. 1. С. 349–351.

⁶ Дмитрієв А.І. Вестфальський мир 1648 року і сучасне міжнародне право: монографія / Інститут держави і права імені В.М. Корецького НАН України, Київський університет права. Київ, 2001. С. 270.

⁷ Загальна декларація прав людини. Київ: Право, 1995. 12 с.

⁸ Оніщук М. Проблеми забезпечення прав людини в Україні: від загальної декларації прав людини до сьогодні. *Право України*. 2009. № 4. С. 29–35.

⁹ Мовчан А.П. Права человека и международные отношения. Москва: Наука, 1982. С. 10–11.

¹⁰ Колосов Ю.М. Международные стандарты прав человека и проблемы советского законодательства. *Советский журнал международного права*. 1991. № 2. С. 69.

¹¹ Оніщук М. Проблеми забезпечення прав людини в Україні: від загальної декларації прав людини до сьогодні. *Право України*. 2009. № 4. С. 29–35.

¹² Оніщенко Н.М. Юридична відповідальність держави перед особою. *Проблеми реалізації прав і свобод людини та громадянина в Україні*: монографія / за ред. Н.М. Оніщенко, О.В. Зайчука. Київ: ТОВ «Видавництво» Юридична думка», 2007. С. 118.

¹³ Олійник А.Ю. Конституційно-правовий механізм забезпечення основних свобод людини і громадянина в Україні: монографія. Київ: Алерта, КНТ, Центр навчальної літератури, 2008. С. 26.

¹⁴ Васецький В.Ю. Юридична відповідальність держави як фактор гуманізації правової системи в сфері забезпечення прав і свобод людини. *Правова держава*. Київ: Ін-т держави і права імені В.М. Корецького НАН України, 2018. Вип. 29. С. 96–102.

Резюме

Васецький В.Ю. Суттєві соціально-політичні події як витоки змін у сфері забезпечення прав і свобод людини.

У статті представлено результати дослідження впливу масштабних історичних подій на суттєві зміни у правовій сфері. Основна увага приділена питанням розвитку права у сфері забезпечення прав і свобод людини. Як приклад наявності необхідних умов для суттєвих змін у правовій сфері, у тому числі в області прав людини, розглянуто положення Вестфальського миру 1648 р., яким завершилася Тридцятирічна війна в Європі XVII ст. Як подію світового масштабу розглянуто прийняття у 1948 р. Загальної декларації прав людини. Введення в правову практику юридичної відповідальності держави перед особою щодо дотримання прав і свобод людини розглянуто як прогресивний процес розвитку права в сучасному світі.

Ключові слова: права людини, витоки права, масштабні історичні події, юридична відповідальність держави перед особою, міжнародно-правові та конституційно-правові гарантії.

Резюме

Васецький В.Ю. Существенные социально-политические события как истоки изменений в сфере обеспечения прав и свобод человека.

В статье представлены результаты исследования влияния масштабных исторических событий на существенные изменения в правовой сфере. Основное внимание уделено вопросам развития права в области обеспечения прав и свобод человека. В качестве примера наличия необходимых условий для существенных изменений в правовой сфере, в том числе в области прав человека, рассмотрены положения Вестфальского мира 1648 р., которым завершилась Тридцатилетняя война в Европе XVII в. Как событие мирового масштаба рассмотрено принятие в 1948 г. Всеобщей декларации прав человека. Введение в правовую практику юридической ответственности государства перед личностью в отношении соблюдения прав и свобод человека рассматривается как прогрессивный процесс развития права в современном мире.

Ключевые слова: права человека, истоки права, масштабные исторические события, юридическая ответственность государства перед личностью, международно-правовые и конституционно-правовые гарантии.

Summary

Viacheslav Vasetsky. Significant socio-political events as the origins of changes in the field of ensuring human rights and freedoms.

The article presents the results of a study of the impact of large-scale historical events on significant changes in the legal field. The main attention is paid to the development of law in the field of human rights and freedoms.

In the history of the country's development, there are periods in which significant changes in social, political and economic life take place. Socio-political events in critical periods are at the same time the source of development in the legal sphere, when often in the struggle crystallizes new, necessary for the development of the state, legal provisions of a doctrinal nature. This also applies to such a topical issue as ensuring human rights and freedoms.

The aim is to investigate the historical aspects of the development of the sources of law, its origins primarily in the field of human rights, emphasizing the connection with important historical events that in some way affected not only to the life of that time but also had long-term effect in the future. A number of important historical events are considered to confirm and illustrate the formulated provisions.

As an example of the necessary conditions for significant changes in the legal sphere, including in the field of human rights, considered the provisions of the Peace of Westphalia in 1648, which ended the Thirty Years' War in Europe in the XVII century. It is emphasized that the Peace of Westphalia contains a number of provisions of a doctrinal nature. This treaty was the source of modern international law and had a long-term impact on the development of relations between states. From this the legal consolidation of fundamental human rights begin.

In recent history, the origins of human rights law have been the historical events of the mid-twentieth century. The modern period of development of law has been investigated from the standpoint of protecting human rights. The significance of the Universal Declaration of Human Rights, adopted in 1948 in Paris, as a legal act in which the legal doctrine in the field of human rights and freedoms received positive approval, is analyzed. The importance of the document in the historical development of humanity is also emphasized. On the European continent, on the basis of the provisions of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, there is an international body – the European Court of Human Rights.

Ukraine's accession to the Council of Europe and the ratification of the European Convention allow us to re-evaluate the functioning of the human rights protection mechanism in our country. Legal responsibility in the form of legal guarantees on maintenance of constitutional human rights is considered. The attention is also given to international-legal guarantees. Modern conditions of Ukraine's development, its desire to join the European society of civilized countries are the main factors that determine the need to improve the mechanisms of legal responsibility of the Ukrainian state to ensure the protection of fundamental human and civil rights and freedoms.

Key words: human rights, the origins of law, large-scale historical events, legal responsibility of the state to individual, international legal and constitutional legal guarantees.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.06

УДК [[378.096.063:34]:929](477.83-25)“1909/1914”Є.Коновалець

В.С. КАХНИЧ

*Володимир Степанович Кахнич, кандидат юридичних наук, доцент Львівського національного університету імені Івана Франка**

ORCID: 0000-0003-1446-8386

ЄВГЕН КОНОВАЛЕЦЬ – ЯСКРАВИЙ СТУДЕНТ ЮРИДИЧНОГО ФАКУЛЬТЕТУ ЛЬВІВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ (1909–1914)

«Українці, мусять бути добрими учнями, мусять засвоїти собі знання якнайкраще, якнайосновніше, якнайбільше, щоб надолужити те, що нам пограбувала неволя».

Постановка проблеми. Кожна епоха має видатних людей, які досягли значних висот у різних галузях, людей, які захоплюють своїми досягненнями і спонукають до наслідування, демонструють усьому суспільству, що немає нічого неможливого. Україна славиться тим, що мала та має людей, які можуть працювати і досягати визнання у суспільстві задля національного блага, яке підніме національну свідомість та зможе підняти дух задля боротьби за незалежність. Одним із таких яскравих прикладів був Євген Михайлович Коновалець, студент юридичного факультету Львівського університету. Він зробив багато для боротьби за незалежність, відстоював свою думку в боротьбі за український університет і завжди намагався власним прикладом надихати на боротьбу, очолювати її.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Досліджень, що пов'язані з особою Євгена Коновальця, достатньо. Це свідчить про те, що він був непересічним громадянином. Одним із перших, кого варто згадати, це Ю. Бойко та його праця «Євген Коновалець і Осередньо-Східні землі», що вийшла друком у 1947 р. в Канаді. Праця присвячена життєвому шляху, військовій та політичній діяльності полковника Армії УНР, офіцера легіону Українських Січових Стрільців в Першій світовій війні, засновника Української Військової Організації (УВО) та Організації українських націоналістів (ОУН) Євгена Коновальця. У ній описано вирішальне значення Східних Українських Земель в Українській революції 1917–1921 рр. Ще одна з перших робіт після смерті Є. Коновальця – «Дві постаті – одна ідея», яка вийшла у Парижі в 1948 р. У цій праці містяться документи і матеріали з історії Організації Українських Націоналістів. Серед сучасних дослідників, які аналізували у своїх працях особу Є. Коновальця, – Іван Хома, Володимир Качмар, Ігор Бойко, Борис Тищик, Тарас Андрусак, Володимир Бурдін та інші. Не применшуючи внеску цих та багатьох інших дослідників, можна твердити, що багато питань залишається відкритими для нових досліджень.

Формулювання мети статті. Виходячи з цих міркувань, мета даної статті полягає у дослідженні навчального періоду Євгена Коновальця у стінах юридичного факультету Львівського університету; з'ясування умов, у яких жив та навчався молодий студент; того, що мало вплив на формування його світогляду і які чинники не дозволили йому вчасно отримати «абсолюторіум» по закінченні навчання в 1914 р.

Виклад основного матеріалу. Євген Коновалець народився 14 червня 1891 р. в українському селі Зашкові поблизу Львова, в сім'ї галицької інтелігенції. Дід Михайло Коновалець тривалий час був греко-католицьким парохом, а батько Михайло був управителем місцевої народної школи. Мати Євгена, Марія, походила з українського священничого роду Венгриновських. Брат Євгенового батька, Володимир Коновалець, який брав активну участь в українському громадському і політичному житті і мав великий вплив на Євгена, був парохом села Малехів, а другий стрий Євгена, Орест Коновалець, був парохом села Страдче¹.

У своєму рідному селі Зашків закінчив Євген Коновалець в 1901 р. народну школу. По закінченні народної школи Євген переїхав до Львова, де навчався в українській Академічній гімназії, яку закінчив 1909 р. В науці Євген був весь час одним із найкращих учнів².

За час навчання в гімназії Є. Коновалець добре пізнав громадське життя українського студентства Львова. У червні 1909 р., завершивши навчання в гімназії, вступив на юридичний факультет (факультет права і політичних знань) Львівського університету³. Завершив навчання в 1914 р.⁴

© В.С. Кахнич, 2021

* *Volodymyr Kakhnych, Ph.D. in Law, Associated Professor of Ivan Franko National University of Lviv*

Студентське життя Євгена Коновальця на юридичному факультеті зафіксоване в архівних джерелах та спогадах його однодумців. Одним із важливих джерел характеристики студентства того часу, як зазначає у своїй статті Олеся Ісаюк⁵, був «індекс» (аналог сучасної залікової книжки), куди робились записи про всі здані студентом заліки та іспити, їхні результати. Ще одним важливим джерелом була «вписова карта» (анкета, яку заповнювали студенти, коли записувались на семестр). «Вписова карта» поділялась на дві частини – в першу частину анкети записувались ім'я, прізвище, місце і дата народження, дані про батьків, віросповідання та рідна мова, зазначалось також, який статус має студент (звичайний чи надзвичайний), хлопці вписували дані про військову службу. Інша частина містила інформацію про курси, які мав намір відвідувати студент, а саме назву курсу, прізвище викладача, який читав його, та кількість лекцій на тиждень⁶. Так виглядало навчання пересічного студента на початку ХХ ст у Львівському університеті. Такі дані, як зазначає О. Ісаюк, є важливими, оскільки допомагають уявити, що вивчав, на що робив наголос Є. Коновалець.

Ще одним важливим студентським документом був «абсолюторіум» – свідоцтво про закінчення університету, де зазначались оцінки за предмети, які прослухав студент по закінченню навчання.

Історик Іван Хома у своїй праці «До 360-річчя ЛНУ: про навчання в університеті полковника Армії УНР Євгена Коновальця» подає інформацію, які предмети та на якому курсі здавав студент Є. Коновалець. У першому семестрі 1909/1910 н.р. Є. Коновалець прослухав: «Історію римського права і цивільного процесу» в професора М. Хлямтача (6 годин на тиждень); «Загальне матеріальне право» в професора І. Кошембара-Лисковського (5 годин на тиждень), який у 1908/1909 н.р. був деканом факультету, а в 1909/1910 н.р. – продеканом; «Джерела до історії публічного та міського права» в професора А. Яновича (5 годин на тиждень); «Історію устрою Польщі» в професора О. Бальцера (5 годин на тиждень), який в 1926 р. був номінований на Нобелівську премію миру; «Головні напрямки наукової етики» в професора К. Твардовського (4 години на тиждень). У другому семестрі першого курсу Є. Коновалець прослухав курси: «Сімейне і спадкове право» І. Кошембара-Лисковського (5 годин на тиждень); «Історію і систему приватного німецького права» у професора А. Віняжа (5 годин); «Право католицького костелу», ч. I, у професора В. Абрагама (3 години); «Історію устрою Австрії» професор О. Бальцер (5 годин). Окрім цих предметів, Є. Коновалець прослухав ще два курси, що, мабуть, були вибірковими. Йдеться про курс професора Б. Дембінського «Другий поділ Польщі на тлі європейської політики» (1 година) та в професора Л. Фінкеля «Нарис загальної історії» (1 година)⁷.

У «Журналі обліку книжкового фонду і грошового обороту у зв'язку з продажем книг» Українського студентського союзу зафіксовано, що 5 квітня 1910 р. Є. Коновалець придбав книги, які потім передав Українському студентському союзу: «Велика селянська війна» (М. Залізняк, 1908 р.), «Звідки взялась і що значить назва «Русь» і «Україна» (Л. Цегельський, 1907 р.) та «Цар голод» (О. Бах, 1883 р.), «Король та народ» (М. Залізняк, 1908 р.), «Начерк історії української літератури» (Б. Лепкий, 1909 р.)⁸. Такий вчинок Є. Коновальця свідчить про те, що він намагався різними методами та способами підняти свідомість пересічного громадянина.

Інформація «вписових карт» дає підстави твердити, що Є. Коновалець відіграв важливу роль у боротьбі за український університет, зокрема, у подіях 1 липня 1910 р. З архівних джерел довідуємося, що це була п'ятниця, Є. Коновалець був на віче українських студентів з приводу відкриття українського університету у Львові. Відомо, що віче завершилось сутичками з польськими студентами, вбивством українського студента Адама Коцка та пораненням десяти студентів. Після цієї трагедії Є. Коновалець був одним із понад 300 заарештованих українців. Хоча після того, як взяли покази, його відпустили. Під час судових засідань Є. Коновалець проходив як свідок. Попри судовий процес, Є. Коновалець, як і інші студенти, продовжив навчання, хоча проходив в університеті по дисциплінарній справі⁹.

До оголошення результату університетського розслідування, в першому семестрі 1910/1911 н.р., Є. Коновалець прослухав такі курси: «Право католицького костелу», ч. II (4 години) та «Право католицького костелу та право маєтностей», ч. III (1 година) у професора В. Абрагама; «Історія філософії права» у професора Г. Рошковського (4 години); «Про голос і мовлення» (1 година) у А. Юраша; «Колоквіум з економіки» у професора С. Грабського (2 години). 27 і 28 січня 1911 р. в університеті відбулись чергові слухання дисциплінарної справи про події 1 липня 1910 р. За результатами слухань видано оголошення про дозвіл на продовження навчання українським студентам на факультетах права та політичних знань, медичному і філософському. Серед студентів факультету права та політичних знань, яким дозволили продовжувати навчання, були М. Басараб, С. Білик, І. Федак, Є. Коновалець та інші. Згідно із «вписовою картою», на початку 1911 р. Є. Коновалець жив у Львові на вулиці Калічій, 3¹⁰.

У другому семестрі другого курсу Є. Коновалець прослухав такі курси: «Загальне право про зобов'язання» у професора М. Хлямтача (5 годин); «Канонічне право костелу» у професора В. Абрагама (3 години); «Загальна та австрійська статистика» у професора Т. Пілята (4 години); «Обов'язкове польське право» у професора П. Домбковського (2 години); «Природа бджіл» у професора Цегельського (1 година). У двох семестрах третього курсу, 1911/1912 н.р., Є. Коновалець прослухав тільки дві дисципліни – «Право католицького костелу та право маєтностей», ч. III (1 година) у професора В. Абрагама та «Про кодифікацію національного права» у професора Г. Рошковського (1 година)¹¹.

У свідоцтві про закінчення навчального закладу записано, що курс «Право католицького костелу та право маєтностей», ч. III, не зарахований. Це єдиний курс за п'ять років навчання, який Є. Коновалець не зарахував¹².

У «вписовій карті» на другий семестр Є. Коновалець записав, що він проживав на вулиці Потоцького, 25 (сучасна вулиця Генерала Чупринки). На цей час припадає особлива активність Є. Коновальця у гро-

мадській діяльності, яка була спрямована на розвиток «Просвіти», «Сокола» та «Сільського господаря» у Зашкові. Починаючи з 1912 р., постать Є. Коновальця стає помітною у роботі філії «Просвіти» імені М. Шашкевича у Львові. У першому семестрі четвертого курсу (1912/1913 н.р.) він вивчав такі дисципліни: «Приватне австрійське право» (9 годин) та «Кримінальне австрійське право» (5 годин) у професора П. Стебельського; «Народне господарство» у професора С. Грабського (5 години); «Біологія рослин» у професора Цегельського (1 година). У другому семестрі прослухав два курси П. Стебельського – «Приватне австрійське право» (9 годин) і «Кримінальний австрійський процес» (5 годин) та курс С. Грабського «Політична економіка» (5 годин). У професора Я. Пруса вивчав «Загальну патологію нервових хвороб» (1 година). Прослухав курс професора М. Грушевського «Вибрані питання з історії Східної Європи» (1 година). У другому семестрі цього ж таки 1912/1913 н.р. такі ж курси в Я. Пруса, М. Грушевського вивчав Роман Дашкевич. Він навчався на другому курсі факультету права і політичних знань та досить активно співпрацював з Є. Коновальцем.

15 грудня 1912 р. Коновалець був обраний до головної ради Українського студентського союзу. Керівником обрали студента О. Когута, заступником студента А. Жилу, Р. Дашкевича – архіваріусом, а Є. Коновальця – касиром. До обрання в склад головної ради УССоюзу Є. Коновалець свою діяльність зосереджував у IV секції союзу, яка об'єднувала студентів – прихильників Української національно-демократичної партії (далі – УНДП). Загалом у союзі налічувалося чотири секції: I – студенток, II – імені М. Драгоманова, III – просвітній гурток, IV – націонал-демократична. У другій секції були прихильники Української радикальної партії. Окрім того, Є. Коновалець був членом УНДП. На з'їзді партії 25–26 грудня 1912 р. обраний до «тіснішого» Народного комітету партії, а також заступником членів комітету партії. Членами Народного комітету, найвищого органу управління партії, були К. Левицький, Є. Олесницький, Л. Цегельський, о. Д. Цегельський, Ю. Січинський, Р. Залозецький, І. Кивелюк, В. Охримович, В. Бачинський, С. Голубович та інші. Приблизно в квітні 1913 р. Є. Коновальця було обрано керівником IV секції. Приблизно на кінець 1912 р. – початок 1913 р. припадає поява Є. Коновальця і в складі управління філії «Просвіти» імені М. Шашкевича. У першому семестрі останнього року навчання вивчав такі предмети: «Процедура цивільна» в доктора права, українця В. Вергановського (6 годин на тиждень); «Загальне і австрійське політичне право» у професора, ректора університету в 1913/1914 н. р. С. Стажинського (5 годин на тиждень); у професора А. Долінського «Австрійське торгове право» (4 години на тиждень); у професора Ю. Бузека «Адміністративну науку» (6 годин на тиждень); у професора М. Грушевського «Вибрані питання з історії Східної Європи» (1 година на тиждень). На партійному з'їзді УНДП 25–26 грудня 1913 р. Є. Коновалець знову увійшов до «тіснішого» Народного комітету партії. В останньому семестрі навчання в університеті Є. Коновалець прослухав такі курси: «Процедура цивільна» у В. Вергановського (6 годин на тиждень); «Наука про державні фінанси» в С. Гломбінського (6 годин на тиждень); «Австрійське вексельне право» в А. Долінського (3 години на тиждень); «Устрій Австро-Угорщини» у С. Томашівського (3 години на тиждень); «Економічний семінар» в С. Грабського (2 години на тиждень); «Криміналістичний семінар» у П. Стебельського (2 години на тиждень); «Вибрані питання з історії Східної Європи» у М. Грушевського (1 година на тиждень).

За період свого навчання він встигав ще й бути у різних спілках, а також допомагати визначати вектори руху того чи іншого студентського чи громадського формування. Такими були: «Український Студентський Союз» (УСС), що існував у Львові від 1909 р. і об'єднував студентські товариства в усій Австрії, тобто «Академічну Громаду» у Львові, «Академічну Громаду» в Кракові, у Відні «Січ», у Чернівцях – «Союз» і «Січ», а, крім того, ще й два «буршівські» товариства (корпорації з оборони честі в двобоях) – у Львові «Роксоляна» і в Чернівцях «Чорноморе». На II загальних зборах «Українського Студентського Союзу» в 1913 р. вибрано випробуваного вже в організаційній праці при філії «Просвіти» Є. Коновальця до головної управи Союзу. У склад цієї управи увійшли: 1. Голова – студент прав Осип Когут, як представник Радикальної партії. 2. Заступник голови – студент прав Петро Дідушок, член Соціал-демократичної партії; члени виділу: 3. Осип Навроцький, студент прав (Радикальна партія). 4. Олена Степанівна, студентка філософії (Радикальна партія). 5. Юліян Охримович, студент філософії. 6. Володимир Котецький, студент філософії. 7. Роман Дашкевич, студент прав (всі три останні безпартійні) і 8. Є. Коновалець – представник Націонал-демократичної партії. Усі тут перераховані були тоді вже визначними індивідуальностями і відіграли в подальшому суспільному житті важливу роль.

«Абсолюторій», або документ про завершення університету Є. Коновалець отримав особисто 31 березня 1921 р. у Львові в університеті. Здобути цей документ у Польській державі було нелегкою справою. Довелося проходити перевірку на предмет, чи не служив у Галицькій армії. Оскільки Коновалець проживав у Відні, то цією справою займались батько Михайло Коновалець і товариш Михайло Матчак. Євген, повернувшись до Львова в липні 1921 р., активно почав відвідувати приватні уроки в одного із львівських адвокатів, аби ще скласти випускові іспити. Однак через відсутність україномовної комісії в університеті він так і не склав випускових іспитів. Для нього це було принциповою позицією в контексті загального українського громадсько-політичного руху за відкриття українського університету у Львові.

Висновки. Під час університетських студій у Львові студент юридичного факультету Євген Коновалець належав до числа здібних і талановитих студентів. Він умів організувати та провести за собою однодумців для боротьби за незалежність чи відстоювання права української молоді на здобуття вищої освіти українською мовою.

Є. Коновалець намагався отримати максимум від навчання, про що свідчить той факт, що він записувався на додаткові курси до таких професорів, як Михайло Грушевський (отримував глибокі знання про

Україну, її становлення та формування національного духу). Яскравим фактом такого формування особистості є те, що Є. Коновалець входив до студентських об'єднань, які відігравали значну роль у Першій світовій війні. Студентський рух був та залишається поступом до кращого. Студенти швидше відчують та діють у важливих життєвих ситуаціях. Це своїм життєвим прикладом довів і Євген Коновалець.

¹ Євген Коновалець та його доба / О. Грицай, С. Шах, О. Зінкевич та ін.; передне слово Ю. Бойко. Мюнхен: Вид. Фондації ім. Є. Коновальця, 1974. С. 17–19.

² Там само.

³ *Державний архів Львівської області* (далі – ДАЛО) – Ф. 26. Оп. 15. Спр. 136. Арк. 546.

⁴ ДАЛО. Ф. 26. Оп. 15.– Спр. 136. Арк. 234. URL: <https://photo-lviv.in.ua/nevidomi-fakty-pro-navchannia-v-universyteti-polkovnyka-armii-unr-yevhena-konovaltsia/>

⁵ URL: <http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/66388/06-Isayuk.pdf?sequence=1>

⁶ Зінкевич О. Студентські роки Євгена Коновальця. *Євген Коновалець та його доба*. Мюнхен, 1958. С. 93.

⁷ URL: <https://dyvys.info/2021/03/01/do-360-richchya-lnu-pro-navchannya-v-universyteti-polkovnyka-armiyi-unr-yevgena-konovaltsya/>

⁸ URL: <https://dyvys.info/2021/03/01/do-360-richchya-lnu-pro-navchannya-v-universyteti-polkovnyka-armiyi-unr-yevgena-konovaltsya/>

⁹ ДАЛО. Ф. 26. Оп. 15. Спр. 136. Арк. 546.

¹⁰ ДАЛО. Ф. 26. Оп. 15. Спр. 146. Арк. 210–214.

¹¹ ДАЛО. Ф. 26. Оп. 15. Спр. 146. Арк. 213.

¹² Там само.

Резюме

Кахнич В.С. Євген Коновалець – яскравий студент юридичного факультету Львівського університету (1909–1914).

У статті автор досліджує особистість Є. Коновальця як студента юридичного факультету Львівського університету, який власним прикладом заохочував своїх однодумців покращувати свій інтелектуальний рівень для боротьби за український університет та незалежність України. Розкриває, які предмети (вибіркові та нормативні) вивчав Є. Коновалець. Доводить, що ще в студентські роки Є. Коновалець почав проявляти надзвичайні організаторські здібності, які допомогли йому у період Першої Світової війни.

Ключові слова: юридичний факультет, Львівський університет, Євген Коновалець, студент.

Резюме

Кахнич В.С. Евгений Коновец – яркий студент юридического факультета Львовского университета (1909–1914).

В статье автор исследует личность Е. Коновальца как студента юридического факультета Львовского университета, который собственным примером поощрял своих единомышленников улучшать свой интеллектуальный уровень для борьбы за украинский университет и независимость Украины. Раскрывает, какие предметы (выборочные и нормативные) изучал Е. Коновец. Доказывает, что еще в студенческие годы Е. Коновец начал проявлять чрезвычайные организаторские способности, которые помогли ему в период Первой мировой войны.

Ключевые слова: юридический факультет, Львовский университет, Евгений Коновец, студент.

Summary

Volodymyr Kakhnych. Yevhen Konovalts is a bright student of the Faculty of Law of Lviv University in 1909–1914.

In the article the author explores the personality of E. Konovalts as a student of the Faculty of Law of Lviv University, who by his own example encouraged his like-minded people to improve their intellectual level to fight for the Ukrainian university and independence of Ukraine. Reveals which subjects (elective and normative) E. Konovalts studied. He proves that even in his student years E. Konovalts began to show extraordinary organizational skills that helped him during the First World War.

E. Konovalts' student life at the Faculty of Law is reflected in memoirs and archival sources, in particular, "index" (analogue of a modern student's record book, where records were made of all tests and exams passed by students), "enrollment card" (questionnaire, which was being filled out by students, when they were being registered for the semester; it was divided into two parts – in the first part of the questionnaire they wrote in their name, surname, place and date of birth, information about parents, religion and mother tongue, also specified what status the student had (ordinary or extraordinary); The boys entered information about military service. Another part contained information about the courses the student intended to attend, namely the name of the course, the name of the teacher who taught the course, and the number of lectures per week.

The information from archival sources gives reasons to state that E. Konovalts played an important role in the struggle for the Ukrainian university, in particular, in the events of July 1, 1910. From archival sources we learn that it was Friday, E. Konovalts was at the council of the Ukrainian students on the occasion of the opening of a Ukrainian university in Lviv. It is known that the veche ended in clashes with Polish students, the murder of the Ukrainian student Adam Kotsko and the wounding of ten students. After this tragedy, E. Konovalts was one of more than 300 arrested Ukrainians. Although after taking the evidences, he was released. During the court hearings, E. Konovalts testified as a witness. Despite the lawsuit, E. Konovalts, like other students, continued his studies, although he studied at the university on a disciplinary case.

E. Konovalts was a student who did a lot and agreed to do even more for the Ukrainian university and Ukraine in general.

Key words: Faculty of Law, Lviv University, Yevhen Konovalts, student.

М.Ю. РЯЗАНОВ

*Михайло Юрійович Рязанов, кандидат юридичних наук, доцент, докторант Національного університету «Одеська юридична академія»**

ORCID: 0000-0003-0404-2841

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВА ЗАПОРІЗЬКОЇ СІЧІ У ПРАВОВІЙ СПАДЩИНІ УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Унікальності процесу правового розвитку України надало козацтво. Створення Запорізької Січі стало потужним імпульсом консолідації українського народу, розвитку національної свідомості та правосвідомості. Її гуманістична спрямованість яскраво проявилася у філософії права того періоду, що цілком ґрунтована на ідеях природного права. Особливо наголошується на ідеї цінності природно-правових регуляторів суспільного життя того періоду, акцентується увага на ідеї права як вираженні правди і справедливості, рівності всіх людей від природи, на ідеї зумовленості вчинків людини природним законам, що сприяло формуванню українців як повноцінних суб'єктів права. Ідеї природного права як невід'ємного від кожного індивіда, знайшли своє втілення у низці правових документів того періоду: Гадяцькому трактаті, Конституції П. Орлика, Березневих статтях Б. Хмельницького тощо¹, що стало безумовною правовою спадщиною, яка впливає і має підтримуватись сьогодні і у подальшому.

Ідеї природного права. Серед правової спадщини України від козацького періоду особливу цінність становить оригінальний, автентично український досвід правотворення, яскравим прикладом якого було козацьке право як система звичаєво-правових норм, породжених суспільним феноменом козацтва, а також звичаєво-правових інститутів, які ці норми об'єднували². Як слушно зазначає О. Нелін, козацьке право було не тільки суто звичаєвим, а ще й шире національним, продуктом відносин чисто козацького суспільства, у нормах якого втілені їхні уявлення про право, справедливість, свободу, рівність³. Таким чином ідеї природного права стали системоутворюючими та дали змогу виробити свій власний кодекс прав і вольностей. Це неписані етичні правила, природні права і правові норми, які визначали соціальний статус козацтва в суспільстві. Козацькі права забезпечували свободу від феодальних повинностей і податків, можливість мати власну адміністрацію і суд і, нарешті, головне – володіти землею. Саме тому соціальне становище козацтва набуває високого статусного значення і перетворюється на ідеал широких селянських мас та міщанства. Прагнення здобути козацьких прав і вольностей стає загальноукраїнським явищем, яке укорінилося у свідомості українців.

Козацтво як суспільний стан, що остаточно утвердився в XVI ст., суттєво відрізнявся від попередніх типів суспільних груп: у нього був особливий зовнішній вигляд, світогляд, спосіб життя, і найважливіше – особиста воля, чого не було в українського селянства. Щонайбільше, вони були вільними не тільки політично чи соціально-економічно, а й вільними від звичних побутових обов'язків, сім'ї. Хоча на козаків формально поширювалося законодавство держави, умови їхнього життя диктували нові, актуальніші правила поведінки. З часом авторитет цих правил зростає, унаслідок чого вони отримували суспільне визнання та реальну юридичну дію у формі правових звичаїв⁴. Як зазначав Д. Яворницький, «в основі всієї козацької громади був звичай: згідно зі звичаєм козаки не допускали в Січ жінок, згідно зі звичаєм чинили суд і розправу, згідно зі звичаєм ділилися на курені і паланки, згідно зі звичаєм збиралися у відомий час на спільні ради»⁵.

Запорізьке січове козацтво створило новий вимір правового життя, відмінний від тогочасних правових реалій, зокрема від принципів і норм феодального права, що закріплювали станову, релігійну, національну та майнову нерівність⁶.

Політико-правовий устрій Запорізької Січі базувався на принципах козацької демократії. Йдеться про народовладдя в межах одного суспільного стану – козаків. Лише вони мали право на вирішення внутрішніх справ, могли обирати і бути обраними, мали право займати військові, адміністративні, судові посади. Хоча в Запорізькій Січі і перебували особи, які не належали до козацького стану, проте вони не були ані рабами, ані кріпаками. Майнова нерівність існувала, проте вона мала лише економічний, а не юридичний характер. Багатші не мали права привілею над біднішими. Різниця між дуками (козацька аристократія) і голотою (плебсом) у правовому відношенні не існувало. Товаристо обходилося без привілеїв, усі були рівними. Частина голоти мешкала в самій Січі, в курені, перебувала на утриманні коша, працюючи в паланках та зимівниках. Взаємини регулювалися не нормами писаного права, а звичаєвим правом військового товариства. Козацька правосвідомість забезпечувалася повагою до традицій та заборон, які мали силу закону⁷.

Особливості козацької державності. За формою правління Запорізьку Січ відносять до типу демократичної республіки. Органом прямої демократії виступала козацька рада. Вона не була представницьким орга-

© М.Ю. Рязанов, 2021

* *Mykhailo Ryazanov, Ph.D. in Law, Associate Professor, Doctoral candidate of the National University "Odesa Law Academy"*

ном, як у Західній Європі. В ухваленні законів і управлінні справами безпосередню участь брали лише представники одного суспільного стану – козаків. Раді належала вся повнота законодавчої та адміністративної влади. Вона ухвалювала закони, приймала рішення з найважливіших питань внутрішньої та зовнішньої політики, контролювала діяльність урядовців. Раду могли скликати гетьман, митрополит, а у військовий час – просте козацтво і навіть сторонні особи. Виконавча влада на Запоріжжі належала кошу, тобто обраним на козацькій раді посадовцям⁸.

Лідером Запорізької Січі, який мав вищу військову, адміністративну, судову та навіть духовну владу, був кошовий отаман. Це, на думку М. Бедрія, було потрібно виключно задля чіткого виконання складних військових операцій, в яких важливий авторитетний керівник із широкими повноваженнями. Натомість ця велика влада не була загрозою для демократії, оскільки урівноважувалася частотою переобрання кошового отамана⁹. Засади існуючої на Запоріжжі традиції врядування видавалися цілком природними, а відтак – «своїми». Вони повною мірою перегукуються із сучасним розумінням теоретичних засад державотворення, в основі якого лежить пріоритет особистості над державою, «повна політична воля і рівність кожної людської одиниці, забезпечення її людських прав».

Особливий правовий порядок. Правовий порядок Запорізької Січі є виключно неординарним явищем, соціально-правовим феноменом, який, з одного боку, проливає світло на особливості формування правових традицій українського народу, його ментальних характеристик, «природної» здатності до впорядкування та організації суспільної життєдіяльності, а з іншого — виявляє значний пласт правового життя, що є малодослідженим вітчизняною юриспруденцією за очевидної актуальності цієї проблематики для сучасного правового розвитку України. Правовий порядок Запорізької Січі в теоретико-правовому баченні є досить довершеним не тільки у характеристиках стану правового буття тогочасного суспільства, на всі сторони (і на правову сферу також) якого запорізьке козацтво здійснювало потужний вплив¹⁰.

Аналізуючи правове життя Запорізької Січі, Н. Атаманова зазначає, що ціннісно-правова складова виробленої козацькою спільнотою системи регулювання суспільних відносин на ранньому етапі її розвитку мала зародковий характер. Вона виявляла себе в корпоративних уявленнях козацтва про правду, справедливість, честь, порядок, тобто поняття, змістовна характеристика яких тяжіє до мононормативного регулювання, де правові уявлення і нормативи тісно перепліталися з моральними і релігійними. Це невіддільність правових цінностей від моральних і релігійних значною мірою спричинялася необхідністю «мобілізації» і взаємопідтримки всіх засобів суспільно-корпоративної регуляції, спрямованих на суворе забезпечення протовійськової дисципліни і відповідного порядку в усіх сферах козацького життя¹¹.

Важливим фактором правового порядку української держави козацької доби є утворення самобутньої правової системи, яка була інституціонально-нормативною основою формування і підтримання правового порядку у тогочасному українському суспільстві¹².

Звичаєве право як основа козацького права. В умовах періоду, коли українське право існувало і застосовувалося за відсутності власної держави, сформувалися специфічні звичаєво-правові норми, спрямовані на забезпечення безпосередньої демократії, встановлення певного компромісу між членами козацької громади. Важливе значення для кошової організації мало правове регулювання демократичних засад формування органів влади й управління, звичаєво-правова процедури вирішення головних питань січового життя: участі у воєнних діях, укладання миру та ін.¹³ Козацька правова система була недиференційованою, адже морально-етичні (правда, справедливість, честь, свобода тощо), традиційні (звичаї, «давні права і вольності» тощо) та релігійні категорії значно впливали на формування політико-правових категорій («чесність велика», «здоровий глузд», значимість православної віри, демократизм, республіканізм, консерватизм, панування звичаїв тощо)¹⁴.

Як зазначає, В. Тімашов, особливістю козацького права було утвердження свободи від феодалних повинностей та податків. Його матеріальною основою стали специфічні суспільно-економічні відносини, що склалися в Запорізькій Січі, а юридичним джерелом – норми давньоруського права, пристосовані до конкретно-історичних умов, норми звичаєвого права українського народу та запозичення з правових норм і традицій інших народів¹⁵. Характерними рисами звичаєвого права, на думку цього автора, були: корпоративність, переважання публічного права, усна форма вираження, відсутність поділу на галузі, консерватизм, обрядовість, досить суворі (переважно тілесні) покарання, широке застосування смертної кари тощо. Цілком очевидно, що основою формування козацького права стало звичаєве право, пристосоване до умов життя січового лицарства¹⁶.

Найважливіше значення у системі джерел (форм) права Запорізької Січі, на думку знавців української козащини, мали правовий звичай, адміністративні акти та правосвідомість козаків.

Особливість судоустрою та виокремлення судової влади. Дія норм козацького права забезпечувалася функціонуванням судової системи. Судочинство Запорізької Січі було осмисленим вираженням цінностей соціокультурного буття українського етносу, а правові приписи і норми були конвенціональними формами історичного рівня правосвідомості етносугрупи запорізьких козаків, які зазнали не лише правової інтенціональності та впливу концептів римсько-християнського права, а й правових систем Речі Посполитої та Московської держави, що за своєю природою були паліативними¹⁷.

Оскільки з'ясовано, що Запорізька Січ не була в сучасному розумінні державою, а лише державницьким утворенням, Д. Андреев вводить поняття історичних типів судочинства: самосуд, заснований на принципах звичаєвого права; судочинство, яке передбачає певний судоустрій організованих суспільних систем;

і правосуддя, яке органічно пов'язане з наявністю правової держави, складовим елементом якої вона є. З таких позицій судочинство Запорізької Січі є перехідним етапом від самосуду до державного судочинства із первинними національними зародками, які хоч і віддалено, але нагадують елементи демократичного правосуддя¹⁸.

Станова юрисдикція козацького суду будувалася на козацькому присуді – соціально-правовому інституті, що об'єктивно утворився у козацькій спільноті й отримав затвердження з боку держави (Речі Посполитої, а потім Росії) у якості станового привілею козацтва і включав його судову самоорганізацію та судочинство за нормами козацького звичаєвого права, Литовських статутів і магдебурзького (хелмінського) права¹⁹.

Судочинство велося від імені «товариства Війська Запорізького», а кошовий і військовий суддя підписували вирок чи рішення не лише від свого імені, а й від усього товариства. Носіями судової влади формально визнавалися всі січовики. Здійснювалася вона як безпосередньо на загальній військовій (за іншою термінологією – січовій або кошовій) раді та козацьких сходках, так і через виборних або призначених («наказних») посадових осіб – козацьку старшину. Судова влада загалом ще не була відокремлена від військово-адміністративної. Разом із тим у військового судді була низка функцій, що не мали жодного відношення до відправлення правосуддя, зокрема він уважався начальником «при скарбі й арматі»²⁰.

У період Гетьманщини (1648–1782) в козацьких судах України склалися дві форми судового процесу: обвинувально-змагальний і слідчий (інквізиційний). Цивільні справи розглядалися переважно в обвинувально-змагальному порядку, а кримінальні – в інквізиційному. Судочинство відбувалося в усній формі, що передбачало змагальність сторін перед судом і повністю протоколювалося. Протоколи судових засідань підписували всі члени суду. Судовий процес завершувала судова постанова – «декрет» (із XVIII ст. вирок суду в кримінальних справах називався «мнение», постанова в цивільних справах – «решение»). Інші постанови судових органів щодо окремих питань судочинства приймалися шляхом голосування членів колегії суду спочатку в усній формі, а у подальшому – в письмовій та заносилися в судові книги «для пам'яті»²¹.

Споглядаючи крізь століття на судову практику Запорізької Січі, слід визнати, що саме тут, як ніколи раніше в українській історії, яскраво виявилось розуміння судової влади як публічної влади, джерелом і головним носієм якої є всі повноправні громадяни (в умовах Січі – все військове товариство). Якщо в литовсько-польському судочинстві шляхта, яка ототожнювала себе з народом, лише боролася за контроль над здійсненням судової влади, то на Січі козацьке товариство реально здійснювало таку владу.

Висновки. Отже, основними специфічними рисами правової спадщини Запорізької Січі є: а) відносна впорядкованість; б) органічний зв'язок зі звичаєвим козацьким правом та зумовлений цим консерватизм; в) утворення природно-історичним шляхом; г) розвиток на основі громадівських засад співжиття; ґ) наявність специфічної мети – виживання січової козацької спільноти в суворих умовах за допомогою консолідації зусиль її членів; д) закріплення основ суспільного порядку; е) відображення основних правових уявлень, цінностей, ідеалів та усталеної правової практики українського козацтва; є) забезпеченість нормативними (козацьке звичаєве право, результати козацького правотворення, рішення Загальновійськової ради, акти гетьманів та іншої старшини тощо) та організаційними (органи влади, зокрема Загальновійськова рада, посадові особи Січі, власна система судочинства тощо) інститутами січової спільноти; ж) персоналістичний та екстериторіальний характер, що визначав певний статус осіб козацького стану незалежно від місця їх перебування; з) вплив як на січовиків, так і на інших козаків та український народ загалом як у межах Вольностей Війська Запорізького, так і поза ними, зокрема, «на волості», на землях Гетьманщини, на територіях, фактично зайнятих козаками (у ході освоєння земель, у результаті козацько-селянських повстань тощо); и) генетичний зв'язок як з правовими традиціями українського народу (громадівський характер, демократизм, поширеність рад, перейняття правових звичаїв та ін.), так і з правовими системами деяких іноземних держав.

Філософсько-правовий аспект дослідження особливостей становлення національної правосвідомості на прикладі Запорізької Січі надає можливість усвідомити в історичній ретроспективі сутність нашої ментальності, правової культури народу як ознаки вищого ступеня участі членів суспільства у правовому житті, здійснення правової діяльності, відображення стану законності й правопорядку, рівня правосвідомості українців різних поколінь та дасть змогу зрозуміти особливості їхньої правотворчої та правозастосувальної діяльності за минулих генерацій²².

¹ Попадинець Г.О. Український світоглядно-філософський гуманізм як засада розвитку національної правової культури: автореф. дис. ... канд. філософ. наук. 12.00.12 / Київський університет внутрішніх справ. Київ, 2007. 22 с. С. 6.

² Бедрій М. Козацьке право як історичний тип українського звичаєвого права (XVI ст. – 40 рр. XIX ст.). *Вісник Львівського університету. Серія «Юридична»*. 2015. Вип. 61. С. 78–86.

³ Нелін О.І. Еволюція спадкового права в Україні (історично-правовий аспект): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2010. С. 22. 41 с.

⁴ Бедрій М. Козацьке право як історичний тип українського звичаєвого права (XVI ст. – 40 рр. XIX ст.). *Вісник Львівського університету. Серія «Юридична»*. 2015. Вип. 61. С. 78–86.

⁵ Яворницький Д.І. Історія запорозьких козаків: у 3 т. / АН Української РСР. Археографічна комісія, Інститут історії. Київ: Наукова думка, 1990. Т. 1 / передм. В.А. Смолія; ред. кол.: П.С. Сохань (голова), В.А. Смолій (заст. голови), В.Г. Сарбей, Г.Я. Сергієнко, М.М. Шубравська (відп. секр.). 596 с. С.192.

⁶ Судова влада в Україні: витоки, закономірності, особливості розвитку. монографія. / авт. колектив; за ред. І.Б. Усенко. Київ: Наукова думка. 2014. 505 с. С. 125.

⁷ Історія держави і права України: підручник / за ред. А.С. Чайковського. Київ: Юрінком Інтер, 2003. 512 с.

⁸ Тімашов В.О. Формування й закріплення інституцій прав і свобод людини в Україні (VI–XVII століття). *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2013. № 4 (69). С.170–176.

⁹ Бедрій М. Козацьке право як історичний тип українського звичаєвого права (XVI ст. – 40 рр. XIX ст.). *Вісник Львівського університету. Серія «Юридична»*. 2015. Вип. 61. С. 78–86.

¹⁰ Атаманова Н.В. Забезпечення правового порядку в Україні інституціями запорізького козацтва. *Актуальні проблеми держави і права*. 2011. С.131–135.

¹¹ Атаманова Н.В. Правовий порядок Запорозької Січі як феномен правового життя України (XVI–XVIII ст.). *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2012. Вип. 19. Т. 1. С. 9–12.

¹² Атаманова Н.В. Забезпечення правового порядку в Україні інституціями запорізького козацтва. *Актуальні проблеми держави і права*. 2011. С. 131–135.

¹³ Іванов В.М. Історія держави і права України: підручник. Київ : КУП НАНУ, 2013. 892 с. С. 181–182.

¹⁴ Атаманова Н.В. Правовий порядок Запорозької Січі як феномен правового життя України (XVI–XVIII ст.). *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2012. Вип. 19. Т. 1. С. 9–12.

¹⁵ Тімашов В.О. Формування й закріплення інституцій прав і свобод людини в Україні (VI–XVII століття). *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2013. № 4 (69). С. 170–176.

¹⁶ Там само.

¹⁷ Андреев Д.В. Етносоціокультурні чинники формування національної правосвідомості (на прикладі судової системи Запорозької Січі XVII–XVIII століть: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.12 / Національна академія внутрішніх справ України. Київ. 2003. 23 с. С. 6.

¹⁸ Там само.

¹⁹ Пашук А.Й. Суд і судочинство на Лівобережній Україні в XVII–XVIII ст. (1648–1782) / відп. ред. Калинович В.І. Львів: Вид-во Львівського ун-ту, 1967. 180 с.

²⁰ Судова влада в Україні: витоки, закономірності, особливості розвитку: монографія / авт. колектив; за ред. І.Б. Усенко. Київ: Наукова думка. 2014. 505 с. С. 129–130.

²¹ Пашук А.Й. Суд і судочинство на Лівобережній Україні в XVII–XVIII ст. (1648–1782) / відп. ред. Калинович В.І. Львів: Вид-во Львівського ун-ту, 1967. 180 с.

²² Андреев Д.В. Етносоціокультурні чинники формування національної правосвідомості (на прикладі судової системи Запорозької Січі XVII–XVIII століть: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.12 / Національна академія внутрішніх справ України. Київ. 2003. 23 с. С. 2.

Резюме

Рязанов М.Ю. Особливості права Запорізької Січі у правовій спадщині України.

Правова спадщина періоду існування Запорізької Січі аналізується крізь систему правових інститутів, на яких базувалася структура і діяльність військово-адміністративних і судових органів козаків. Констатується факт того, що правова спадщина досліджуваного періоду вплинула на розвиток українського права та правової культури. Роль правової спадщини Запорізької Січі у становленні та викарбовуванні особливостей національного права України може простежуватись крізь наступні положення:

– система звичаєво-правових норм та звичаєво-правових інститутів козацького права виражає ідеї цінності природно-правових регуляторів суспільного життя, акцентує увагу на ідеї права як вираженні справедливості, рівності всіх людей від природи, що сприяло формуванню українців як повноцінних суб'єктів права;

– культивування ідеологічних установок селянства, заклали в подальший розвиток українського права ідеї свободи, спільного вирішення питань, регламентація відносин виключно на нормативах, що відповідають внутрішнім прагненням українського народу;

– існування Запорізької Січі започаткувало особливості української державності. Так, Запорізька Січ мала певні ознаки демократичної унітарної республіки та поєднувала людей не силою формальної влади, а духовної спорідненості, що вплинуло у подальшому на стійке укріплення ідей національної соборності та державницької ідентифікації українського народу;

– особливою віхою козацької правової спадщини можна визначити сприяння виокремленню судової влади, як окремої, та становлення судового процесу. Судова влада Запорізької Січі ґрунтувалась на козацькому присуді – соціально-правовому інституті, що отримав затвердження з боку держави і включав судову самоорганізацію козаків та здійснення судочинства за нормами козацького звичаєвого права, Литовських статутів і магдебурзького права.

Ключові слова: звичаєве право, козацьке право, правова спадщина, правові інститути, звичаєво-правові інститути, козацький присуд.

Резюме

Рязанов М.Ю. Особенности права Запорожской Сечи в правовом наследстве Украины.

Правовое наследство периода существования Запорожской Сечи анализируется через систему правовых институтов, на которых базировалась структура и деятельность военно-административных и судебных органов казаков. Констатируется тот факт, что правовое наследство исследуемого периода повлияло на развитие украинского права и правовой культуры. Роль правового наследства Запорожской Сечи в становлении и отчеканивании особенностей национального права Украины может прослеживаться через следующие положения:

– система обычно-правовых норм и обычно-правовых институтов казацкого права выражает идею ценности естественно-правовых регуляторов общественной жизни, акцентирует внимание на идее права как выражении справедливости, равенства всех людей от природы, которое оказывало содействие формированию украинцев как полноценных субъектов права;

– культивирование идеологических установок крестьянства, заложило в дальнейшее развитие украинского права идей свободы, общего решения вопросов, регламентации отношений исключительно на нормативах, которые отвечают внутренним стремлениям украинского народа;

– существование Запорожской Сечи положило начало особенностям украинской государственности. Так, Запорожская Сечь имела определенные признаки демократической унитарной республики и объединяла людей не силой формальной власти, а духовного родства, что повлияло в дальнейшем на стойкое укрепление идей национальной соборности и государственной идентификации украинского народа;

– особой вехой казацкого правового наследия можно определить содействие выделению судебной власти, как отдельной, и становление судебного процесса. Судебная власть Запорожской Сечи основывалась на казацком приговоре – социально-правовом институте, который получил утверждение со стороны государства и включал судебную самоорганизацию казаков и осуществление судопроизводства за нормами казацкого обычного права, Литовских уставов и магдебургского права.

Ключевые слова: обычное право, казацкое право, правовое наследие, правовые институты, обычно-правовые институты, казацкий приговор.

Summary

Mykhailo Ryazanov. Features of the law of the Zaporizhian Sich in the legal heritage of Ukraine.

The legal heritage of the period of the existence of the Zaporizhian Sich is analyzed through the system of legal institutions on which the structure and activities of the military administrative and judicial bodies of the Cossacks were based. It is stated that the legal heritage of the period under study influenced the development of Ukrainian law and legal culture. The role of the legal heritage of the Zaporizhian Sich in the formation and strengthening the peculiarities of the national law of Ukraine can be traced through the following provisions:

– the system of customary legal norms and customary legal institutions of Cossack law expresses the idea of the value of natural legal regulators of public life, focuses on the idea of law as an expression of justice, equality of all people by nature, which assisted in the formation of Ukrainians as full-fledged subjects of law;

– the cultivation of the ideological attitudes of the peasantry, established in the further development of Ukrainian law the ideas of freedom, the solution of issues in a concerted effort, the regulation of relations exclusively on the standards meeting the internal aspirations of the Ukrainian people;

– the existence of the Zaporizhian Sich marked the beginning of the peculiarities of the Ukrainian statehood. Specifically, the Zaporizhian Sich bore certain signs of a democratic unitary republic and united people not by the force of formal power, but by spiritual kinship, which subsequently influenced the persistent strengthening of the ideas of national unity and national identification of the Ukrainian people;

– the special milestone of the Cossack legal heritage can be defined as the promotion of the separation of the judiciary, as a separate power, and the formation of the judicial proceedings. The judiciary of the Zaporizhian Sich was based on the Cossack judging – a social and legal institution, which was approved by the state and included judicial self-organization of the Cossacks and the conduct of judicial proceedings in accordance with the norms of Cossack customary law, Statutes of Lithuania and Magdeburg rights.

Key words: customary law, Cossack law, legal heritage, legal institutes, customary legal institutions, Cossack judging.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.08

УДК 343.163

П.В. ЄГОРОВ

*Павло Валерійович Єгоров, викладач відокремленого структурного підрозділу «Фахового коледжу» Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича**

ORCID: 0000-0002-1558-7516

ЗМІШАНА ФОРМА НАДАННЯ БЕЗОПЛАТНОЇ ЮРИДИЧНОЇ ДОПОМОГИ: МОДЕЛІ ТА ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД

Підвищений попит на юридичну допомогу у всьому світі привів до формування гібридних (змішаних) моделей юридичної допомоги. Так, нідерландська система юридичної допомоги являє собою змішану модель, у якій юридичну допомогу надають приватно практикуючі адвокати і адвокати, які працюють у Центрах юридичної допомоги та консультування (у Нідерландах такі центри називаються *Bureaus Rechtshulp*). Приватно практикуючому юристові виплачують фіксований гонорар, а працівники консультацій отримують субсидії від Ради з юридичної допомоги. Голландська система надання безоплатної допомоги призначена для надання допомоги і у кримінальних, і в цивільних справах. Захист у кримінальних справах не є домінують сферою діяльності нідерландських адвокатів. Велика частина бюджету витрачається на надання юридичної допомоги у справах соціального забезпечення (зайнятість, імміграція, житло і соціальні посібники)¹.

Моделі надання безоплатної правової допомоги в змішаній формі дослідники поділяють на три категорії: *judicare*, модель державних захисників, приватно-державна модель².

Модель *judicare* означає залучення приватно практикуючих юристів, з якими щоразу укладається угода на ведення кожної справи. Така модель особливо поширена у державах з англосаксонською системою права,

© П.В. Єгоров, 2021

* *Pavlo Yehorov, Lecturer of the Professional College of Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University*

зокрема, назву вона отримала від діючої в США системи такого роду. Ця модель застосовується крім США (деяких штатів) в Англії, Уельсі, Австралії, Шотландії, Норвегії, Швеції та Канаді. Дану модель залежно від методів виплати гонорарів приватно практикуючим адвокатам поділяють на *judicare* в чистому вигляді (*pure judicare*) і «черговий адвокат» (*duty counsel*).

При системі *judicare* допомогу малозабезпеченим надають досвідчені приватні адвокати, які за кожну справу отримують окрему плату. У багатьох державах використовуються сертифікати, що видаються у кожній конкретній справі та підтверджують виконання роботи. Особи, які потребують юридичної допомоги, самі вибирають собі адвоката. І це, безсумнівно, є плюсом цієї системи. До переваг також належить можливість контролю кожного рішення про фінансування. В умовах цієї системи відповідальність за якість лежить на самому юристові³. Щоб забезпечити належний рівень якості, потрібен досить громіздкий державний апарат, тому *judicare* вважається найдорожчою формою надання безкоштовної допомоги незаможним.

Зараз багатонаціональні судові системи (Англія, Нідерланди) зацікавилися ідеєю контрактів з особами, які надають юридичну допомогу. Послуги за контрактом – це послуги, що надаються практикуючими юристами або організаціями, які залучають практикуючих юристів, за контрактом з державними органами, відповідальними за надання юридичних послуг.

Pure judicare означає, що юристи отримують виплати після надання ними юридичної допомоги за кожну справу, зазвичай за тією чи іншою формою завірених сертифікатів, які є підтвердженням виконання роботи. Адвокати отримують компенсації за надані в межах програми послуги або від місцевої адміністрації, або через колеги адвокатів. Модель «черговий адвокат» передбачає штатних адвокатів, безпосередньо залучених органом з надання юридичної допомоги, які відповідальні за надання юридичних послуг, з обов'язком «чергового» представництва. Виплати таким адвокатам здійснюються за кожен день перебування і представництва в суді.

Зазвичай чергові адвокати надаються клієнтам, які не мають адвоката, у день їх першої появи в суді. Ця модель зручна тим, що стосується допомоги в процесі судочинства. Також при цій моделі можлива суттєва економія витрат в ситуації, коли штатний адвокат може займатися багатьма справами одночасно (наприклад, «чергує» в завантаженому справами суді).

Отже, перевагами цієї моделі є: певний ступінь контролю над призначеннями; використання для підвищення якості послуг (за умов наявності чітко сформульованих критеріїв якості); полегшує контроль витрат; дає «постачальнику» послуг якусь визначеність щодо фінансування; дозволяє стимулювати надання послуг, недоступних іншим способом.

До недоліків розглядуваної системи відносять недостатню енергійність представництва внаслідок залежності від урядових контрактів. Незважаючи на те, що ця система може вводитися для підвищення якості послуг, за відсутності чітко сформульованих критеріїв якості це може призвести до їх зниження.

Модель державних захисників (або штатних юристів) відрізняється від системи *judicare* тим, що держава організовує мережу спеціалізованих установ для надання юридичної допомоги малозабезпеченим. Як правило, такі заклади орієнтовані на надання найпростіших послуг (базових консультацій і роз'яснень). Вимоги до кваліфікації таких співробітників можуть бути істотно нижчі, ніж вимоги, що пред'являються, наприклад, до особи, яка бажає отримати допуск до судового представництва. Наприклад, в Нідерландах до роботи в так званих «вікнах юридичної допомоги» часто залучаються особи, юридичної освіти для яких недостатньо для отримання статусу адвоката (рівень бакалавра).

У кожному такому офісі або бюро зазвичай є керівник, адміністративний персонал і власне самі юристи. Клієнт спочатку проводить співбесіду з будь-ким з адміністративного персоналу і вже на цій стадії може фактично отримати юридичну допомогу: наприклад, скеровується в організацію або орган, в яких проблема клієнта може бути вирішена без участі юристів, або до юриста бюро, що спеціалізується у певній галузі права.

Варто зазначити, що система штатних юристів за витратами обходиться державі дешевше *judicare*, оскільки забезпечує послуги, що не обмежуються роботою в судах. Наприклад, згідно з дослідженням, яке проводилося в Англії в межах пілотного проекту Комісії з юридичних послуг, якість роботи штатних юристів досить часто була вищою, ніж у адвокатів⁴.

Приватно-державна модель змішаної форми *pro bono* полягає в об'єднанні переваг двох вищезазначених моделей. На думку Т. Подорожної та В. Вдовіченя, «*pro bono*» – це своєрідний індикатор забезпеченості рівності прав людини та їх захисту. Для подальшого розвитку цього інституту потрібно відшукувати дієві механізми стимулювання надання юридичних послуг «*pro bono*». І в цьому може допомогти досвід низки країн, де такий інститут вже історично вкоренився і без існування якого неможливий доступ до правосуддя. Зараз, як ніколи, Україна потребує якісної системи надання правової допомоги незахищеним верствам населення. І міжнародний досвід може дати відповідь на питання, як саме її організувати без бюрократичного втручання держави. У країнах Європи, в Австралії, Північній і Південній Америці надання послуг за принципами *pro bono* збільшує свої масштаби і вдосконалюється з року в рік. Можливість для вітчизняних адвокатів вчитися на цих прикладах може стати цінним методом заохочення, що сприятиме розширенню практики надання послуг на засадах *pro bono* у місцевому масштабі⁵.

Підкреслимо, що останнім часом, особливо протягом двох останніх десятиліть, практика послуг *pro bono* набуває інституційного виміру у юридичній професії. Цьому сприяє низка чинників. По-перше, у деяких юрисдикціях скорочення державного фінансування програм правової допомоги змусило юридичну

спільноту шукати можливості надання безкоштовних правових послуг тим, хто цього потребує, та переглянути роль юридичної професії у наданні таких послуг *pro bono*. По-друге, в результаті глобалізації юридичні фірми стають більшими, багато фірм починають оформлювати свою практику *pro bono* на інституційному рівні. Певною мірою це робиться для того, щоб залучити найкращих випускників юридичних навчальних закладів та утримати своїх юристів. Нарешті, багато асоціацій адвокатів почали організовувати неприбуткові *pro bono* програми та поширювати волонтерство у юридичних фірмах, що створило альтернативу організаціям із надання правової допомоги. Важливим чинником, що сприяв розвитку послуг *pro bono*, стало зростання кількості координаційних центрів – неприбуткових організацій, що забезпечують доступність та інституціоналізацію послуг *pro bono*, діючи як посередники і пов'язуючи юристів, готових надавати послуги, із тими, хто їх потребує⁶.

У канадській асоціації адвокатів концепція даної моделі юридичної допомоги характеризується як комплекс послуг, що не обмежуються судовим представництвом. Зазвичай співробітники юридичних бюро, які не є юристами, можуть надавати такі послуги, як посередництво у врегулюванні суперечки, правове виховання або надання допомоги, що потребує глибоких юридичних знань. Консультанти можуть допомагати клієнтам, роз'яснюючи зміст правових норм і пояснюючи зміст юридичної процедури, у той час як адвокат надає лише необхідну юридичну консультацію.

Практика надання послуг за системою *pro bono* широко використовується в США великими юридичними фірмами, які розглядають роботу *pro bono* як частину своїх зобов'язань перед суспільством, а також як можливість для фірми і адвокатів займатися благодійністю, а молодим адвокатам – отримати досвід роботи. Багато фірм вимагають від адвокатів певної кількості годин роботи з надання безкоштовних юридичних послуг в місяць чи в рік, а в деяких з них надання безкоштовних послуг є одним із критеріїв оцінки діяльності юриста і враховується при просуванні по службі або збільшенні оплати. Дана модель отримала популярність у багатьох розвинених країнах, таких як Швеція, Австралія та інших. Як вважають експерти, дана модель, безсумнівно, робить внесок в досягнення справедливості та забезпечення прав людини і громадянина. Дана модель найбільш ефективна тоді, коли громадянам необхідно отримати консультацію, пораду або представництво своїх інтересів за типовими нескладними справами⁷.

Щодо української моделі, то вона є дещо трансформована під національні реалії і наділена значним ступенем контролю надання правової допомоги як з боку громадськості, так з боку органів системи БПД з метою уникнути можливого зловживання з боку надавачів правових послуг. Вітчизняна система має багато спільного з процесом надання безоплатної правової допомоги у Великобританії, де уряд виділяє кошти на допомогу населенню у кримінальних справах і частину на захист інтересів у цивільних справах. Ця допомога розподіляється між Citizens' Advice Bureau (бюро з консультування громадян) і адвокатами, які підписали угоду з Міністерством юстиції Великобританії про участь у програмі Legal aid («Правова допомога»)⁸.

Існує практика створення окремого органу, що адмініструє надання безоплатної правової допомоги по всій країні, зокрема, у Молдові даний орган має назву Національна рада з гарантованої державою юридичної допомоги, у Литві – Координаційна рада з питань гарантованої державою правової допомоги, у Латвії – Управління безоплатної юридичної допомоги, у Грузії – Служба юридичної допомоги, в Україні – Координаційний центр з надання правової допомоги, який функціонує в структурі Міністерства юстиції України. Зазвичай фінансування цієї діяльності здійснюється з державного бюджету, проте є практика застосування коштів з інших джерел, таких як гранти, пожертви, добровільні внески, цільові програми фінансування з місцевих бюджетів тощо (прикладом можна вважати Грузію чи Україну)⁹.

На підставі вищевикладеного можна дати наступне визначення безоплатної юридичної допомоги – це юридична гарантія захисту прав людини, яка полягає в наданні професійної юридичної допомоги у вигляді консультацій або судового представництва громадянам, а також некомерційним організаціям, які не можуть самостійно оплатити подібну допомогу. Право на юридичну допомогу є цінністю всього людства і закріплено в більшості правових систем світу. Проте об'єктивні труднощі пересічного громадянина, який не володіє спеціальними юридичними знаннями та навичками, щоб ефективно використовувати правові засоби для реалізації та захисту своїх інтересів, породжують необхідність у допомозі юриста-професіонала, тобто адвоката.

Як висновок можна зазначити, що досвід західних країн свідчить, що для створення багатогранної системи юридичної допомоги самих зусиль уряду мало. Ініціатива повинна йти і зверху, і знизу. І в багатьох країнах, де інститут громадянського суспільства вже сформований, ми бачимо різноманіття форм юридичної допомоги. Проте варто зазначити, що систем юридичної допомоги в чистому вигляді майже не залишилося, оскільки більшість країн дійшли висновку про ефективність змішаних систем.

¹ Бойцова В.В., Бойцова Л.В. Судьи, обвинители, адвокаты и нотариусы: опыт Нидерландов и России. *Прокурорская и следственная практика*. 2000. № 1/2. С. 205.

² Сакун Д.І. Міжнародно-правові стандарти гарантування безоплатної правової допомоги адвокатами. *KELM (Knowledge, Education, Law, Management)*. 2020. № 3 (31). С. 126–130.

³ Право особи на безоплатну правову допомогу: монографія / Ю.О. Данилевська, Л.В. Павлик, З.З. Петрович, У.О. Цмоць. Львів: ЛьвДУВС, 2018. С. 31.

⁴ Moorhead R. and others. *Quality and Cost: Final Report of the Contracting of Civil Non-Family Advice and Assistance Pilot*. London: The Stationery Office, 2001. URL: <https://westminsterresearch.westminster.ac.uk/item/94242/quality-and-cost-final-report-on-the-contracting-of-civil-non-family-advice-and-assistance-pilot>

⁵ Подорожна Т., Вдовічен В. Інститут pro bono у професійній діяльності адвоката: національні тенденції та зарубіжний досвід. *Право України*. 2019. № 12. С. 179.

⁶ Посібник з організації роботи координаційного центру послуг pro bono. PILnet: *Всесвітня мережа захисту права суспільних інтересів*. 2011. С. 9. URL: <https://www.pilnet.org/wp-content/uploads/2020/03/manual-pro-bono-ukrainian-translation-1.pdf>

⁷ Бакаянова Н.М., Билиця І.О. Адвокатура у системі надання безоплатної правової допомоги [Електронне видання] : навч.-метод. посіб. з навчальної дисципліни «Адвокатура у системі безоплатної правової допомоги» (галузь знань 08 «Право», другий (магістерський рівень) для студентів I курсу денної форми навчання / Н.М. Бакаянова, І.О. Билиця. Одеса : Фенікс, 2020. С. 14.

⁸ Чанцева Т.П. Безоплатна правова допомога в Україні: національні реалії та зарубіжний досвід. *Безоплатна правова допомога в Україні: шляхи подальшого розвитку та модернізації*: матеріали Всеукр. студ. наук.-практ. конф. (м. Дніпро, 5 жовт. 2018 р.). Дніпро: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2018. С. 193–194.

⁹ Безоплатна правова допомога в країнах світу. *Правовий тиждень*. Щотижнева інформаційно-правова газета. URL: <http://legalweekly.com.ua/index.php?id=16061&show=news&newsid=122702>

Резюме

Єгоров П.В. Змішана форма надання безоплатної юридичної допомоги: моделі та зарубіжний досвід.

У статті досліджено основні моделі безоплатної юридичної допомоги змішаної форми крізь призму зарубіжного досвіду. Моделі надання безоплатної правової допомоги в змішаній формі поділено на три категорії: *judicare*, модель державних захисників, приватно-державна модель.

Практика надання послуг за системою pro bono широко використовується в США великими юридичними фірмами, які розглядають роботу pro bono як частину своїх зобов'язань перед суспільством, а також як можливість для фірми і адвокатів займатися благодійністю, а молодим адвокатам – отримати досвід роботи.

Зроблено висновок, що безоплатна юридична допомога – це юридична гарантія захисту прав людини, яка полягає в наданні професійної юридичної допомоги у вигляді консультацій або судового представництва громадянам, а також некомерційним організаціям, що не можуть самостійно оплатити подібну допомогу. Право на юридичну допомогу є цінністю всього людства і закріплено в більшості правових систем світу.

Ключові слова: права людини, право на юридичну допомогу, моделі юридичної допомоги, *judicare*, модель державних захисників, приватно-державна модель, pro bono.

Резюме

Єгоров П.В. Смешанная форма предоставления безвозмездной юридической помощи: модели и зарубежный опыт.

В статье исследованы основные модели безвозмездной юридической помощи смешанной формы через призму зарубежного опыта. Модели предоставления безвозмездной правовой помощи в смешанной форме разделены на три категории: *judicare*, модель государственных защитников, частно-государственная модель.

Практика предоставления услуг за системой pro bono широко используется в США большими юридическими фирмами, которые рассматривают работу pro bono как часть своих обязательств перед обществом, а также как возможность для фирмы и адвокатов заниматься благотельностью, а молодым адвокатам – получить опыт работы.

Сделан вывод, которая безвозмездная юридическая помощь – это юридическая гарантия защиты прав человека, которая заключается в предоставлении профессиональной юридической помощи в виде консультаций или судебного представительства гражданам, а также некоммерческим организациям, которые не могут самостоятельно оплатить подобную помощь. Право на юридическую помощь является ценностью всего человечества и закреплено в большинстве правовых систем мира.

Ключевые слова: права человека, право на юридическую помощь, модели юридической помощи, *judicare*, модель государственных защитников, частно-государственная модель, pro bono.

Summary

Pavlo Yehorov. Mixed form of free legal aid: models and foreign experience.

The article examines the main models of free legal aid of mixed form through the prism of foreign experience. The models of providing free legal aid of mixed form are divided into three categories: *judicare*, public defenders model, private-public model.

The *judicare* model implies the involvement of private sector lawyers, with whom an agreement is concluded at a time. This model is especially common in countries of the Anglo-Saxon legal system, in particular, it takes its name from the current system of this kind in the United States. This model, depending on the methods of payment of fees to private lawyers, is divided into *judicare* in its pure form (pure *judicare*) and duty lawyer (duty counsel). Under the *judicare* system, the aid is provided to low-income people by experienced private lawyers, who are paid a separate fee for each case. Those in need of legal assistance get a lawyer by their choice. Under this system, the responsibility for quality lies with the lawyer.

It is noted that the model of public defenders (or staff lawyers) differs from the *judicare* system in that the state organizes a network of specialized institutions to provide legal assistance to low-income people. As a general rule, such institutions are focused on providing the simplest services (basic consultations and explanations). Qualification requirements for such employees may be significantly lower than those imposed, for example, on a person seeking admission to judicial representation.

The practice of providing pro bono services is widely used in the United States by large law firms, which consider pro bono work as part of their duties to society, as well as an opportunity for the firm and lawyers to work for charitable causes, and for young lawyers to gain work experience. This model undoubtedly contributes to achieving justice and ensuring rights of a person and of a citizen.

It is concluded that free legal aid is a legal guarantee of human rights protection, which consists in providing professional legal aid in the form of consultations or legal representation to people, as well as to non-profit organizations that cannot pay for such aid on their own.

Key words: human rights, right to legal aid, models of legal aid, *judicare*, public defenders model, private-public model, pro bono.

Д.І. РАДЗІЄВСЬКИЙ

*Дмитро Ігорович Радзієвський, аспірант Університету економіки та права «КРОК», заступник начальника управління землеустрою Департаменту земельних ресурсів виконавчого органу Київської міської ради (Київської міської державної адміністрації)**

ORCID: 0000-0001-6622-0776

ЮРИДИЧНА ТЕХНІКА АКТИВ ЗЕМЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА: ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ

Постановка проблеми. Сучасні процеси євроінтеграційного характеру мають значний вплив на розвиток зовнішньої та внутрішньої політики України, приводять до активної трансформації всіх сфер суспільства, особливо земельної сфери. Це проявляється в появі організаційних, правових, економічних новацій у сфері земельних відносин, становлення та розвитку державно-правових інститутів, які забезпечують раціональне використання землі, управління земельними ресурсами та всебічно сприяють економічному розвитку держави. Наразі можемо спостерігати надзвичайно активне реформування земельного законодавства України, пов'язане зокрема і з відкриттям ринку земель сільськогосподарського призначення.

Водночас земельні відносини для багатьох людей, у тому числі юристів, які спеціалізуються в даній сфері, не завжди є зрозумілими. Зумовлюється це низкою як об'єктивних так і суб'єктивних факторів: наявністю прогалин у законодавстві, колізій, «мертвих» норм, декларативних норм, зарегульованістю відповідних відносин, наявністю компетенційних спорів між суб'єктами владних повноважень, існуванням автентичних норм «звичаєвого права» на певній території, невідповідності підзаконних нормативно-правових актів законам України, свідомим невжиттям законодавчою гілкою влади заходів, спрямованих на належне врегулювання земельних відносин тощо.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Зазначене питання в різних аспектах досліджувалося багатьма вченими, зокрема В.Д. Сидором, Г.О. Поліщук, О.В. Патлачук, І.І. Онищук, О.Ф. Скакун, Ж.О. Дзейко, О.І. Чаплюк.

Все це, безумовно, пов'язане з необхідністю розвитку та вдосконалення чинного земельного законодавства. На думку вченого В.Д. Сидора, сучасні акти земельного законодавства характеризуються істотними недоліками у вигляді наявності норм, які регулюють неконкретні земельні правовідносини, а носять декларативний характер, рясніють протиріччями, нечіткими формулюваннями, стилістичними погрішностями та іншими неточностями¹.

Водночас вчена Г.О. Поліщук надає визначального значення юридичній техніці як важливому засобу удосконалення сучасної системи законодавства. За словами науковиці, оновлення законодавчої бази вимагає всебічного дослідження та удосконалення всіх інституцій, які забезпечують результативність, ефективність та якість юридичних документів. Саме правила та прийоми юридичної техніки є тими основними засобами гарантування якості юридичних документів².

Відтак, зазначені вище аспекти значною мірою актуалізують необхідність дослідження питань, пов'язаних із виокремленням та аналізом наукових підходів до розуміння юридичної техніки актів земельного законодавства. За наявністю якісних актів земельного законодавства та належного механізму їх розробки і прийняття можливо розраховувати на ефективний та досконалий техніко-юридичний рівень регулювання відносин у земельній сфері. У цьому аспекті значний теоретико-пізнавальний інтерес відіграє юридична техніка актів земельного законодавства як особливе правове явище. Підкреслюючи значний рівень актуальності тематики дослідження, теоретичне та практичне значення результатів такого дослідження, вважаємо за необхідне з'ясувати теоретико-методологічні підходи до розуміння юридичної техніки актів земельного законодавства.

Таким чином, досягнення поставленої мети передбачає виокремлення завдань дослідження, зокрема постає необхідність у виділенні й аналізі підходів вчених до розуміння юридичної техніки актів земельного законодавства як особливого правового явища, здійснення їх узагальнення, визначення переваг та недоліків відповідних наукових підходів та узагальнення розуміння поняття юридичної техніки актів земельного законодавства як особливої правової категорії.

Доцільно зазначити, що юридична техніка як особлива правова категорія була і є предметом гострих наукових дискусій та об'єктом широкого кола наукових інтересів, що зумовлено різними за змістом чинни-

ками. По-перше, юридична техніка є достатньо новим феноменом сучасної юриспруденції, що й визначає потребу у здійсненні системного дослідження її проявів на рівні теорії та практики та отримання нових і удосконалення існуючих знань. По-друге, юридична техніка характеризується багатопроявним характером, що викликає необхідність у з'ясуванні її природи, сутності, структури, особливостей здійснення та подальшої розробки науково обґрунтованих методологічних підходів до її розуміння та отримання нових емпіричних знань. По-третє, юридична техніка як особлива юридична категорія потребує розробки нових та вдосконалення існуючих підходів до її розуміння, отримання нових знань щодо правил, способів розробки та прийняття нормативно-правових актів, у тому числі актів земельного законодавства.

Варто звернути увагу на той факт, що на сьогодні в межах юриспруденції юридична техніка розглядається як особлива та багатоаспектна категорія. Так, юридична техніка являє собою самостійну наукову дисципліну, яка є сполучною ланкою між загальною теорією права та галузевими дисциплінами³. Тобто, це вказує на правовий характер юридичної техніки, її універсальність (загальність), а також властивість комунікативності, що передбачає створення досконалої за формою і змістом нормативно-правових актів, які в цілому визначають правовий статус суб'єктів права, а також особливості галузевого правового статусу, в тому числі у сфері земельних відносин. Цілком ймовірним є те, що досконалість актів земельного законодавства являє собою передумову реалізації та захисту прав і свобод людини і громадянина у сфері земельних відносин, стратегічного економічного розвитку держави, раціонального використання земельних ресурсів на благо.

Дещо інструментального змісту юридичній техніці як правовій категорії надається в контексті її характеристики крізь призму категорії «техніка юридичного письма», тобто майстерність матеріалізації думки та вдосконалення форми права (мовні, стилістичні, графічні правила складання документів, способи підвищення ефективності юридичних процедур, засоби забезпечення зрозумілості та доступності права)⁴.

На думку І. Шутака, юридичну техніку застосовують адвокати, судді, нотаріуси, парламентарі, урядовці, управлінці для письмового окреслення змісту нормативно-правових актів, оформлення юридичних документів, вираження правового аналізу юридичних прав і обов'язків⁵.

Таким чином, можливо стверджувати, що важливу роль у процесі застосування тих чи інших правил юридичної техніки відіграють саме особи, які їх застосовують, тобто від рівня їх професійності, компетентності, відповідальності, належного рівня правової свідомості залежать і досконалість, точність, якість розроблених ними нормативно-правових актів. На чому і наполягає вчений І.І. Онищук, зазначаючи, що суб'єктам правотворчої та правозастосовної діяльності вкрай необхідні глибокі знання і бездоганне володіння юридичним письмом⁶. Очевидно, що застосування юридичної техніки в процесі розробки та прийняття актів земельного законодавства є не лише необхідною умовою їх досконалості та якості, а в цілому забезпечує ефективність якісної дії земельного законодавства та їх позитивний вплив на регулювання суспільних відносин в сфері землевпорядкування і раціонального використання земельних ресурсів.

Ряд інших вчених розглядає юридичну техніку як складну інституційну правову категорію, акцентуючи увагу на характеристичні її складові елементи. Вчена О.Ф. Скакун визначає юридичну техніку як систему засобів, правил і прийомів підготовки компетентними органами юридичних актів. Найзагальнішими прийомами і правилами юридичної техніки є: 1) юридична термінологія; 2) юридичні конструкції; 3) форма нормативного акта, прийоми і правила викладу його змісту⁷.

Схоже розуміння юридичної техніки вбачається і в поглядах В.С. Нерсисянца, який визначає юридичну техніку в аспекті законодавчої техніки як систему правил і прийомів найбільш досконалих за формою і структурою проектів нормативних актів, що забезпечують максимально обширну і точну відповідність форми нормативних приписів їх змісту, доступності, простоті і зрозумілості нормативного матеріалу⁸.

Відповідні наукові підходи є надзвичайно цінними для розуміння юридичної техніки як правової категорії, оскільки вказують на важливий інституційний аспект і таким чином надають можливість визначити складові елементи юридичної техніки, що використовуються в процесі розробки і прийняття нормативно-правових актів, у тому числі актів земельного законодавства. Не применшуючи значення відповідних підходів, варто зауважити, що вони характеризуються дещо вузьким розумінням юридичної техніки і не передбачають інших аспектів її прояву, що не надає нам можливості для здійснення об'єктивної її оцінки як особливого правового явища. В контексті цього потрібно звернутися до наукових ідей та поглядів Б.В. Чігідіна, який акцентує увагу на тому, що при визначенні поняття юридичної техніки слід виходити з того, що це не лише сукупність елементів (методів, прийомів, правил та засобів), а й одночасно діяльність суб'єктів, націлена на досягнення певних цілей і розв'язання визначених завдань. Водночас вчений прийоми юридичної техніки розділяє на дві групи: 1) прийоми, пов'язані зі створенням тексту правового акта в цілому, а також до визначення його структури; 2) прийоми, спрямовані на формулювання безпосередньо норм права. Другу групу прийомів автор також розбиває на дві підгрупи: прийоми, які стосуються лінгвістично-логічної побудови норми і прийоми, пов'язаних із розв'язанням змістовно-пізнавальних завдань⁹.

Таким чином, автор відповідного підходу розглядає юридичну техніку не лише як сукупність тих чи інших прийомів, а й звертає увагу на таку важливу особливість, як «людський ресурс», тобто діяльність суб'єктів націлена на використання елементів юридичної техніки. На наше переконання, розуміння юридичної техніки як правової категорії, так і юридичної техніки актів земельного законодавства має безсумнівно передбачати інтелектуальну, творчу, професійну діяльність спеціальних суб'єктів, спрямовану на розробку та прийняття нормативно-правових актів, у тому числі актів земельного законодавства. На наше переконан-

ня, лише людський, професійний та творчий потенціал здатен надати «життя» техніко-юридичному інструментарію та забезпечити розробку й прийняття дійсно якісних і досконалих актів земельного законодавства.

Не менш цікавим і слухним попередньому є науковий підхід вченої Ж. Дзейко, в якому вона також звертається до інтелектуальних та творчих аспектів застосування правил та прийомів юридичної техніки. Проте юридичну техніку вчена розглядає крізь призму її різновиду – законодавчу техніку. Так, на думку Ж. Дзейко, законодавча техніка має велике значення не тільки для процесу виробництва законодавчої діяльності, а й для втілення законів у життя. Майстерне застосування законодавчої техніки сприяє утвердженню верховенства права, становленню правової держави в Україні, ефективній реалізації законів, викликає правильну інтерпретацію їх змісту, створює основу для прийняття підзаконних нормативно-правових актів, істотно впливає на рівень захисту прав і свобод людини і громадянина, тобто умови для підвищення рівнів системності, стабільності, узгодженості, послідовності розвитку законодавства, що, у свою чергу, зумовлює дієвість його реалізації¹⁰.

На наше переконання, саме зазначені підходи найбільш ґрунтовно та системно відображають сутність, природу і функціональне призначення юридичної техніки і водночас забезпечують розуміння юридичної техніки актів земельного законодавства.

Проте варто зауважити, що сучасна юридична наука характеризується відсутністю єдиних підходів до розуміння юридичної техніки, що в свою чергу породжує певні проблеми на теоретичному та практичному рівнях.

На думку вчених О.І. Чаплик та Ю.І. Ковальчука, негативним моментом у процесі дослідження законодавчої техніки надзвичайних законів є факт відсутності єдності наукових підходів до структурування законодавчої техніки на елементи. Таким чином, зазначений науковий пробіл має і негативний вплив на визначення поняття «законодавча техніка надзвичайних законів», а також її складових елементів¹¹.

Вважаємо, що відсутність єдності наукових підходів до розуміння юридичної техніки не слід розглядати виключно як певний негативний момент. На нашу думку, саме різноманітність напрямів дослідження не лише породжує наукові дискусії, що також відіграє важливу роль у процесі пізнання будь-яких юридичних категорій та конструкцій, а й в свою чергу, надає змогу пізнати та дослідити їх всебічно, визначити з позицій багатоаспектності, у взаємодії з іншими юридичними явищами та процесами тощо.

Не вдаючись до існуючих в юридичній літературі наукових дискусій, слід лише зазначити, що саме юридична техніка за своїм сутнісним змістом та функціональним призначенням являє собою сукупність різноманітних прийомів, способів та засобів, здатних забезпечити максимально повну та техніко-юридичну досконалість прийнятих нормативно-правових актів крізь призму доступності, якості, повноти та простоти викладу їх правових приписів. Особливе значення дане твердження має в контексті актів земельного законодавства, які відіграють визначальну роль у процесі регулювання земельних відносин, визначають їх пріоритетні напрями розвитку, організаційно-правові форми права власності на землю, використання земельних ресурсів тощо. Тому саме розробка та прийняття актів земельного законодавства потребує застосування необхідних способів та засобів техніко-юридичного характеру для розробки й прийняття максимально юридично досконалих за змістом та формою актів земельного законодавства.

Звертаючись до юридичної літератури, можемо зазначити про те, що юридична техніка актів земельного законодавства як правове явище, як цілісне поняття має дещо фрагментарний характер дослідження, адже це два повноцінні та самостійні поняття, які уже займають власну нішу в понятійно-категоріальному апараті юридичної науки і характеризуються системою ознак та певним ступенем дослідженості у межах окремих юридичних наук. Проте ускладнення та трансформація земельних відносин породжує необхідність розробки та прийняття численної кількості різноманітних нормативно-правових актів, які здебільшого приймаються з порушенням регламентних вимог, недотриманням правил юридичної техніки, що призводить до значних проблем в процесі правореалізаційної практики. Зокрема, нами попередньо акцентувалася увага на існуючих проблемах земельного законодавства. Тому це викликає певний резонанс на рівні науки та практики і породжує необхідність у здійсненні комплексного дослідження юридичної техніки актів земельного законодавства як цілісного єдиного правового явища.

Зауважимо, що певні аспекти розуміння юридичної техніки актів земельного законодавства були предметом наукових інтересів вченої В.І. Сидор, яка розглядає відповідне поняття з позицій галузевої приналежності, зокрема земельного права. Вчена зауважує, що юридична техніка актів земельного законодавства являє собою систему науково обґрунтованих і практично перевірених засобів, способів, методів і прийомів, які використовуються в процесі створення правових актів земельного законодавства. Окрім того, авторка стверджує, що юридична техніка поєднує в собі наукові та практичні начала, має не лише прикладне, а й пізнавальне, гносеологічне значення¹².

Дійсно, підтверджуємо позицію згаданої вченої щодо розуміння відповідного правового явища, однак, на наше переконання, В.І. Сидор дає досить абстрактне розуміння поняття юридичної техніки актів земельного законодавства, звертаючи увагу на його прикладне та пізнавальне значення, але не акцентує уваги на його змістовних особливостях, рисах, не зазначаючи конкретні особливості його функціонального призначення тощо.

У подальших наукових напрацюваннях вчені В. Сидор та І. Каракаш звертають увагу лише на якість актів земельного законодавства як стійку сукупність якостей, інструментально-правових і техніко-юридичних властивостей окремих законів, що в сукупності створює передумови ефективності земельного законо-

давства відповідно до його мети та завдань. Зокрема, якісний рівень земельного законодавства, на думку вчених, можна визначити лише внаслідок аналізу ступеня додержання законодавцем вимог юридичної техніки¹³. Отже, юридична техніка актів земельного законодавства характеризується дещо узагальненими підходами до розуміння і в переважній більшості визначається з позицій загальнотеоретичного розуміння або ж галузевої приналежності.

Висновки. Узагальнюючи підходи вчених, слід підсумувати, що розуміння юридичної техніки актів земельного законодавства слід відобразити у межах таких підходів:

– інструментальний підхід, який характеризує практичну складову юридичної техніки актів земельного законодавства і визначає її як напрям, що реалізується у результаті професійної та інтелектуальної людської діяльності;

– функціональний підхід, який характеризує особливості призначення юридичної техніки актів земельного законодавства і визначає її як категорію, що забезпечує розробку й прийняття нормативно-правових актів, які характеризуються техніко-юридичною досконалістю;

– галузевий підхід, який характеризує галузеву приналежність юридичної техніки актів земельного законодавства і визначає її як сукупність способів та прийомів, що застосовуються в процесі прийняття саме актів земельного законодавства;

– гносеологічний підхід, який характеризує пізнавальні засади юридичної техніки як правової, загальнотеоретичної правової категорії;

– інституційний підхід, що надає змогу охарактеризувати юридичну техніку як системне явище, що складається із сукупності різноманітних за змістом прийомів, способів, засобів і правил та водночас є складовим елементом більш широкої системи.

Таким чином, з'ясування змісту наукових підходів щодо розуміння юридичної техніки актів земельного законодавства на теоретико-методологічному рівні надає змогу стверджувати, що це дійсно новаційна правова категорія, яка характеризується складним, багатаспектним та системним характером і потребує подальших комплексних та ґрунтовних досліджень.

¹ Сидор В. Юридична техніка земельного законодавства. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка*. 2010. № 85. С. 85–87. С. 85.

² Поліщук Г.Б. Феноменологічні основи юридичної техніки кодифікаційних актів. *Часопис Київського університету права*. 2010. № 2. С. 98–101. С. 98.

³ Патлачук О.В. Юридична техніка законодавчих актів у сфері охорони природи (1992–2006 р.р.). *Проблеми законності*. 2019. Вип. 146. С. 37–47. С. 39.

⁴ Онищук І.І. Техніка юридичного письма в нормативно-правових актах : монографія. 2-ге вид., стер. Харків : Право, 2019. 226 с. С. 6.

⁵ Шутак І. Юридична техніка як сфера наукових знань і навчальна дисципліна. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2013. № 3 (74). С. 81–86. С. 82.

⁶ Онищук І.І. Техніка юридичного письма в нормативно-правових актах : монографія. 2-ге вид., стер. Харків : Право, 2019. 226 с. С. 6.

⁷ Скаун О.Ф. Теорія держави і права. Харків: Консум, 2001. 656 с. С. 510.

⁸ Проблемы общей теории права и государства: учебник для вузов / под общ. ред. академика РАН, д. ю. н., проф. В.С. Нерсесянца. Москва: Норма, 2004. 832 с. С. 322.

⁹ Чигидин Б.В. К вопросу о понятии юридической техники. *Представительная власть – XXI век: законодательство, комментарии, проблемы*. 2002. № 5–6. С. 34–39. С. 35–37.

¹⁰ Дзейко Ж.О. Особливості законодавчої техніки як різновиду юридичної техніки: загальнотеоретичні аспекти. *Юридична техніка: доктринальні основи та проблеми викладання: тези доп. та повідомл. учасн. наук.-практ. конф. (м. Харків, 30 верес. – 1 жовт. 2015 р.) / за ред. В. Комарова, І. Шутака*. Харків : Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, 2015. С. 56–58. С. 56–57.

¹¹ Чаплук О.И., Ковальчук Ю.И. Законодательная техника чрезвычайных законов: теоретико-методологические подходы. *Научный журнал «Вестник академии правоохранительных органов»*. (Казахстан). 2019. № 1 (11) С. 9–17. С. 13.

¹² Сидор В.І. Юридична техніка земельного законодавства. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка*. 2010. № 85. С. 85–88. С. 87.

¹³ Каракаш І.І., Сидор В.Д. Проблеми підвищення якості земельного законодавства України. *Актуальні проблеми держави і права*. 2012. Вип. 63. С. 105–110. С. 107–108.

Резюме

Радзівський Д.І. Юридична техніка актів земельного законодавства: теоретико-методологічні підходи до розуміння.

У цій статті частково досліджено явище юридичної техніки актів земельного законодавства в теоретико-методологічному розумінні. Розглянуто підходи вчених-теоретиків та вчених у сфері земельного права щодо явища юридичної техніки актів земельного законодавства, виділено основні проблемні аспекти юридичної техніки актів земельного законодавства. Крім цього, приділено увагу кожному із аспектів прояву юридичної техніки: інструментальний, функціональний, гносеологічний, галузевий, інституційний.

Також досліджено деякі аспекти впливу рівня юридичної техніки на процес формування актів земельного законодавства України та подальше правозастосування відповідних норм права учасниками земельних правовідносин в контексті реалізації принципу верховенства права та правової визначеності.

Ключові слова: юридична техніка, земельне законодавство, акти земельного законодавства, розвиток земельних відносин, загальнотеоретичне розуміння актів земельного законодавства.

Резюме

Радзиевский Д.И. Юридическая техника актов земельного законодательства: теоретико-методологические подходы к пониманию.

В этой статье частично исследовано явление юридической техники актов земельного законодательства в теоретико-методологическом аспекте. Рассмотрены подходы ученых теоретиков и ученых в сфере земельного права к явлению юридической техники актов земельного законодательства, выделены основные проблемные аспекты юридической техники актов земельного законодательства. Кроме этого, уделено внимание каждому из аспектов проявления юридической техники: инструментальному, функциональному, гносеологическому, отраслевому, институциональному.

Также исследованы некоторые аспекты влияния уровня юридической техники на процесс формирования актов земельного законодательства Украины и дальнейшего правоприменения соответствующих норм права участниками земельных правоотношений в контексте реализации принципа верховенства права и правовой определенности.

Ключевые слова: юридическая техника, земельное законодательство, акты земельного законодательства, развитие земельных отношений, общетеоретическое понимание актов земельного законодательства.

Summary

Dmytro Radziievskiy. Legal technique of acts of land legislation: theoretical and methodological approaches to understanding.

This article partially investigates the phenomenon of legal technique of land legislation in the theoretical and methodological sense. The approaches of scientific theorists and scientists in the field of land law to the phenomenon of legal technique of acts of land legislation are considered, the main problematic aspects of legal technique of acts of land legislation are highlighted. In addition, attention is paid to each aspect of the manifestation of legal techniques: instrumental, functional, epistemological, sectoral, institutional.

The legal technique of land legislation is not given enough attention by scientists in the field of research of land legislation of Ukraine. At the same time, the importance of this topic is primarily due to the great influence of the quality of land legislation on the processes of law enforcement, interpretation and lawmaking. In-depth knowledge of these processes can contribute to the improvement of regulations at all levels.

The question of studying the place and significance of the legal technique of acts of land legislation of Ukraine in the structure of legal science has important theoretical and practical significance.

However, this study found that the lack of unity of scientific approaches to understanding legal techniques has not only a negative impact. After all, the diversity of research not only generates scientific discussions, which also plays an important role in the process of cognition of any legal categories and structures, but also in turn, allows to know and explore them comprehensively, to determine from the standpoint of multifacetedness, in interaction with other legal phenomena and processes, etc.

Also investigated some aspects of the influence of the level of legal technique on the process of formation of acts of land legislation of Ukraine and further law enforcement of relevant legal norms by participants of land legal relations in the context of implementation of the principle of rule of law and legal certainty are also studied.

Key words: legal technique, land legislation, acts of land legislation, development of land relations, general theoretical understanding of acts of land legislation.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.10

УДК: 342.7(5-69):28-74-428.3]:316.42

Т.О. ШЕХОВЦОВА

*Тетяна Олександрівна Шеховцова, аспірантка
Запорізького національного університету**

ORCID: 0000-0002-5319-3323

ІСЛАМСЬКИЙ СТАНДАРТ ПРАВ ЛЮДИНИ: ТЕНДЕНЦІЇ ТРАНСФОРМАЦІЇ ПІД ВПЛИВОМ ГЛОБАЛІЗАЦІЙНИХ ПРОЦЕСІВ

Постановка проблеми. Процеси глобалізації, які набули активного розвитку у світі з другої половини ХХ ст., призводять до суттєвих і складно прогнозованих за масштабами змін: інтенсифікації та розширення економічного співробітництва між державами й регіонами, трансформації політичних і конвергенції правових систем, уніфікації суспільних та культурних укладів країн. При цьому нерідко така трансформація супроводжується численними протиріччями та конфліктами, в основі яких лежить намагання національних держав протистояти обмеженню їх національних суверенітетів з боку наддержавних та глобалістських структур, небажання сприймати західний стандарт політичного та суспільного життя, а також прагнення зберегти національні традиції та самобутність. Ці тенденції посилюються в умовах суперечливості геополітичного розвитку, боротьби за природні ресурси, прагнення до посилення глобального та регіонального політичного, економічного, військового впливу окремих держав¹. У цьому контексті особливої уваги заслуговує ісламська

© Т.О. Шеховцова, 2021

* *Tatiana Shekhovtsova, Postgraduate Student of Zaporizhzhia National University*

правова система, яка традиційно відзначається значним впливом релігії на політичну та правову культуру суспільства і консерватизмом.

Загальновідомо, що формування багатопольярного світу супроводжується зміщенням акцентів та оформленням декількох «центрів сили», серед яких не останнє місце займають країни Арабського Сходу. Так, Індекс глобальної конкурентоспроможності 2020 р. демонструє, що низка держав цього регіону в економічному плані посідає високі позиції та не поступається розвиненим країнам. Зокрема, Об'єднані Арабські емірати з результатом 75 балів займають 25 місце в рейтингу, Катар (72,9) – 29, Саудівська Аравія (70) – 36, Бахрейн (65,4) – 45, Оман (63,6) – 53². Наведені показники свідчать про значний економічний потенціал арабських країн, який зумовлює посилення їх позицій у світі і зростання економічного й політичного впливу не тільки на регіональному, а й на глобальному рівні.

Слід погодитись із Х. Бехрузом, який зазначає, що посилення позицій ісламу та його впливу на події у світі свідчать про те, що в сучасних умовах йдеться про визнання ісламу в якості одного з найважливіших чинників трансформації політичної та правової карти світу³. Разом із тим, з огляду на специфіку суспільного та духовного життя ісламських країн, вплив глобалізації на розвиток держави, права та її наслідки в цих країнах відрізняються від аналогічних процесів в інших державах світу. У цьому сенсі наріжним каменем критики ісламських правових систем виступають права людини. Демократизація Арабського Сходу детермінувала необхідність нормативного закріплення прав людини в законодавстві. Незважаючи на це, зазначена тема постійно опиняється в центрі складних проблем і конфліктів, які призводять до утвердження негативного погляду на сутність ісламської правової системи у цілому, дають можливість критикам робити висновок про її архаїчність та невідповідність сучасним реаліям.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Методологічним підґрунтям дослідження впливу глобалізації на трансформацію ісламських правових систем у цілому та інституту прав людини зокрема є наукові доробки вітчизняних і зарубіжних учених, які досліджували загальні тенденції трансформації прав людини під впливом глобалізації, насамперед таких, як: І. Білас, О. Зайчук, Д. Лук'янов, Л. Луць, С. Максимов, Ю. Оборотов, Н. Оніщенко, О. Петришин, Л. Удовика, І. Яковюк та інші. Крім того, у пригоді стануть здобутки українських та зарубіжних вчених щодо особливостей ісламських правових систем та їх функціонування в умовах глобалізації, зокрема таких, як: Х. Бехруз, А. Браїло, Т. Дураєв, Л. Кияниця, Г. Косач, І. Краснюк, Л. Сюккййнен та інших. Водночас, слід зауважити, що тематика прав людини в ісламських країнах та їх трансформацій під впливом глобалізації не знаходить належного висвітлення в наукових публікаціях, внаслідок чого актуальним є проведення більш ґрунтовних досліджень цієї проблеми.

Формулювання мети статті. Виходячи з викладеного, **метою статті** є дослідження тенденцій трансформації інституту прав людини в ісламській правовій системі під впливом глобалізації, а також ролі в цьому процесі ісламу як основного правотворчого чинника країн Арабського Сходу.

Виклад основного матеріалу. Досвід розвитку більшості арабських країн після 70-х років ХХ ст. свідчить, що вони були охоплені процесом демократизації, що знайшло своє відображення в імплементації в національне законодавство міжнародних стандартів прав людини. Юридичною передумовою цього процесу стало членство країн Арабського Сходу в ООН та зобов'язання, які були ними взяті в рамках Статуту ООН. Більшість із них ратифікували ряд міжнародних нормативно-правових актів, що стосуються прав людини, зокрема, Загальну декларацію прав і свобод людини і громадянина 1948 р., Міжнародний пакт про громадянські та політичні права 1966 р., Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права 1966 р.

Одночасно відповідні зміни вносились до конституцій арабських країн, в яких, на думку Х. Бехруза, знайшли відображення «больові точки» сучасних громадянських суспільств. Сучасні редакції конституцій арабських країн закріплюють низку прав і свобод людини – соціальних, економічних, політичних, принципи гендерної рівності у багатьох сферах суспільного життя, рівність громадян (підданих) перед законом незалежно від походження, расової, гендерної чи соціальної приналежності⁴. Однак на практиці імператив впровадження універсального стандарту прав людини в ісламських країнах було сприйнято неоднозначно.

Так, Саудівська Аравія та ОАЕ категорично заявили про неприйняття Загальної декларації прав і свобод людини і громадянина, вказуючи на те, що світське розуміння іудейсько-християнської теорії прав людини не може бути реалізоване в мусульманських країнах без порушення ісламського законодавства⁵. Навіть в державах, які законодавчо закріпили інститут прав людини, реалізація його положень залишається формальною. Зокрема, у Туреччині спостерігається систематичне застосування насилля та катувань щодо затриманих та ув'язнених, а також обмеження політичних прав громадян, що стало особливо відчутним після невдалої спроби військового перевороту в 2016 р. Чимало нарікань викликає ситуація із правами людини в Ірані: серед основних порушень міжнародні експерти називають дискримінацію жінок, насилля стосовно етнічних та релігійних меншин, переслідування дисидентів і правозахисників, а також жорстоке поводження із ув'язненими.

Сучасна ісламська правова думка не вважає позитивістську концепцію західного права досконалою або хоча б раціональною, придатною для довготривалого регулювання відносин через те, що вона «заснована не на об'єктивному критерії, а на суб'єктивних швидкоплинних інтересах особи, держави та інших». Крім того, негативне ставлення до ідеї прав людини як такої зумовлюється також тим, що більшість політиків та дослідників розглядають її як засіб ідеологічної експансії, спробу захоплення культури, нав'язування західних цінностей⁶. Така позиція знайшла неочікуване підтвердження в подіях «арабської весни»: антиурядові виступи в країнах Арабського Сходу активно використовувались зовнішніми силами для нав'язування власних політичних поглядів і забезпечення геополітичних інтересів. Причому в якості головного аргументу проведення

такої політики нерідко виступала саме ситуація із правами людини у конкретній країні. Наприклад, одним із приводів військової інтервенції в Лівію в 2011 р. стала необхідність захисту населення від систематичних і широкомасштабних порушень прав людини, які начебто мали місце з боку прихильників М. Каддафі. Наслідком цієї непродуманої політики стало загострення ситуації на Арабському Сході, збільшення впливу міжнародних терористичних організацій (насамперед «Ісламської держави», яка стала першою в історії терористичною організацією, що оголосила про створення власної держави) та розширення збройних конфліктів, які дестабілюють не лише регіон, а й міжнародну ситуацію у цілому.

Головною особливістю, яка визначає функціонування інституту прав людини в арабських країнах, є дуалізм ісламської правової системи, що полягає в одночасному співіснуванні правових норм, різних за змістом та специфікою – норм класичного ісламського права та норм, запозичених з інших правових систем⁷. Зазначена характерна риса ісламського права зумовлює його пластичність, здатність пристосовуватись до економічних та соціально-політичних змін, які відбуваються у світі, і спроможність більш ефективно регулювати різні сфери суспільних відносин, особливо ті з них, які є новими для мусульманських суспільств.

Проаналізувавши події останніх років, можна зробити висновок про подальше посилення дуалізму в ісламському праві та розширення сфер запозичення правових положень і норм з інших правових систем. Причому цей процес не оминув навіть найбільш ортодоксальні країни: так, у Саудівській Аравії, яка є абсолютною монархією і сповідує ваххабізм – найбільш радикальне ісламське сунітське вчення, в 2018 р. було скасовано заборону на управління автомобілем для жінок, допущені послаблення у дрес-кодів та відвідуванні публічних місць. Крім того, в рамках стратегії Saudi Vision 2030, запропонованої наслідним принцом Мухаммадом бен Сальманом, передбачається популяризація та реформа освіти, розвиток малого бізнесу та обмеження впливу на світське життя з боку ваххабітського духовенства.

Разом із тим, незважаючи на багатосторонні трансформації ісламського права, принципи класичного ісламу залишаються основоположними у правових системах арабських країн. Як слушно зазначає Х. Бехруз, не останню роль в ісламізації правових систем арабських країн відіграє глобалізаційний фактор, який впливає на релігійні процеси інакше, ніж на фінансові чи технологічні. Глобалізація не лише інтегрує, але й диференціює, а щодо релігії – регіоналізує, спеціалізує, відокремлює, внаслідок чого не гальмує зростання релігійності та збереження традиційних, укорінених в релігії інститутів суспільного життя⁸. Так, одним із наслідків «арабської весни» стало звернення до політики ісламізації суспільного життя ряду країн Арабського Сходу, які традиційно вважались світськими. Зокрема, в Єгипті після відсторонення від влади Х. Мубарака та обрання президентом М. Мурсі, який був висунутий ісламістською партією «Брати-мусульмани», була підготовлена Конституційна декларація, згідно з якою шаріат визнавався єдиним джерелом права. Після її оприлюднення в країні розпочались масові протести, результатом яких став військовий переворот, скасування Конституційної декларації та відсторонення М. Мурсі.

Більш вдалою виявилась політика ісламізації у Туреччині, ключовою складовою якої називають реформу освіти 2012 р. У ході неї було введено систему освіти «4+4+4», згідно з якою перші чотири роки приділяються початковій освіті, наступні чотири – обов'язковій загальній середній освіті, здобувати яку можливо в т.ч. в релігійних школах. Крім того, до навчальних програм вносяться зміни в частині розширення навчання принципам класичного ісламу і права, при школах і університетах розпочалось широке будівництво мечетей. Як зазначив Р.Т. Ердоган, система освіти республіки заснована лише на поверховому викладанні матеріалу без необхідного морального виховання, що є її значним недоліком: «Зокрема, через засоби масової інформації вплив традиційної освіти і виховання, включаючи сім'ю, послаб. Прогалини, створені в розумах і серцях наших дітей, були заповнені західним корінням популярної культури або абсурдом девіантних хвиль»⁹. Не менше значення в утвердженні курсу ісламізації мали політичні реформи. Так, у 2017 р. на референдумі був затверджений пакет поправок до Конституції, які конституювали перехід від президентсько-парламентської до президентської форми правління, що фактично призвело до концентрації повноти влади в руках президента Р.Т. Ердогана. У березні 2021 р. Туреччина заявила про вихід із Конвенції про запобігання і боротьбу з насильством щодо жінок і домашнім насиллям, обґрунтувавши цей крок тим, що окремими положеннями даного документа виправдовується гомосексуалізм, що є несумісним із сімейними і соціальними традиціями Туреччини. Низка дослідників схиляється до думки, що політика президента спрямована на поворот від світської моделі держави і традицій кемалізму до пантюркізму і неоосманізму.

Таким чином, у правових системах сучасних ісламських держав саме норми ісламського права формують основні принципи правової системи, тобто вони є головними, спрямовуючими та виступають мірилом, оцінкою «нових» норм¹⁰. Зазначена позиція повною мірою стосується інституту прав людини, який, будучи відносно новим явищем в ісламській правовій доктрині, формується та розвивається під впливом і в руслі принципів ісламу, з урахуванням специфіки кожної конкретної країни. Саме бажання зберегти свою національно-культурну та державно-правову ідентичність покладено в основу ісламського стандарту прав людини.

Т. Дураєв під ісламською концепцією прав людини в узагальненому вигляді розуміє сукупність допустимих ісламом норм, що регулюють взаємовідносини ісламських держав з мусульманами та немусульманами, які проживають на їх території і спрямовані на захист прав і свобод людини¹¹. Причому, норми шаріату, які регулюють мирське (світське) життя людини, на відміну від релігійних, відзначаються високим ступенем диспозитивності та надають особі широку свободу дій. Забороненим є лише те, що прямо встановлено однозначно висловленим текстом Корану та Сунни. У цілому ж обмеження в світській поведінці людини обумовлені двома основними принципами:

– принцип «виключних інтересів», згідно з яким при вирішенні питань, які не врегульовані шариатом, повинні враховуватись інтереси людей. При цьому будь-яка норма ісламського права виражає поняття справедливості, яка гарантує свободу і рівність в рамках дозволеного і забороненого¹²;

– принцип «цілей шариату» означає, що будь-яке суб'єктивне право оцінюється не саме по собі, а з урахуванням тих цінностей та інтересів, на реалізацію яких воно спрямоване. В ісламі такими цінностями є: релігія та віра, людське життя, розум, продовження роду та власність¹³. Їх ієрархія зберігається в ісламській теорії прав людини і зумовлює особливості її змістовного наповнення та реалізації в арабських країнах.

На відміну від ісламської концепції, європейська (ліберальна) теорія прав людини є «людиноцентричною», тобто основним джерелом прав і свобод людини в ній визнається сама людина як розумна істота. Сформована християнською культурою, вона характеризується слабкими зв'язками між релігійними цінностями та законодавчими нормами, натомість суттєвий вплив на її формування має західна філософська традиція, яка трактує цінності в залежності від контексту і часу¹⁴. Відмінність підходів у розумінні прав людини у цих правових системах призводить до конфліктів, які, як показує практика, інколи вирішуються досить радикально, навіть із застосуванням засобів військового впливу до «країн-порушників».

Все очевиднішим стає факт, що ігнорування регіональних стандартів інституту прав людини має негативний вплив на стан їх забезпечення у цілому. У контексті зазначеного більш раціональним було б унеможливлення ситуації доведення існуючих відмінностей до крайнощів, а врахування їх при розбудові міжнародних відносин з країнами Арабського Сходу з метою більш ефективного співробітництва. З цього приводу султан Оману Кабус бен Саїд сказав наступне: «Співробітництво та дотримання взаємних інтересів в умовах миру і злагоди є життєво необхідною основою відносин між державами»¹⁵.

Водночас багато дослідників висловлюють скептицизм стосовно ісламського підходу до трактування прав людини. На їх думку, права людини в ісламській традиції існують тільки відносно обов'язків, суть і характер яких визначені Кораном та шариатом. Лише якщо особа виконує ці обов'язки, вона набуває певні права та свободи; фактично права є наслідком дій чи соціального статусу, а не просто факту існування людини як розумної істоти¹⁶.

Така позиція є суперечливою та дискусійною, оскільки ґрунтується на буквальному й догматичному тлумаченні норм шариату без урахування специфіки ісламського права, його казуальності та конкретних умов відповідної держави. Більш слушною є теза Х. Бехруза, що лише розуміння глибинного змісту послання людству, що закладене в ісламських релігійно-правових нормах, допоможе зрозуміти ісламську правову культуру, що, в свою чергу, дозволить прийняти ісламську концепцію прав людини в якості рівноправної з європейською¹⁷.

З огляду на обмеженість за обсягом даного дослідження вважаємо за доцільне більш детально розглянути окремі права, які в сучасних умовах піддаються найсуттєвішим трансформаціям.

Для ісламської концепції політичних прав людини характерною є орієнтація на критерії та обмеження, які містяться в нормах шариату, оскільки історія виникнення ісламської держави знаходиться в нерозривному зв'язку з ісламом. Разом із тим дослідники зазначають, що політичні права цікавили традиційну ісламську правову теорію менше, ніж приватні, передусім майнові права, внаслідок чого ісламська концепція держави сформувалась значно пізніше виникнення власне самої держави¹⁸. Саме ісламська теорія держави та державного устрою лежить в основі концепції політичних прав людини, визначає їх змістовне наповнення та специфіку їх реалізації в сучасних арабських країнах.

Ісламська правова доктрина передбачає існування різних моделей держави з різними формами правління та державного устрою. Але, незважаючи на різноманіття поглядів і концепцій, які стосуються моделей ісламської держави, можна виділити основні принципи, покладені в основу цих теорій. Це, зокрема: дорадчий характер влади; наявність визначених форм народовладдя; підпорядкування діяльності держави основним принципам ісламського права; вимога справедливого правління відповідно до положень ісламу; виборність¹⁹. Останні два принципи становлять найбільший інтерес в контексті дослідження основних політичних прав людини, які найбільш динамічно розвиваються в арабських країнах на сучасному етапі їх існування, зокрема, виборчого права та права на антиурядові виступи.

Специфіка здійснення виборчого права в країнах Арабського Сходу зумовлюється існуванням в їх конституційних законодавствах т. зв. «конституційної тріади», яка складається з трьох положень: закріплення на конституційному рівні за ісламом статусу державної релігії, визнання шариату джерелом законодавства і приналежність глави держави до ісламської релігії. Зазначені норми на сьогоднішній день є реальним механізмом, який забезпечує дію норм ісламського права та підпорядкування його принципам діяльності всіх інститутів сучасної ісламської держави²⁰. Наочним прикладом, який підтверджує дану тезу, є конфлікт у Сирії, який розпочався з антиурядових виступів проти влади в т.ч. через те, що президент Б. Асад належав до общини алавітів, яка останнім часом визнається шиїтською, в той час як згідно з Конституцією Сирійської Арабської республіки президентом може бути лише мусульманин сунітського толку. Щоправда, Б. Асад перейшов у сунізм, але більшість його найближчого оточення були алавітами, що було сприйнято як порушення вимог «конституційної тріади».

Особливостями відзначається політична система Лівану, яка побудована з урахуванням конфесійних особливостей населення. Так, відповідно до Конституції, президентом в цій країні може бути лише представник християнської общини, прем'єр-міністром – мусульманин-суніт, спікером парламенту – мусульманин-шиїт. Така конструкція вищої державної влади є наслідком компромісу, який було досягнуто після завершен-

ня громадянської війни 1975–1990 рр. і, очевидно, мала на меті сприяти реалізації принципу справедливості та участі у політичному житті країни представників всіх релігій. Проте останнім часом вона зазнає все більше критики: зокрема, формування кабінету міністрів С. Харірі відбувалось упродовж восьми місяців – з травня 2018 по січень 2019 р., що негативно позначилось не тільки на політичній, а й на економічній ситуації в країні. У ході акцій протесту, які охопили Ліван у 2020 р., звучали заклики ліквідувати систему конфесійних квот та провести ротацію політичних еліт.

Особливої уваги у сенсі реалізації та забезпечення політичних прав людини, на нашу думку, заслуговує досвід Оману, який на сьогоднішній день є однією з найрозвиненіших країн Арабського Сходу. Незважаючи на те, що за формою правління Оман є абсолютною монархією, в політичній культурі його суспільства укорінилась традиція консультативності, яка знайшла свій подальший правовий розвиток в період правління султана Кабуса. Наразі в султанаті існують два дорадчих органи – Державна Рада і Консультативна Рада, наділені, згідно з указом султана № 99/2011, численними законодавчими та контрольними повноваженнями. Консультативна Рада є виборним органом, члени якого представляють всі провінції султанату. При цьому право обирати та бути обраними отримали не тільки чоловіки, а й жінки. Так, у період з 2015 по 2019 рр. Консультативна Рада складалась з 84 членів, з яких одна – жінка; у період з 2019 по 2023 рр. кількість членів збільшилась до 86, з яких дві – жінки. Крім того, зазначається, що на останніх виборах зростає явка виборців – з 611,907 тис. на виборах 2015 р. до 713,335 тис. у 2019 р. Що стосується Державної Ради, то його члени призначаються султаном з числа спеціалістів та досвідчених осіб, які мають можливість компетентно виконувати свою місію. У 2012 р. серед членів Державної Ради було п'ять жінок, у 2015–2019 рр. – 17²¹.

У цілому можна зазначити, що Оман має досить прогресивне законодавство, яке регулює політичні права громадян. Зокрема, принцип рівноправності чоловіків та жінок реалізується не тільки у наявності у жінок активного і пасивного виборчого права до консультативних органів, а й в їх участі в управлінні на місцях, роботі в державних органах та національних установах, в дипломатичному корпусі, генеральній прокуратурі²². Іншою характерною рисою правління султана Кабуса були щорічні поїздки по провінціям та районам, під час яких він не лише контролював реалізацію проєктів у різних галузях, але й зустрічався з пересічними громадянами.

Дискусійним моментом у реалізації політичних прав в ісламській правовій системі є право на антиурядові виступи. Так, підкорення владі є одним із обов'язків мусульманина, який, як вказують ісламські правознавці, встановлений Аллахом: «Послух і покора покладені на мусульманина незалежно від того, подобаються чи неприємні йому накази влади». Однак такий обов'язок виключається у тому випадку, якщо рішення або діяльність правителя не відповідає основним принципам ісламської релігії. Першому Праведному халіфу Абу-Бакру належать наступні слова: «Підкоряйтесь мені, поки я сам буду підкорятись Аллаху та його посланнику, якщо ж я ослухаюсь Аллаха і його посланника, ви будете вправі не підкорятись мені»²³. Показовими у цьому сенсі стали демонстрації в Алжирі в 2019 р. проти переобрання на п'ятий строк президента А. Бутефлікі, який займав цю посаду з 1999 р.: після шести тижнів протестів президент відкликав свою кандидатуру та достроково покинув посаду за станом здоров'я. Головною особливістю алжирських протестів став їх мирний характер – за весь час демонстрацій відсутні серйозні заворушення та жертви, що демонструє високу правову та політичну культуру населення.

Однак, проаналізувавши події останніх років, можна зробити висновок, що даний ісламський принцип працює далеко не завжди. Навпаки, у більшості арабських країн непокоря державній владі викликає не тільки роздратування, а нерідко стає причиною застосування до громадян жорстких каральних заходів. Так, в Ірані тактика придушення масових протестів в 2019–2020 рр. включала в себе використання вогнепальної зброї проти демонстрантів і погрози застосування фізичного насилля щодо членів їх сімей. Але найбільшим резонансом відзначилось жорстоке вбивство у жовтні 2018 р. саудівського журналіста Дж. Хашукджи, який відомий критикою королівської сім'ї Аль-Сауд та особисто принца Мухаммада бен Сальмана. Суд в Саудівській Аравії засудив до смертної кари п'ятьох обвинувачених, наголошуючи на тому, що вбивство не було сплановано завчасно, а стало наслідком перевищення повноважень з боку працівників саудівського консульства. Дана версія спростовується турецькою прокуратурою, яка стверджує, що журналіст став жертвою заздалегідь спланованого вбивства за критику саудівської влади.

Дискусія про можливість спротиву державній владі і правових формах такого спротиву набула особливої актуальності в період «арабської весни» 2011–2012 рр., коли внаслідок народних протестів відбулась суттєва перебудова політичної системи суспільств і зміна правлячих партій та еліт в ряді країн Арабського Сходу. Так, Х. Бехруз наголошує на тому, що режими, які існували в цих країнах напередодні, відверто нехтували такими принципами, як виборність, справедливість, відповідальність перед населенням, що є очевидним та безперечним порушенням основоположних постулатів ісламу²⁴. Фактично у більшості арабських країн, незважаючи на проголошений курс демократизації, державна влада була узурпована кількома особами, що призвело до консервації політичного розвитку та наростання економічної і соціальної кризи.

Разом з тим на сьогоднішній день очевидно, що досягнення «арабської весни» виявилися досить сумнівними з точки зору забезпечення ефективного і стабільного розвитку. Незважаючи на свій розмах, ці події в цілому не привели до вирішення проблем, які стали їх причиною. Навпаки, у більшості держав Арабського Сходу соціально-економічна ситуація залишається складною, а політичні реформи не мають всеохоплюючого характеру. Більше того, події «арабської весни» призвели до загострення існуючих конфліктів, які в ряді країн вилились у збройне протистояння. Так, Лівія після військової інтервенції західних держав розпалась

на декілька утворень та фактично втратила державність, а жорстоке вбивство М. Каддафі було кваліфіковано як злочин проти людяності. У Ємені за військової підтримки коаліції Саудівської Аравії та ОАЕ продовжується збройний конфлікт між офіційною владою та шиїтськими повстанцями-хуситами, який призвів до гуманітарної кризи в країні. Але найдраматичніше ситуація склалась в Сирії, де антиурядові виступи переросли в повномасштабну громадянську війну, до якої долучились як треті держави, так і терористичні організації («Фронт ан-Нусра», «Ісламська держава»).

Висновки. Дослідження тенденцій трансформації інституту прав людини в ісламській правовій системі під впливом глобалізації дає підстави зробити низку висновків і узагальнень. Процеси демократизації, які охопили Арабський Схід після 70-х рр. ХХ ст., мали наслідком імплементацію в національні законодавства відповідних країн міжнародних стандартів прав людини. Однак на практиці цей імператив було сприйнято неоднозначно, оскільки більшістю арабських правників та політиків він розглядався в якості інструменту ідеологічної експансії і руйнування національної самобутності та культури. У таких умовах в межах ісламської правової системи був сформований власний стандарт прав людини, для якого характерним є дуалізм, тобто одночасне співіснування норм класичного ісламу із положеннями, запозиченими з інших правових систем. Разом із тим верховенство норм ісламу залишається беззаперечним: вони формують основні принципи правової системи і виступають критерієм оцінки придатності запозичених норм.

Ісламська теорія прав людини, на відміну від європейської, тісно пов'язана з релігією і основним джерелом прав і свобод особистості вбачає волю Аллаха. Сутнісне наповнення прав людини в ісламській правовій системі визначається з урахуванням цілей шаріату і принципу справедливості. За загальним правилом людині дозволено робити все те, що прямо не заборонене Кораном та Сунною, що свідчить про високий ступінь диспозитивності норм шаріату, які регулюють світське життя, і надання особі широкої свободи дій. Тим не менш, регіональні особливості та їх відмінність від універсального стандарту прав людини призводять до виникнення непорозумінь і конфліктів. Особливо це стосується сфери політичних прав людини, зокрема, виборчого права і права на супротив владі.

У цілому при оформленні політичних прав в ісламських країнах за основу було взято ліберальний стандарт, закріплений у міжнародних документах. Проте значний вплив на їх реалізацію має пріоритет принципів ісламу, який ґрунтується на закріпленні в конституціях арабських країн положень «конституційної тріади». Загальною тенденцією для держав Арабського Сходу після «арабської весни» є подальше розширення політичних можливостей громадян з участі в управлінні та пом'якшення законодавства у цій сфері. Проте на практиці його реалізація відбувається з урахуванням як регіональних особливостей Арабського Сходу в цілому, так і місцевих політичних звичаїв у кожній конкретній країні.

¹ Удовика Л.Г. Правова система України: глобалізаційні трансформації. Запоріжжя: КСК-Альянс, 2014. 320 с. С. 71.

² Рейтинг стран мира по Индексу глобальной конкурентоспособности. URL: <https://gtmarket.ru/ratings/global-competitiveness-index> (дата обращения: 21.02.2021).

³ Бехруз Х. Классическая концепция исламского государства и ее современная интерпретация. *Актуальні проблеми держави та права*. 2012. № 64. С. 54–62. С. 54.

⁴ Бехруз Х. Конституционализм в исламских государствах: становление, современное состояние и направления трансформации. *Наукові праці НУ ОЮА*. 2012. № 11. С. 261–271. С. 264.

⁵ Мамедов Ю. Исламське кримінально-процесуальне законодавство: питання прав людини. *Грані*. 2020. № 10. С. 47–57. С. 50.

⁶ Алмугхід І.М. Захист прав і свобод людини в країнах Арабського Сходу: політичний аспект. 2019. № 141. С. 11–14. С. 12.

⁷ Бехруз Х. Релігійні та світські норми в правових системах ісламських держав. *Порівняльне правознавство*. 2012. № 3–4. С. 120–129. С. 124.

⁸ Бехруз Х. Функционирование правовых систем исламских государств в эпоху современных глобальных процессов. *Актуальні проблеми держави та права*. 2011. № 62. С. 488–496. С. 489.

⁹ Эрдоган предложил существенную реформу образования. URL: <https://mk-turkey.ru/politics/2020/10/20/reformu-obrazovaniya.html> (дата звернення: 10.03.2021).

¹⁰ Бехруз Х. Релігійні та світські норми в правових системах ісламських держав. *Порівняльне правознавство*. 2012. № 3–4. С. 120–129. С. 125.

¹¹ Дураев Т.А., Тюменева Н.В. Значение прав человека в исламском праве. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/znachenie-prav-cheloveka-v-islamskom-prave> (дата звернення: 03.03.2021).

¹² Бехруз Х. К вопросу о влиянии римского права на исламское право: некоторые концептуальные размышления. *Альманах міжнародного права*. 2014. № 4. С. 3–13. С. 7.

¹³ Бехруз Х. Исламские и западные правовые традиции: ценностный подход. *Наукові праці НУ ОЮА*. 2015. № 15. С. 150–160. С. 151.

¹⁴ Там само. С. 158–159.

¹⁵ Аль-Балуши Абдалла Ахмед. Султан Омана Кабус бен Саид: политик и дипломат. *Вестник РВДН*. 2012. № 1. С. 103–111. С. 109.

¹⁶ Дураев Т.А., Тюменева Н.В. Значение прав человека в исламском праве. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/znachenie-prav-cheloveka-v-islamskom-prave> (дата звернення: 03.03.2021).

¹⁷ Бехруз Х. Исламские и западные правовые традиции: ценностный подход. *Наукові праці НУ ОЮА*. 2015. № 15. С. 150–160. С. 155.

¹⁸ Бехруз Х. Классическая концепция исламского государства и ее современная интерпретация. *Актуальні проблеми держави та права*. 2012. № 64. С. 54–62. С. 54–55.

¹⁹ Там само. С. 58.

²⁰ Бехруз Х. Конституціоналізм в ісламських державах: становлення, сучасне становище і напрями трансформації. *Наукові праці НУ ОЮА*. 2012. № 11. С. 261–271. С. 264.

²¹ Международные договоры по правам человека. Оман. URL: <https://undocs.org/ru/HRI/CORE/OMN/2019> (дата обращения: 03.03.2021).

²² Аль-Балуши Абдалла Ахмед. Султан Омана Кабус бен Саид: політик і дипломат. *Вестник РУДН*. 2012. № 1. С. 107–108.

²³ Бехруз Х. Классическая концепция исламского государства и ее современная интерпретация. *Актуальні проблеми держави та права*. 2012. № 64. С. 54–62. С. 55–56.

²⁴ Там само. С. 60.

Резюме

Шеховцова Т.О. Ісламський стандарт прав людини: тенденції трансформації під впливом глобалізаційних процесів.

Стаття присвячена дослідженню тенденцій трансформації прав людини в ісламських правових системах під впливом глобалізації, а також ролі у цьому процесі ісламу як основного правотворчого чинника країн Арабського Сходу. Встановлено, що на формування інституту прав людини в ісламських країнах впливає одночасне співіснування як принципів класичного ісламського права, так і норм, запозичених з інших правових систем. У сучасних умовах відбувається розширення дуалізму, що має наслідком зміну структури прав людини. Одночасно визначальним чинником розвитку ісламського стандарту прав людини і його практичної реалізації залишаються принципи шариату. Особливо це стосується сфери політичних прав людини, зокрема, виборчого права і права на супротив владі.

Ключові слова: права людини, ісламська правова система, тенденції трансформації, глобалізація, шариат, ісламський стандарт прав людини, політичні права людини, «арабська весна».

Резюме

Шеховцова Т.А. Исламский стандарт прав человека: тенденции трансформации под влиянием глобализационных процессов.

Статья посвящена исследованию тенденций трансформации прав человека в исламских правовых системах под влиянием глобализации, а также роли в этом процессе ислама как основного правотворческого фактора стран Арабского Востока. Установлено, что на формирование института прав человека в исламских государствах влияет одновременное сосуществование как принципов классического исламского права, так и норм, заимствованных из других правовых систем. В современных условиях происходит расширение дуализма, следствием чего является изменение структуры прав человека. В то же время определяющим фактором развития исламского стандарта прав человека и его практической реализации остаются принципы шариата. Особенно это касается сферы политических прав человека, в частности, избирательного права и права на сопротивление власти.

Ключевые слова: права человека, исламская правовая система, тенденции трансформации, глобализация, шариат, исламский стандарт прав человека, политические права человека, «арабская весна».

Summary

Tatiana Shekhovtsova. Islamic standard of human rights: transformation trends under the influence of globalization processes.

An article is devoted with transformation trends of human rights in Islamic law system under the influence of globalization and the role of Islam as a main lawmaking factor in this process. Globalization processes lead to large-scale changes. Consider specific of social and spiritual life of Islamic countries, consequences of this influence are different from the similar processes in other countries. It is established that the formation of institute of human rights in Islamic states is influenced by simultaneous coexistence of classic Islamic law principles and norms, borrowed from another law systems. There is an expansion of dualism in modern conditions, that lead to changing of structure of human rights. However, sharia principles remain a determining factor of developing of Islamic standard of human rights and its practical realization. For instance, one of consequences of «Arab spring» was Islamization policy in some countries of Arabic East, including those that were traditionally considered secular. This is especially concerns with political rights.

The specificity of electoral law in states of Arabic East is determined with existence in theirs constitutional laws «constitutional triads». It includes three requirements: securing the status of the state religion for Islam, recognition of sharia as a source of legislation and confession by the head of state of the Islam. These provisions are a real mechanism, which ensures the operation of norms of Islamic law nowadays.

The right to resist authorities is one of the most controversial in politic rights in Islamic countries. Submission to authorities is one of the main secular duties of Muslim. It can't be respected in exceptional cases, only if the decisions or activity of the head of the state are do not correspond to the principles of Islam. Despite this, in the most Arab countries the exercise of this right is difficult and has the consequence of applying tough punitive measures to the citizens.

General trend for the countries of Arabic East after the «Arab spring» is an expansion of political opportunities of citizens and humanization of legislation in this sphere. But in fact their implementation depends on regional specificity of Arab East and local political customs of national countries.

Key words: human rights, Islamic law system, transformation trends, globalization, sharia, Islamic standard of human rights, political rights, «Arab spring».

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.11

УДК 342:340.5

Н.М. ПАРХОМЕНКО

*Наталія Миколаївна Пархоменко, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАН України, вчений секретар Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України**

ORCID: 0000-0002-5870-9261

КОНСТИТУЦІЙНЕ ЗАКОНОДАВСТВО: КОМПАРАТИВНО-ДОКТРИНАЛЬНІ ВИМІРИ СУТНОСТІ І ЗМІСТУ

Постановка проблеми. Серед визначальних чинників ефективності правового регулювання суспільних відносин у сучасній теорії права прийнято виокремлювати рівень досконалості законодавства та його відповідність об'єктивному соціально-економічному розвитку суспільства. Зазначене безпосередньо зумовлено динамізмом суспільних відносин: зміною існуючих та появою нових, що потребує своєчасного правового впливу. При цьому необхідно констатувати, що з 1991 р. – із проголошенням незалежності, а потім – з 1996 р. – з прийняттям Конституції України, система нормативно-правових актів нашої країни зазнала сутнісних, кількісних і якісних змін, що супроводжувалося постійним зростанням темпів законодавчої діяльності.

Таким чином, іноді непослідовно, іноді суперечливо, епізодично та несистемно, відбулося оновлення основних галузей системи законодавства України, що зумовило їх нерівномірний розвиток. З огляду на це в українському державотворенні постійно виникають ризики, першочергово пов'язані із нестабільністю Конституції України та перманентними спробами її удосконалення, відсутністю або недосконалістю законодавства, яке розвивало б її положення. Процес пошуку ефективної моделі конституційно-правового регулювання суспільних відносин в Україні виявився тривалим та відбувається й нині.

З-поміж інших причин зазначеного необхідно наголосити на зниженні ролі науки або правової доктрини в правотворчому процесі, недостатності комплексних наукових досліджень теоретичних і практичних питань підвищення ефективності правового регулювання загалом та конституційно-правового зокрема. Серед найвагоміших причин низької ефективності існуючого конституційного законодавства в Україні також недостатність наукових характеристик конституційного законодавства як цілісної системи (відсутність єдиної наукової концепції конституційного законодавства) та недотримання ієрархії нормативно-правових актів у системі конституційного законодавства. Окрім того, у розвитку конституційного законодавства України простежується низка тенденцій, а саме: інтенсифікація законотворчого процесу; новелізація, що пов'язано з утворенням нових конституційно-правових інститутів і потребою удосконалення існуючих¹.

Особливо наукове обґрунтування основних напрямів розвитку законодавства, яке регулює конституційні відносини, набуває вагомості та актуальності у зв'язку із триваючою правовою реформою, основою якої є удосконалення Конституції України та відповідного законодавства.

Звернення до зазначеної проблематики у річницю 30-річчя незалежності України та 25-річчя Конституції України дає змогу здійснити аналіз накопиченого досвіду, виявити стан розвитку конституційного законодавства та спрогнозувати подальші напрями його розвитку. Окрім того, виникає слушний момент для з'ясування еволюції правової доктрини щодо сутності та змісту конституційного законодавства як підґрунтя для розвитку системи права та системи законодавства України загалом.

Відповідно, **метою** даної статті є з'ясування концептуальних підходів до визначення сутності та змісту конституційного законодавства, в т.ч. органічних законів, у сучасній юридичній доктрині та законотворчій практиці.

© Н.М. Пархоменко, 2021

* *Natalia Parkhomenko, Dr. hab. in Law, Professor, Corresponding Member of the NALS of Ukraine, Scientific Secretary of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine*

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У цьому аспекті варто наголосити, що як у вітчизняній, так і зарубіжній юридичній науці проблематика конституційного законодавства отримала дослідження. Серед вчених, які здійснили аналіз окремих аспектів конституційного законодавства, необхідно назвати: М.І. Абдулаєва, С.С. Алексеева, Ю.А. Ведернікова, О.Б. Венгерова, В.М. Кириченко, В.В. Копейчикова, М.В. Кравчука, А.Р. Крусян, О.М. Куракіна, Л.А. Луць, А.Д. Машкова, І.М. Овчаренка, В.В. Оксамитного, А.Ю. Олійника, А.В. Папірної, А.С. Піголкіна, В.Ф. Погорілка, Н. Попович, В.Н. Протасова, О.Ф. Скакун, О.В. Скрипнюка, Ю.А. Тихомирова, Л. Федоренка, В.М. Шаповала, Ю.С. Шемшученка, П.П. Шляхтуна, Л.М. Ентіна, Л.П. Юзькова, О.І. Ющика та ін.

Основні результати дослідження. В історичній ретроспективі дискусія щодо конституційних законів загалом та органічних законів ведеться ще з XIX ст. Вперше на конституційному рівні органічні закони з'явилися у Франції, але лише у XX ст. було визначено суб'єктів та особливий, ускладнений порядок їх прийняття, процедуру набуття юридичної сили та чинності, їх місце у механізмі правового регулювання.

Термін «конституційний закон» використовується як офіційна, зафіксована в конституції назва певних нормативних актів або має лише доктринальне призначення, коли його вживають для позначення класифікованих у науці за різними критеріями законів. У різних країнах конституційними законами офіційно визначені різні акти, але усі вони за предметом або призначенням регулювання так або інакше пов'язані з конституцією².

Згідно зі ст. 46 чинної Конституції Франції органічні закони покликані розвивати її положення щодо основних засад діяльності вищих органів державної влади. До прикладу, у ст. 13 Конституції Франції зазначено: «Органічний закон встановлює інші посади, призначення на які здійснюється в Раді міністрів, а також умови, при яких належать Президенту Республіки повноваження, що стосуються призначення на посади, можуть бути делеговані їм для здійснення від його імені». Конституція Франції оперує також поняттям «конституційний закон», розуміючи при цьому закон про внесення змін і доповнень до Конституції, які стали її складовою³. Подібні правові норми з часом з'явилися та були закріплені в низці конституцій інших країн: Іспанії, Португалії, Молдові, Румунії та ін.

До прикладу, згідно зі ст. 81 Іспанської Конституції органічними є закони, пов'язані з розвитком основних прав і свобод, закони, що схвалюють Статути автономії і основи виборчої системи, а також інші закони, передбачені Конституцією. Для прийняття, зміни або скасування органічного закону потрібна абсолютна більшість голосів Конгресу при остаточному голосуванні проекту в цілому⁴.

Більш чітка класифікація законів передбачена Конституцією Молдови. Зокрема, у ст. 72 «Види законів» зазначено: «(1) Парламент приймає конституційні, органічні та ординарні закони. (2) Конституційні закони – це закони щодо перегляду Конституції. (3) Органічним законом регламентуються: а) виборча система; б) організація і проведення референдуму; с) організація і діяльність Парламенту... (4) Ординарні закони діють у всіх сферах суспільних відносин, за винятком областей, регульованих конституційними і органічними законами»⁵.

Зародження такої практики спостерігається і в інших державах Східної Європи (Угорщини, Румунії, Словаччини, Хорватії, Словенії, Албанії), що пояснюється запозиченням західних моделей та наявністю органічних законів у Чехословаччині та Югославії до розподілу цих держав. Органічний закон як різновид закону та практика органічної законотворчості позитивно сприйняті у правових системах країн СНД та Балтії. Широкий діапазон термінів, які використовуються у Конституціях цих держав, різноманіття форм прийняття та визначення місця таких законів у системі нормативних правових актів з успіхом демонструють обширні можливості застосування органічних законів⁶.

У зарубіжній юридичній доктрині існують різні концептуальні підходи до класифікації конституційних законів. Зокрема, ведуться дискусії щодо ототожнення та розмежування органічних законів та законів про внесення змін до конституції. На переконання Ф. Дельпере, у всіх європейських державах не слід, зокрема, плутати так званий конституційний закон, закон взагалі (звичайний) і органічний закон (до якого прилучають спеціальний закон). Останній займає проміжне місце між цими законами. В інших системах цей термін використовується, але немає підстав давати йому технічне значення; у назві достатньо кваліфікувати закони, метою яких є забезпечення «організації органів державної влади»; тим не менш, розробка таких законів не вимагає дотримання особливих правил більшості або процедурних правил⁷. Жан-Луї Пезан вважає, що органічний закон – це «закон про застосування Конституції» лише у сферах та з питань, суворо обмежених Конституцією⁸.

Відповідно, конституційні закони – це закони, якими вносяться зміни та доповнення до конституції, закони, прийняття яких передбачено нормами конституції або назви яких прямо передбачені конституцією. Всі ці закони розвивають та конкретизують положення конституції, приймаються органами законодавчої влади чи на референдумі.

Таким чином, органічні та закони про внесення змін до конституції не ототожнюються, регулюють різні за предметом регулювання відносини, мають різний порядок прийняття та набрання юридичної сили. Втім, суб'єктом їх видання може бути лише парламент без права делегування такого повноваження. Особливий законів про внесення змін до конституції полягає в тому, що для їх прийняття передбачені спеціальні правила, а з моменту набуття ними чинності вони стають невід'ємною складовою тексту конституції. Прийняття ж органічних законів здійснюється згідно із особливою процедурою та з питань, які передбачені текстом конституції. При цьому слід підкреслити, що такий поділ, зазвичай, не отримує правового закріплення.

Вітчизняні наукові розвідки із зазначеної проблематики мають тривалу історію. Не беручи до уваги вигоди дослідження, варто зазначити, що в радянський період наукова дискусія велася в площині «радянський закон – конституція – Основний Закон». Детальних класифікацій та характеристик закону як явища чи категорії права – не відбувалось. Втім, у Конституції СРСР 1978 р. передбачалось два суб'єкти законотворчості – Верховна Рада СРСР та З'їзд народних депутатів СРСР. До прикладу, згідно зі ст. 113 Конституції СРСР закони і постанови, прийняті Верховною Радою СРСР, не можуть суперечити законам та іншим актам, прийнятим З'їздом народних депутатів СРСР); прямо було передбачено прийняття певних законів (н-д, Стаття 33 Конституції СРСР: підстави і порядок набуття і втрати радянського громадянства визначаються Законом про громадянство СРСР); зазначалось також про врегулювання тих чи інших конституційних відносин законом. Згідно зі ст. 56 Конституції СРСР особисте життя громадян, таємниця листування, телефонних розмов і телеграфних повідомлень охороняються Законом.

Події кінця XX ст. – розпад СРСР, створення нових суверенних держав та динамічний конституційний процес у них, гармонізація правових систем світу, створення та розширення Європейського правового простору зумовили бурхливий розвиток юридичної науки загалом і теорії права та конституційного права зокрема. Поняттям та терміном «конституційний закон» оперують усі правові системи світу. Зазвичай в зарубіжних конституціях вживається термін «органічний закон», іноді він має назву додаткового, статутного або кардинального. У низці ж країн, у тому числі і в Україні, такі закони взагалі не отримують в конституції власної назви, але є такими по суті, відповідно до характерних ознак.

Наразі склалося декілька концептуальних підходів до визначення сутності та класифікації конституційних законів в контексті системи нормативно-правових актів.

С.С. Алексєєв, Ю.А. Тихомиров, О.Б. Венгеров, Л.М. Ентін, І.М. Овчаренко, В.В. Оксамитний та інші науковці за юридичною силою виокремлюють: конституції, конституційні (органічні) та звичайні закони. Відповідно конституційні та органічні закони отожднюються як такі, що видаються у відповідності до конституції та у розвиток її положень, визначають засади державного ладу, можуть вносити зміни до конституції. Перелік таких законів закріплено в Основному Законі.

В.В. Копейчиков, Л.А. Луць, В.М. Кириченко, О.М. Куракін, М.В. Кравчук, А.Ю. Олійник, П.П. Шляхтун виокремлюють конституцію, конституційні закони, органічні закони, звичайні закони. Тобто органічні закони розглядаються як особливий самостійний вид законів.

У працях А.С. Піголкіна, А.Д. Машкова, М.І. Абдулаєва, В.Н. Протасова, Ю.А. Ведернікова, А.В. Папірної, В.Ф. Погорілка, В.Л. Федоренка йдеться про конституційні закони, які вносять зміни та доповнення до конституції, їх прийняття передбачене самою конституцією, а також названі у ній як конституційні.

Окремо варто згадати про Л.П. Юзькова, який пропонував класифікувати конституційні закони на: органічні, номінальні і ординарні конституційні закони. На його переконання, органічні конституційні закони – це закони про внесення змін до конституції. Номінальними конституційними законами є ті, перелік і конкретне офіційне найменування яких передбачено конституцією. Закони, на які є лише посилання в Конституції України без зазначення їх назви – ординарні⁹.

На відміну від цього, В.М. Шаповал, О.Ф. Скакун, А.Р. Крусян, визначаючи два види конституційних законів: закони про внесення змін до конституції та органічні, в якості органічних розуміють ті, необхідність прийняття яких прямо передбачена конституцією (або на яку є посилання в тексті конституції). Вони не включаються в текст конституції, діють разом із нею, оскільки їх ухвалення органічно впливає з її змісту. Зазвичай порядок прийняття органічних законів і порядок внесення змін до них відрізняються від аналогічного порядку для звичайних законів у бік підвищених вимог до голосування. Такий порядок робить органічні закони більш стабільними і менш схильними до змін порівняно зі звичайними законами¹⁰.

Окремо, на думку О.Ф. Скакун, варто розглядати закони («реформуючі»), тобто якими вносяться зміни, доповнення до чинної конституції. На відміну від органічних законів, реформуючі закони після затвердження (прийняття) набувають вищої юридичної сили і стають складовою частиною конституції¹¹.

Окремі дослідники (Н. Попович) органічні закони не вважає конституційними та такими, що не змінюють основних конституційних принципів, ухвалюються за прямих приписом Конституції, на основі її бланкетних норм та зазвичай регулюють інститути конституційного права¹². Н.М. Кошіль, досліджуючи конституційне законодавство, розглядає його як сукупність нормативно-правових актів та міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, які регламентують суспільні відносини щодо основ правового становища особистості, юридичної організації держави в процесі здійснення публічної (державної і публічно-самоврядної) влади та її взаємодії з громадянським суспільством і населенням країни¹³.

Таким чином, в Україні проблему класифікації законів можна розглядати лише на доктринальному рівні. У чинній Конституції України, залежно від необхідної кількості голосів для прийняття рішення, передбачено лише три види законів: 1) звичайні закони (відповідно до ст. 92), які приймаються більшістю від конституційного складу Верховної Ради України); 2) закони про внесення змін до Конституції України (відповідно до Розділу XIII «Внесення змін до Конституції України» Конституції України); 3) закони, що містять опис державних символів України та порядок їх використання (відповідно до ст. 20 Конституції України, приймаються не менш як двома третинами від конституційного складу Верховної Ради України). Тобто Парламент України спеціальною більшістю голосів приймає закони про внесення змін до Конституції України і закони щодо державних символів; інші закони – більшістю від її конституційного складу, тобто абсолютною біль-

шістю (ст. 91 Конституції). Водночас майже загальною є практика прийняття звичайних законів на основі простої більшості, тобто більшості від кворуму. Тому за відповідною ознакою усі звичайні закони, на думку В.М Шаповала, прийняті Верховною Радою України, по суті є подібними до органічних¹⁴.

Декілька спроб уведення поняття «органічний закон» у національне законодавство було здійснено в контексті розробки проектів законів України «Про нормативно-правові акти» та «Про закони та законодавчу діяльність». Але наразі ці закони не прийняті, і перспективи в цьому напрямі невтішні.

Висновки. Конституції зарубіжних держав переважно всі оперують поняттями «органічний закон» та «конституційний закон» як окремі види законів, що регулюють конституційні відносини. Зазначені положення знайшли обґрунтування і в зарубіжній юридичній доктрині. У вітчизняній правовій науці спостерігається відсутність єдиного підходу до визначення сутності та змісту конституційного законодавства, органічних законів. Зазвичай терміном «конституційне законодавство» охоплюються конституція, закони про внесення змін і доповнень до конституції та закони, які розвивають її положення і прийняття яких передбачено у змісті Основного Закону. На нашу думку, варто розрізнити ці поняття та використовувати термін «органічний закон» для позначення змістовно пов'язаних із конституцією законів, прийняття яких прямо передбачено конституцією або зумовлено її положеннями; «конституційний закон» – для законів, якими вносяться зміни і доповнення до конституції. Конституція – окремий різновид закону, що має особливу сутність, зміст та призначення у механізмі правового регулювання. Тобто, всі ці закони об'єднані єдиним об'єктом правового регулювання, але мають різну природу, юридичну силу, порядок прийняття та набуття чинності і призначення. Визначеності цій проблемі надало б закріплення зазначених аспектів або на рівні конституції, або окремого закону. Зазначене стане систематизуючим, стабілізуючим, спрямовуючим чинником для розвитку всього чинного законодавства України, сприятиме сталості правореалізаційної практики.

¹ Крусян А.Р. Конституційне законодавство України: сучасний стан та перспективи розвитку. *Наукові праці НУ ОЮА*. С. 25.

² Шаповал В.М. Феномен конституційного права: монографія. Київ: Інститут законодавства Верховної Ради України, 2017. С. 43.

³ Конституція Французької Республіки від 4 жовтня 1958 р. URL: https://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/france/france-r.htm

⁴ Конституція Королівства Іспанія від 27 грудня 1978 р. URL: https://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/spain/spain-r.htm

⁵ Конституція Республіки Молдова. URL: <https://www.presedinte.md/rus/constitution>

⁶ Васильев Д.В. Юридическая природа органических законов: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук:12.00.01. Казань, 2003.

⁷ Francis Delpere The meaning of the law. URL: https://www.ua.undp.org/content/ukraine/uk/home/library/democratic_governance/the-meaning-of-the-law-ukr.html; Дельпере Ф. Визначення та значення законів. Проект «Рада за Європу: зміцнення спроможності та потенціалу Верховної Ради України». URL: [http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?Z21ID=&I21DBN=EC&P21DBN=EC&S21STN=1&S21REF=10&S21FMT=fullwebr&C21COM=S&S21CNR=20&S21P01=0&S21P02=0&S21P03=A&S21COLORTERMS=1&S21STR=%D0%94%D0%B5%D0%BB%D1%8C%D0%BF%D0%B5%D1%80%D0%B5%20%D0%A4\\$](http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?Z21ID=&I21DBN=EC&P21DBN=EC&S21STN=1&S21REF=10&S21FMT=fullwebr&C21COM=S&S21CNR=20&S21P01=0&S21P02=0&S21P03=A&S21COLORTERMS=1&S21STR=%D0%94%D0%B5%D0%BB%D1%8C%D0%BF%D0%B5%D1%80%D0%B5%20%D0%A4$) С. 4, 11.

⁸ Див.: Закон у «Конституційному словнику», 1992 Jean-Louis Pezant, see Law, in Dictionnaire constitutionnel (Constitutional Dictionary), 1992. URL: https://www.ua.undp.org/content/ukraine/uk/home/library/democratic_governance/the-meaning-of-the-law-ukr.html

⁹ Юзьков Л.П. Конституційні закони: утвердження концепції і становлення практики. *Радянське право*. 1991. № 5. С. 12–14.

¹⁰ Шаповал В.М. Органічний закон. *Юридична енциклопедія: у 6 т. / ред. кол. Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін.* Київ: Українська енциклопедія ім. М.П. Бажана, 2002. Т. 4 : Н — П. С. 312.

¹¹ Скаун О.Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс): підручник. 2-е видання, перероблене і доповнене. Харків: Еспада, 2009. С. 462.

¹² Попович Н. Конституційні закони: порівняльно-правовий аналіз. *Національний юридический журнал: теорія и практика*. 2018. Август. С. 23.

¹³ Кошіль Н.М. Систематизація конституційного законодавства України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: Одеса. 2017. С. 15.

¹⁴ История буржуазного конституционализма XIX в. Москва, 1986; Шаповал В.М. Конституційне право зарубіжних країн. Київ, 1997; Конституции государств Европейского Союза. Москва, 1999.

Резюме

Пархоменко Н.М. Конституційне законодавство: компаративно-доктринальні виміри сутності і змісту.

Наголошено на зниженні ролі науки або правової доктрини в правотворчому процесі, недостатності комплексних наукових досліджень теоретичних і практичних питань підвищення ефективності правового регулювання загалом та конституційно-правового зокрема. Визначено особливості нормативно-правового закріплення конституційних і органічних законів у зарубіжних країнах та в Україні. Проаналізовано доктринальні підходи до визначення конституційного законодавства, його сутності й змісту, різновидів. Обґрунтовано доцільність правового закріплення поняття та змісту різновидів законів, що регулюють конституційні відносини.

Ключові слова: закон, органічний закон, конституційний закон, конституція, доктрина.

Резюме

Пархоменко Н.Н. Конституционное законодательство: компаративно-доктринальные измерения сущности и содержания.

Сделано ударение на снижении роли науки или правовой доктрины в законотворческом процессе, недостаточности комплексных научных исследований теоретических и практических вопросов повышения эффективности правового регулирования вообще и конституционно-правового в частности. Определены особенности нормативно-правового закрепления конституционных и органических законов в зарубежных странах и в Украине. Проанализированы доктринальные подходы к определению конституционного законодательства, его сущности и содержания, разновидностей. Обоснована целесообразность правового закрепления понятия и содержания разновидностей законов, которые регулируют конституционные отношения.

Ключевые слова: закон, органический закон, конституционный закон, конституция, доктрина.

Summary

Natalia Parkhomenko. Constitutional legislation: comparative-theoretical dimensions of essence and content.

It is pointed out the reduction of the role of science and legal doctrine in the law-making process; the lack of integrated science investigation of theoretical and practical questions to enhance the effectiveness of legal regulation in general and constitutional regulation in particular. Among the most weighty reasons of low effectiveness of the current constitution legislation in Ukraine, is also the lack of scientific characteristics of constitutional legislation as an integrated system (the lack of a single scientific concept of constitutional legislation) and non-compliance of the hierarchy of general documents in the system of constitutional legislation.

The specificities of legal implementation of constitutional and organic laws in foreign countries and Ukraine, are identified. The domestic and foreign doctrinal approaches to the definition of the constitutional legislation, to its' essence, content and forms, are analyzed.

It is noted that the Constitution, organic and constitutional laws are unified by the common matter of legal regulation, but they have a different nature, legal effect, the order of implementation and coming into force. In this aspect the above-mentioned question requires its awareness and legal certainty in the foreign legislation. The incorporation of the appropriate legal provisions into national legislation at a constitutional level or as a separate law would become an organizing, stabilizing and guiding factor for the development of all existing legislation of Ukraine; would contribute to the permanence of implementation practice.

Key words: law, organic law, constitutional law, constitution, doctrine.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.12

УДК 341.6

П.С. КОРНІЄНКО

*Петро Сергійович Корнієнко, доктор юридичних наук, професор Національної академії статистики, обліку та аудиту**

ORCID: 0000-0002-1473-6698

ПРАВОЗАХИСНА ДІЯЛЬНІСТЬ ТА СТАНОВЛЕННЯ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ

Тривалий час в державно-правовій науці центральне місце займало вчення про мету держави, зокрема в першій половині XIX ст., коли була поширена думка, що дослідження функціонування держави залежить від правильного розуміння її цілей.

В наш час дослідники правових питань мають у своєму розпорядженні значно більше фактичного матеріалу для порівнянь і узагальнень. Насамперед до такого можна віднести конституційні акти різних держав, декларації незалежності і інші основоположні правові акти, наукові доктрини і концепції.

Крім конституційних актів, цілі і завдання тих чи інших держав досить детально визначаються в державницьких наукових доктринах і концепціях.

Як ніколи раніше, в сучасний період глибоке значення мають слова Т. Гоббса: незважаючи на те, що форми державного устрою різноманітні (аристократія, монархія і демократія), фактично різниця між монархією, аристократією, демократією полягає не у відмінності влади, а в розходженні придатності, або здатності кожного з них до здійснення тієї мети, для якої вони існують¹.

Однак проголошення цілей держави саме по собі ще не дає відповіді на питання про спосіб їх реалізації. Саме тому уся сучасна світова правова культура заснована на переконанні, що влада держави має кордо-ни і за цими межами простягається «панування» приватної ініціативи та громадянського суспільства.

Як відомо, перший крок до нормативного закріплення меж діяльності держави і, як наслідок, до визнання прав, інтересів і гідності особистості, був зроблений в 1776 р. в американській Декларації незалежності

© П.С. Корнієнко, 2021

* *Petro Korniyenko, Dr. hab in Law, Professor of the National Academy of Statistics, Accounting and Audit*

від 4 липня. Юридична формула Декларації була покладена в основу Білля про права Вірджинії: «Ми вважаємо такі істини самі по собі зрозумілими: всі люди створені рівними, вони наділені Творцем певними невід'ємними правами; до цих прав відносяться життя, свобода і прагнення до щастя; для забезпечення цих прав створюються уряд, причому його влада походить від згоди йому підопічних; якщо уряд починає руйнувати ці цілі, народ має право змінити або усунути його і поставити новий уряд, однак він має бути створений на таких принципах, а організація мати таку форму, щоб вони найточніше відповідали здійсненню безпеки і щастя підданих».

Якщо Декларація незалежності говорила просто про права або невід'ємні (природні права), то французька Декларація прав людини і громадянина вже формулювала окремо права людини і права громадянина.

Проект імперської Конституції Німеччини 1849 р. вказував на основні права (розд. 6), тоді як більш ранні південнонімецькі конституції вживали вираз «державно-громадянські права», «політичні права» і «загальні права».

Австрійський Основний державний закон від 21 грудня 1867 р. фіксував загальні права громадян держави.

Одночасно з середини XIX ст. стало звичним позначати в спеціальній літературі конституційні права, які надаються кожному громадянину як основні права.

Стара конституційна ідея, що ґрунтувалася цілком на владі держави (організації), перетворилася на сучасну саме завдяки залученню до неї концепції основних прав громадян. Такий синтез – відмінна риса конституційної держави сучасності. Організаційний порядок і система основних прав об'єднуються в якості рівнозначних частин в «конституційну хартію», причому таке об'єднання відбувається свідомо і продумано. З цього моменту правомірно говорити про «Позитивну конституційну хартію», бо в ній вказується, на яких позитивних засадах, цінностях і цілях здійснює свою діяльність держава і в якому напрямі вона має розвиватися.

Основні права стали частиною фундаментального порядку держави; державна влада в процесі своєї реалізації обмежує себе основними правами особистості. Одночасно основні права стають «базисом управління» і тим самим ідеалом державності взагалі. Таким чином, основним фактором стає не тільки наявність конституційно оформленої державності, а й конституційне закріплення основних прав людини і громадянина. Іншими словами, конституція і основні права є тепер ознакою правової держави. Конституційна держава стає ідеалом держави, в якій реалізація прав і свобод людини і громадянина є постійним її завданням. В даний час ми спостерігаємо, як основні права все більше стають великою загальноєвропейською ідеєю, що здатна стати фундаментом єдиної Європи.

Конституції переважної більшості країн світу проголошують права і свободи як вищу цінність.

Теорія і практика інституту прав людини мають тривалу й повчальну історію. Сучасні питання про права людини при всій своїй новизні і особливості, зумовлених досягнутим на сьогоднішній день рівнем і характером світової цивілізації, спираються на багатий попередній досвід людства, насамперед в області правових форм організації суспільного і державного життя людей, правового способу регулювання соціальних відносин.

Захист прав людини – це необхідний, невід'ємний і неминучий компонент всякого права, людиноцентристський аспект вираження сутності права як особливого типу і характерної форми упорядкування суспільних відносин. Отже, існуюча система захисту прав людини є результатом тривалого поетапного історичного розвитку.

Вважається, що концепція захисту прав і свобод людини має коріння в багатьох, якщо не у всіх, культурах і цивілізаціях, а система захисту прав і свобод людини і громадянина будь-якої країни залежить від історичного розвитку її державності, характеру суспільного устрою і політичного режиму, зокрема від культурних, національних, релігійних, правових традицій, а також від рівня інтегрованості країни у світове співтовариство.

Здійснюючи дослідження розвитку прав і свобод людини і громадянина в Україні, законодавчий обсяг закріплення, рівень захищеності й забезпеченості з боку держави, варто спробувати осягнути генезу розвитку забезпечення прав і свобод людини і громадянина. Однак, навіть поверховий огляд чи аналіз даного розвитку підтверджує тезу про те, що українці здатні побудувати демократичну державу із необхідним набором соціальних та правових цінностей. Що цікаво, такі цінності відповідають тим, які сьогодні прийнято вважати європейськими. Певно, найпершим аргументом, який варто згадати, такий: Київська Русь не знала рабовласницького ладу. Наступним є те, що побудовані на основі особливого правового феномена – правових звичаїв, суспільство та держава керувались «Законом руським», який створював у певному розумінні гарантії прав тогочасного суспільства.

Як ми можемо спостерігати і аналізувати, розвиток вітчизняної історії, український народ є прикладом боротьби нації за самовизначення, створення власної незалежної, соборної та демократичної держави. Варто врахувати, що з XIV ст. українські землі були розділені між могутніми сусідами. Зокрема, частина земель перебувала у складі Великого князівства Литовського, інша ж частина – у складі Польської держави. Однак, і це підтверджує більшість історичних досліджень того часу, що саме руське право слугувало важливим джерелом основних законів Литовської держави і розглядалось як власне «старіє право». Таке правове джерело містило застереження щодо необхідності утвердження та захисту прав певних соціальних груп того часу.

Відсутність власної держави значною мірою відбилась на розвиткові вітчизняного правового середовища. Однак це у подальшому не завадило зародитись ще одному правовому феномену української політико-правової думки. Зокрема, у період козацько-гетьманський вершиною правового регулювання, розвиткові демократичного устрою та правового розуміння держави, а також необхідності захисту прав і свобод стала Конституція Пилипа Орлика 1710 р.

Після входження України до складу Російської імперії до політико-правових ідей гуманітарного змісту зверталось багато українських мислителів, наприклад М. Драгоманов із його конституційним проектом «Вільна спілка», а також М. Грушевський.

Варто однак зазначити, що за роки панування в Україні радянської влади було прийнято декілька основних законів (конституцій) у 1919, 1929, 1937, 1978 рр. Вони закріплювали досить суперечливий правовий статус особи, обсяг її прав та свобод. Очевидно, що за даного періоду питання захисту прав і свобод людини не було пріоритетом державної політики, що відбивалось загалом на законодавстві усіх радянських республік.

Таким чином, підбиваючи підсумок короткому аналізу, можемо впевнено стверджувати, що питання прав і свобод людини і громадянина, а також їх утвердження та захист знаходили свій прояв у політико-правовій думці кожної з епох існування українського народу. Важливо зазначити, що такі питання турбували людей здавна, однак саме як самостійна юридична категорія загальної теорії права та конституційного права проблема правового захисту особи не ставала предметом дослідження. Варто визнати, що в радянській державі реальне дослідження забезпечення дотримання прав і свобод людини і громадянина розцінювалось неоднозначно, або навіть як спроби ворогів соціалізму викривити характер взаємовідносин соціалістичної держави і її громадян, неправильного розуміння ідеалів соціалістичної революції. За вказаного періоду було неможливими використання надбань зарубіжної правозахисної науки та практики, оскільки дії держав з метою захисту прав людини радянською владою оголошувалися лицемірними.

Саме поняття «правозахисна діяльність» у радянській юридичній літературі вживалося вкрай рідко та в дуже широкому значенні – як будь-яка діяльність, спрямована на забезпечення прав особистості. Про правовий захист вперше на доктринальному рівні заговорили після XIX Всесоюзної конференції КПРС (1988 р.), яка затвердила резолюцію «Про правову реформу». Одне з положень резолюції проголошувало: «Першорядну увагу приділити правовому захисту особистості, встановити гарантії здійснення політичних, економічних, соціальних прав і свобод радянських людей»².

До змісту радянського законодавства термін «правовий захист» увійшов ще у 1977 р., після внесення його до ст. 35 Конституції СРСР, яка проголосила рівні права жінки і чоловіка, правовий захист материнства й дитинства. Проте широкого застосування в законотворчості цей термін не знайшов.

З даного приводу видається логічною думка про те, що проблеми розуміння прав і свобод людини як кризь призму природної концепції прав і свобод людини, так і через позитивістську концепцію, пов'язані із конкретними історико-правовими та політичними особливостями розвитку відповідної держави. До цього варто врахувати ще й особливості форми організації державної влади та соціально-економічний лад, рівень розвитку громадянського суспільства, реального бажання політичних еліт здійснювати забезпечення не тільки основоположних прав і свобод людини і громадянина, а й реально покращувати можливості їх захисту, запобігати їх можливому порушенню.

Вважаємо важливим досягненням та великою справою українського народу проголошення 24 серпня 1991 р. незалежності України. Така подія дозволила закріпити нові принципи діяльності держави, закріпивши права і свободи людини і громадянина як пріоритетний напрям існування держави. Також це відкрило можливість розширити права і свободи громадян, зміцнити механізми їх забезпечення та захисту. Проголошення незалежності утвердило бажання українського народу самостійно визначати мету свого існування на міжнародній арені, оскільки найсуттєвішою умовою існування будь-якої держави й будь-якого суспільства є їх соборність, а з ними – й незалежність та суверенність.

З цього важливого моменту і до сьогодні права і свободи людини та громадянина є першочерговою метою розвитку конституційної держави та успішного суспільства, в якому панують ідеї верховенства права. Вказані ідеї беруть свій початок від класичного положення Декларації прав людини і громадянина 1789 р. про те, що суспільство, у якому не забезпечено гарантії прав людини і не здійснено розподілу влади, не має конституції. Дане положення розширює розуміння конституції, привносячи у нього не тільки формальні ознаки, а натомість надаючи документи ознаки «живості», гнучкості, відповідності динамічним відносинам суспільства. Це певною мірою стосується й національної конституції, яка виступає не тільки Основним Законом нашої держави, а є виявом установчої влади Українського народу, актом його волевиявлення.

Так, у преамбулі вказується, що чинна Конституція України приймається Верховною Радою України від імені Українського народу – громадян України всіх національностей.

А 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 (ст. 3).

Відтак, вперше за довгий період розвитку української політико-правової думки, найважливіші положення права була зафіксовані в акті установчої влади народу. Ці положення, разом із іншими нормами Конституції України, визначають особливе місце людини, її прав і свобод у системі конституційних відносин, утверджують захист її прав в якості необхідного та першорядного принципу, який визнається і має діяти

у суспільстві й державі беззастережно. Особливо це стосується держави, яка чітко визначила Європейську інтеграцію як єдиний вектор державного розвитку.

Враховуючи вищевикладене, вважаємо, що найважливішою частиною конституційно-правового статусу особи є інститут прав і свобод людини і громадянина. Оскільки саме вони в усій сукупності, відповідно до положень Основного Закону, являють собою найвищу соціальну цінність, а отже, й фундаментальний об'єкт конституційно-правового регулювання. Але загальновідомо, що, саме по собі, проголошення прав і свобод людини є недостатнім і потребує відповідного механізму їх реального забезпечення. Це зумовлює необхідність зробити дієвою ще одну аксіому кожної правової держави про те, що правозахисна функція є найголовнішою для держави, її органів, підприємств, установ і організацій.

У Зверненні Верховної Ради України «До парламентів і народів світу» 5 грудня 1991 р., а також у Декларації про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р. було зроблено акцент на тому, що нова, демократична, правова держава ставить собі за мету реально забезпечити права і свободи людини й громадянина³.

Зокрема, у Зверненні Верховної Ради України вказується на те, що Україна буде демократичну, правову державу, першочерговим завданням якої є забезпечення прав і свобод людини. З цією метою Україна буде неухильно дотримувати норм міжнародного права, керуючись Загальною декларацією прав людини, Міжнародними пактами про права людини, які Україна ратифікувала, та іншими відповідними міжнародними документами. Україна готова приєднатись до європейських інституцій з прав людини, в тому числі до Європейської конвенції про права людини.

Прагнучи утвердження в незалежній демократичній Україні високих принципів свободи, демократії, гуманізму, соціальної справедливості, рівноправності всіх національностей, що становлять народ України, Верховна Рада схвалила 1 листопада 1991 р. Декларацію прав національностей України, згідно з якою Українська держава гарантує всім народам, національним групам, громадянам, що проживають на її території, рівні політичні, громадянські, економічні, соціальні та культурні права, свободу релігійних переконань.

А Верховна Рада Української РСР, саме виходячи з потреб всебічного забезпечення прав і свобод людини, проголосила державний суверенітет України як верховенство, самостійність, повноту і неподільність влади Республіки в межах її території та незалежність і рівноправність у зовнішніх зносинах. Як про це вказано у Декларації про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р.

У подальшому Верховна Рада Україна формує нове законодавче поле, яке вже побудоване на проголошених нових принципах. Серед визначних актів, що докорінно змінили відносини у суспільстві та державі, варто вказати: Закони України «Про власність», «Про свободу совісті та релігійних організацій», «Про місцеві Ради народних депутатів та місцеве й регіональне самоврядування», «Про підприємництво», «Про громадянство України» та інші. Нові закони були спрямовані на формування нормативних засад діяльності української держави саме у сфері забезпечення, гарантування та захисту прав та свобод людини і громадянина. Означене вимагало нагального формування оптимальних та дієвих механізмів реального виконання поставлених завдань щодо правового захисту населення.

Не в останню чергу стимулом для перетворень державних механізмів та підкорення їх правозахисній меті було прийняття України до Ради Європи, яке відбулось 9 листопада 1995 р. Вказана подія була стимулом для нарощування зусиль з метою підготовки й прийняття центрального акта Українського народу – нової демократичної Конституції, яка у 1996 р. розумілась саме як «гуманітарна революція»⁴.

Як вже вказувалось попередньо, людина, її життя, честь і гідність, недоторканність і безпека визнані в Конституції України найвищою соціальною цінністю. Забезпечення прав і свобод людини і громадянина проголошено змістом і метою діяльності держави. Держава згідно з Конституцією України відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження та забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави.

Конституція України у Розділі II «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина» встановлює систему прав і свобод людини, а також загальні принципи та положення, які мають на меті визначити зміст гарантій і механізмів реалізації цих прав і свобод. Разом із тим окремі із них, особливо у соціально-економічній сфері (право на житло (ст. 47), право на доступне медичне обслуговування (ст. 49) та ін.), залишаються на сьогодні переважно декларативними. Це сприяє поширенню певних сумнівів громадян у спроможності держави забезпечити їх конституційні права.

На основі Конституції була розроблена й основна частина чинного законодавства. Одночасно в ньому закріплюється термін «правовий захист», що є невід'ємним компонентом юридичної дійсності, реальним відображенням державно-правового життя суспільства⁵.

Натомість, реальність забезпечення правового захисту як юридичної категорії, необхідність його особливого закріплення в законодавстві й законотворчій діяльності нашої країни та юридичній науці, ще не набули належного відображення. Як приклад можна навести тезу про те, що значна частина вітчизняного законодавства, яке стосується формування механізму правового захисту та засад його ефективного втілення в життя, стосуються вузького кола суб'єктів, є спеціальними. Відтак, відсутні фундаментальні акти, які б розглядали людини, її права та свобод, гарантії захисту та охорони її прав як пріоритетний об'єкт правового регулювання. Тобто, нормотворець, незважаючи на складну історію сучасної української держави та трансформації, що відбулись в українському суспільстві, ще не зміг відійти від позитивістської радянської концепції, тобто не людиноцентристського орієнтування при здійсненні нормотворчості. Зокрема, ігнорування

необхідного проектування будь-якого нормативного акта із розрахунку поваги до прав і свобод людини і громадянина та неможливості їх порушення.

Саме тому позиція наукової спільноти має відображати прагнення суспільства та бути активною у справі формування ефективних засад правозахисної діяльності держави, а також розвивати положення вітчизняної доктрини щодо пріоритетності прав і свобод людини і громадянина, гарантій їх забезпечення та захисту у діяльності органів публічної влади.

¹ Гоббс Т. Левиафан. Москва: Мысль, 2001. С. 130.

² Гулиев В.Е., Рудинский Ф.М. Социалистическая демократия и личные права. Москва: Юрид. лит., 1984. С. 105.

³ Декларация про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р. Київ, 1990. № 31. Ст. 429.

⁴ Карпачова Н.І. Стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні: *Перша щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини*. Харків: КОНСУМ, 2000. С. 17.

⁵ Рабінович П., Панкевич І. Межі прав людини і Конституція України. *Право України*. 1997. № 5. С. 20.

Резюме

Корнієнко П.С. Правозахисна діяльність та становлення прав і свобод людини в Україні.

Розкриваються етапи генезису конституційної правозахисної діяльності в Україні. Зазначається, що права і свободі права стають «базисом управління» і тим самим ідеалом державності взагалі. Таким чином, основним фактором стає не тільки наявність конституційно оформленої державності, а й конституційне закріплення основних прав людини і громадянина. Стверджується, що питання прав і свобод людини і громадянина, а також їх утвердження та захист знаходили свій прояв у політико-правовій думці кожної з епох існування українського народу.

Ключові слова: Конституційна правозахисна діяльність, держава Україна, правозахисна діяльність, права і свободи, людина, громадянин, Конституція України, об'єкт правового регулювання, Закон України.

Резюме

Корниенко П.С. Правозащитная деятельность и становления прав и свобод человека в Украине.

Раскрываются этапы генезиса конституционной правозащитной деятельности в Украине. Отмечается, что права и свободы права становятся «базисом управления» и тем самым идеалом государственности вообще. Таким образом, основным фактором становится не только наличие конституционно оформленной государственности, но и конституционное закрепление основных прав человека и гражданина. Утверждается, что вопросы прав и свобод человека и гражданина, а также их утверждение и защита находили свое проявление в политико-правовой мысли каждой из эпох существования украинского народа.

Ключевые слова: Конституционная правозащитная деятельность, государство Украина, правозащитная деятельность, права и свободы, человек, гражданин, Конституция Украины, объект правового регулирования, Закон Украины.

Summary

Petro Korniyenko. Human rights activities and the formation of human rights and freedoms in Ukraine.

Fundamental rights have become part of the fundamental state order; state power in the process of its implementation restricts itself to the basic rights of the individual. At the same time, fundamental rights become the “basis of governance” and thus the ideal of statehood in general. Thus, the main factor is not only the existence of a constitutionally executed statehood, but also the constitutional consolidation of basic human rights and citizen. In other words, the constitution and fundamental rights are now a sign of the rule of law. A constitutional state becomes an ideal of a state in which the realization of human and civil rights and freedoms is a permanent task. Currently, we are seeing how fundamental rights increasingly become a major pan-European idea that can become the foundation of a united Europe.

The Constitution of the overwhelming majority of countries of the world proclaims rights and freedoms as the highest value.

The theory and practice of the Institute of Human Rights have a long and instructive history. Modern issues of human rights, with all its novelty and peculiarities, determined by the level and character of the world civilization achieved to date, are based on the rich prior experience of mankind, first of all, in the field of legal forms of organization of public and public life of people, a legal way of regulating social relations.

Human rights protection is a necessary, inalienable and inevitable component of every right, a man-centrist aspect of expressing the essence of law as a special type and a characteristic form of streamlining social relations. Consequently, the existing system of human rights protection is the result of long-term phased historical development.

Key words: Constitutional human rights activities, state Ukraine, human rights activist, rights and freedoms, person, citizen, Constitution of Ukraine, object of legal regulation, Law of Ukraine.

І.Д. СОФІНСЬКА

*Ірина Дмитрієвна Софінська, доктор юридичних наук, доцент, професор Навчально-наукового Інституту права, психології та інноваційної освіти Національного університету «Львівська політехніка»**

ORCID: 0000-0002-3853-7626

ПОДВІЙНЕ ГРОМАДЯНСТВО, ПРИНЦИП ВІРНОСТІ І ПУБЛІЧНЕ ВРЯДУВАННЯ: МАТИ НЕ МОЖНА ПОЗБАВИТИ

Постановка проблеми. Подвійне (множинне) громадянство виникає *via facti* і сприйняття цього конституційно-правового інституту калібрується зміною парадигми світоглядних цінностей впродовж ХХ століття: від традиційних до емансипативних. Актуалізація концепції «вікно Овертона» у правовій доктрині громадянства проявляється від абсолютного несприйняття наявності в особи подвійного (множинного) громадянства та ворожого ставлення до неї через співчуття і позитивне ставлення, популяризацію та державну політику до створення особами із подвійним (чи навіть множинним) громадянством загрози для держави і суспільства та наступного очевидного абсолютного неприйняття цієї ідеї у суспільстві. Проблема виникає, коли біпатриди (особи з подвійним/множинним громадянством) виявляють бажання реалізувати пасивне право голосу чи бути призначеними в органи публічної влади і мати доступ до державної скарбниці або таємниці, здійснювати державно-владні повноваження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Серед фундаментальних дослідників феномена подвійного (множинного) громадянства, передумов врегулювання і попередження питань його виникнення варто виділити переважно іноземних авторів – Мартена Вінка та Жерара-Рене де Гроота¹, Абрахама Каннофа², Пітера Спіро³, Томаса Фейста⁴, Пітера Шука⁵. У дослідженнях вони також звертали увагу на застосування ефективних правових механізмів та інструментів уникнення (подолання) колізій, пов'язаних із виникненням і набуттям подвійного (множинного) громадянства.

Мета статті: обґрунтувати виникнення та існування подвійного (громадянства), враховуючи основні виклики в контексті реалізації біпатридами (особами з подвійним/множинним громадянством) пасивного права голосу чи призначення в органи публічної влади, отримання доступу до державної скарбниці або таємниці, здійснення державно-владних повноважень.

Виклад основного матеріалу. Питання подвійного (множинного) громадянства потребує законодавчої впорядкованості, оскільки ні Загальна декларація прав людини 1948 р.⁶, ні Європейська конвенція про громадянство 1997 р.⁷ не уточнюють, скільки легально кожен може мати одночасно громадянств і чи є пріоритет щодо часу та способу їх набуття. Концепт «єдиного» громадянства притаманний федеративним державам, по-перше, не є тотожним чи синонімом до «одного» громадянства; по-друге, не є антонімом до «подвійного» чи «множинного» громадянства, а тому не підмінює суті заборони його набуття. А тому трактування Конституції України 1996 р. (ст. 4 перше речення)⁸ без врахування офіційного визначення, поданого в базовому законі 2001 р. (ст. 2 ч. 1)⁹, є хибним.

Усе ж, сприйняття існування інституту подвійного громадянства зовсім не означає, що біпатриди мають однакові права, обов'язки та привілеї у всіх державах їхнього громадянства. Зазвичай, у такому випадку використовується розуміння базового громадянства на підставі «постійного та ефективного правового зв'язку між державою та особою» (часто йдеться про державу постійного проживання) і саме воно виступає джерелом прав, обов'язків та привілеїв біпатрида.

У світі існує перелік держав, які, *по-перше*, дозволяють подвійне громадянство (але обмежують активне та пасивне виборче право таких громадян); *по-друге*, забороняють подвійне громадянство з автоматичною втратою першого громадянства (за винятком набуття другого громадянства за народженням) і, *по-третє*, дозволяють своїм громадянам мати друге громадянство, але винятково конкретних держав¹⁰. Однак, разом із подвійним громадянством з'являється подвійна вірність, а тому часто у таких випадках виникають конфлікти на особистісному та міждержавному рівні¹¹. Скажімо у Мексиці особа з подвійним громадянством (громадянин Мексики від народження) може бути обрана до представницьких органів місцевого самоврядування чи посадовими особами місцевого самоврядування (до прикладу, мерами міст) винятково після підписання декларації вірності Мексиці.

З метою вирішення наявних та майбутніх конфліктів щодо вірності осіб, які володіють подвійним громадянством, Ліга Націй ще 12 квітня 1930 року прийняла Конвенцію, яка регулювала деякі питання, пов'язані

ні із колізією законів про громадянство (йшлося про громадянство одружених жінок; дітей, народжених у батьків із різним громадянством (у т. зв. «змішаному» шлюбі); дітей, усиновлених особами з іншим громадянством, тощо)¹². Робота над міжнародним регламентуванням питань пов'язаних із громадянством була повністю призупинена у зв'язку із Другою світовою війною і відновилася після її закінчення. У контексті регламентування диполя «подвійне громадянство – подвійна вірність» визначальними є рішення Міжнародного суду ООН у справах *Canevaro (Italy v. Peru)*¹³ 1912 року, *Nottebohm (Lichtenstein v. Guatemala)*¹⁴ та *Mergé (United States of America v. Italy)*¹⁵ 1955 року.

Ганс Кельзен, емігрувавши у США у 1940 році, пояснював, що дотримання вірності не є юридичним обов'язком, а радше своєрідною «політичною та моральною» необхідністю¹⁶. А тому, не існує «спеціальних юридичних зобов'язань, які би охоплювалися поняттям «вірність»: в юридичному сенсі, сутність принципу вірності полягає в загальному зобов'язанні – бути законослухняним, а дотримання цього обов'язку належить здійснити кожному іноземцеві»¹⁷. У світі, перенасиченому глобальною міграцією, відбувається різке зниження значущості поняття вірності державі громадянства, оскільки кількість тих, хто має подвійне (множинне) громадянство невпинно зростає.

Як відомо, у 1960-х роках більшість держав світу передбачала на законодавчому рівні такий алгоритм дій у сфері громадянства: «набуття громадянином першої держави за власним бажанням альтернативного громадянства другої держави має наслідком автоматичну втрату ним первинного громадянства». У наукових джерелах такий підхід часто називається негативним у контексті права людини на громадянство. З того часу правова траєкторія визнання подвійного громадянства ґрунтовно змінилася: понад 70 % держав світу використовують на законодавчому рівні значно толерантніший підхід, який дозволяє громадянам першої держави за власним бажанням набувати альтернативне громадянство другої держави без автоматичної втрати ними первинного громадянства¹⁸.

Багато європейських держав вбачали небезпеку у подвійному громадянстві особи у випадку, властиво, коли друге громадянство отримане особою свідомо у зв'язку із її натуралізацією. Тоді відбувається очевидне порушення принципу вічної вірності (*perpetual allegiance*), який за своєю суттю передбачає, що особа, яка «одного разу стала громадянином – назавжди ним залишиться»¹⁹. Тому, після завершення Другої світової війни (фактично після врегулювання територіальних питань) на міжнародному рівні з'явилося чимало колізій у сфері подвійного (множинного) громадянства, а тому Рада Європи прийняла важливих декілька документів, серед них – Конвенцію про скорочення випадків множинного громадянства та про військову повинність у випадках множинного громадянства 1963 року, яка набула чинності 28 березня 1968 року²⁰. Передусім у цій Конвенції йшлося про те, що

– повнолітні особи (і їх неповнолітні діти), які набули альтернативне громадянство після народження у зв'язку з оптацією, натуралізацією чи поновленням у громадянстві автоматично втрачають наявне громадянство і не стають біпатридами (ст. 1);

– біпатрид та особа з множинним громадянством може відмовитися від одного чи кількох альтернативних громадянств за згодою держави цього громадянства (у згоді не може бути відмовлено, якщо ця особа десять останніх років не проживає у конкретній державі та якщо вона має постійне місце проживання у тій державі, громадянство якої вона зберігає) (ст. 2)²¹.

Серед усіх 47 держав-членів Ради Європи до тепер лише 15 підписали, ратифікували її і в них вона стала чинною (Австрія, Бельгія, Данія, Ірландія, Іспанія, Італія, Люксембург, Нідерланди, Німеччина, Норвегія, Об'єднане Королівство, Франція та Швеція)²².

Між державами «соціалістичного табору» (і Польща, і Чехословаччина належали до цього «кластеру») були запроваджені двосторонні договори (конвенції) про врегулювання питань, пов'язаних із подвійним громадянством чи попередженням випадків його виникнення, які були звичною практикою 1950-х – 1970-х років. Серед них знаходимо договори між СРСР та Албанією (1958 р.)²³, Болгарією (1966 р.), КНДР (1958 р.)²⁴, Монголією (1958, 1975 р.)²⁵, НДР (1969 р.), Польщею (1958, 1965 р.)²⁶, Румунією (1957, 1978 р.), Угорщиною (1957, 1963 р.)²⁷, Чехословаччиною (1957, 1980 р.)²⁸ та Югославією (1956 р.).

Кожен із цих двосторонніх договорів передбачав істотні (передумови та порядок (процедуру) вибору громадянства особою, яка була біпатридом від народження. Вибір громадянства передбачався у формі оптації (повнолітньою особою) чи трансферу (неповнолітньою особою) одного із наявних у неї громадянств (друге автоматично втрачалось). Усі договори мали спільні та відмінні риси, до прикладу в більшості договорів наголошувалося на добровільності оптації громадянства, а також на спільній угоді батьків щодо вибору громадянства їхньої дитини. Більшість таких договорів були строковими, тому було неможливим повністю припинити подальше поширення множинного громадянства, оскільки вони верифікували вже існуючі випадки множинного громадянства. Лише у двох договорах (з Чехословаччиною та Болгарією) присутні положення щодо врегулювання питань, пов'язаних із виникнення в особи подвійного громадянства, у майбутньому.

Питання участі біпатридів у публічному житті держави, а точніше їхнього доступу до публічної служби, державної скарбниці та національної безпеки набувало актуальності безліч разів. Законодавчі вимоги, як і сприйняття, по-перше, біпатридів чи осіб з множинним громадянством, і по-друге, їхньої активної участі у публічному житті держави, діаметрально протилежні: від неможливості та абсолютного несприйняття до прийнятності, але за певних умов. Фундаментальним фактором допуску біпатридів до участі в публічному житті держави є принцип вірності. Питання вірності осіб з подвійним (множинним) громадянством, які є

публічними особами та працюють в уряді держав одного із своїх громадянств, створює нові сучасні виклики з огляду на цінності, патріотизм та національну безпеку в Європі та у світі.

Конституційно-правовий «запобіжник» допуску біпатридів до участі в публічному житті держави є актуалізованим так: у Колумбії лише громадяни Колумбії від народження серед біпатридів можуть бути обраними до Палати представників, а в Австралії особа з подвійним (множинним) громадянством взагалі не може бути парламентарем (якщо перевірка виявить «спляче» альтернативне громадянство в діючого парламентаря – він/вона позбудеться мандата).

Так, наприкінці 2006 року у Європі виникла гостра дискусія про моральний бік наявності подвійного громадянства у Карела Шварценберга напередодні його призначення міністром закордонних справ Чехії в уряді Мірека Тополанека (2007–2009)²⁹. Тодішній Президент Чехії Вацлав Клаус висловився досить застережно на цю тему³⁰, вважаючи, що міністр закордонних справ Чехії повинен мати чіткі патріотичні переконання, відстоювати інтереси, погляди і пріоритети Чехії, бути вірним їй. Президент В. Клаус наголосив на своїх певних побоюваннях, оскільки Карел Шварценберг хоч і народився у Чехії (у Празі), однак більшу частину свого життя провів у Відні, де отримав вищу освіту та одружився з громадянкою Австрії, яка не розмовляє чеською, де живуть вони та їхні діти, де його застав дзвінок від прем'єр-міністра Чехії з пропозицією зайняти посаду міністра в його уряді. З Чехією, на думку Вацлава Клауса, Карела Шварценберга мало що пов'язує, на відміну від Австрії, яка фактично є його «другою домівкою». Навіть незважаючи на те, що Карел Шварценберг не має австрійського громадянства, однак все ж таки є біпатридом із другим альтернативним – швейцарським громадянством.

Інший європейський випадок, коли особа з подвійним громадянством отримала доступ до публічної служби в одній із держав свого громадянства (не в державі народження), стосувався Об'єднаного Королівства, де Боріс Джонсон, будучи біпатридом від народження (мав *ius sanguinis* британське та *ius soli* американське громадянство), став міністром закордонних справ (в уряді Т. Мей)³¹.

Окремого забавлення набула ситуація з відмовою польського сенату прийняти новопризначеного посла США, Марка Бжезінські³². Вимога сенату Польщі стосувалася його відмови від «сплячого» польського громадянства, про наявність якого йому не було відомо. Марк Бжезінські народився у 1965 р. у США, його батьки на той момент були натуралізованими громадянами США, а тому він набув американське громадянство від народження³³ і за правом крові *ius sanguinis*, і за правом ґрунту *ius soli*. Під час його народження батьки перебували у шлюбі: батько – громадянин Польщі (народився у 1928 р. у Варшаві в родині дипломата), з 1938 р. жив у Канаді разом із батьками³⁴, набув американське громадянство у зв'язку з натуралізацією у 1958 р.; мати – громадянка Чехословаччини, народилася у 1932 р. у Женеві у родині дипломата, набула американське громадянство у зв'язку з натуралізацією в 1953 р.

У цій ситуації, якщо брати до уваги не стільки політичний, скільки правовий контекст, виникає декілька актуальних запитань: чи Збігнев Бжезінські або його дружина Емілі Анна Бенеш-Бжезінські, набувши після народження альтернативне американське громадянство у зв'язку з натуралізацією, втратили їхнє первинне польське та відповідно чеське первинне громадянство? Якщо би жоден із них не втратив первинне громадянство, то Марк Бжезінські від народження став би біпатридом (ст. 6 польського закону 1962 р.)³⁵? Але чиє громадянство у такому випадку набув Марк Бжезінські за походженням (народження за кордоном від батьків-громадян) польське чи чеське?

Розмірковуючи над поставленими питаннями, ми беремо референції з релевантного американського (1952, 1957, 1961 р.р.)³⁶, польського (1920, 1951, 1962 р.р.)³⁷ та чехословацького (1920³⁸, 1949³⁹ та 1958 р.р.)⁴⁰ законодавства у сфері громадянства, яке у часопросторі було актуальним для цієї історії.

Ця контрверсійна ситуація щодо «сплячого» польського громадянства Марка Бжезінські, враховуючи неоднозначність нещодавніх законотворчих ініціатив, отримала несподіване завершення з польського боку⁴¹. Оскільки, між Польщею та Чехословаччиною у 1965 році був підписаний двосторонній договір про врегулювання питань, пов'язаних із громадянством біпатридів. У ньому, серед іншого, сказано, що якщо батьки не дійшли згоди щодо вибору громадянства дитини, то вона набуває громадянство матері (ст. 4 п. 3)⁴² – саме цей пункт став, на переконання влади Польщі, підставою вирішення ситуації зі «сплячим» громадянством Марка Бжезінські.

Питання у сфері громадянства у Чехословаччині врегулювала конституція 1920 р.⁴³, яка заборонила подвійне громадянство, вважаючи набуття особою громадянства у зв'язку з натуралізацією «актом милосердя з боку держави»⁴⁴.

Між США та Чехословаччиною у 1929 р. був укладений двосторонній договір, покликаний попередити виникнення подвійного громадянства (в т.ч. у зв'язку з натуралізацією)⁴⁵, який був чинний до 1997 р. Однак, протягом 1938–1957 років він був призупинений, оскільки одна із сторін була у стані війни (від першої мобілізації Чехословаччини до встановлення дипломатичних відносин США з Японією). Також його положення поширювалися на осіб, старше 21 року, а точніше громадян Чехословаччини, які набули американське громадянство у зв'язку з натуралізацією, та *vice versa* громадян США, які натуралізувалися у Чехословаччині. У США рішення Верховного суду США у справі *Afroyim v. Rusk* (1967 р.)⁴⁶ відкрило «двері» для осіб з подвійним громадянством, попередньо «закриті» рішенням Верховного суду США у справі *Perez v. Brownell* (1958 р.)⁴⁷.

Протягом 1949–1968 років чеське громадянство від народження особа могла набути у таких випадках: – якщо обоє батьків є громадянами Чехословаччини, незважаючи на місце народження дитини,

– якщо лише один із батьків є громадянин Чехословаччини і дитина народилася в Чехословаччині (але це не стосується батьків, громадян Польщі, СРСР чи Угорщини),

– якщо лише один із батьків є громадянин Чехословаччини і дитина народилася за кордоном, але набуття нею громадянства Чехословаччини є затверджене національним комітетом (але це не стосується батьків, громадян Польщі, СРСР чи Угорщини).

Отже, набувши американське громадянство у зв'язку з натуралізацією, Емілі Анна Бенеш-Бжезінські не втратила автоматично чеське громадянство, оскільки двосторонній договір між США та Чехословаччиною не діяв. А тому, Марк Бжезінські є біпатридом від народження. По-перше, він – громадянин США від народження і за правом крові *ius sanguinis*, і за правом ґрунту *ius soli*, а тому гіпотетично може претендувати навіть на посаду президента США на відміну від свого батька, Збігнева Бжезінські⁴⁸. По-друге, набув «спляче» громадянство Чехословаччини, враховуючи положення діючого двостороннього договору між Польщею та Чехословаччиною 1965 р. Положення двостороннього договору між США та Чехословаччиною 1929 р. про втрату громадянства Чехословаччини на нього не поширювалися, оскільки, по-перше, його дія стосувалася повнолітніх, і по-друге, з 1967 р. у США подвійне громадянство було узаконене без втрати іншого. Тому, не порушуючи питання про вірність, Марк Бжезінські може й надалі виконувати свої дипломатичні обов'язки у Польщі.

У турбулентному світі, переважаному глобалізацією, транснаціоналізацією та мобільністю, зміною парадигми світоглядних цінностей, питання щодо реалізації особою з подвійним (множинним) громадянством пасивного права голосу в одній із держав свого громадянства чи призначення в органи публічної влади, доступ до державної скарбниці або таємниці, здійснення державно-владних повноважень повинне бути чітко врегульованим та законодавчо впорядкованим. Виклики сьогодення (вірність, ідентичність, патріотизм, безпека), як і законодавчі колізії, потребують унаочнення практичних намірів врегулювання питань, пов'язаних із доступом осіб з подвійним (множинним) громадянством до публічної влади, з метою уникнення збільшення політичних конфліктів у світі.

¹ Vink M.P.; De Groot G.-R.; Luk Ngo Chun, [2015], “MACIMIDE Global Expatriate Dual Citizenship Dataset”, DOI:10.7910/DVN/TTMZ08, Harvard Dataverse, [V2].

² Kannof A.U. Dueling Nationalities: Dual Citizenship, Dominant and Effective Nationality, and the Case of Anwar al-Aulaqi. *Emory Law Journal*, Volume 25, Issue 3, 2011. pp. 1387–1389.

³ Spiro P.J. Dual Nationality and the Meaning of Citizenship. *Emory Law Journal*, Volume 1411, Issue 46, 1997. pp. 1420–1424; Spiro P.J. Dual citizenship as human right. *International Journal of Constitutional Law*, Volume 8, Issue 1, January 2010, Pages 111–130; Spiro P.J. *At Home in Two Countries: The Past and Future of Dual Citizenship*. Temple University Legal Studies Research Paper No. 2016-38, New York University Press, 2016.

⁴ Faist Th., Gerdes Jü. *Dual Nationality in an Age of Mobility*. Washington, DC: Migration Policy Institute, 2008. P. 5.

⁵ Schuck P.H. *Citizens, Strangers, and In-Betweens: Essays on Immigration and Citizenship*. Boulder, Colorado: Westview Press, 1998. pp. xviii + 475.

⁶ Загальна декларація прав людини, 10.12.1948 р. Офіційний вісник України від 15.12.2008 р. – 2008 р., № 93, стор. 89, стаття 3103.

⁷ Європейська конвенція про громадянство ETS N 166 від 06.11.1997 року. Офіційний вісник України від 02.08.2010 р., 2010 р., № 56, / № 41, 2006, ст. 2720 /, стор. 59, стаття 1917.

⁸ Конституція України. Закон № 254к/96-ВР від 28.06.1996 р. Відомості Верховної Ради України від 23.07.1996, 1996 р., № 30, стаття 141.

⁹ Про громадянство України. Закон України № 2235-III від 18.01.2001 р. Офіційний вісник України від 16.03.2001 р., 2001 р., № 9, стор. 1, стаття 342.

¹⁰ Spiro P.J. *At Home in Two Countries: The Past and Future of Dual Citizenship*. Temple University Legal Studies Research Paper No. 2016-38, New York University Press, 2016.

¹¹ Kannof A.U. Dueling Nationalities: Dual Citizenship, Dominant and Effective Nationality, and the Case of Anwar al-Aulaqi. *Emory Law Journal*, Volume 25, Issue 3, 2011. pp. 1387–1389.

¹² Конвенція, регулююча деякі питання, пов'язані з колізією законів о громадянстві (12 апреля 1930 года) / в книге: «*Действующее международное право*» в трех томах, Том 1, Москва: МНИМП, 1996 год (URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_218)

¹³ The Canevaro Case at the Hague Source. *The American Journal of International Law*, Volume 6, No. 3, July 1912, pp. 709–712.

¹⁴ *Nottebohm Case. Liechtenstein v. Guatemala*; ICJ 1955; Reports. p. 315.

¹⁵ Mergé Case – Decision No. 55. *Reports of International Arbitral Awards*, Volume 10 June 1955, pp. 236–248.

¹⁶ *Велика українська юридична енциклопедія* : у 20 томах. Том 2: Філософія права / С.І. Максимов (голова) та ін. Харків: Право, 2017. С. 332–336.

¹⁷ Kelsen H. *General Theory of Law and State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1949. P. 235.

¹⁸ Vink M.P.; De Groot G.-R.; Luk Ngo Chun, [2015], “MACIMIDE Global Expatriate Dual Citizenship Dataset”, doi:10.7910/DVN/TTMZ08, Harvard Dataverse, [V2].

¹⁹ Spiro P.J. Dual Nationality and the Meaning of Citizenship. *Emory Law Journal*, Volume 1411, Issue 46, 1997. pp. 1420–1424; Spiro P.J. Citizenship Overreach. *Michigan Journal of International Law*, Volume 38, Issue 2, 2017. P. 179.

²⁰ Конвенція про скорочення випадків множинного громадянства та про військову повинність у випадках множинного громадянства, 06.05.1963 року (URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_302).

²¹ Конвенція про скорочення випадків множинного громадянства та про військову повинність у випадках множинного громадянства, 06.05.1963 року (URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_302).

²² Португалія підписала Конвенцію у 1979 р., а Молдова – у 1998 р., але далі справа з ратифікацією не зрушилася (<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/096/signatures?module=signatures-by-treaty&treaty=043>).

²³ Конвенція между Союзом Советских Социалистических Республик и Народной Республикой Албанией об урегулировании вопроса о гражданстве лиц с двойным гражданством, Утверждена постановлением Совета Министров СССР от 10.01.1958 N 40, Ведомости Верховного Совета СССР, 1958 г., N 9.

²⁴ Конвенция между Правительством Союза Советских Социалистических Республик и Правительством Корейской Народно-Демократической Республики об урегулировании вопроса о гражданстве лиц с двойным гражданством, Ратифицирована Президиумом Верховного Совета СССР 1 февраля 1958 г. Ведомости Верховного Совета СССР, 1958 г., N 4.

²⁵ Конвенция между Правительством Союза Советских Социалистических Республик и Правительством Монгольской Народной Республики об урегулировании вопроса о гражданстве лиц с двойным гражданством, Указ Президиума ВС СССР от 01.12.1958, Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XX. Москва, 1961. С. 218–220.

²⁶ Конвенция между Правительством Союза Советских Социалистических Республик и Правительством Польской Народной Республики о предотвращении возникновения случаев двойного гражданства, Указ Президиума ВС СССР от 10.12.1965, Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XXIV. Москва, 1971. С. 73–76.

²⁷ Конвенция между правительством Союза Советских социалистических республик и правительством Венгерской Народной Республики о предотвращении возникновения случаев двойного гражданства, Ратифицирована Президиумом Верховного Совета СССР 20 июня 1963 г., Ведомости Верховного Совета СССР, 1963 г., N 30.

²⁸ Конвенция между Союзом Советских Социалистических Республик и Чехословацкой Республикой об урегулировании вопроса о гражданстве лиц с двойным гражданством, Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XX. Москва, 1961. С. 227–230.

²⁹ Власне ця дискусія не «поставила крапку» щодо призначення К. Шварценберга в уряд, згодом він вдруге отримав той же «портфель» в уряді Петра Нечаса (2010–2013).

³⁰ Klaus V. *Senátor Schwarzenberg sedí na dvou židlich* (28.12.2006) (URL: <http://www.euportal.cz/Articles/1152-senator-schwarzenberg-sedi-na-dvou-zidlich.aspx>).

³¹ Згодом він відмовився від американського громадянства з фінансових міркувань, а з 2019 р. є прем'єр-міністром Об'єднаного Королівства.

³² Paweł Wroński. Poland is Blocking the Arrival of the New US Ambassador. *Gazeta Wyborcza*, 14 lipca 2021 (URL: <https://wyborcza.pl/7,173236,27328163,poland-is-blocking-the-arrival-of-the-new-us-ambassador.html>).

³³ 66 Stat. 163 – An Act to revise the laws relating to immigration, naturalization, and nationality; and for other purposes, June 27, 1952 (URL: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-66/pdf/STATUTE-66-Pg163.pdf>). pp. 235–236.

³⁴ Його батько Тадеуш Бжезінські у 1951 р. набув канадійське громадянство у зв'язку з натуралізацією.

³⁵ Ustawa z 15 lutego 1962 r. o obywatelstwie polskim. *Dziennik Ustaw*, 1962, nr. 10, poz. 49.

³⁶ *Report on citizenship law: United States of America* by P. Spiro. Technical Report, [GLOBALCIT], EUDO Citizenship Observatory, 2015/13, Country Reports (URL: <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/36498>).

³⁷ *Report on citizenship law: Poland* by A. Gorny and D. Pudzianowska. Technical Report, [GLOBALCIT], EUDO Citizenship Observatory, 2010/30, Country Reports (URL: <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/19631>).

³⁸ Ustawa z dnia 20 stycznia 1920 r. o obywatelstwie Państwa Polskiego. *Dziennik Ustaw*, 1920, nr. 007, poz. 44.

³⁹ *Citizenship Policies in the New Europe* / Edited by Rainer Bauböck, Bernhard Perchinig, Wiebke Sievers. Amsterdam University Press – IMISCOE Research Series, 2009. 460 p. (pp. 249, 250, 264, 265).

⁴⁰ *Report on citizenship law: Czech Republic* by A. Barsowa. Technical Report, [GLOBALCIT], EUDO Citizenship Observatory, 2014/02, Country Reports, P. 3 (URL: <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/33840>).

⁴¹ Hubert Orzechowski. Mark Brzezinski okazał się Czechem. Teraz zostanie ambasadorem USA w Warszawie. *Gazeta Wyborcza*, 29 lipca 2021. (URL: <https://wyborcza.pl/7,75398,27386154,mark-brzezinski-okazal-sie-czechem-teraz-zostanie-ambasadorem.html>).

⁴² Konwencja między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Czechosłowacką Republiką Socjalistyczną o uregulowaniu zagadnień dotyczących podwójnego obywatelstwa, sporządzona w Warszawie dnia 17 maja 1965 r. (URL: <http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19660190120/O/D19660120.pdf>).

⁴³ Constitutional Act No. 121/1920 Coll.

⁴⁴ *Report on citizenship law: Czech Republic* by A. Barsowa. Technical Report, [GLOBALCIT], EUDO Citizenship Observatory, 2014/02, Country Reports (URL: <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/33840>).

⁴⁵ Naturalization Convention between Czechoslovakia and the United States of America no. 169/1929 Coll.

⁴⁶ *Afroyim v. Rusk* 387 U.S. 253 (1967).

⁴⁷ *Perez v. Brownell* 356 U.S. 44 (1958).

⁴⁸ У ст. 2 ч. 1 п. 5 Конституції США 1787 року передбачено, що «жодна особа, крім громадянина за народженням (a natural born Citizen) або громадянина Сполучених Штатів на момент прийняття цієї Конституції, не може бути обрана на посаду Президента та Віце-Президента».

Резюме

Софінська І.Д. Подвійне громадянство, принцип вірності і публічне врядування: мати не можна позбавити.

У цій статті автор розглядає релевантні питання, які стосуються застосування політико-правових механізмів та інструментів уникнення/подолання/врегулювання колізій, пов'язаних із виникненням і набуттям подвійного (множинного) громадянства. Актуалізація цього питання пов'язана із реалізацією особою з подвійним (множинним) громадянством пасивного права голосу в одній із держав свого громадянства чи доступом до публічної влади, державної скарбниці або таємниці, здійсненням державно-владних повноважень. Протягом XX століття більшість держав світу уклали двосторонні договори з метою врегулювання випадків виникнення подвійного громадянства, оскільки набуття громадянством першої держави за власним бажанням альтернативного громадянства другої держави зазвичай мав наслідком автоматичну втрату ним первинного громадянства. Однак, інша ситуація виникає у біпатридів (осіб з подвійним громадянством) від народження. Особливої уваги заслуговує нещодавня ситуація з громадянством Марка Бжезінські, новопризначеного посла США у Польщу.

Ключові слова: подвійне громадянство, право крові *ius sanguinis*, право ґрунту *ius soli*, вірність, публічна служба, США, Чехія, Польща.

Резюме

Софинская И.Д. Двойное гражданство, принцип верности и публичного управления: иметь нельзя лишить.

В этой статье автор рассматривает релевантные вопросы, касающиеся применения политико-правовых механизмов и инструментов предотвращения / преодоления / урегулирования коллизий, связанных с возникновением и приобретением двойного (множественного) гражданства. Актуализация этого вопроса связана с реализацией лицом с двойным (множественным) гражданством пассивного права голоса в одном из государств своего гражданства или доступом к публичной власти, государственной казны или тайны, осуществлением государственно-властных полномочий. В течение XX века большинство государств мира заключали двусторонние договоры с целью урегулирования случаев возникновения двойного гражданства, поскольку приобретение гражданином первого государства по собственному желанию альтернативного гражданства другого государства обычно имел следствием автоматическую утрату им первичного гражданства. Однако, другая ситуация возникает в бипатридами (лиц с двойным гражданством) от рождения. Отдельного внимания заслуживает недавняя ситуация с гражданством Марка Бжезински, новоначиненного посла США в Польшу.

Ключевые слова: двойное гражданство, право крови *ius sanguinis*, право почвы *ius soli*, верность, публичная служба, США, Чехия, Польша.

Summary

Iryna Sofinska. Dual citizenship, principle of faithfulness and public governance: to have not be deprived.

In this article, the author discusses relevant issues related to applying political and legal mechanisms and tools to avoid/overcome/resolve conflicts related to the emergence and acquisition of dual (multiple) citizenships. The actualization of this issue is related to exercising a person with double (multiple) citizenship passive voting rights in one of the states of his/her citizenship or access to a public authority, state treasury, or secret, the exercise of state power.

During the XX century, most countries worldwide concluded bilateral agreements to regulate cases regarding dual citizenship. Beforehand the acquisition of alternative citizenship of the second state by the citizen of the first state usually resulted in his automatic loss of primary citizenship. However, a different situation arises regarding bipatriate (person with dual citizenship) by birth.

Separate research provided on the most recent case related to the possible 'sleeping' Polish citizenship of Mark Brzeziński, the newly appointed U.S. Ambassador to Poland, deserves special attention. In July 2021 Polish government did not agree to the arrival of Zbigniew Brzeziński's son as the U.S. ambassador in Warsaw due to the interpretation of Polish regulations (nationality law), according to which Mark Brzeziński is a Polish citizen, and this prevents him from assuming the position of a foreign diplomat in Poland. The government did not want to grant him an agreement and demanded that Marek Brzeziński renounce Polish citizenship before coming to Poland.

He was born in the U.S.A. in 1965; his parents were married and naturalized U.S. citizens by that time, and therefore he acquired U.S. citizenship by birth by blood *ius sanguinis* and by soil *ius soli*. However, the question remained due to his sleeping citizenship since his parents were of Polish and Czech origin.

To solve this problem, Polish lawyers referred to a bilateral agreement dating back to 1965 between socialist countries (Poland and Czechoslovakia) to avoid dual citizenship. It stipulated that if a child had two parents from two different countries of the Eastern Bloc, the parents could indicate one of the two citizenships for him. If they fail to do so, the 18-year-old child automatically becomes a citizen of the mother's country of origin (art. 4(3)). Mark Brzeziński was born in the U.S.A. when this bilateral dual citizenship agreement was in force. As his parents did not submit a declaration on the citizenship of their descendants, at the age of 18, he automatically became a citizen of Czechoslovakia.

A bilateral agreement between Czechoslovakia and the United States of America on the prevention of dual citizenship was in force from November 14, 1929, until August 20, 1997. This agreement was suspended during September 17, 1938, and May 7, 1957, when either Czechoslovakia or the U.S.A. were in a state of war (i.e., from the first Czechoslovakian mobilization until the establishment of diplomatic relations with Japan). The agreement prevented the dual citizenship of Czechoslovakian citizens, who became naturalized in the United States, and vice versa. However, only persons 21 years and older were subject to this agreement. So, he probably is the bipatriate – U.S. by birth and Czech by descent, and therefore nothing prevents him from diplomatic service in Poland.

Key words: dual citizenship, *ius sanguinis*, *ius soli*, allegiance, public service, USA, Czech Republic, Poland.

О.О. БОЯРСЬКИЙ

*Олександр Олександрович Боярський, кандидат юридичних наук, докторант Інституту законодавства Верховної Ради України, суддя Білгород-Дністровського міськрайонного суду Одеської області**

ORCID: 0000-0001-9107-4897

**ХАРАКТЕРОЛОГІЧНІ ОЗНАКИ ЛЮДИНИ ЯК БІОСОЦІАЛЬНОЇ ІСТОТИ:
СОЦІАЛЬНЕ ТА НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ ВИМІРЮВАННЯ
НА РІВНІ ЛОКАЛЬНОГО СОЦІУМУ**

Постановка проблеми. Для визначення характерологічних ознак людини як біосоціальної істоти в її соціальному та нормативно-правовому вимірюванні на рівні локального соціуму вважаємо за необхідне навести декілька настанов методологічного характеру, що у своїй сукупності становлять засадничо-функціональний концепт досліджуваної проблематики.

Отже: а) треба розуміти, що в системно-цільовому розумінні, баченні та сприйнятті оточуючого соціального середовища (*телеологічна настанова*. – Авт.), б) в якому існує людина, проявляється її сутність, реалізується її соціальний потенціал (*суб'єктно-характерологічні настанови*. – Авт.), в) і стиль життя, здоров'я і соціальне благополуччя (*об'єктно-предметні характерологічні настанови*. – Авт.), г) що безпосередньо і напряду залежать від неї та водночас нею зумовлені (*екзистенційно-технологічні настанови*. – Авт.), г) були, є і будуть самим ціннісним орієнтиром у напрямках різних досліджень (*аксіологічні настанови*. – Авт.), д) у тому числі й правових, що досліджують соціальні нормативи, які за допомогою нормування, нормопроектної та нормотворчої діяльності (від «м'якого права до «твердого» (позитивного, писаного) права) (*спеціально-правові технологічні настанови*. – Авт.), е) трансформуються, враховуючи їх соціально важливий типізований та стереотипний характер (*онтологічні настанови*. – Авт.), є) у норми права, що регламентують та врегульовують відповідні соціальні правила поведінки (*поведінково-діяльнісні настанови*. – Авт.), ж) що мають важливе для соціуму значення, бо оптимально вирішують відповідні екзистенційні проблеми, з якими стикається людина в процесі реалізації свого життєвого циклу (*гносеологічні настанови*. – Авт.), з) у межах територіальної людської спільноти – територіальної громади (*комунікативні настанови*. – Авт.), и) в умовах місцевого самоврядування, де головними процесами виступають самоорганізація, самопрояв, самодіяльність, саморозвиток, самоідентифікація, самоконституювання тощо (*статусні настанови*. – Авт.), і) у філософсько-життєвому стані повсякденності (*темпорально-континуумні настанови*. – Авт.).

Наведені характерологічні ознаки людини як біосоціальної істоти, що, по-перше, є соціально значущі; по-друге, екзистенційно значущі; по-третє, володіють соціально категоріальною характеристикою; по-четверте, напряду пов'язані з життєвим циклом людини; по-п'яте, їх формування відбувається протягом усього зазначеного циклу; по-шосте, воно відбувається в результаті комунікативної взаємодії з іншими членами локального соціуму – членами територіальної громади; по-сьоме, воно відбувається в процесі соціалізації людини, що має чіткі телеологічні доміанти та визначені соціально-ознайомчу, соціально-застосовну, соціально-приспосовну, соціально-статусну, соціально-реалізаційну, соціально-стабілізаційну властивості; по-восьме, результатом такої комунікативної взаємодії виступає формування типізованих форм життєдіяльності людини, що набувають характеру соціальних практик і дають змогу реалізувати її життєво важливі настанови; по-дев'яте, зазначені процеси відбуваються в технологічному розумінні через використання соціальних практик щодо реалізації екзистенційних настанов людини (інтенцій, потреб, устремлінь, інтересів, атитюдів) у вигляді відповідних типізованих та стереотипних форм життєдіяльності, що створюють соціальні патерни та ведуть, своєю чергою, до виникнення відповідних структур соціально-праксеологічної властивості і до формування індивідуального, групового і колективного габітусу людини; по-десяте, наведені процеси супроводжуються могутніми тенденціями формування та впливу на них великої кількості інституційних структур громадянського суспільства (сім'ї, церкви, трудових колективів, громадських організацій, муніципальних та підприємницьких структур, установ освіти і виховання, науки, засобів масової інформації, держави, політичних партій та ін.); по-одинадцять, результатом таких стійких та сталих темпорально-конотаційних процесів виступає формування локально-муніципальної правосвідомості у людини та всього локального соціуму, а також поява на основі цього у вказаних суб'єктів муніципальної психології; по-дванадцять, всі

© О.О. Боярський, 2021

* *Olexander Boyarsky, Ph.D. in Law, Doctoral candidate of the Institute of Legislation of the Verkhovna Rada of Ukraine, Judge of Belgorod-Dniester City District Court of Odessa region*

наведені ознаки виникають, формуються, проявляються, реалізуються в умовах самоорганізації людини, її груп і асоціацій – як генеральної тенденції локальної демократії.

Отже, можна стверджувати, що на рубежі XXI століття в суспільній свідомості:

а) сформувалась та функціонує світоглядна установка, в якій природний світ і людина виявляються своєрідними антагоністами;

б) на практиці це виражається в тому, що людина, уявивши себе володарем природи, перетворює її, ставить над нею експерименти, використовуючи всі досягнення науково-технічного прогресу;

в) в кінцевому підсумку це призвело до глибоких криз: екологічної, антропологічної, духовної;

г) витоки такої світоглядної установки слід шукати в системі цінностей, які конкретизовані в уявленнях про критерії соціального прогресу, про магістральні шляхи розвитку сучасної цивілізації, в колективно-несвідомих установках людини щодо її ставлення до світу;

г) тому з усією очевидністю об'єктивно впливає необхідність переосмислення ряду світоглядних постулатів, серед яких важливим виступає визначення людини як біосоціальної (соціобіологічної) істоти в її соціальному та нормативно-правовому вимірюванні на рівні локального соціуму.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Треба зазначити, що питання самоорганізації людини приваблювало мислителів різних історичних епох, при цьому воно переважно проявлялось у появі ідеї морального самовдосконалення особистості. У теоретичному філософському обґрунтуванні цієї ідеї спочатку намітилися два напрями – натурфілософський і антропологічний. Перший намагався відшукати загальний моральний закон в самій природі речей, другий – у внутрішньому людському – «я»¹. У деяких мислителів ці два моменти розглядалися як дві сторони єдиного процесу. Так:

– у конфуціанському варіанті рух людини по шляху досконалості залежить не тільки від його її власних зусиль, а й від волі Неба (індивідуально-теологічний фактор. – Авт.);

– у навчанні давньоіндійської буддизму пропонувався дещо інший варіант – самовдосконалення індивіда тут представляється як абсолютне очищення людської свідомості від усіх бажань, прагнень, тілесних і духовних потреб, до розчинення в небутті (свідомо-нейтралізуючий фактор. – Авт.);

– багатьма давньогрецькими мислителями робилися спроби об'єднати в своїй концепції натурфілософію і етику. Загальним для різних шкіл грецької філософії є переконання в тому, що моральна досконалість досягається за допомогою розуму, а, отже, чесноти залежать від самої людини. При цьому людина розглядалася як частина космосу, як мікрокосм у макрокосмі (космологічно-розумовий фактор. – Авт.);

– філософи Середньовіччя у своїх міркуваннях ідеал досконалості піднімали настільки високо та він був таким недосяжним, що людина могла до нього лише наближатися. Тому шлях до досконалості – це передусім шлях до Бога. Шлях цей дуже складний, і без участі й допомоги Бога людина не може досягти потрібних результатів. Як бачимо, в цьому варіанті процес самоорганізації передбачає не лише індивідуальне, а й трансцендентне (індивідуально-трансцендентний фактор. – Авт.);

– мислителі епохи Відродження (Н. Кузанській, Піко делла Мірандола, Еразм Роттердамський, М. Монтень та ін.) – своєю чергою, яскраві представники другого напрямку, висловили переконаність у тому, що людина – сама творець свого буття; удосконалювати себе – це означає реалізувати все те, що є в людині в згорнутому вигляді (внутрішньо-потенціальний фактор. – Авт.);

– мислителями Нового і Новітнього часу відзначалася першочергова роль соціального середовища в самоорганізації людини, – причому були позиції, в яких роль соціуму розцінювалася як позитивна (Т. Гоббс, Ш. Л. Монтескьє, І. Кант; прихильники прагматизму і неопрагматизму Дж. Дьюї, А. Маслоу, Є. Келлі, К. Роджерс та ін.), і як негативна (екзистенціалізм: М. Хайдеггер, Ортега-і-Гасет, Ж. П. Сартр, К. Ясперс, Г. Марсель) (соціально-альтернативний фактор. – Авт.). Представники екзистенціалізму зазначали, що соціум по відношенню до людини виступає як чужа і ворожа сила. Тому вся відповідальність за те, якою вона є, настільки вона змогла реалізувати закладені в неї потенції, лежить на самій людині;

– у цей же період існувала і доктринальна позиція, яка в корені відкидала ідею самовдосконалення особистості в силу неможливості її практичного втілення (об'єктивно-неможливий ідеальний фактор саморозвитку. – Авт.). Так, З. Фрейд вказував, що в людині природне переважає над соціальним, а тому немає сенсу ставити питання про самовдосконалення особистості, адже несвідоме застигло в своєму розвитку, йому чужий моральний зміст. Прагнення до ідеального, на думку З. Фрейда, одна з помилок людства;

– у вітчизняній філософії в теоретичному обґрунтуванні ідеї морального самовдосконалення особистості можна виділити три напрями:

а) перший становлять твори мислителів, в яких моральна досконалість особистості пов'язується з виконанням патріотичного обов'язку перед батьківщиною, моральної відповідальності за її долю (С. Тимофеев, І.С. Пересвітов, російські демократи) (ідеологічно-аксіологічний фактор. – Авт.);

б) другий напрям акцентує увагу на питаннях морального розвитку особистості з релігійних позицій (Ніл Сорський, І. Кирєєвський, А.С. Хом'яков, Ф.М. Достоевський, Л.М. Толстой, М. Бердяєв, В. Соловйов, П. Флоренський та ін.) (морально-релігійний фактор. – Авт.);

в) третій напрям пов'язаний із тенденцією російської ліберально-просвітницької думки (С. Полоцький, Ю. Крижаніч, П. Лавров, О. Радищев, М. Чернишевський та ін.) (ліберально-засадничий фактор. – Авт.). Представники цього напрямку вважали, що чим більше є досконалою система управління і державні закони, чим більшою мірою вони відповідають запитам освіченого розуму, тим вище моральний рівень людини і

суспільства. Тобто, вони висували думку про детермінованість моральних явищ існуючою формою правління, законодавством і по суті розглядають мораль і політику як взаємопов'язані сторони однієї проблеми;

– у радянський період проблема самоорганізації індивіда знайшла свій прояв і закріплення в ідеї комуністичного формування особистості, де головна роль відводилося суспільству і його соціальним інститутам (соціально-інституційний фактор. – Авт.). Питанням активності особистості в своєму духовному розвитку були присвячені наукові дослідження таких авторів, як А.Я. Арет, С.Ф. Анісімов, Л.М. Архангельський, М.І. Бобнева, Л.П. Буєва, О.О. Бодальов, Л.С. Виготський, П.С. Гуревич, Л.І. Ігнатовський, К.М. Корнілов, О.Г. Ковальов, С.М. Ковальов, Л.М. Коган, М.М. Крутов, М.С. Каган, І.С. Кон, О.Н. Леонтєв, М.О. Рубакин, Л.І. Рувінський, С.Л. Рубинштейн, Г.Є. Соловйова, І. Фролов, В.Є. Чудновський.

У роботах багатьох авторів дана проблема висловилася в ідеї самовиховання, завдання якого – свідомо, систематична робота особистості над собою з метою усунення тих чи інших недоліків; формування позитивних властивостей, що відповідають вимогам суспільства і самого індивіда. Складність цього завдання, на думку ряду авторів, вимагає певного рівня морально-психологічної зрілості, тому плідний період для самовиховання – це підлітковий вік. Як бачимо, в цьому варіанті питання організації індивіда обмежується коротким проміжком життя. Друга сторона обмеженості цих поглядів полягає в тому, що період зрілості вони розглядають як завершення формування особистості.

Потрібно акцентувати увагу на тому, що для більшості авторів, причому всіх попередніх темпоральних періодів, характерним є наявність загального недоліку – лінійного (спрощеного) підходу, в межах якого розвиток людини розглядається як поступальний процес, рух від нижчого до вищого, що завершується соціальною зрілістю індивіда;

– в сучасній філософській та соціальній науці з появою вчення про синергетику з'явилась можливість поглянути на «стару» проблему самоорганізації людини та оцінити її з інших позицій, – бо синергетика відходить від ідеалу абсолютної точності, характерної для раціоналізму, одновимірної формули «або / або» – вона допускає суттєві інтерпретації реальності, її альтернативність, множинність і неоднозначність, відкритість і незавершеність, комунікативність і діалогічність¹ (синергійно-багатоаспектний фактор. – Авт.).

Засновниками синергетики по праву вважаються німецький вчений Г. Хакен та І. Пригожин (брюссельська школа), які незалежно один від одного прийшли до ідеї самоорганізації. Їх роботи послужили основою формування нового напрямку в науці². У цьому напрямі знайшли своє місце і «синергетика лазера» Г. Хакена, і теорія дисипативних (відкритих) структур І. Пригожина, і «пізнання складного» (Дж. Ніколіс, К. Майнцер, О.М. Князева, С.П. Курдюмов), теорія взаємопереходів: «порядок – хаос» (І. Арнольд, Ю.Л. Клімонтовіч, Я. Сінай, Ф. Мун, В.В. Василькова)³.

Важливе значення для формування теорії самоорганізації мають наукові роботи з дослідження узагальненої теорії інформації, проведені в руслі синергетики. Серед них роботи В.М. Веселовського, В.І. Антонова, М.В. Волькенштейна, Ю.Ф. Абрамова, В.А. Балханова, О.В. Бондаренка, В. Корогодіна, В.В. Мантатова, Д. Чернавського та ін.

В останні роки інтерес вчених змістився до можливостей синергетики як постнекласичного міждисциплінарного напрямку наукових досліджень, її методології, аналізу можливостей її додатків в різних галузях наукового знання. Так, у цьому плані становлять інтерес дослідження в області гносеології, в рамках яких проведено аналіз «синергізму» теорії і експерименту в процесі розвитку наукового пізнання: І.С. Акчурін, І.С. Алексєєв, А.І. Алешін, В.І. Аршінов, А.А. Ахутін, О.А. Воронін, М.А. Розов, В.А. Лекторський, І.П. Меркулов, В.М. Садовський, П.П. Гайденко, В.С. Степін, С.С. Хоружий, В.С. Швирев.

Однією з особливостей синергетики є її багатолічність, яка зумовлена багатолічністю залучених в пізнання процесів самоорганізації окремих шкіл, напрямів і дисциплін. Звідси припущення альтернативності, різноманітності теорій, підходів. Водночас, виправдовуючи множинність, синергетика не цурається єдності науки. Навпаки, вона виконує роль інтегратора природничо-наукового і соціогуманітарного знання, тому вона виступає як міждисциплінарний напрям.

У рамках такого міждисциплінарного напрямку проблематика самоорганізації людини розглядалась представниками вітчизняної правової науки, але в рамках муніципального права як самостійної галузі національної правової системи та національної системи законодавства, в умовах існування та функціонування інституту місцевого самоврядування, в межах територіальної людської спільноти (територіальної громади), де проходить життєвий цикл конкретної людини в ординарному філософському стані повсякденності – зазначеною проблематикою займались М.П. Орзіх, В.Ф. Погорілко, О.Ф. Фрицький, М.О. Баймуратов, О.В. Батанов, О.О. Боярський, В.П. Грובה, Н.В. Камінська, Б.Я. Кофман та ін.

Однак, незважаючи на широкий інтерес вчених різних областей до синергетики, її застосування до соціальних проблем має чимало методологічних проблем. Вони викликані насамперед особливостями самих соціальних проблем, як предмета вивчення (неможливість точних експериментів і повторних вимірів, проблематичність вимірності параметрів і опису взаємозв'язків). Ще більше труднощів з дослідження проблеми людини: багаторівневості її взаємозв'язків, складності і суперечливості внутрішнього світу, нескінченності проявів в індивідуальному вираженні і т. д. Саме ці труднощі є причиною того, що людина хоча і розглядається в контексті синергетичного підходу в дослідженнях соціальних проблем, проте в науковій літературі немає цілісного, концептуального дослідження індивіда з єдиних методологічних і світоглядних позицій.

Разом із тим міждисциплінарний підхід, що розглядає людину в синергії біологічного, соціального і духовного; в конструктивному і деструктивному процесах; у відкритості і незавершеності; в діалозі з При-

родою та іншою Людиною, дає змогу дослідити і зрозуміти проблематику людини як біосоціальної істоти в її соціальному та нормативно-правовому вимірюванні на рівні локального соціуму.

Тому *метою цієї статті* є дослідження характерологічних рис людини як біосоціальної істоти в її соціальному та нормативно-правовому вимірюванні на рівні локального соціуму.

Виклад основного матеріалу. Можна стверджувати, що в процесі життєдіяльності людини в локальному соціумі (у межах територіальної громади) в умовах місцевого самоврядування, в стані повсякденності – навколо неї, заради неї та завдяки її соціальній активності, виникає і формується відповідний соціальний інститут, що з точки зору соціально-філософського знання являє собою сукупність встановлених звичаїв, моральних норм, норм поведінки, розпоряджень, громадських правил і вимог, пов'язаних із певною організаційною структурою, за допомогою яких локальний соціум регламентує, регулює і контролює діяльність людини в найбільш важливих сферах соціального життя, закріплюючи найбільш важливі типізовані та стереотипні форми життєдіяльності у вигляді відповідних соціальних нормативів та прав людини (спочатку у соціальній практиці, потім – на рівні локальної нормотворчості, а в підсумку – і на конституційно-правовому рівні, формуючи таким чином конституційно-правовий статус людини (особистості, громадянина).

Водночас, не зважаючи на своє соціальне життя, наявність різнопланових в багатоаспектних форм життєдіяльності, що формують відповідний соціальний статус людини, вона все ж залишається біологічною істотою зі всіма характерними для біологічного виду характеристиками – отже, проблема гармонічного та оптимального поєднання біологічних і соціальних характеристик людини та прояв її у вигляді дихотомії, – як біосоціальної чи соціобіологічної (залежно від пріоритетів розвитку і життєдіяльності. – Авт.) істоти, що виступає однією з найскладніших проблем сучасних філософії, соціології, психології, генетики та права – проявляється і вирішується саме на локальному рівні соціуму в умовах місцевого самоврядування та в межах територіальної локальної спільноти – територіальної громади, що існує та функціонує у ординарних умовах стану повсякденності. Отже, саме локальна спільнота як осередок соціуму сприяє соціалізації людини, трансформуючи її внутрішній світ, її габітус, її соціальні поведінкові настанови (атитюди), що спираються на такий індивідуальний, груповий, колективний габітуси, насамкінець, її правовий статус в бік від біологічних інстинктів *Homo sapiens* до цивілізаційних соціальних відносин та формування соціалізованої людини (особистості, громадянина).

Треба зазначити, що залежно від пріоритету соціальних навичок або біологічних інстинктів людина формує та проявляє себе в межах територіальної громади або як соціобіологічна істота (особистість з позитивними поведінковими настановами, наявністю правової культури, внутрішньою мотивацією до соціально значимих дій, громадянин держави), або як біосоціальна істота (особистість з негативним відношенням до соціальних настанов, негативними показниками правової культури, асоціальна або мінімально соціальна особистість, що володіє нігілістичним відношенням до права та настанов держави тощо). Отже, основоположну роль у процесах такого формування і прояву людини відіграє локальний соціум та його інституційна структура, в рамках якого усвідомлюються та сприймаються відповідні морально-етичні та соціонормативні настанови поведінки, що детермінують відповідні дії людини з реалізації своїх прав і свобод, виконання своїх обов'язків.

В умовах глобалізації наведені процеси характеризуються відповідними властивостями:

– по-перше, вони є «спресованими» у темпоральному розумінні і протікають дуже стрімко (темпорально-реалізаційний критерій. – Авт.);

– по-друге, вплив соціальних інститутів на формування реальності в соціальній сфері життєдіяльності людей є дуже суттєвим (критерій соціалізації. – Авт.);

– по-третє, соціальні процеси, що протікають у локальному соціумі, характеризуються полярною дуальністю. Наприклад, легалізовані та нелегалізовані форми існування й функціонування сім'ї; суперечливі процеси статевого виховання в сучасному соціумі; згуртованість і роз'єднання в трудовому колективі; соціальна однорідність і диференціація; «плинність» та стабільність виробничого персоналу; можливість виконання працівниками трудових функцій безпосередньо на робочому місці та вдома тощо) (дуально-альтернативний критерій. – Авт.);

– по-четверте, суттєве оновлення змістовного наповнення старих та поява нових соціальних відносин, особливостей індивідуальної, групової, колективної діяльності та поведінки, формування нового способу життя на локальному рівні соціуму в умовах глобалізації та міждержавної інтеграції (глобалізаційно-інтегративний критерій. – Авт.);

– по-п'яте, як результат наведеному вище – формування нових модифікацій індивідуальної, а також групової і колективної суспільної свідомості та відповідних форм психології (свідомо-психологічний критерій. – Авт.).

Отже, можна стверджувати, що саме в наведених умовах людська істота нівелює свої біологічні характеристики та суттєво доповнює свій життєвий досвід, свою свідомість, свою психологію відповідними соціальними настановами, що:

- а) трансформують її в члена локального соціуму, що
- б) володіє відповідними знаннями про такий соціум,
- в) вміє існувати та функціонувати в його межах,
- г) сповідає та визнає його настанови і пріоритети, їх важливу роль і значення в соціальному житті,
- г) покладає їх в основу своїх поведінково-діяльнісних настанов,

- д) використовує їх в своєму повсякденному житті,
- е) апіорі має намір використовувати їх у часовій перспективі,
- є) передає їх у вигляді індивідуального досвіду наступному поколінню людей через родину, комунікативну взаємодію з іншими членами громади.

Звідси можна дійти висновку, що розглядаючи і досліджуючи людину як об'єкт філософського і біосоціального знання на сучасному етапі розвитку соціального еволюціонізму, що розуміється крізь призму суспільно-історичного процесу, треба:

- по-перше, осмислювати,
- по-друге, розуміти та,
- по-третє, враховувати поведінкові настанови та дії людини саме в локальному соціумі в межах територіальної спільноти, в умовах місцевого самоврядування, в ординарному стані повсякденності, бо саме так, і тільки таким чином людина трансформується з біосоціальної істоти в соціобіологічний суб'єкт суспільного життя.

Саме в історичній ретроспективі своєї життєдіяльності вона сприяє виникненню, формуванню, ініціації або просто об'єктивно інтегрується в складну та багаторівневу, полісуб'єктну і поліоб'єктну систему горизонтально-вертикальних соціальних відносин і процесів, які являють собою досить стійкі організаційні, метанормативні, паранормативні, нормативні зв'язки, що утворилися в процесі комунікативної взаємодії між членами спільноти – територіальної громади в умовах локального суспільства.

Наведені зв'язки, що мають полісемічний характер, бо спираються на необмежену множинність інтенцій, екзистенційних устремлінь, потреб, інтересів та атитюдів людини (біхевіористський фактор. – Авт.), відображаються, переломлюються через стан особистості людини (індивідуально-свідомий фактор. – Авт.), її соціальний досвід та потенціал (індивідуально-праксеологічний (габітусний) фактор. – Авт.) і виражаються в її діяльності в локальному соціумі (поведінково-діяльнісний фактор. – Авт.) в якості сформованого особистісного ставлення до навколишньої дійсності (індивідуально-настановочний фактор. – Авт.), її перетворення і включення в соціальне ординарно-змістовне функціонування через взаємодію з іншими членами такого соціуму (комунікативно-змістовний фактор. – Авт.).

Становить великий науковий та праксеологічний інтерес роль і значення самоврядних засад місцевого самоврядування в трансформації людини з біосоціальної істоти в соціобіологічного суб'єкта, що функціонує з іншими такими ж суб'єктами в межах локальної спільноти в умовах місцевого самоврядування.

Насамперед, треба зазначити, що прояв людиною своїх екзистенційних інтенцій, устремлінь, потреб, інтересів є проявом саме її біологічних інстинктів у локальному соціумі, що скеровані на розв'язання завдань виживання через існування та функціонування людини, як представника біологічного світу, – і цю складову об'єктивно неможливо відібрати чи нейтралізувати, враховуючи стратегічні пріоритети та доміанти біологічних координат людини в її житті, що напрями впливають та формують коло її екзистенційних цінностей – життєвий цикл та його реалізація, здоров'я, уклад життя, вибір роду занять, продовження роду тощо.

Але треба наголосити на тому, що суто біологічні ресурси та проблеми існування людини штовхають її до усвідомлених дій та реалізації заснованої на них поведінки, що базується вже на отриманому нею соціальному досвіді (атитюди), що у підсумку набувають соціологічної властивості, бо і ці дії, і ця поведінка стають можливими тільки в умовах індивідуально-групової та індивідуально-колективної реалізації. Тут йдеться насамперед про колабораційні, інтерсуб'єктивні та комунікативні відносини людини, що виникають в межах територіальної громади та в умовах місцевого самоврядування.

Отже, колабораційні відносини між людьми в межах територіальної громади передбачають створення простору позитивного співробітництва з реалізації індивідуальних, групових та колективних інтересів. Такі відносини характеризуються почуттями поваги до іншого, доброзичливості, готовності до співпраці, чіткого усвідомлення своїх інтересів і цілей з їх реалізації та їх співвідношення з інтересами й цілями інших членів оточуючого соціуму тощо. Отже, вони характеризуються саме соціологічними властивостями, що допомагають сформуванню людині відповідний соціальний простір, в якому вона може вирішувати актуальні питання свого існування та функціонування в процесі здійснення свого життєвого циклу, що виникають і хвилюють її у повсякденному житті.

Інтерсуб'єктивні відносини між людьми виникають при більш близьких відносинах всередині людської спільноти, коли завдяки більш тісній взаємодії з іншими членами громади виникає почуття спільності інтересів (виникнення колективних інтересів) та формуються загальні телеологічні доміанти (виникнення колективних доміант профільного характеру), досягнення і вирішення яких дає змогу реалізувати важливі екзистенційні настанови існування людини, її груп та асоціацій на локальному рівні соціуму.

Комунікативні відносини людини є основоположними та, по суті, родовими, щодо відношення до колабораційних та інтерсуб'єктивних, що, своєю чергою, виступають другорядними та видовими, бо вони, по-перше, становлять соціальну основу взаємодії людини з іншими членами локального соціуму; по-друге, вони є обов'язковими, а звідси і присутніми, при будь-якому контакті людини з іншими членами громади; по-третє, їх інтенсивність є свідомством соціальної активності людини та лежить в основі її мотивації до участі в соціальному житті, зокрема в місцевому самоврядуванні; по-четверте, якість таких комунікативних відносин є детермінацією та запорукою успішної реалізації інших видів відносин у рамках локального соціуму.

Отже, характерними особливостями наведених видів взаємодії людини в локальному соціумі виступає їх соціально-детермінований, соціально-обтяжливий та соціально-реалізаційний характер, вони ідентифіку-

ються як усвідомлені, телеологічно обґрунтовані та мотиваційні відносини, що об'єктивно виникають в локальному соціумі при повсякденному існуванні в ньому людини в процесі вирішення нею питань свого змістовного функціонування.

Можна констатувати, що саме через використання наведених видів відносин між людьми в рамках територіальної громади:

- по-перше, здійснюється процес індивідуальної, групової та колективної соціалізації;
- по-друге, людина самостійно визначає телеологічні домінанти свого існування в територіальній людській спільноті;
- по-третє, вона мотивується для участі у місцевому самоврядуванні;
- по-четверте, у її свідомості та психології, а також у поведінково-діяльнісних настановах, що ними детермінуються, здійснюється «внутрішній зсув» від біологічних пріоритетів до пріоритетів її соціального існування та функціонування в рамках локального соціуму;
- по-п'яте, наведені відносини, що виникають в локальному соціумі, напряму сприяють формуванню у людини готовності слідувати відповідним нормативним приписам, що існують в такому соціумі та згідно з ними будувати та реалізувати свої життєві інтереси, моделюючи відповідним чином, тобто, у межах наведених нормативних настанов, свою поведінку;
- по-шосте, наведені відносини сприяють нормуванню, нормативізації, а в підсумку – нормативному закріпленню найбільш поширених та важливих суспільних відносин, що набувають типізованого та стереотипного характеру, у відповідні поведінкові нормо-настанови, що законодавцем формулюються та моделюються у вигляді прав, свобод і обов'язків людини у вигляді можливих, бажаних, зобов'язально-облігаторних або альтернативних правил поведінки.

Висновки. Досліджуючи характерологічні ознаки людини як біосоціальної істоти в її соціальному та нормативно-правовому вимірюванні на рівні локального соціуму, можна дійти наступних висновків:

1. Отже: а) в системно-цільовому розумінні, баченні та сприйнятті оточуючого соціального середовища (*телеологічна настанова*), б) в якому існує людина, проявляється її сутність, реалізується її соціальний потенціал (*суб'єктно-характерологічні настанови*), в) і стиль життя, здоров'я і соціальне благополуччя (*об'єктно-предметні характерологічні настанови*), г) що безпосередньо і напряму залежать від неї і в той же час нею зумовлені (*екзистенційно-технологічні настанови*), г) були, є і будуть самим ціннісним орієнтиром у напрямках різних досліджень (*аксіологічні настанови*), д) в тому числі і правових, що досліджують соціальні нормативи, які за допомогою нормування, нормопроектної та нормотворчої діяльності (від «м'якого права до «твердого» (позитивного, писаного) права) (*спеціально-правові технологічні настанови*), е) трансформуються, враховуючи на їх соціально важливий типізований та стереотипний характер (*онтологічні настанови*), є) у норми права, що регламентують та врегульовують відповідні соціальні правила поведінки (*поведінково-діяльнісні настанови*), ж) що мають важливе для соціуму значення, бо оптимально вирішують відповідні екзистенційні проблеми, з якими стикається людина в процесі реалізації свого життєвого циклу (*гносеологічні настанови*), з) у межах територіальної людської спільноти – територіальної громади (*комунікативні настанови*), и) в умовах місцевого самоврядування, де головними процесами виступають самоорганізація, самопрояв, самодіяльність, саморозвиток, самоідентифікація, самоконституювання тощо (*статусні настанови*), і) у філософсько-життєвому стані повсякденності (*темпорально-континуумні настанови*).

2. Характерологічні ознаки людини як біосоціальної істоти, що, по-перше, є соціально значущі; по-друге, екзистенційно значущі; по-третє, володіють соціально категоріальною характеристикою; по-четверте, напряму пов'язані з життєвим циклом людини; по-п'яте, їх формування відбувається упродовж усього зазначеного циклу; по-шосте, воно відбувається в результаті комунікативної взаємодії з іншими членами локального соціуму – членами територіальної громади; по-сьоме, воно відбувається в процесі соціалізації людини, що має чіткі телеологічні домінанти та визначені соціально-ознайомчу, соціально-застосовну, соціально-приспосовну, соціально-статусну, соціально-реалізаційну, соціально-стабілізаційну властивості; по-восьме, результатом такої комунікативної взаємодії виступає формування типізованих форм життєдіяльності людини, що набувають характеру соціальних практик і дають змогу реалізувати її життєво важливі настанови; по-дев'яте, зазначені процеси відбуваються в технологічному розумінні через використання соціальних практик щодо реалізації екзистенційних настанов людини (інтенцій, потреб, устремлінь, інтересів, атитюдів) у вигляді відповідних типізованих та стереотипних форм життєдіяльності, що створюють соціальні патерни та ведуть, своєю чергою, до виникнення відповідних структур соціально-праксеологічної властивості і до формування індивідуального, групового і колективного габітусу людини; по-десяте, наведені процеси супроводжуються могутніми тенденціями формування та впливу на них великої кількості інституційних структур громадянського суспільства (сім'ї, церкви, трудових колективів, громадських організацій, муніципальних та підприємницьких структур, установ освіти та виховання, науки, засобів масової інформації, держави, політичних партій та ін.); по-одиннадцяте, результатом таких стійких та сталих темпорально-конотаційних процесів виступає формування локально-муніципальної правосвідомості у людини та всього локального соціуму, а також поява на основі цього у вказаних суб'єктів муніципальної психології; по-дванадцяте, всі наведені ознаки виникають, формуються, проявляються, реалізуються в умовах самоорганізації людини, її груп і асоціацій, – як генеральної тенденції локальної демократії.

3. Не зважаючи на своє соціальне життя, наявність різнопланових в багатоаспектних форм життєдіяльності, що формують відповідний соціальний статус людини, вона все ж залишається біологічною істотою зі

всіма характерними для біологічного виду характеристиками. Отже, проблема гармонічного та оптимального поєднання біологічних і соціальних характеристик людини та прояв її у вигляді дихотомії, – як біосоціальної чи соціобіологічної (залежно від пріоритетів розвитку і життєдіяльності. – Авт.) істоти, що виступає однією з найскладніших проблем сучасних філософії, соціології, психології, генетики та права – проявляється та вирішується саме на локальному рівні соціуму в умовах місцевого самоврядування та в межах територіальної локальної спільноти – територіальної громади, що існує та функціонує у ординарних умовах стану повсякденності. Отже, саме локальна спільнота як осередок соціуму сприяє соціалізації людини, трансформуючи її внутрішній світ, її габітус, її соціальні поведінкові настанови (атитюди), що спираються на такий індивідуальний, груповий, колективний габітуси, насамкінець, її правовий статус в бік від біологічних інстинктів Homo sapiens до цивілізаційних соціальних відносин та формування соціалізованої людини (особистості, громадянина).

4. Залежно від пріоритету соціальних навичок або біологічних інстинктів людина формує та виявляє себе в межах територіальної громади або як соціобіологічна істота (особистість з позитивними поведінковими настановами, наявністю правової культури, внутрішньою мотивацією до соціально значимих дій, громадянин держави), або як біосоціальна істота (особистість з негативним відношенням до соціальних настанов, негативними показниками правової культури, асоціальна або мінімально соціальна особистість, що володіє нігілістичним відношенням до права та настанов держави тощо). Отже, основоположну роль у процесах такого формування і прояву людини відіграє локальний соціум та його інституційна структура, в рамках якого усвідомлюються та сприймаються відповідні морально-етичні та соціонормативні настанови поведінки, що детермінують відповідні дії людини з реалізації своїх прав і свобод, виконання своїх обов'язків.

¹ Климович Л.Н. Человек как самоорганизующаяся биосоциальная система: дисс. ... д-ра философ. наук: 09.00.11. Улан-Удэ, 2001. 305 с.

² Хакен Г. Синергетика / пер. с англ. Москва: Мир. 1980. 388 с.; Хакен Г. Синергетика. Иерархии неустойчивостей в самоорганизующихся системах и устройствах. Москва: Мир. 1985. 424 с.; Хакен Г. Информация и самоорганизация: Макроскопический подход к сложным системам. Москва: URSS, Ленанд. 2014. 317 с.; Пригожин И. От существующего к возникающему: Время и сложность в физических науках. Москва: Наука. 1985. 328 с.; Пригожин И., Стенгерс И. Порядок из хаоса: Новый диалог человека с природой. Москва: Прогресс, 1986. 432 с.; Пригожин И. Философия нестабильности. *Вопросы философии*. 1991. № 6. С. 46–57.

³ Николис Г., Пригожин И. Самоорганизация в неравновесных системах: От диссипативных структур к упорядоченности через флуктуации. Москва: Мир, 1979. 512 с.; Арнольд В.И. Теория катастроф. Москва: Наука, 1990. 128 с.; Майнцер К. Сложность и самоорганизация. *Вопросы философии*. 1997. № 3. С. 40–61; Князева Е.Н., Курдюмов С.А. Антропный принцип в синергетике. *Вопросы философии*. 1997. № 3. С. 62–79; Климонтович Ю.Л. Статистическая теория открытых систем. Москва: Янус-К, 1995. Т. 1. 624 с.; Синай Я.Г. Случайность неслучайного. *Природа*. 1981. № 3. С. 72–80; Антонов В.И. Символ в обществе и культуре Востока. Москва: Лuch-РАУ. 1993. 50 с.; Веселовский В.Н. Философские основы информационной парадигмы: краткий очерк гипотезы. Арзамас-16, 1997. 76 с.; Волькенштейн М.В. Энтропия и информация. Москва: Наука, 1986. 193 с.; Балханов В.А. Синергетика и целостное мировоззрение. *Вестник БГУ*. 1999. Серия 5. Вып. 3.

Резюме

Боярський О.О. Характерологічні ознаки людини як біосоціальної істоти: соціальне та нормативно-правове вимірювання на рівні локального соціуму.

У статті досліджуються актуальні проблеми характерологічних ознак людини як біосоціальної істоти в її соціальному та нормативно-правовому вимірюванні на рівні локального соціуму.

Ключові слова: людина, біосоціальна істота, соціобіологічна істота, місцеве самоврядування, локальний соціум, територіальна громада, соціалізація.

Резюме

Боярський А.А. Характерологические признаки человека как биосоциального существа: социальное и нормативно-правовое измерение на уровне локального социума.

В статье исследуются актуальные проблемы выявления характерологических признаков человека как биосоциального существа в его социальном и нормативно-правовом измерении на уровне локального социума.

Ключевые слова: человек, биосоциальное существо, социобиологическое существо, местное самоуправление, локальный социум, территориальная громада, социализация.

Summary

Olexandr Boyarsky. Characteristic features of man as a biosocial being: social and normative-legal measurement at the level of local society.

The article investigates current problems of characterological features of man as a biosocial being in its social and normative-legal dimension at the level of local society.

It is proved that: a) in the system-target understanding, vision and perception of the surrounding social environment (teleological instruction), b) in which a person exists, his essence is manifested, his social potential is realized (subject-characterological guidelines), c) and lifestyle, health and social well-being (object-subject characterological guidelines), d) that directly and directly depend on it and at the same time it is conditioned (existential-technological guidelines), e) were, are and will be the most valuable reference point in

the directions of various researches (axiological instructions), f) including legal, studying social norms which by means of rationing, normative design and normative activity / from soft law to "hard" (positive, written) rights / (special legal technological guidelines), g) are transformed, taking into account their socially important standardized and stereotypical nature (ontological guidelines), h) into the rules of law that regulate and regulate resp. leading social rules of behavior (behavioral-activity guidelines), i) which are important for society, because they optimally solve the relevant existential problems faced by man in the process of realization of his life cycle (epistemological guidelines), j) within the territorial human community – territorial community (communicative guidelines), k) in the conditions of local self-government, where the main processes are self-organization, self-manifestation, self-development, self-development, self-identification, self-constitution, etc. (status guidelines), and) in the philosophical and vital state of everyday life.

Key words: man, biosocial being, sociobiological being, local self-government, local society, territorial community, socialization.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.15

УДК 342.7

О.М. ЛИСЕНКО

*Олександр Миколайович Лисенко, кандидат політичних наук, доцент, декан факультету права та гуманітаристики Східноєвропейського університету ім. Рауфа Аблязова**

ORCID: 0000-0001-7817-4199

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА ЛЮДИНИ НА СУДОВИЙ ЗАХИСТ У НАЦІОНАЛЬНОМУ ТА ЗАРУБІЖНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АСПЕКТ

Постановка проблеми. Права, свободи та інтереси людини у сучасному світі є важливим фактором, що об'єднує на рівні національної політики країни різних регіонів світу. Забезпечення і захист таких прав – найперше, найголовніше завдання кожної правової держави. Пошук нових моделей взаємодії держави та людини, яка у ній проживає, зараз, як і раніше, породжує певні проблеми, що потребують негайного вирішення. Досягнення ж оптимальної форми такої взаємодії тісно пов'язано з обов'язком держави створити не лише чітку дієву систему захисту прав і свобод людини, а й механізм юридичного забезпечення такого захисту.

Зазначимо, що судовий захист наразі є найбільш ефективним засобом забезпечення прав, свобод та інтересів людини з усіх світових практик. Водночас, рівень судового захисту людини є одним із вагомих показників правової демократичної держави. Саме тому право людини на захист у суді займає чільне місце серед основоположних прав людини, яке закріплене як на рівні національного законодавства, так і у міжнародних нормативно-правових актах. Право на судовий захист водночас є додатковою гарантією забезпечення інших прав та свобод людини як учасника суспільних відносин усіх сфер життєдіяльності. Сутність даного права полягає у тому, що законом передбачена і чітко регламентована можливість кожної людини, права, свободи чи інтереси якої було порушено, з метою захисту останніх звернути за допомогою в суд для здійснення усіх необхідних судових заходів.

Право людини на судовий захист закріплено на міжнародному рівні у ст. 8 Загальної декларації прав людини («Кожна людина має право на ефективне поновлення у правах компетентними національними судами в разі порушення її основних прав, наданих їй конституцією або законом»)¹, а також у ч. 3 ст. 2 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права («Кожна держава, яка бере участь у цьому Пакті, зобов'язується: а) забезпечити всякій особі, права і свободи якої, визнані в цьому Пакті, порушено, ефективний засіб правового захисту, навіть коли це порушення було вчинене особами, що діяли як особи офіційні; б) забезпечити, щоб право на правовий захист для будь-якої особи, яка потребує такого захисту, встановлювалось компетентними судовими, адміністративними чи законодавчими властями або будь-яким іншим компетентним органом, передбаченим правовою системою держави, і розвивати можливості судового захисту; с) забезпечити застосування компетентними властями засобів правового захисту, коли вони надаються»)². Країни-учасниці вказаних нормативно-правових актів зобов'язані регламентувати і це, і інші права людини і громадянина у національному законодавстві. Порівняння способу закріплення права людини на судовий захист у окремих країнах та його нормативного викладення в умовах глобалізаційних процесів набуває виключного значення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі питання, пов'язані із сутністю права людини на судовий захист, його регламентацією, практикою його реалізації та забезпеченням на рівні національного законодавства досліджувалися у теорії конституційного права багатьма вченими. Так, зокрема, вказані питання вивчалися такими вченими, як В. Авер'янов, В. Головін, Ю. Грошевий, І. Голосніченко, С. Головатий, М. Козюбра, М. Тесленко, М. Хавронюк та іншими.

© О.М. Лисенко, 2021

* *Oleksandr Lysenko, Ph.D. in Political sciences, Associated Professor, Dean of the Faculty of Eastern European University named Rauf Abliazov*

Зокрема, Т. Лукашем досліджуватися окремі аспекти права людини на судовий захист у контексті вивчення проблем ефективності механізму захисту прав і свобод людини і громадянина з точки зору справедливості здійснення правосуддя³. Також О. Лемак ґрунтовно було проаналізовано питання сутності та правової природи права людини на судовий захист у межах конституційного права⁴.

Натомість окремі аспекти законодавчого забезпечення права людини на судовий захист залишилися поза дослідженнями або вивчалися опосередковано у контексті інших проблемних питань. Так, зокрема, недостатньо висвітлений компаративістський аспект забезпечення права людини на судовий захист. Натомість варто вказати, що висвітлення порівняльного аспекту національного законодавства щодо нормативного закріплення вказаного права сприятиме удосконаленню формулювання та практичної реалізації права людини на судовий захист, а також універсалізації законодавства країн у цій сфері.

Формулювання мети статті. Враховуючи вказане вище, **метою** даного дослідження буде здійснення порівняльного аналізу норм, що закріплюють право людини на судовий захист, зарубіжного та національного законодавства і виявлення недоліків у їх формулюванні.

Виклад основного матеріалу. Зазначається, що право людини на судовий захист полягає у тому, що воно є встановленою законом можливістю кожної особи звернутися до суду за допомогою з метою захисту порушеного права чи законного інтересу цієї особи⁵. У вітчизняній науці право на судовий захист визначається як суб'єктивне публічне право особи на доступ до незалежного і безстороннього (тут, на нашу думку, швидше мається на увазі неупередженість, а не безсторонність) вирішення спорів за встановленою правовою процедурою на засадах верховенства права і справедливості⁶. Це визначення не є беззаперечним і досконалим, але воно передає сутність права людини на судовий захист.

Право людини на судовий захист закріплене у ст. 55 Конституції України, де зазначається, що права і свободи людини захищаються судом. Також у даній нормі підкреслюється, що кожній особі гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб (ч. 2); кожен має право звертатися за захистом своїх прав до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини (ч. 3); кожному гарантується право звернутись із конституційною скаргою до Конституційного Суду України з підстав, установлених цією Конституцією, та у порядку, визначеному законом (ч. 4); кожен має право після використання всіх національних засобів юридичного захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна (ч. 5); кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань (ч. 6)⁷.

Право людини на судовий захист закріплено у конституційному законодавстві інших країн. Звичайно, його нормативне формулювання не є ідентичним редакції ст. 55 Конституції України. Але сутність даного права повинна зберігатися у будь-якому разі.

Конституція Греції закріплює право людини на судовий захист у ст. 20: кожен має право на законний захист з боку суду і може висловлювати перед ним свої погляди щодо своїх прав та інтересів, як це визначено в законі⁸. Вочевидь, сутність права людини на захист у суді в даній нормі збережена.

У конституційному законодавстві Іспанії міститься ст. 24, в якій зазначено, що всі громадяни мають право на ефективний судовий захист при здійсненні своїх прав та законних інтересів; у жодному разі не може бути відмовлено у такому захисті⁹. У даній нормі закріплено саме право людини на судовий захист, але водночас вона і встановлює певні обмеження, оскільки таким правом наділяються лише громадяни, а інші особи (особи без громадянства, громадяни інших держав) по суті його позбавляються, що може розцінюватися як порушення вказаного права.

Стаття 24 Конституції Італії регламентує право людини на судовий захист. У даній нормі зазначено, що всі можуть у судовому порядку діяти для захисту своїх прав і законних інтересів; захист є непорушним правом на будь-якій стадії судового процесу¹⁰. Ця норма також достатньо чітко передає зміст права на судовий захист кожної людини без обмежень.

За Конституцією Нідерландів, згідно із ст. 17 ніхто не може бути позбавлений проти своєї волі права бути заслуханим у тому суді, у який він має право звернутися у відповідності до закону¹¹. У цій нормі опосередковано закріплене право людини на судовий захист, якого ніхто не може бути свавільно позбавлений. Хоча таке формулювання, на наш погляд, є не досить вдалим.

Конституція Португалії містить ст. 20 «Доступ до правових актів і в суди», яка досить детально регламентує право людини на судовий захист. В цій нормі вказано наступне: кожному гарантується доступ до правових актів і захист його прав та законних інтересів в суді, причому у правосудді не може бути відмовлено внаслідок нестачі економічних засобів (ч. 1); кожен має право, відповідно до закону, на юридичну інформацію і консультації, а також на судовий захист і на супроводження адвоката при спілкуванні з органами і представниками влади (ч. 2); закон визначає і забезпечує адекватний захист тасмниць правосуддя (ч. 3); кожен має право на розгляд його справи у розумні строки і з використанням справедливих процедур (ч. 4); для захисту особистих прав, свобод і їх гарантій закон гарантує громадянам судові процедури, що характеризуються швидкістю і пріоритетністю, для того, щоб вони могли отримати ефективний і своєчасний судовий захист у випадку загрози порушення чи порушення вказаних прав (ч. 5)¹². У даній нормі чітко викладено зміст і сутність вказаного права.

Конституційним законодавством Фінляндії право на судовий захист закріплено у § 21 «Судовий захист»: кожен має право на розгляд своєї справи судом належним чином без мотивованих затримок, право

на її розгляд будь-яким іншим державним органом, уповноваженим на це відповідним законом, а також право на отримання рішень, що стосуються його чи її прав та обов'язків, має право на перегляд справи відповідним судом чи будь-яким уповноваженим на це незалежним державним органом¹³. У даній нормі також міститься досить деталізований опис досліджуваного права людини.

Основний закон Франції регламентує право людини на судовий захист лише частково. Так, у ч. 2 ст. 66 зазначено, що судова влада як хранитель особистої свободи забезпечує дотримання цього принципу (тобто, що ніхто не може бути свавільно позбавлений волі) відповідно до умов, передбачених законом (ч. 2)¹⁴. У цій нормі дане право висвітлено недостатньо чітко, і, як і в інших нормах Конституції Франції, опосередковано.

Конституція Швейцарії містить аж дві норми, що визначає поняття та сутність права людини на судовий захист. Так, у ст. 29 «Загальні процесуальні гарантії» вказано: кожна особа в провадженні перед судовими і адміністративними інстанціями має право на рівне і справедливе ставлення, а також на винесення рішення протягом співрозмірного строку; сторони мають право бути заслуханими у суді; кожна особа, яка не має потрібних коштів, має право на безкоштовне правосуддя, якщо її правові домагання не виглядають безперспективними. Відповідно до ст. 30 «Судове провадження» кожна особа, чия справа підлягає вирішенню у судовому порядку, має право на встановлений законом, компетентний, незалежний і неупереджений суд; надзвичайні суди неприпустимі¹⁵. У цих нормах право людини на судовий захист викладено опосередковано, у межах встановлення певних правил здійснення правосуддя.

Також і у Конституції Грузії закріплюється право людини на судовий захист. Зазначається, що кожна людина має право звернутися до суду за захистом своїх прав і свобод (ч. 1 ст. 42), а також уточнюються певні моменти щодо участі захисника, судової юрисдикції, прав обвинувачених та компенсації за заподіяння шкоди державними органами та службовцями¹⁶. Очевидно, що у даній нормі лише констатується факт, що людина має право на судовий захист, але не розкривається його зміст.

Конституція Республіки Болгарія ст. 56 передбачає, що кожен громадянин має право на захист, якщо його права чи законні інтереси порушені чи перебувають під загрозою; у держані заклади він може звертатися і разом із своїм захисником¹⁷. Тут, знов таки, як і у ст. 24 Конституції Іспанії, закріплено обмеження даного права для осіб, які не є громадянами Болгарії, що є вагомим недоліком.

Країни Прибалтики також закріплюють право людини на судовий захист. Так, у ст. 30 Конституції Литви зазначено, що особа, конституційні права якої було порушено, має право звернутися до суду¹⁸. Майже аналогічного змісту ст. 92 Конституції Латвії, в якій зазначено, що кожен може захищати свої права законні інтереси у справедливому суді¹⁹. Обидві норми закріплюють на законодавчому рівні право людини на судовий захист, не конкретизуючи його.

Конституція Вірменії містить не одну норму, що закріплює право людини на судовий захист та визначає його сутність та зміст: кожен має право на ефективні засоби правового захисту своїх прав і свобод в судових, а також інших державних органах; кожен має право на захист своїх прав і свобод всіма засобами, не забороненими законом і т.д. (ст. 18); кожен для відновлення своїх порушених прав, а також з'ясування обґрунтованості висунутого йому звинувачення має право на публічний розгляд своєї справи в розумні строки незалежним і неупередженим судом в умовах рівності, із дотриманням усіх вимог справедливості (ст. 19)²⁰. У цих нормах право людини на судовий захист чітко визначено на нормативному рівні, а його сутність детально описана.

У конституційному законодавстві Республіки Молдова у ст. 20 «Вільний доступ до правосуддя» зазначено, що будь-яка особа має право на ефективне відновлення у правах компетентними судами у випадку порушення її прав, свобод та законних інтересів; жоден закон не може обмежити доступ до правосуддя²¹. Зміст даної норми вказує на те, що у ній закріплено на законодавчому рівні право людини на судовий захист і визначено його основний зміст.

Очевидно, що формулювання змісту норм конституцій вказаних країн, які закріплюють право людини на судовий захист, не є ідентичним, але за своєю сутністю не надто відрізняються. Натомість конституційне законодавство Королівства Данія, Королівство Норвегія дещо відрізняються щодо способу і форми закріплення права людини на судовий захист. Зокрема, конституції даних країн містять окремі розділи, що регулюють здійснення судочинства, але відсутні норми, які б закріплювали право людини на судовий захист як прямо, так і опосередковано.

Право людини на судовий захист визначено і у конституціях інших держав, але, враховуючи обмежений обсяг даної роботи, порівняльне дослідження буде ґрунтуватися на аналізі викладених вище норм конституційного законодавства зарубіжних країн. Вивчення навіть такої досить невеликої кількості норм у частині закріплення права людини на судовий захист дає нам змогу висвітлити найбільш важливі недоліки у формулюванні змісту вказаного права. Так, зокрема, неприпустимим є обмеження права людини на судовий захист вказівкою у конституційній нормі, що таке право має громадянин (Конституція Іспанії, Конституція Республіки Болгарія). Також недоліком є визначення вказаного права опосередковано (Конституція Нідерландів, Конституція Швейцарії), оскільки як одне з невід'ємних прав людини воно повинно бути чітко визначеним.

Разом із тим занадто широке і конкретизоване формулювання права людини на судовий захист – також не найкраще рішення, оскільки такі норми часто містять вже процесуальні вказівки щодо реалізації даного права. Тому, вважаємо, що, хоча у цілому ст. 55 Конституції України є досить деталізованою і не містить вказаних недоліків і помилок, все ж вона є занадто деталізованою і великою за обсягом. Але це не є недоліком і не обмежує жодним чином право людини на судовий захист. Водночас варто було б вказати у вказаній нормі

Конституції України, що жоден закон не може обмежити доступ людини до правосуддя, включивши у ст. 55 відповідну частину.

Висновки. Враховуючи вказане вище, ми маємо можливість вказати, що стаття Конституції України, яка закріплює право людини на судовий захист, є достатньо деталізованою і чітко визначає його сутність та зміст, а також не містить суттєвих недоліків, які були нами виявлені у конституційному законодавстві зарубіжних країн. Разом із тим варто доповнити ст. 55 Конституції України відповідною частиною, в якій було б зазначено наступне: «Жоден закон не може обмежувати право людини на доступ до правосуддя».

¹ Загальна декларація прав людини. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text

² Міжнародний пакт про громадянські і політичні права. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text

³ Лукаш Т.В. Справедливий суд як критерій ефективності механізму захисту прав і свобод людини і громадянина: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Ужгород, 2020.

⁴ Лемак О.В. Право на судовий захист: конституційно-правовий аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Харків, 2014.

⁵ Авакова А.А. Реализация права на судебную защиту. *Право и управление XXI век*. 2010. № 2(15). URL: <http://www.pravo.mgimo.ru/razdely/tribuna-molodogo-uchyonogo/realizaciya-prava-na-sudebnuyu-zashchitu>

⁶ Лемак О.В. Право на судовий захист: конституційно-правовий аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Харків, 2014.

⁷ Конституція України: Закон від 28.06.1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>

⁸ Конституция Греции от 11 июня 1975 г. URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=153>

⁹ Конституция Испанского Королевства от 27 декабря 1978 г. URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=149>

¹⁰ Конституция Итальянской Республики от 22 декабря 1947 г. URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=148>

¹¹ Конституция Королевства Нидерландов от 17 февраля 1983 г. URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=143>

¹² Конституция Португальской Республики от 2 апреля 1976 г. URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=141>

¹³ Конституция Финляндии от 11 июня 1999 г. URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=139>

¹⁴ Конституционные акты Франции. Полный текст Конституции 1958 г. с изменениями. URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=138>

¹⁵ Союзная Конституция Швейцарской Конфедерации от 18 апреля 1999 г. URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=135>

¹⁶ Конституция Грузии от 24 августа 1995 г. URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=130>

¹⁷ Конституция Республики Болгария от 13 июля 1991 г. URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=120>

¹⁸ Конституция Литовской Республики от 2 октября 1992 г. URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=115>

¹⁹ Конституция Латвийской Республики от 15 октября 1998 г. URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=116>

²⁰ Конституция Республики Армения от 5 июля 1995 г. URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=132>

²¹ Конституция Республики Молдова от 29 июля 1994 г. URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=127>

Резюме

Лисенко О.М. Забезпечення права людини на судовий захист у національному та зарубіжному законодавстві: порівняльний аспект.

Судовий захист є найбільш ефективним засобом забезпечення прав, свобод та інтересів людини, із усіх світових практик. Право на судовий захист є додатковою гарантією забезпечення інших прав та свобод людини як учасника суспільних відносин. Метою даного дослідження є порівняльний аналіз норм, що закріплюють право людини на судовий захист, зарубіжного та національного законодавства. Було встановлено, що ст. 55 Конституції України, яка закріплює право людини на судовий захист, є достатньо деталізованою і чітко визначає його сутність та зміст, не містить суттєвих недоліків, але потребує певного доповнення.

Ключові слова: права і свободи людини, право людини на судовий захист, конституційне законодавство, захист прав та законних інтересів.

Резюме

Лысенко А.Н. Обеспечение права человека на судебную защиту в национальном и зарубежном законодательстве: сравнительный аспект.

Судебная защита является наиболее эффективным средством обеспечения прав, свобод и интересов человека со всех мировых практик. Право на судебную защиту является дополнительной гарантией обеспечения других прав и свобод человека как участника общественных отношений. Цель данного исследования – сравнительный анализ норм, закрепляющих право человека на судебную защиту, зарубежного и национального законодательства. Было установлено, что ст. 55 Конституции Украины, которая закрепляет право человека на судебную защиту, является достаточно детализированной и четко определяет его сущность и содержание, не содержит существенных недостатков, но требует определенного дополнения.

Ключевые слова: права и свободы человека, право человека на судебную защиту, конституционное законодательство, защита прав и законных интересов.

Summary

Oleksandr Lysenko. Ensuring the human right to judicial protection in national and foreign legislation: a comparative aspect.

Judicial protection is the most effective means of ensuring human rights, freedoms and interests of all world practices. The level of judicial protection of a person is one of the important indicators of a democratic state governed by the rule of law. At the same time, the right to judicial protection is an additional guarantee of ensuring other human rights and freedoms as a participant in public relations

in all spheres of life. The essence of this right is that the law provides and clearly regulates the possibility of any person whose rights, freedoms or interests have been violated, in order to protect the latter to seek help in court to carry out all necessary judicial measures

The purpose of the study will be a comparative analysis of the norms enshrining the human right to judicial protection, foreign and national legislation and identify shortcomings in their formulation. To achieve this goal, the constitutional legislation of Ukraine, Greece, Spain, Italy, the Netherlands, Portugal, Finland, France, Switzerland, Georgia, the Republic of Bulgaria, Latvia, Lithuania, Armenia, and the Republic of Moldova was analyzed.

The study of the norms of foreign constitutional legislation allows us to highlight the most important shortcomings in the formulation of the right to judicial protection: it is unacceptable to limit this human right by indicating that such a right has only a citizen; the disadvantage is the definition of this right indirectly, as it must be clearly defined as one of the inalienable human rights. St. 55 of the Constitution of Ukraine, which enshrines the human right to judicial protection, is sufficiently detailed, clearly defines its essence and content and does not contain significant shortcomings, although it needs some clarification.

Key words: human rights and freedoms, human right to judicial protection, constitutional legislation, protection of rights and legitimate interests.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.16

УДК 342.565.2.033

I.В. ВОЛЬСЬКА

*Інна Василівна Вольська, аспірант Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича**

ORCID: 0000-0002-0765-1813

ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ КОМПЕТЕНЦІЇ ТА ПОРЯДКУ ФОРМУВАННЯ КОНСТИТУЦІЙНИХ СУДІВ В УКРАЇНІ ТА СЕРБІЇ

Постановка проблеми. Конституційний Суд України (далі – КС) та інші суб'єкти, які забезпечують конституційності нормативних актів, підкоряючись тільки праву та Конституції, повинні гарантувати ефективність інструментів конституційного народовладдя, утвердити в національній свідомості сприйняття Конституції як дієвого засобу захисту державного суверенітету, демократії та прав людини. У зв'язку з необхідністю реформування конституційного судочинства вбачаємо за необхідне дослідження даного питання в Сербії та Україні для проведення аналізу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вирішенню правових проблем, що пов'язані з функціонуванням органів конституційної юрисдикції та визначенням їх компетенції, сприяли наукові дослідження вітчизняних фахівців у галузі теорії права та конституційного правосуддя, а саме: М. Баймуратова, Д. Белова, Ю. Бисаги, В. Бойка, Л. Бориславського, В. Бринцева, С. Головатого, М. Гультая, Н. Дроздович, В. Колісника, О. Коні, В. Коновалової, В. Копейчикова, М. Костицького, В. Лемака, В. Маляренка, О. Мироненка, М. Михеєнка, М. Погорецького, Б. Пошви, П. Рабіновича, О. Скрипнюка, А. Стрижака, М. Теплюка, Ю. Тодики, О. Щербанюк та ін.

Формулювання мети статті. Метою статті є визначення порядку формування конституційних судів, а також аналіз їх повноважень.

Виклад основного матеріалу. Набір правил, які регулюють розподіл процесуальних повноважень у контролі конституційності, виявляє принципovu компетенцію органічного законодавця у встановленні процедури та підпорядковану регуляторну владу конституційним судам.

Республіка Сербія належить до держав, які мають давні традиції конституційної юрисдикції. Дійсно, лише в 1963 р. Конституція Соціалістичної Республіки Сербія (однієї з шести федеральних одиниць Соціалістичної Федеративної Республіки Югославії), взявши за приклад нові конституційні рішення на рівні федеративної держави, також запровадила в конституційній системі федеративної єдності Конституційний Суд. Це незалежний та автономний державний орган, який має компетенцію захищати конституційність та законність та/або контролювати відповідність закону Конституції і всіх нормативно-правових актів та інших нормативних документів загального масштабу Конституції та закону.

Юрисдикція Конституційного Суду Сербії визначена Конституцією. Аналіз положень Конституції, зокрема ст. 167, де перераховані компетенції Конституційного Суду, а також положень інших назв Конституції, в яких визначені різні додаткові повноваження цього органу, дає можливість зробити висновок, що Конституційний Суд Сербії займає своє місце серед юридично-конституційних інститутів, наділених найширшими та різноманітними повноваженнями.

Основною компетенцією Конституційного Суду залишається так званий нормативний (абстрактний) контроль відповідності між нормативними текстами згідно з ієрархією, визначеною Конституцією, націо-

нальних та міжнародних нормативних документів¹. Це означає, що Конституційний Суд приймає рішення про: відповідність закону та всіх нормативних документів Конституції, загальновизнаним нормам міжнародного права та ратифікованим міжнародним договорам, що всі інші нормативні документи, прийняті в Республіці Сербія, відповідають чи не відповідають закону. Порівняно з попередньою Конституцією 1990 р. ми відзначаємо, що також відбулося розширення компетенції Конституційного Суду в сфері абстрактного контролю, оскільки, оцінюючи відповідність закону та інших національних нормативних актів загальновизнаним нормам міжнародне право та ратифіковані міжнародні договори, Конституційний Суд також стає компетентним перевіряти відповідність національного законодавства міжнародному праву.

Щодо контролю конституційності законів, автор Конституції вперше встановив дві форми контролю. На додаток до стандартного апостеріорного контролю, який здійснюється Судом після набрання чинності законом, Конституція також передбачає попередній контроль апріорно конституційності законів. Ця процедура перевірки конституційності проводиться стосовно закону, прийнятого Парламентом, без завершення процедури, згідно з якою закон стає юридично досконалим – оприлюднення закону декретом Президента Республіки та його опублікування в Офіційному віснику Республіки Сербія. Залежно від природи речей процедуру попередньої перевірки конституційності закону можуть ініціювати лише депутати, а це, як передбачає Конституція, щонайменше одна третина депутатів.

На практиці досі не надходило жодного запиту про попередню перевірку конституційності закону. Отже, ця, по суті, превентивна форма захисту правопорядку на даний момент є лише конституційною можливістю. Конституція передбачала універсальний контроль конституційності всіх регуляторних актів, прийнятих у Республіці Сербія, а це означає, що жоден регуляторний акт у Сербії не є виключеним. У здійсненні цієї компетенції Конституційний Суд відіграє репресивну роль, оскільки своїм рішенням виключає із правового порядку закони та нормативні акти, які не відповідають Конституції. У цьому сенсі Конституційний Суд відіграє роль «негативного законодавця». Враховуючи, що основною метою діяльності кожного конституційного суду є забезпечення гармонізації правового порядку в інтересах здійснення прав громадян і що рішення, яким суд проголошує, що даний закон чи інший нормативний акт є повністю чи частково не відповідає нормам Конституції, часто викликає юридичну прогалину, Конституційний Суд Сербії, спираючись на досвід порівняльної конституційної судової практики, врегулював спір у кількох конкретних справах у своїй останній практиці шляхом винесення «інтерпретаційного рішення»². По суті це означає, що Суд своїм рішенням «утримав» оспорюваний правовий стандарт, який був предметом перегляду, за умови, що ця норма тлумачиться так, як Суд вважає, що відповідає Конституції. Це правда, що такі рішення можуть бути піддані критиці, враховуючи, що таким чином Суд перетворюється з «негативного» законодавця на «позитивного» законодавця. Однак Суд зробив це, виявивши, що ухвалюючи рішення про неконституційність у даній справі, буде створено правовий вакуум, який матиме значні несприятливі наслідки для реалізації прав громадян. Суд зробив це, встановивши, що ухвалюючи рішення про неконституційність у даній справі, буде створено правовий вакуум, який матиме значні шкідливі наслідки для реалізації прав громадян.

Наступна компетенція Конституційного Суду у сфері нормативного контролю стосується, як зазначалося вище, перевірки відповідності закону всіх нормативних актів, юридична сила яких поступається закону, контролю законності. У цьому випадку також Конституція передбачає, що всі нормативні акти повинні підлягати перегляду законності. Таким чином, Конституційний Суд є компетентним аналізувати відповідність закону не лише постановам Уряду, розпорядженням міністрів та іншим державним органам, а й усім нормативним актам, прийнятими органами автономних областей, муніципалітети та міста, компанії, банки, політичні партії, організації неурядові, профспілки чи інші юридичні особи. Слід зазначити, що ця дуже широка компетенція Конституційного Суду у сфері контролю за законністю була встановлена ще з Конституції 1990 р.

Наступна сфера компетенції Конституційного суду Сербії стосується врегулювання конфліктів компетенції. До прийняття Конституції 2006 р. Конституційний Суд мав компетенцію лише вирішувати колізії юрисдикції між (звичайними) судами та іншими державними органами. Ця компетенція також значно розширена чинною Конституцією. Це означає, що сьогодні Конституційний Суд є органом, який вирішує конфлікти компетенції між органами різних рівнів влади – державними органами (республіки), органами регіональних та місцевих органів, а також між органами двох органів місцевого самоврядування³.

Розширивши свою юрисдикцію, Конституційний Суд набув ознак «апеляційного суду», тобто органу, який вирішує конкретні спори. У цьому сенсі одна із нових компетенцій Конституційного Суду виникла безпосередньо з гарантією незалежності суддів, передбачених Конституцією – судді, а також прокурори та заступники прокурора мають право звернутися до Конституційного Суду з проханням про звільнення.

Склад Конституційного Суду, умови обрання, порядок обрання суддів та припинення посади судді визначаються Конституцією. Конституційний Суд складається з 15 суддів, які обираються на дев'ятирічний термін. Особа може бути обрана максимум двічі. Судді обираються з числа відомих юристів у віці щонайменше 40 років та щонайменше 15 років досвіду роботи за фахом адвоката.

Конституція обрала змішану процедуру обрання суддів, яка найбільше нагадує обрання суддів до Конституційного суду Італії. А саме, п'ять суддів обираються Національними Зборами зі списку з 10 кандидатів, запропонованих Президентом Республіки, наступні п'ять суддів призначаються Президентом Республіки зі списку з 10 кандидатів, запропонованих Національними Зборами, і останній п'ять суддів призначаються

Верховним касаційним судом зі списку з 10 кандидатів, спільно запропонованих Вищою радою юстиції та Радою державних прокурорів. Ця процедура виборів повинна гарантувати, що жодна з гілок влади, які беруть участь у формуванні Конституційного Суду, не матиме переважного впливу на його склад.

Голова Суду обирається із числа суддів самими суддями шляхом таємного голосування терміном на три роки. Функція судді припиняється після закінчення його повноважень, шляхом відставки, виконання умов пенсії або звільнення. Конституція передбачає, що суддя може бути звільнений лише у разі порушення заборони конфлікту інтересів або якщо його судять за кримінальне правопорушення, яке робить його негідним.

Стаття 1 Закону України «Про Конституційний Суд України» визначає, що Конституційний Суд України є органом конституційної юрисдикції, який забезпечує верховенство Конституції України, вирішує питання про відповідність Конституції України законів України та у передбачених Конституцією України випадках інших актів, здійснює офіційне тлумачення Конституції України, а також інші повноваження відповідно до Конституції України⁴.

Діяльність Конституційного Суду України ґрунтується на засадах верховенства права, незалежності, колегіальності, гласності, відкритості, повного і всебічного розгляду справ, обґрунтованості та обов'язковості ухвалених ним рішень і висновків.

Аналізуючи юридичні позиції Конституційного Суду України, можна стверджувати, що основним завданням Конституційного Суду України є забезпечення належної реалізації принципу поділу державної влади, системи балансу влад з метою недопущення непропорційного підсилення або неадекватного впливу однієї гілки державної влади на іншу. Об'єктивне застосування та належне тлумачення без будь-яких переваг можливі лише за умови незалежності Конституційного Суду України і судової влади загалом та відсутності негативного впливу і тиску законодавчої та виконавчої влади, які керуються не стільки інтересами права, скільки інтересами політики та партійними уподобаннями⁵.

Відповідно до ст. 32 Закону України «Про Конституційний Суд України» у складі Суду діють Велика Палата, два сенати та шість колегій. Велика палата діє у складі всіх суддів Конституційного Суду. Сенат діє у складі дев'яти суддів Конституційного Суду. Якщо кількість суддів Конституційного Суду є меншою за 18, Сенат є повноважним за умови участі в ньому щонайменше шести суддів Конституційного Суду. Склад сенатів формується на спеціальному пленарному засіданні Конституційного Суду шляхом жеребкування. Стосовно Голови Конституційного Суду та заступника Голови Конституційного Суду жеребкування не проводиться. Колегія діє у складі трьох суддів Конституційного Суду. Суд на спеціальному пленарному засіданні шляхом жеребкування утворює в межах сенатів колегії в порядку, встановленому Регламентом. Один і той самий Суддя не може входити на постійній основі до складу кількох колегій⁶.

Хоча Конституція визначає, що відбір суддів Конституційного Суду відбувається на конкурсних засадах, процедура, яка зараз прописана в законі, не передбачає реального конкурсу. Кожен суб'єкт призначення формально проводить свої «конкурси», які, однак, не забезпечують перевірки кандидатів на відповідність вимогам Конституції і не гарантують, що суддею Конституційного Суду України стане найкращий кандидат. Нинішня процедура дозволяє призначати на посади політично залежних осіб, які, будучи суддями Конституційного Суду, замість захисту Конституції і прав людини захищають інтереси своїх політичних патронів. Останнє рішення КС щодо електронного декларування – яскраве тому підтвердження. Тому процедуру відбору суддів Конституційного Суду потрібно негайно змінювати.

У нас удосконалення даної процедури передбачено Стратегією розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021–2023 рр.⁷

Висновки. Отже, організаційно-правова структура Конституційного Суду на сьогодні є цілком сформованою та законодавчо визначеною. Однак окремі її елементи все ще потребують більш чіткої законодавчої регламентації та практичного покращення. Тому перспективами подальшого удосконалення організаційно-правових структур конституційних судів повинні стати утворення та розвиток нових форм судової взаємодії, підвищення ефективності управління системою судів тощо.

Чинна Конституція Сербії відводить Конституційному Суду роль захисника основних цінностей, на яких ґрунтується конституційний лад Республіки Сербія. Своїми рішеннями Суд прагне внести свій внесок у розвиток Сербії як верховенства права та демократії, і це насамперед в інтересах її громадян.

¹ Ilic Prelic Vesna, « Les compétences et la composition de la Cour constitutionnelle de la République de Serbie », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2016/1 (N° 50). P. 63–71. DOI : 10.3917/ncccl.050.0063. URL: <https://www.cairn.info/revue-les-nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel-2016-1-page-63.htm>

² Ilic Prelic Vesna, « Les compétences et la composition de la Cour constitutionnelle de la République de Serbie », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2016/1 (N° 50). P. 63–71. DOI : 10.3917/ncccl.050.0063. URL: <https://www.cairn.info/revue-les-nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel-2016-1-page-63.htm>

³ Ilic Prelic Vesna, « Les compétences et la composition de la Cour constitutionnelle de la République de Serbie », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2016/1 (N° 50). P. 63–71. DOI : 10.3917/ncccl.050.0063. URL : <https://www.cairn.info/revue-les-nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel-2016-1-page-63.htm>

⁴ Про Конституційний Суд України: Закон України *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2017. № 35. Ст. 376. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19#n187>

⁵ Рішення Конституційного Суду України (Велика палата) у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України «Про запобігання корупції», Кримінального кодексу України від 27 жовтня 2020 р. № 13-п/2020.

⁶ Про Конституційний Суд України: Закон України. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2017. № 35. Ст. 376. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19#n187>

⁷ Про Стратегію розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021–2023 роки: Указ Президента України № 231/2021 URL: <https://www.president.gov.ua/documents/2312021-39137>

Резюме

Вольська І.В. Порівняльно-правовий аналіз компетенції та порядку формування конституційних судів в Україні та Сербії.

Дана стаття присвячена порівняльно-правовому аналізу компетенції та порядку формування конституційних судів в Україні та Сербії. Особливості формування органів конституційного контролю в своїй основі мають і ту спільність, що, виходячи з характеру суспільних відносин і завдань розвитку будь-якої країни, ставиться мета створити незалежний від політичного впливу орган з високоморальними принципами, який зможе забезпечити верховенство Основного Закону країни, сприяти стабільному і динамічному розвитку суспільства з урахуванням особливостей системи цінностей даного суспільства/функціонування системи конституційного контролю.

З точки зору як інституційної, так і функціональної незалежності органів конституційного правосуддя потрібно окремо проаналізувати питання їх процесуальної компетенції, а також порядку формування. Характерними рисами порядку обрання суддів Конституційного Суду України та Сербії є змішана форма.

Ключові слова: компетенція, конституційне судочинство, конституційний суд, склад суду, порядок призначення

Резюме

Вольская И.В. Сравнительно-правовой анализ компетенции и порядка формирования конституционных судов в Украине и Сербии.

Данная статья посвящена сравнительно-правовому анализу компетенции и порядка формирования конституционных судов в Украине и Сербии. Особенности формирования органов конституционного контроля в своей основе имеют и ту общность, что, исходя из характера общественных отношений и задач развития любой страны, ставится цель создать независимый от политического влияния орган с высоконравственными принципами, который сможет обеспечить верховенство Основного Закона страны, способствовать стабильному и динамичному развитию общества с учетом особенностей системы ценностей данного общества/функционирования системы конституционного контроля.

С точки зрения как институциональной, так и функциональной независимости органов конституционного правосудия нужно отдельно проанализировать вопрос их процессуальной компетенции, а также порядка формирования. Характерными чертами порядка избрания судей Конституционного Суда Украины и Сербии является смешанная форма.

Ключевые слова: компетенция, конституционное судопроизводство, Конституционный суд, состав суда, порядок назначения.

Summary

Inna Volskaya. Comparative analysis of competence and procedure for the formation of constitutional courts in Ukraine and Serbia.

This article is devoted to the comparative and legal analysis of the competence and the procedure for the formation of constitutional courts in Ukraine and Serbia. Features of the formation of constitutional control bodies are based on its community, which, based on the nature of social relations and objectives of the development of any country, is the purpose of creating an authority with high-moral principles, which will be able to ensure the rule of fundamental law of the country, to contribute to a stable and dynamic development of society, taking into account the features of the system of values of this society/functioning of the system of constitutional control.

As a body of constitutional jurisdiction, the Constitutional Court is independent from the legislative, executive and judicial authorities, it is subordinated to the Constitution, guarantees the rule of the Constitution, ensures the implementation of the principle of division of state power, as well as the Constitutional Court guarantees the responsibility of the state to a citizen and a citizen before the state. Being an independent constitutional body of the state, the Constitutional Court carries out its main and basic function to control the constitutionality of normative acts and the abolition of legal norms that contradict the Constitution, as well as the interpretation of the Constitution. At the heart of the court's activities are the principles of independence, collegiality, legality and publicity.

The activities of the Constitutional Court are a control and organizational and aimed at attracting public authorities, the acts of which were subject to control of constitutionality, to the need to eliminate the rules that contradict the Constitution, and the suspension of the normative act, but the right to change or cancel the act remains the body that issued its issued. Resolution on constitutionality control are final and mandatory. Normative acts or parts they are recognized as unconstitutional, lose validity and are not applicable.

In terms of both institutional and functional independence of constitutional justice bodies, it is necessary to separately analyze the issues of their procedural competence, as well as the order of formation. Characteristic features of the election of judges of the Constitutional Court of Ukraine and Serbia are mixed form.

Key words: competition, constitutional justice, Constitutional Court, court composition, procedure for appointment.

С.А. ГОРДІЮК

*Сергій Анатолійович Гордіюк, аспірант Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна**
ORCID: 0000-0001-9109-998X

КОНСТИТУЦІЯ І КУЛЬТУРА В АСПЕКТІ ПРАВ ЛЮДИНИ

Постановка проблеми. У контексті історичного розвитку світового конституціоналізму можна констатувати той факт, що духовно-культура сфера традиційно була найменшою мірою долучена до предмета конституційного регулювання. Ситуація почала змінюватися лише з середини ХХ ст., в умовах інтенсифікації міжнародного культурного обміну, зміцнення світових інтеграційних процесів і, відповідно, посилення уваги до питань культурного розмаїття і перегляду ролі держав у регулюванні тих чи інших підсистем суспільного ладу, коли державна політика почала дедалі більше поширюватися на духовно-культурні відносини, внаслідок чого було розширено й предмет конституційно-правового регулювання. Втім, і тепер, на початку ХХІ ст., питання взаємодії конституції та духовно-культурних відносин залишається одним із найменш досліджених і дискусійних. Натомість поточні та стратегічні завдання розбудови конституційної держави вимагають створення належної доктринальної бази для подальших реформ, у тому числі й з точки зору формування конституційних засад духовно-культурної системи та захисту основоположних культурних прав людини і громадянина.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Слід констатувати, що протягом останніх десятиліть політико-правовий дискурс щодо забезпечення культурних прав людини і громадянина, а також перегляду завдань і функцій держави у духовно-культурній сфері суттєво поживався. Серед наукових розробок у даній сфері варто зазначити праці Ю. Аданалі, В. Ван Дайка, Р. О'Кіфа, Б. Пареха, Дж. Прейса, де висвітлено сучасний стан і перспективи взаємозв'язку між культурою і політикою, культурний контекст конституцій, зроблено спробу з'ясувати конституційно-правовий вплив на культурне життя громадян. Однак увага дослідників зосереджена здебільшого на конкретних політико-правових проблемах, з якими стикаються сучасні держави (протидія проявам дискримінації за культурними ознаками, забезпечення прав людини в мультикультурному середовищі, збереження культурної ідентичності особи тощо), тоді як чимало концептуальних, принципових питань досі ще не отримали свого вирішення.

Формулювання мети статті. Метою даної статті є розробка концептуальних підходів до визначення ролі держави в механізмі забезпечення основоположних культурних прав людини і громадянина на сучасному етапі, а також нормативно-правового закріплення цієї ролі на рівні Основного Закону.

Виклад основного матеріалу. Культура може відігравати різну роль у створенні та функціонуванні конституції. Передусім культура має бути частиною контексту творення конституції, інформуючи про сутність і процеси конституційних змін. Крім того, культура може бути причиною поділу або конфлікту всередині держави; у такому разі вона може бути як каталізатором створення конституції, так і додатковою проблемою, яку необхідно брати до уваги. Іноді акцент робиться на тому, щоб ті чи інші аспекти культури були чітко відображені в положеннях конституції, у т.ч. в преамбулі, у розділах про організацію державної влади та місцевого самоврядування, у формулюваннях норм про права людини і громадянина, про відносини між релігією і державою тощо. Варто також мати на увазі, що ефективне впровадження нових конституційних механізмів може потребувати культурних змін з боку відповідних конституційних суб'єктів (передусім глави держави, парламенту, органів виконавчої та судової влади національному та регіональному рівнях) та серед широкого кола інституцій громадянського суспільства. У будь-якому з названих вище випадків розуміння культури, проблем та можливостей, які вона породжує, може мати вирішальне значення для результату проектування конституції. Втім, культура завжди має суттєвий місцевий контекст, який зовнішнім спостерігачам та експертам важко адекватно зрозуміти та оцінити.

У контексті предмета нашого дослідження звернемо увагу на наявність двоякого зв'язку між конституціями і культурною ідентичністю, на який традиційно звертають увагу в політико-правовому дискурсі: культурна ідентичність є основою і водночас є важливим елементом змісту будь-якої конституції¹.

Що стосується першого аспекту, передбачається, що майже кожна конституція визначається певною ідентичністю і культурою нації; її статті ґрунтуються на ідентичності та мають бути сумісні з усталеними принципами культури й самобутності даного суспільства, адже конституції створюються «для інституціоналізації духу традицій, цінностей, інститутів і основоположної революції певного народу»². З аналогічних міркувань громадянство визначають як таке, що засноване на культурній схожості на одній території.

У цьому сенсі більшості народів важко створити конституцію без визначення конкретної національної ідентичності, котра вважається необхідною для об'єднання різних груп населення³.

Другий аспект – це культура та ідентичність як зміст конституцій, чому, власне, ми й приділимо основну увагу в даній статті. Закріплюючи принципи національної культури й самобутності, конституції покладаються на здатність людей жити за цими принципами, забезпечуючи територіальну цілісність нації. Крім того, конституції передбачають здатність уряду захищати і просувати цю ідентичність, виділяючи бюджетні кошти і надаючи організаційну підтримку, коли це необхідно. Таким чином, включення цих принципів до конституції передбачає, що як окремі особи, так і держава в цілому беруть на себе деякі взаємні зобов'язання, коли вони хочуть побудувати політичну націю. На думку деяких вчених, такий взаємозв'язок надає наступні переваги: покладання на державу широких зобов'язань щодо здійснення культурних прав при виробленні політики; надання захисту особам, чиї культурні права не реалізуються; визнання того, що культурні права мають рівний статус і важливість порівняно з громадянськими та політичними правами⁴.

Однак для інших дослідників культурний зміст конституцій містить більше загроз, ніж переваг. Одна із них полягає в спрямованості на створення однорідної нації, що видається далеким від реальності сучасного світу. Іншими словами, сучасні творці конституцій припускають, ніби всі індивіди походять з одного і того ж етносу, доконституційного в своєму природному стані, а потім вирішують сформувати державу. Фактично, творців гомогенізованих конституцій не цікавлять дискусії про джерела культури та ідентичності, вони просто припускають: якщо люди формують державу, вони мають однакове походження. Цей різновид есенціалізму спрямований передусім на захист передбачуваних національних характеристик і символічних рис за допомогою конституцій. Натомість хабермасівська «процедурна конституція», на відміну від цієї гомогенізованої версії, намагається подолати відмінності в культурі та ідентичності за допомогою комунікативних дій. Альтернативний погляд Ю. Хабермаса полягає в тому, що «процесуальна конституція» не звертається до суттєвої спільноти народної волі, зобов'язаної своєю єдністю попередній однорідності походження чи форми життя: «Консенсус, за який боролися і який був досягнутий в об'єднанні вільних і рівних людей, в кінцевому рахунку ґрунтується тільки на єдності процедури, з якою всі згодні»⁵.

Загалом сучасна юридична конституція ґрунтується на трьох принципах: обмежене правління, дотримання верховенства права і поділу влади, а також захист основних прав. Визнаючи життєздатність цих принципів, зазначимо, що вони стосуються й сфери культури, у т.ч. культурних прав. Однак це не означає, що ми фіксуємо культурну сферу за допомогою конституційних обмежень, скоріше, є незаперечні приклади того, що погляди на належну поведінку чи звичаї і культурні елементи, стосовно яких члени спільноти досягли порозуміння, можуть змінюватися з плином часу⁶. Тому мета відповідного суспільного обговорення – визначити обмеження для гравців і правила гри для справедливого розподілу влади між урядовими установами та окремими особами в культурній сфері.

Окремої уваги в даному контексті заслуговують культурні права людини і громадянина. У міжнародно-правових актах вони вважаються само собою зрозумілим як позитивні права, аналогічні соціальним і економічним правам. Принагідно слід зазначити, що поділ прав людини і громадянина на негативні й позитивні є однією з найбільш часто обговорюваних тем у сучасній конституційно-правовій науці; але замість того, щоб вдаватися в цю дискусію, краще зосередимо свою увагу на дихотомії позитивних і негативних прав з урахуванням специфіки культурних прав. З філософської точки зору на негативні права державі забороняється обмежувати права особи, і ця точка зору сягає своїм корінням в середньовічну теорію природних прав.

Відповідно до теорії природних прав, люди, незалежно від простору, часу, соціальних відносин або статусу, володіють універсальними і незмінними правами. В основі цієї теорії лежить ідея, що кожна людина краще за всіх знає свої інтереси, і держава не повинна визначати, якими правами і свободами володіють люди. Ті, хто підтримує точку зору про негативні права, переконані, що обсяг особистої свободи зменшується, коли простір індивідуальних переваг звужується⁷. Крім того, теорія негативних прав стверджує, що природні права передують утворенню держави і що держава не може втручатися в ці права; найкраще, що вона може робити, – це розпізнати їх і вжити необхідних заходів для їх захисту та належного застосування. Держава не може надати жодних причин або пояснень, що виправдовують позбавлення природних прав, єдиний її обов'язок – гарантувати негативні права і свободи та підготувати умови, за яких ці права дотримувалися б громадянами. Таким чином, людина має необмежену свободу «негативного» статусу, а втручання держави обмежене і відкрите для стороннього контролю.

Однак, на наш погляд, існує більш глибока проблема, яка лежить в основі класичного поділу негативних і позитивних прав – саме втручання держави щодо позитивних прав вважається доречним і законним. Тому, виходячи з класифікації І. Берліна, якщо ми розглядаємо культурні права як позитивні, то включасмо їх в одну групу з економічними й соціальними та допускатимемо всі види державного втручання задля реалізації цих прав. За такого підходу держава несе відповідальність за регулювання позитивних прав і за просування суспільного блага за допомогою їх належної реалізації. Формальні підстави зводити культурні права в одну групу з економічними та соціальними і водночас відмежовувати їх від громадянських і політичних надають міжнародно-правові документи, адже саме в такий спосіб вони розподілені в міжнародних пактах про права людини 1966 р. Однак пояснення, чому культурні права розглядаються разом із позитивними правами, полягає в тому, що плутанина і двозначність, які викликають концепції культури і культурних прав, не були з'ясовані до їх закріплення в міжнародно-правових документах і розробленому на їх основі конституційному законодавстві держав.

Загальна декларація прав людини 1948 р. (далі – ЗДПЛ), Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права 1966 р. (далі – МПЕСКП) та Міжнародний пакт про громадянські та політичні права 1966 р. (далі – МПГПП) – це, мабуть, найважливіші міжнародні документи, які згадують про культуру та культурні права. Звісно, ніхто не заперечує, що ці документи, які є джерелами міжнародного права, мають важливі соціально-політичні наслідки. Беззаперечним є й той факт, що організації чи інституції, створені в рамках ООН та Ради Європи, сприяли формуванню міжнародної обізнаності щодо культурних прав та їхньої реалізації. Наразі міжнародне право, сформульоване навколо цих документів, стало потужним інструментом, який обмежує владу суверенних держав. Іншими словами, членство в міжнародних організаціях та ратифікація міжнародно-правових документів є ознаками самообмеження з боку держав у низці сфер, у т. ч. у сфері культури.

Тим не менше, концептуальна складність термінів «культура» та «культурні права» в цих міжнародних документах свідчить про те, що плутанина на рівні держав, національних та міжнародних організацій досі зберігається. Ця складність і плутанина дають нам змогу принаймні поставити під сумнів спроможність названих вище міжнародних документів виконати свої обіцянки щодо викорінення конфліктів та усунення несправедливості у сфері прав людини. Наприклад, згідно зі ст. 27 ЗДПЛ, яка включає як позитивні, так і негативні права, права людини у сфері культури можна перелічити таким чином: 1) кожен має право вільно брати участь у культурному житті суспільства, втішатися мистецтвом, брати участь у науковому прогресі й користуватися його благами; 2) кожен має право на захист моральних та матеріальних інтересів, які є результатом наукових, літературних або художніх праць, автором якої він є⁸.

Відповідно до ЗДПЛ, держави несуть відповідальність за надання певних можливостей, які сприяють участі людини в культурному житті, надання нових технологій на службу громадянам, фінансову підтримку культурно-мистецької діяльності та програм. Той факт, що згідно із ЗДПЛ держави несуть відповідальність за виконання цих завдань, є чіткою ознакою того, що документ розглядає ці права як позитивні. Водночас ті завдання, які покладаються на держави, також фактично легалізують їхнє втручання у культурні права. Крім того, незрозуміло, що означає фраза «брати участь у культурному житті» як право. У статті також не пояснюється, чи кожен має право брати участь у культурному житті своєї власної спільноти чи в однорідній культурі, відкритій для кожного. Більше того, вищезгадана ст. 27 ігнорує той факт, що окрема особа також має право не брати участь у культурі більшості. Як слушно зауважує Р. Кюнеман, ЗДПЛ передбачає застарілий поділ, який є недостатньо коректним стосовно дискурсу про права людини у сфері культури, і водночас вона не уточнює поняття, на які вона посилається, щоб уникнути непорозумінь⁹.

Іншим міжнародним документом, що посилається на культурні права, є МПЕСКП. Цей документ має аналогічний підхід до прав, започаткований у ЗДПЛ. Відповідно до ст. 15, країни, які ратифікували цей Пакт, визнають право кожного: 1) брати участь у культурному житті; 2) користуватися перевагами наукового прогресу та його застосування; 3) користуватися захистом моральних та матеріальних інтересів, які є результатом будь-якої наукової, літературної чи художньої творчості, автором якої він є. Країни, які є сторонами угоди, несуть відповідальність за життя необхідних заходів для захисту культури¹⁰. Однак у документі не звертається увага на питання про те, що це за «необхідні кроки». У будь-якому випадку очевидно, що документ розглядає культуру в контексті позитивних прав, покладаючи на держави відповідальність за їх забезпечення й охорону, а також надає дозвіл на втручання, якщо це буде вважатися потрібним.

Інший міжнародний документ – МПГПП відрізняється від попередніх документів наголосом на правах меншин. Відповідно до ст. 27 цього Пакту: «У тих державах, де існують етнічні, релігійні або мовні меншини, особи, що належать до таких меншин, не будуть позбавлені права спільно з іншими членами їх групи користуватися власною культурою, сповідувати та сповідувати власну релігію або користуватися власною мовою»¹¹. Ця стаття наголошує на забезпеченні прав соціальних груп, а не культурних прав індивідів, і на перший погляд здається, що вона відрізняється від двох інших документів, згаданих вище, у трактуванні прав на рівні особи¹². Це видно з решти статті, де йдеться про культурні права як про більш особистий або індивідуальний рівень.

Однак нові міжнародні акти та подальші наукові розробки не завадили серії дискусій щодо складності та двозначності, які створюють вищезгадані документи. Тож питання про те, якими слід вважати культурні права – груповими (колективними) чи індивідуальними – і сьогодні залишається одним із найгостріших у наукових дебатах.

Однією з основних проблем міжнародних угод є мовчазне припущення щодо механізму реалізації основних прав та свобод у рамках саме позитивних прав і думка, що нібито ці права можуть реалізуватися лише державою і що вони не можуть існувати до або поза державою. Таку точку зору можна поширити на економічні та соціальні права, котрі, як правило, належать до позитивних прав; однак той механізм, який передбачається міжнародними документами, може відкрити двері до теорії держави, коріння якої сягає ще Арістотеля, про те, що культурна ідентичність є основою створення будь-якої конституції. Таке ж розуміння покладає на державу нескінченну кількість обов'язків, починаючи від захисту своїх громадян, спрямування їх на добрі й корисні цілі, і закінчуючи заохоченням і покаранням.

Інший важливий недолік, який є неясним у цих документах щодо стану та позитивних прав, вказує А. Ренд. На думку цієї авторки, вимагати від держави забезпечення позитивних прав означає, що держава має пересилити ресурси певної групи силою інших груп. За її словами, перерозподіл ресурсів силоміць порушує базову цінність прав, тобто відсутність примусу. Як відомо, Ф. Хайек, дотримуючись ліберальної лінії,

стверджував, що свобода – це діяти вільно, не змушуючи себе іншими. Він вважав, що держава є засобом для захисту свободи, а не для створення непереборних труднощів щодо здійснення прав.

Будь-яке втручання від імені держави в культурну сферу надасть подальшої підтримки політиці гомогенізації культури. Хоча гомогенна культура не є необхідним результатом втручання держави, однорідна культурна політика є кращою через її інструментальну цінність для полегшення управління та зміцнення політичної влади. Однак державне втручання слугує протилежним його цілям: воно позбавляє особу її основних прав і свобод. Наприклад, державі залишається повністю вирішувати, чи є особа економічним іммігрантом, чи шукачем політичного притулку. Також державі залишається право тлумачити, як правила та норми застосовуватимуться до осіб, які шукають політичного притулку. Можна з упевненістю сказати, що права людини вважаються застосовними в межах критеріїв, які визначає кожна держава¹³. Усі ці проблеми випливають із неправильного застосування механізму реалізації культурних прав разом із позитивними правами.

На думку Ю. Аданалі, щоб уникнути проблем, було б краще розглядати культурні права як негативні права в конституціях, що відрізняються від традиційного розуміння¹⁴. Втім, такий підхід видається зайве категоричним: застосування крайніх ліберальних підходів у сфері культурних прав містить загрозу позбавлення цих прав важливих гарантій і посилення наявних диспропорцій та суперечок між різними культурними групами населення. Натомість більш плідним та адекватним сучасним реаліям, на наше переконання, є дотримання більш виваженого, «середнього» шляху: слід визнати, що поділ основних прав на негативні та позитивні не враховує специфіку культурних прав людини і громадянина та не відповідає сучасній ролі держави у комплексному їх забезпеченні.

Перш ніж презентувати авторське бачення рамок конституційних культурних прав і свобод, маємо зосередитися на тому, що окремі особи, групи та уряд повинні «заплатити» за культуру та ідентичність з точки зору інструментальної раціональності адже саме вона дає більш реалістичне уявлення про культурну сферу, з якою ми стикаємось. Варто зазначити, що спільна, загальна культура та ідентичність надають такі переваги, як мотивація задоволення, почуття безпечного та захищеного спілкування, однак щоб правильно пояснити культурну поведінку, необхідно проаналізувати витрати, як часто ігнорований аспект культурної сфери.

Загалом вважається, що культура та ідентичність, як джерела як приватних, так і колективних благ, надають задоволення людям, які за це платять. Які саме люди повинні платити за це задоволення? Головна вимога до відповіді на це питання – знайти оптимальну стратегію Парето; тобто одному гравцеві може бути краще тільки тоді, коли не погіршується становище інших гравців¹⁵. Принагідно слід більш конкретно пояснити, що являють собою витрати на культуру та ідентичність, які певною мірою мають оплатити всі суб'єкти культурного життя. З цією метою наведемо деякі приклади витрат, що виникають унаслідок такого типу відносин: індивід-група, індивід-держава, індивід-індивід, група-держава.

По-перше, майже всі люди починають «платити» за культуру та ідентичність з моменту свого народження. Вони повинні підкорятися культурним нормам і правилам, якщо хочуть створювати соціальні мережі або обирають життя у звичному середовищі. Це можна назвати ціною уникнення соціального відчуження. Це значні витрати, які особи повинні сплачувати відповідно до свого вибору, оскільки вже існуюча модель не тільки пропонує легкодоступні альтернативи, але й суворо обмежує їх. Б. Парех зазначає з даного приводу: «Вона (культура. – С. Г.) структурує та формує особистість індивіда та надає їй змісту чи ідентичності. Культура вбудовує індивіда всередину і змушує його або її ототожнюватися з певною групою людей... Крім того, кожна культура також є системою регулювання. Він схвалює чи не схвалює певні форми поведінки та способу життя, прописує правила та норми, що регулюють людські стосунки та діяльність, та накладає на них цілі шляхом винагороди та покарання»¹⁶.

Якщо культуру та самобутність, які існували раніше і були заздалегідь визначені, держави просували і запроваджували на окремих осіб через свої конституції, то витрати були б для них зайве великими. Назвати себе заколотником серед інших не становитиме труднощів, якщо не дотримуватись певних принципів конституції. Іншими словами, «ті, хто потрапив не з тієї сторони кордону ідентичності, перебували під постійною небезпечкою вторгнення, вигнання, поневолення, «килимового» бомбардування або знищення в таборях»¹⁷. Такий тип конституції здебільшого створюється сучасними державами для відображення конкретних характеристик, прагнень та однорідності суспільства. Х. Арндт описує таку ситуацію, як «завоювання держави нацією»¹⁸, оскільки для неї нація є закритим співтовариством, а держава – відкрита з точки зору національності громадян: її правовий порядок відкритий для тих, хто хоче жити на державному ґрунті.

Не лише дискримінаційні конституційні правила, яких вимагають держави, а й культурна дискримінація між окремими особами – це дуже дорога, витратна поведінка¹⁹. Зазвичай люди вважають, що коли вони не контактуватимуть з «незнайомцями», вони стануть жити безпечніше. Г. Беккер пояснює це наступним чином: «Роботодавець може відмовити у прийнятті на роботу негрів виключно тому, що він помилково недооцінює їх економічну ефективність. Його поведінка є дискримінаційною не тому, що він має упередження до них, а тому, що він не знає їх справжньої ефективності»²⁰. Однак, якщо члени суспільства довіряють один одному і співпрацюють, то соціально-економічні відносини будуть ефективними, а окремі люди будуть обмінюватися своїми благами з широкою групою людей, аби заробляти більше. В іншому випадку обмін та транзакції будуть дорогими, оскільки для забезпечення безпеки необхідно докласти додаткових зусиль.

Крім того, держави зазнають витрат за прийняття ними рішень щодо культури та ідентичності. По-перше, визнання культурної автономії меншин на урядовому рівні коштує дорого, адже існування різних

ідентичностей у країні спричиняє обмеження у формуванні єдиної та спільної ідентичності для контролю більшості. Визнання інших етнічних та культурних груп також вимагає компромісу від інших членів суспільства, а відтак обмежує деякі проекти та політику, котрі можуть бути корисними для всіх, тобто розвиток міжкультурного діалогу може здатися ризикованим для малих культурних груп. Здебільшого ці спроби унеможливаються меншинами на тій підставі, що вони ризикують втратити свої властивості²¹.

По-друге, на рівні більшості впровадження нормативних актів з питань національної культурної політики спричиняє перевитрати держави на культурну діяльність, а не на приватний сектор. У цих актах держави зобов'язуються сприяти культурному розвитку та популяризувати національну спадщину, туризм, мистецтво, ремесло та іншу культурну діяльність шляхом національної чи місцевої діяльності для більшості. Усі ці зобов'язання спрямовані на побудову нації навколо однієї культури та ідентичності. Щороку дедалі більше бюджетних коштів виділяються міністерствам, громадським організаціям та приватному сектору. Якщо ці зобов'язання виконуються в полікультурному суспільстві, складність забезпечення загальних благ для всіх зростає.

Вище ми коротко згадали про різні види витрат, спричинених діяльністю держави у сфері культури. Ці витрати можна класифікувати як витрати на мікрорівні. Але є ризик тиранії більшості, тож вартість культурної сфери є більш складною. Інструментальна раціональність у політико-правовій сфері переконливо демонструє, що існує ризик тиранії більшості, котра є результатом невдачі перетворення раціональних уподобань особи на колективні рішення навіть у демократичних державах.

Одним із випадків є те, що особи, котрі мають подібну культурну ідентичність, можуть вважати за краще поводитися подібно, щоб уникнути витрат на соціальне відчуження. Так, люди можуть вважати, що колективні дії надають більше переваг, які не можна отримати в результаті розрізної поведінки індивідів. Якщо ці люди становлять більшість і вирішують поводитися так само, як блок, наприклад, на виборах, щоб сформувати політичну структуру відповідно до своїх бажань, то це може створити загрозу панування більшості в розділеному суспільстві. Дж. Ельстер пояснює з даного приводу: «Навіть коли групи діють для просування своїх інтересів, вони схильні публічно сперечатися з точки зору неупереджених цінностей. Коли великі партії виступають за мажоритарну систему, вони посиляються не на інтереси великих партій, а на зацікавленість країни у стабільному уряді. І навпаки, невеликі партії, які виступають за пропорційні вибори, не посиляються на інтереси невеликих партій, а на цінності демократії та широкого представництва. Партії з сильним кандидатом у президенти регулярно сперечаються про потребу країни в сильній виконавчій владі. Натомість інші сторони посиляються на небезпеку сильної виконавчої влади»²².

Хоча в літературі з приводу культури та ідентичності питання меншин і культурних груп сприймаються як найбільш суперечливі, а дискусії ведуться навколо того, чим керуються меншини та групи або як вони інтегруються, представлена дискусія показує, що не менш проблемним питанням є більшість як потенційна загроза демократії. Ця загроза вимагає пояснення щодо того, хто є носієм культурних прав: колективи чи окремі особи.

Загальна точка зору передбачає, що культурні права – це групові (колективні) права, тобто культурними правами володіють лише члени культурних груп. Іншими словами, ця точка зору передбачає, що культурні права можна отримати, а ідентичність можна зберегти лише завдяки діяльності культурних груп. Сьогодні національні та міжнародні інституції більше схиляються до такої точки зору і відкриті для переговорів щодо культурних прав з відповідними групами та їх представниками. Крім того, під гаслами свободи, мультикультуралізму та різноманітності культурні групи заохочуються до отримання власної автономії, припускаючи, що всі особи в групі вічно дотримуватимуться одних і тих самих принципів. В іншому випадку держави повинні звільняти автономні групи від дії певних законів та надавати їм кошти на їх культурну діяльність. Однак, коли ми по-філософськи запитуємо, які джерела цих прав та які нормативні підстави вважати культурні права груповими, знайти відповідь вкрай непросто.

Один підхід стверджує, що індивіди добровільно ототожнюють себе з групою та її нормами через свою схильність до соціалізації. Відповідно, вони вирішують жити разом, аби відчувати себе в безпеці. У цьому плані культурні групи – це невіддільні частини суспільства, за допомогою яких люди соціалізуються та об'єднуються. Але цей підхід все ще не дає відповіді, яку ми шукаємо, оскільки він не переконує в тому, чому саме ми повинні прийняти певну групу прав, а саме культурні права, як групові права. На жаль, антропологічна та соціологічна література щодо культури та ідентичності в цьому плані теж не така корисна. Дослідники наводять детальні окремі випадки, щоб зрозуміти різноманітні суспільства та різні способи життя. Однак, інтерпретуючи окремі випадки, вони уникають відповідних узагальнень, у тому числі не пояснюють, чому культурні права сприймаються як групові²³.

Якщо поглянути на цю тематику з філософської точки зору, то виникають дві проблеми: одна – це ірраціональність, інша – дискримінація. Перша проблема виникає внаслідок нераціональності розгляду культурних прав як невіддільних від колективів. Хоча люди індивідуально поведуться раціонально, колективні результати без відповідних правил та обмежень можуть бути ірраціональними. Тобто, ідея, що «індивідуальний інтерес дорівнює колективній дії чи колективна дія обов'язково породжує колективне благо» – це всього лише міф²⁴. Інша проблема розгляду культурних прав як групових прав впливає з двох різних видів дискримінації: групової та позагрупової. Прикладом групової дискримінації можна вважати дискримінаційну поведінку стосовно тих, хто не хоче слідувати культурним принципам групи, навіть якщо вони є її членами. Суперечливість тут полягає в судженні, ніби все в культурі є цінним і вартим збереження для наступних поколінь.

Насправді такий метафізичний підхід не враховує змінюваність культурних цінностей та орієнтирів під впливом різних факторів історичного розвитку суспільства.

Дискримінація поза групою є більш очевидною, ніж у групі, оскільки, коли культурна група отримує свою автономію з правами та привілеями, світ набуває додаткової дискретності: «чорні проти білих» або «ми проти інших» для групи. Група конститується в опозиції до інших. Таким чином, хоча надання культурних прав групі прагне відкрити шлях до свободи вираження поглядів та демократії, це закінчується дискримінацією. Ця ситуація дедалі більше загострюється в разі, коли група здобуває свої культурні права в результаті переговорів чи інших політичних механізмів. Крім того, якщо ця група досягне більшості та здобуде право на створення нації, то, ймовірно, вона буде використовувати різні державно-владні інструменти для підтримки, посилення та просування культурної практики своєї більшості відповідно до нібито «бажання більшості». Поки культурні практики більшості підтримуватимуться цією більшістю, інші групи будуть обмежені та перебуватимуть поза законом, що призведе до того, що вони будуть визнані небажаними меншинами.

У результаті виникає потреба перевірити культурну сферу на послідовність, що вимагає від нас визнання культурних прав без дискримінації в групі чи поза групою. Крім того, також вимагається, щоб певні культурні права мали сприяти рівновазі між різними членами суспільства, ідентичностями та культурами, щоб уникнути небезпеки потенційної нераціональності більшості. Отже, конституційне втручання з метою стримування подібної практики не можна назвати порушенням культурних прав. Скоріше, є вагомі підстави враховувати обмеження для поведінки суб'єктів у сфері культури.

На наш погляд, теорія конституційних культурних прав людини і громадянина має спиратися на такі особливості:

1. Культурні права має кожна особа, оскільки культура є невід'ємною частиною її ідентичності та особистості. Говорячи, що особа має право, ми стверджуємо, що вона є моральною, відповідальною особою, здатною робити свої переваги зручними для себе.

2. Культурні права – це індивідуальні права, і вони ґрунтуються на індивідуальних інтересах та уподобаннях. Незважаючи на деякі аргументи про те, що права особи можуть бути реалізовані лише в групі чи суспільстві, ми переконані в тому, що простір свободи, прийняття індивідуальних раціональних рішень, свобода волі настільки ж необхідні, як і культурний контекст, у якому особи можуть реалізувати свої культурні права²⁵.

3. Культурні права не можуть бути класифіковані як виключно негативні чи позитивні права. З одного боку, їх варто обмежувати лише нормами, щодо яких у суспільстві досягнуто консенсусу. Конституційно-правові норми мають визначати сферу реалізації прав і свобод особи в суспільному житті, тим самим запобігаючи спробам держави порушувати цю сферу. З іншого боку, культура та культурні права мають бути чітко визначені в рамках, що протистоїть порушенню прав та інтересів особи. На державу має бути покладено обов'язок усіляко сприяти вільному культурному розвитку особи і водночас захищати суспільство від деструктивних і руйнівних проявів цієї свободи.

4. Культура – це не те, що має певну фіксовану сутність, яка є незмінною, поза простором і часом. Навпаки, культура та культурна ідентичність – це історично змінювані суспільні реалії, які зазнають постійних трансформацій згідно з вибором індивідів. Оскільки культурні ідентичності є суспільно сконструйованими та індивідуально обраними й прийнятими, вимоги щодо культурних прав не можна придушувати або ігнорувати з метою створення однорідного (моністичного) суспільства.

5. Держава має утримуватись від зайвого втручання в культурний простір, як це має місце у випадку з негативними правами, у цьому контексті вона повинна приймати культурні права в аспекті негативних прав. Культура та культурні права повинні бути предметом переваги на рівні індивідуальної раціональності та свободи, а політичні структури відповідальними за підготовку ґрунту, на якому індивіди роблять свій раціональний і вільний вибір.

6. Наведені вище міркування передбачають вжиття певних політико-правових та організаційних заходів, у тому числі через конституцію, для запобігання політизації культури та ідентичності. Серед них: децентралізація колективного прийняття рішень у сфері культури; «культурне вирівнювання», тобто сприяння випереджаючому зростанню бідніших культурних груп; забезпечення доступу всіх членів суспільства до ресурсів та ринків; скорочення культурних конфліктів та їх вирішення виключно в мирний, правовий спосіб.

Висновки і пропозиції. Без належного розуміння індивідуальних культурних потреб та поведінки, що лежать в основі відповідних суспільно-політичних процесів, запропоновані рішення будуть лише тимчасовими. З цієї причини спочатку держава повинна зайняти нейтральну позицію щодо культурних спільнот і взяти на себе роль посередника; тільки тоді вона може привести представників усіх сторін до комунікативної платформи, де можна проаналізувати та подолати динаміку конфліктів. Лише після цього ми можемо сподіватися, що наприкінці цього процесу міжкультурної комунікації глибинні причини культурних конфліктів можна буде зрозуміти та переосмислити, а образ іншого як ворога можна побороти, відновивши взаємну довіру й повагу.

Переважну більшість колективних (групових) культурних прав, включених до міжнародного Білля про права та національних конституцій, можна розглядати як права, в реалізації яких можуть брати участь члени групи, або права, які представляють інтереси їх членів, а не права, які належать безпосередньо та конкретно самій групі. І в цьому сенсі культурні права мало відрізняються від інших категорій основних прав людини і громадянина. Водночас більш доцільно тлумачити ідентичність, культуру та культурні права як продукт

індивідуальних уподобань особи. Інакше почуття і страх відчуження, відсутність соціального статусу, відсутність голосу, нездатність впливати на спільні процеси прийняття рішень і спільну долю, неможливість створити нову соціокультурну продукцію змусили б людей схилитися до конкретних політико-правових норм. Ці нахили та вимоги є політичними за своєю суттю і створюють конфлікти, які важко вирішити. Тому важливо, щоб відносини між окремими особами, культурними спільнотами та державою з точки зору основоположних культурних прав отримали міцну конституційну основу, котра забезпечувала поєднання єдності політичної нації з мультикультуралізмом та гарантувала культурну ідентичність відповідних спільнот та індивідів.

¹ Adanali Y.K. Constitutional cultural rights. *The Journal of Academic Social Science*. 2016. Vol. 28. P. 365–378. P. 365.

² Preuss U.K. The politics of constitution making: transforming politics into constitutions. *Law & Policy*. 1991. Vol. 13/2. P. 107–123.

³ Frede D. Citizenship in Aristotle's politics. *Aristotle's Politics: Critical Essays* / ed. R. Kraut, S. Skultety. USA: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2005. P. 167–184. P. 170.

⁴ Nolan A. Holding non-state actors to account for constitutional economic and social rights violations: experiences and lessons from South Africa and Ireland. *International Journal of Constitutional Law*. 2014. Vol. 12(1). P. 61–93.

⁵ Habermas J. Citizenship and national identity: some reflections on the future of Europe. *Theorizing Citizenship* / ed. R. Beiner. Albany: State University of New York Press, 1995. P. 255–282. P. 256.

⁶ Roback J. Racism as rent seeking. *Economic Inquiry*. 1989. Vol. XXVII. P. 661–681. P. 665.

⁷ Barry N. P. Introduction to modern political theory. New York: Macmillan Education, 1989. 340 p. P. 225–232.

⁸ Universal Declaration of Human Rights. Adopted by the United Nations General Assembly as Resolution 217 during its third session on 10 December 1948. URL: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

⁹ Künnemann R. A coherent approach to human rights. *Human Rights Quarterly*. 1995. Vol. 17(2). P. 323–342.

¹⁰ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966. URL: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

¹¹ International Covenant on Civil and Political Rights. Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966. URL: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

¹² Van Dyke V. The cultural rights of peoples. *Universal Human Rights*. 1980. Vol. 2(2). P. 1–21. P. 2.

¹³ Baumann G. The multicultural riddle: rethinking national, ethnic, and religious identities. New York: Routledge, 1999. P. 5–15.

¹⁴ Adanali Y.K. Constitutional cultural rights. *The Journal of Academic Social Science*. 2016. Vol. 28. P. 365–378. P. 372.

¹⁵ Roback J. Racism as rent seeking. *Economic Inquiry*. 1989. Vol. XXVII. P. 661–681. P. 662.

¹⁶ Parekh B. Rethinking multiculturalism. Cambridge: Harvard University Press, 2000. 400 p.

¹⁷ Isiksel N.T. Europe's functional constitution: a theory of constitutionalism beyond the state. Unpublished PhD diss. USA: Yale University, 2010. 280 p.

¹⁸ Arendt H. The nation. *The Review of Politics*. 1946. Vol. 8 (1). P. 138–141.

¹⁹ Ulusoy E. Post-modern transformation of citizenship in the context of relations of modernism and power. *The Journal of Academic Social Science*. 2016. Vol. 22. P. 312–334. P. 318.

²⁰ Becker G.S. The economics of discrimination. Chicago & London: The University of Chicago Press, 1971. 178 p. P. 16.

²¹ Preiss J.B. Multiculturalism and equal human dignity: an essay on Bhikhu Parekh. *Res Publica*. 2011. Vol. 17. P. 141–156. P. 143.

²² Elster J. Forces and mechanisms in the constitution-making process. *Duke Law Journal*. 1995. Vol. 45 (2). P. 364–396. P. 365.

²³ Lichbach M.I., Zuckerman A.S. Research traditions and theory in comparative politics: an introduction. *Comparative politics: rationality, culture and structure* / eds. M.I. Lichbach, A.S. Zuckerman. USA: Cambridge University Press, 1997. P. 3–18. P. 7.

²⁴ Levi M. A model, a method, and a map: rational choice in comparative and historical analysis. *Comparative politics: rationality, culture and structure* / eds. M.I. Lichbach, A.S. Zuckerman. USA: Cambridge University Press, 1997. P. 19–41. P. 20.

²⁵ Oestreich J.E. Liberal theory and minority group rights. *Human rights quarterly*. 1999. Vol. 21(1). P. 108–132. P. 117.

Резюме

Гордіюк С.А. Конституція і культура в аспекті прав людини.

Культурні права поряд з економічними і соціальними правами розглядаються в тій самій категорії, що й позитивні права, відповідальність за їх дотримання покладається на державу. На відміну від цього підходу, в даній статті обґрунтовується, що культурні права мають бути захищені від зайвого втручання держави з метою забезпечення ідентичності культурних спільнот та індивідів. Здійснено спробу побудувати концептуальну основу для формування державної політики, що перешкоджає надлишковому втручанню держав у культурну сферу і забезпечення культурних прав як для більшості, так і для меншин. Доводиться важливість того, щоб відносини між окремими особами, культурними спільнотами та державою з точки зору основоположних культурних прав отримали міцну конституційну основу, котра забезпечувала б поєднання єдності політичної нації з мультикультуралізмом та гарантувала культурну ідентичність відповідних спільнот та індивідів.

Ключові слова: права людини, культурні права, культурна ідентичність, конституція, мультикультуралізм.

Резюме

Гордіюк С.А. Конституция и культура в аспекте прав человека.

Культурные права наряду с экономическими и социальными правами рассматриваются в той же категории, что и положительные права, ответственность за их соблюдение возлагается на государство. В отличие от этого подхода, в данной статье обосновывается, что культурные права должны быть защищены от излишнего вмешательства государства с целью обеспечения идентичности культурных сообществ и индивидов. Предпринята попытка построить концептуальную основу для формирования государственной политики, препятствующей избыточному вмешательству государств в культурную сферу и обеспечения культурных прав как для большинства, так и для меньшинств. Доказывается важность того, чтобы отношения между

отдельными лицами, культурными сообществами и государством с точки зрения основных культурных прав получили прочную конституционную основу, которая обеспечивала бы сочетание единства политической нации с мультикультурализмом и гарантировала культурную идентичность соответствующих сообществ и индивидов.

Ключевые слова: права человека, культурные права, культурная идентичность, конституция, мультикультурализм.

Summary

Serhiy Hordiyuk. Constitution and culture in the human rights aspect.

Cultural rights, along with economic and social rights, are considered in the same category as positive rights, and the state is responsible for their observance. In contrast to this approach, this article substantiates that cultural rights should be protected from unnecessary state interference in order to ensure the identity of cultural communities and individuals. An attempt has been made to build a conceptual framework for the formation of state policy, preventing excessive state interference in the cultural sphere and ensuring cultural rights for both the majority and minorities.

Without a proper understanding of the individual cultural needs and behaviors that underlie the respective socio-political processes, the proposed solutions will only be temporary. For this reason, the state must first take a neutral position with respect to cultural communities and assume the role of mediator; only then can it lead representatives of all parties to a communication platform where the dynamics of conflicts can be analyzed and overcome. Only then can we hope that at the end of this process of intercultural communication, the deep causes of cultural conflicts can be understood and rethought, and the image of the other as an enemy can be overcome, restoring mutual trust and respect.

The article notes that cultural rights cannot be classified as exclusively negative or positive rights. On the one hand, they should be limited only by norms on which consensus has been reached in society. Constitutional and legal norms should determine the sphere of realization of individual rights and freedoms in public life, thus preventing attempts by the state to violate this sphere. On the other hand, culture and cultural rights must be clearly defined in a framework that opposes the violation of the rights and interests of the individual. The state must be obliged to promote the free cultural development of the individual and at the same time to protect society from the destructive and destructive manifestations of this freedom.

The author proves the importance of the relations between individuals, cultural communities and the state from the point of view of fundamental cultural rights to receive a solid constitutional basis, which would ensure the combination of the unity of a political nation with multiculturalism and guarantee the cultural identity of the respective communities and individuals.

Key words: human rights, cultural rights, cultural identity, constitution, multiculturalism.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.18

УДК 342.4

І.В. ЗВОЗДЕЦЬКА

*Ірина Володимирівна Звоздецька, викладач відокремленого структурного підрозділу «Фаховий коледж Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича»**

ІНТЕГРАТИВНА ФУНКЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Конституційне право України в системі вітчизняного права володіє особливим статусом та сукупністю якостей, що дають змогу не тільки відрізнити його від інших елементів системи, а й визначити провідне місце в механізмі правового регулювання суспільних відносин. Такі характерні риси цієї основоположного галузі права пояснюються функціональними особливостями норм даної галузі та змістом тих суспільних відносин, які ними регулюються. У свою чергу, динаміка змін предмета правового регулювання конституційного права вказує на трансформацію не тільки цієї галузі права, а й інших елементів системи права, що є підтвердженням її інтеграційних якостей та особливого статусу серед всіх інших галузей як приватного, так і публічного права. Зазначимо, що трансформація основоположних політичних, економічних, соціальних, національних та інших відносин викликала потребу формування відповідної правової бази, визначення нових підходів до правового регулювання суспільних відносин. Це зумовило прийняття на основі Конституції України великої кількості нових законів та інших нормативно-правових актів¹. В останні роки характеристика зазначених закономірностей зазнала змін, що, відповідно, актуалізувало й зміну доктринального тлумачення проблем конституційно-правових досліджень у цій царині.

Конституційне право будь-якої сучасної країни – це основна галузь права держави, яка представляє собою сукупність юридичних норм, що закріплюють політичну систему суспільства, економічну систему держави, форму правління, форму територіального устрою, правовий статус особи, виборче право, виборчу систему, політичний режим й інші найважливіші інститути даної держави². Методологічну основу розуміння і визначення конституційного права, установлення його місця в системі права та взаємодії з іншими її елементами становить сукупність концептуальних положень, що формуються на поглиблених знаннях про сут-

© І.В. Звоздецька, 2021

* *Iryna Zvozdetska, Lecturer of the Professional College of Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University*

ність права, його систему, елементи тощо. Оновлення доктринальних знань відбувається в умовах позиціонування правовою наукою як традиційних, так і синтетичних теорій, що пояснюють різні юридичні проблеми. До таких проблем зокрема належать інтегративні теорії, що обґрунтовують трансформацію природи держави і права загалом.

На думку провідних учених-конституціоналістів, поряд із загальними ознаками конституційному праву України властиві й специфічні ознаки, зокрема, такі: 1) конституційне право є галуззю публічного права; 2) предметом правового регулювання конституційного права є найважливіші суспільні відносини у політичній та інших сферах суспільного і державного ладу; 3) наявність як імперативного, так і диспозитивного методів правового впливу на суспільні відносини; 4) конституційне право України має доволі розгалужену систему; 5) наявність особливої системи галузевих джерел права, основним з яких є Конституція України; 6) функції конституційного права України поширюються на всі або на більшість сфер суспільного та державного життя України; 7) широке коло суб'єктів відповідних галузевих правовідносин; 8) окрім галузевої конституційно-правової відповідальності, порушення норм конституційного права України має своїм наслідком настання інших видів публічно-правової відповідальності: кримінальної, адміністративної та дисциплінарної; 9) здійснює системотворчу функцію щодо інших публічних і приватних галузей національного права; 10) відіграє винятково важливу роль у суспільстві та державі, оскільки постає одним із основних чинників консолідації громадянського суспільства й розбудови демократичної, соціальної, правової держави³. Для характеристики будь-якої галузі права найважливішим є визначення сфери регульованих нею суспільних відносин, тобто предмета правового регулювання.

З опорою на новітні концепти предмета конституційного права вибудовується логічна послідовність пояснення природи конституційно-правових норм, визначення домінуючого положення конституційного права в системі вітчизняного права. У таких умовах особливої актуальності набувають проблеми інтегративних властивостей конституційного права крізь призму виконуваних функцій.

Принагідно зазначимо, що норми конституційного права виконують установчу функцію, що забезпечує першооснову, можливість і вихідні основи правового регулювання всієї системи суспільних відносин у всіх сферах їх прояву: економічній, політичній, соціальній тощо. З урахуванням цієї особливості вибудовується інституційна система самого конституційного права і відбувається побудова правового простору.

Особливість предмета конституційного права полягає в тому, що конституційно-правове регулювання у різних сферах життя не є однаковим за своїм обсягом. Максимально повно конституційне право регулює політичні відносини, що пов'язані з державним устроєм, організацією публічної влади, політичної системи суспільства тощо. В той час як в інших сферах життєдіяльності ним регламентуються лише основні, базові, фундаментальні суспільні відносини, тобто ті, які визначають зміст всіх інших відносин у відповідній сфері та утворюють фундамент системи суспільних відносин, що підлягають правовому впливу. Так, наприклад, в економічній сфері конституційне право визначає засадничі принципи економіки, економічні права людини, форми та об'єкти права власності тощо. А в повному обсязі правове регулювання економічних відносин здійснюється цивільним, господарським, фінансовим та іншими галузями права⁴. Отож, норми конституційного права виконують також системоутворювальну функцію, суть якої полягає в тому, що такі норми, первинно представлені в конституційному праві, отримують свій розвиток і конкретизацію в нормах інших галузей вітчизняного права. Наприклад, норми Конституції України, що закріплюють основні права громадян України, які знаходять свою конкретизацію у нормах практично кожної галузі права (наприклад, право на освіту конкретизується в освітньому праві; право на соціальне забезпечення і захист конкретизується в трудовому праві тощо)⁵. Зрештою, кожна з галузей права знаходить свій початок у нормах конституційного права України.

Традиціоналізм конституційного права виражається в тому, що його норми володіють вищою юридичною силою, всі інші норми права не повинні їм суперечити. Нормами конституційного права утверджуються найважливіші цінності – права людини, які отримують свій подальший розвиток у нормах інших галузей права і тому є для них вихідними. Зазначену властивість конституційно-правових норм доповнено сьогодні тим, що вони встановлюють систему джерел права, на верхній якій універсальне для всіх галузей джерело – Конституція України. При цьому забезпечена унікальність системи джерел самого конституційного права, в числі яких, крім Конституції України, такі специфічні джерела, як норми міжнародного права (на підставі ст. 9 Конституції України)⁶.

Зауважимо, що завдяки зазначеним особливостям конституційно-правовою наукою свого часу було обґрунтовано модель системи радянського права, представлена у вигляді піраміди, очолюваної державним правом.

Інтегративна функція зумовлює розвиток предмета правового регулювання конституційного права, що включає: 1) відносини, які виражають основи конституційного ладу, основи правового статусу особи, основи організації державної влади та місцевого самоврядування; 2) відносини, що виникають з приводу формування та реалізації форми державного устрою, функціонування органів законодавчої влади та інститутів безпосередньої демократії.

Складність, ієрархічність і багаторівневість предмета конституційно-правового регулювання, що об'єднує відносини, в яких проявляється вся палітра взаємодії особи, суспільства і держави, зумовили не тільки зазначені вище якості норм конституційного права, але і проблему дефінування самого предмета конституційного права. Сутність цієї проблеми у тому, що специфіка норм конституційного права позбавляє часом

можливості чіткого встановлення меж конституційно-правового регулювання. Це дає змогу зараховувати до предмета цієї галузі не властиві їй відносини, наприклад, відносини, пов'язані зі встановленням основ адвокатської діяльності (у контексті адвокатської монополії). Але іноді доводиться спостерігати ситуацію, коли відносини, що потребують за своїм суспільно-політичним статусом і значущістю конституційно-правового регулювання, на жаль, залишаються за межами предмета цієї галузі права, або відрізняються мізерністю і недостатністю конституційного уваги (наприклад, освітні відносини дедалі частіше досліджуються крізь призму адміністративного права, у той час як право на освіту – це конституційне право людини закріплене в розділі другому Основного Закону).

Вирішення означеної проблеми сприятиме ефективності механізму інтегрування конституційного права в інші елементи системи права на основі історично сформованих критеріїв їх видового поділу і з урахуванням параметрів, трансформованих в процесі інтеграції. Важливо при цьому пам'ятати, що для конституційного права його традиційні галузеві характеристики, як елемента системи права, є відправними і домінуючими. Саме вони впливають на формат співвідношення конституційного права з різними елементами системи права.

Сьогодні поділ права на складові його підсистеми не тільки в контексті їх історичної обумовленості, але головним чином з урахуванням інтегративних підходів до обґрунтування самого права і породжуваних ним явищ виводить юридичну науку на новий рівень елементної будови системи права – критерієм систематизації пропонуються типологічні ознаки групи галузей або підсистем, а елементами системи права стають типи права, зумовлені вимогами часу⁷.

У контексті цієї тенденції конституційне право пропонують перевести зі статусу галузевого елемента в тип права. Для обґрунтування такої пропозиції наводяться аргументи, що цілком заслуговують уваги⁸. На додаток зазначимо, що інтегративні якості конституційного права дають йому змогу представляти різні види типів права. В межах того чи іншого типу галузей права відбувається внутрішній більш детальний поділ на галузі та інститути. Такий розподіл став необхідним тому, що традиційні галузі та інститути виявилися не в змозі вмістити все різноманіття норм, а також ознак галузі права. Відокремлення типів права стало можливим в результаті інтеграції і самоорганізації, що відбуваються в праві і які мають в своїй основі самоорганізацію суспільних відносин і явищ.

Зміст системи конституційного права розкривається через характеристику її елементів за допомогою категорії «структура системи права»⁹. Задля побудови такої структури юридична наука пропонує низку елементів, кожен із яких в системі права виконує певне призначення.

Наука конституційного права під системоутворювальними елементами системи конституційного права розуміє: норми права, правові інститути, галузі права. Для більш поглибленої диференціації правового матеріалу застосовуються і такі елементи як підгалузь, підінститут, субінститут, які можна назвати допоміжними, тобто елементами другого порядку.

Важливо враховувати певну супідрядність, тобто ієрархію зазначених елементів. З норм права формується сукупність, іменована галуззю права, що має свою внутрішню будову, в якій норми входять до інститутів як елементів другого порядку. З урахуванням особливої складності конституційного права воно може поділятися на підгалузі, що об'єднують певну частину інститутів, а інститути – на підінститути¹⁰. Кожен із перерахованих елементів у свою чергу складається з конституційно-правових норм. У підсумку завершеним правовим утворенням стає галузь конституційного права, яка, відрізняючись своєю внутрішньогалузевою структурою, включається в загальну систему права. Крім того, формування внутрішньогалузевих конституційно-правових елементів, (тобто поділ норм на підгалузі, інститути, підінститути) вказує ще й на етапи процесу створення конституційного права як елемента загальної системи права.

Отже, первинним елементом у системі конституційного права є норми цієї галузі. Це дуже специфічний елемент, за своїми ознаками відмінний від усіх інших елементів, але об'єктивно необхідний для створення будь-якого іншого елемента в системі конституційного права. Норми конституційного права являють собою вихідний «будівельний матеріал», своєрідні «цеглинки», з яких формуються всі інші – прості, більш складні, масштабні елементи системи конституційного права. У свою чергу, ці «інші» елементи (тобто всі, окрім норм) стають в ієрархію над правовими нормами, що й становлять у сукупності конституційне право як галузь права. У результаті невпорядкована сукупність норм набуває впорядкованості – створюється система галузі конституційного права. З огляду на це, відбувається так звана технологічна побудова системи цієї галузі права, яка потім інтегрується в практику систематизації інших елементів системи права і системи законодавства.

Незважаючи на те, що визначення норми права в теоретико-правовій науці належить до числа досить усталених¹¹, важливо пам'ятати, що норму права не слід розуміти спрощено, орієнтуючись тільки на те, що вона є «елементарним» правилом поведінки суб'єктів права¹². Інтегративна якість норми як елемента системи права в цілому і конституційного, зокрема, полягає у тому, що вона не тільки забезпечує первинність правового регулювання суспільних відносин, а й визначає необхідні вектори подальшого процесу правового регулювання. З цього погляду норма права є відправною засадою для наступних етапів правової регламентації, розширюючи і завершуючи останню, а в необхідних випадках змінюючи параметри і зміст правового регулювання.

У нормі конституційного права, як і в будь-якій іншій нормі права, є три найважливіші її складові: а) первинна модель суспільних відносин та місце в ньому суб'єкта права; б) правила їх поведінки; в) заходи

юридичної відповідальності, застосування яких стає можливим у разі порушення суб'єктом правил поведінки, що містяться у відповідній нормі.

При цьому ступінь узагальненості суспільного відношення, представленого в нормі конституційного права, може бути різний, що розцінюється як одна із особливостей конституційно-правових норм. Більш високий ступінь узагальненості представлено в нормах-принципах, нормах-цілях, нормах-дефініціях¹³. Норма, що закріплює конкретне правило поведінки, наприклад, заборона на агітацію в день виборів або обмеження принципу подвійного громадянства, в силу схематичності викладу правила поведінки, є меншою узагальненою.

У підсумку ми маємо два різновиди норм, відмінності між якими зорієнтовані на третій компонент, тобто на заходи відповідальності і умови їх застосування. Норми першої категорії, як правило, не містять цього компонента. Для норм другої категорії він є обов'язковим.

Зазначена особливість характерна передусім для норм конституційного права, тому конституційно-правова наука пропонує спеціально обґрунтовану концепцію особливостей норм конституційного права, що відрізняють ці норми від норм інших галузей права¹⁴. Таке твердження зумовлює розуміння особливостей структури конституційно-правових норм, їх змісту і функцій.

Норми конституційного права, як первинний елемент його системи, піддаються систематизації, що являє собою розподіл цих норм на окремі сукупності (групи) за інституційною або підгалузевою ознакою. З урахуванням цього уявлення про систему конституційного права складається на основі знань, по-перше, про норми цієї галузі права, по-друге, про галузеві елементи конституційного права, що сформовані та включаються в систему.

Таким чином, система конституційного права як категорія забезпечує стійкість і стабільність внутрішньосистемних зв'язків, інформаційну взаємодію елементів, спадкоємність у їх розвитку та оновленні, послідовність і завершеність правового регулювання суспільних відносин, досягнення ефективності правозастосування. У результаті ця система виконує роль «дорожньої карти», яка сприятиме застосуванню саме тієї норми, яка наразі регулює певні суспільні відносини.

¹ Майданник О.О. Конституційне право України: навч. посіб. Київ: Алерта, 2011. С. 8.

² Конституційне право : підручник / О.С. Бакумов, Л.Д. Варунц, Т.І. Гудзь та ін.; за заг. ред. О.С. Бакумова, Т.І. Гудзь, М.І. Марчука ; передм. М.І. Марчука / МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2019. С. 7.

³ Конституційне право України: навч.-метод. посіб. для здобувачів вищої освіти / за ред. Д.С. Терлецького. Одеса, 2020. С. 28.

⁴ Конституційне право України: прагматичний курс: навч. посіб. Одеса: Юридична література, 2017. С. 17.

⁵ Конституція України від 28 червня 1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>

⁶ Конституція України від 28 червня 1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>

⁷ Дудник Р.М. Галузева диференціація українського права: поняття, рівні і тенденції розвитку: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Одеса, 2016. С. 79–80.

⁸ Бутько Л.В. Особенности типологических признаков конституционного права как элемента системы права. *Наука и образование: хозяйство и экономика; предпринимательство; право и управление*. 2017. № 1 (80). С. 56–61.

⁹ Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М.І. Козюбри. Київ: Ваїте, 2015. С. 142.

¹⁰ Слабко С.М. Структурування системи права: плюралізм підходів. *Порівняльно-аналітичне право*. 2018. № 1. С. 29–31.

¹¹ Вакарюк Л. Норма права та правовий режим: співвідношення понять. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 1. С. 171–176.

¹² Сердюк І.А. Норма права, правова норма і юридична норма: співвідношення понять. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2012. № 1. С. 129–135.

¹³ Подорожна Т.С. Законодавчі дефініції: поняття, структура, функції: монографія. Львів: Паіс, 2009. С. 44.

¹⁴ Годованик Є. Конституційно-правова норма та її відображення в європейському праворозумінні. *Актуальні проблеми правознавства*. 2018. Вип. 1 (13). С. 82.

Резюме

Звоздецька І.В. Інтегративна функція конституційного права України.

У статті досліджено інтегративні якості конституційного права крізь призму функцій та норм цієї галузі. Наголошено, що конституційне право України в системі вітчизняного права володіє особливим статусом та сукупністю якостей, що дають змогу не тільки відрізнити його від інших елементів системи, а й визначити провідне місце в механізмі правового регулювання суспільних відносин.

Зазначено, що методологічну основу розуміння і визначення конституційного права, установлення його місця в системі права та взаємодії з іншими її елементами становить сукупність концептуальних положень, що формуються на поглиблених знаннях про сутність права, його систему, елементи тощо.

Зроблено висновок, що норми конституційного права, як первинний елемент його системи, піддаються систематизації, яка являє собою розподіл цих норм на окремі сукупності (групи) за інституційною або підгалузевою ознакою.

Ключові слова: права і свободи людини, конституція, конституційне право, норма конституційного права, структура права, система права, предмет правового регулювання.

Резюме

Звоздецька І.В. Интегративная функция конституционного права Украины.

В статье исследованы интегративные качества конституционного права через призму функций и норм в этой области. Подчеркивается, что конституционное право Украины в системе отечественного права имеет особый статус и совокупность качеств, которые дают возможность не только отличать его от других элементов системы, но и определить ведущее место в механизме правового регулирования общественных отношений.

Отмечается, что методологическую основу понимания и определения конституционного права, установление его места в системе права и взаимодействия с другими ее элементами представляет совокупность концептуальных положений, формирующихся на углубленных знаниях о сущности права, его системе, элементах и т.д.

Сделан вывод, что нормы конституционного права, как первичный элемент его системы, подвергаются систематизации, которая представляет собой распределение этих норм на отдельные совокупности (группы) за институционным или подотраслевым признаком.

Ключевые слова: права и свободы человека, конституция, конституционное право, норма конституционного права, структура права, система права, предмет правового регулирования.

Summary

Iryna Zvozdetska. Integrative function of the constitutional law of Ukraine.

The article examines the integrative qualities of constitutional law through the prism of the functions and norms of this branch of law. The dynamics of changes in the subject of legal regulation of constitutional law indicate the transformation not only of this branch of law, but also of other elements of the legal system, which confirms its integration qualities and special status among all other branches of private and public law.

It is noted that the methodological basis for understanding and defining constitutional law, establishing its place in the legal system and interacting with other elements is a set of conceptual provisions formed on in-depth knowledge of the essence of law, its system, elements etc. Doctrinal knowledge renewal takes place in the context of legal science's positioning of both traditional and synthetic theories that explain various legal problems. Such problems include integrative theories. The norms of constitutional law perform a constitutive function, which provides the principles, feasibility and fundamentals of legal regulation of the entire system of social relations in all spheres of their display, such as economic, political, social, etc. Taking this feature into account, the institutional system of the constitutional law and legal framework are built.

It is concluded that norms of constitutional law, as the primary element of its system, are systematized, that is divided into separate bodies (groups), on a basis of institution or branch. Considering this, the notion of the system of constitutional law is formed on the basis of knowledge, firstly, about the norms of this branch of law, and secondly, about the branch elements of constitutional law, which are formed and included in the system. Thus, the system of constitutional law as a category ensures the stability of intra-system relations, information interaction of elements, continuity in their development and renewal, consistency and completeness of legal regulation of public relations, achieving effective law enforcement. As a result, this system acts as a "road map" to facilitate the application of the particular norm that currently regulates certain social relations.

Key words: human rights and freedoms, constitution, constitutional law, norm of constitutional law, structure of law, system of law, subject of legal regulation.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.19

УДК 342.565.2: 340.131.5

І.В. ЛЕВАНДОВСЬКА

*Ірина Вікторівна Левандовська, аспірантка
Національного авіаційного університету, головний консультант Управління порівняльно-правового аналізу Секретаріату Конституційного Суду України**

ORCID: 0000-0001-9310-6442

ОКРЕМА ДУМКА СУДДІ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ ЯК ГАРАНТІЯ ПРИНЦИПУ НЕЗАЛЕЖНОСТІ: PRO ET CONTRA

Постановка проблеми та її актуальність. Одним із основних принципів здійснення конституційного судочинства в Україні є його незалежність, яка безпосередньо пов'язана з незалежністю його членів. Реалізація принципів, як відомо, забезпечується гарантіями, які у свою чергу передбачають певну процедуру. В Україні серед таких гарантій виділяють окрему думку судді Конституційного Суду України (далі – КСУ). Показовим є те, що в останні п'ять років майже кожне рішення КСУ ухвалюється разом з окремими думка-

© І.В. Левандовська, 2021

* *Iryna Levandovska, Postgraduate student of National Aviation University, Senior Consultant at Comparative Research Division of Comparative Legal Analysis Department of Secretariat of the Constitutional Court of Ukraine*

ми. Така практика не залишилась не поміченою і неодноразово ставала причиною публічних обговорень та дискусій, де висловлювались як аргументи «за» так і аргументи «проти». Незважаючи на окремі теоретичні напрацювання у даному напрямі, питання окремої думки судді КСУ є малодослідженим та потребує більш ретельного вивчення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, у яких започатковано вирішення даного питання, показав, що такі українські правники, як Д.Д. Лилак, М.В. Тесленко, І.Д. Сліденко, Г.О. Христова, В.М. Шаповал привадили увагу різним аспектам функціонування окремої думки судді КСУ.

Метою статті є аналіз переваг і недоліків окремої думки судді КСУ як гарантії принципу незалежності у сучасних правових реаліях.

Виклад основного матеріалу. Британська енциклопедія визначає концепцію суддівської незалежності як «здатність судів та суддів виконувати свої обов'язки без впливу чи контролю з боку інших суб'єктів, як державних, так і приватних. Цей термін також використовується у нормативному сенсі для позначення тієї незалежності, якою повинні володіти суди та судді»¹. З часом ця концепція була визнана на міжнародному рівні і закріплена, як принцип у низці документів таких, наприклад, як Основні принципи незалежності судових органів (схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада та 13 грудня 1985 р.).

Безумовно, гарантії незалежності судів загальної юрисдикції і їх суддів не є тотожними гарантіям незалежності органів конституційного правосуддя і їх членів, але за метою їх існування (убезпечення від впливу інших гілок влади та різноманітних інституцій) – багато в чому вони є схожими².

Зазначимо, що принцип незалежності у колегіальних конституційних органах розглядається у широкому і вузькому розуміннях. У широкому – це власне незалежність органу від будь-якого зовнішнього впливу та дотримання у своїй діяльності демократичних принципів, іншими словами, його інституційні гарантії, які прямо не впливають на його членів, а у вузькому – незалежність його членів, їхня вірність почуттю справедливості та власній професійній гідності, тобто індивідуальні гарантії, які прямо впливають на незалежність органу загалом. Ці дві складові знаходяться у симбіотичному зв'язку і розглядаються нами як частина і ціле в їхній діалектичній єдності.

Варто зазначити, що в міжнародній і зарубіжній практиці існують різні методологічні підходи до визначення поняття і предмета «окрема думка». Її вивчають як інструмент судової правотворчості, як гарантію принципу гласності або як гарантію принципу незалежності. У межах нашого дослідження вона розглядатиметься у світлі останнього.

Проаналізуємо докладніше основні «за» і «проти», які озвучуються, коли окрема думка члена органу конституційного контролю розглядається як гарантія його незалежності.

Серед аргументів щодо окремої думки як гарантії незалежності найчастіше виділяють наступні:

1. Захист від тиску колег

З точки зору судової незалежності, у межах судової системи окрема думка повинна передусім розглядатися як вираз взаємної незалежності суддів, тобто «незалежності судді від інших суддів». Вона відіграє важливу роль для судді, який залишився у меншості, оскільки у тому числі демонструє його «психологічну незалежність» від колег³. Можливість публікації окремих думок також часто розглядається як свобода вираження поглядів, що гарантує професійну гідність судді, дозволяючи йому висловити свою думку, навіть якщо вона залишається в меншості. Для суддів рішення про публікацію таких думок часто є питанням совісті⁴.

2. Захист від політичного тиску

У цьому контексті незалежність, розглядається з точки зору неупередженості. Судді органів конституційного контролю, призначені певними політичними акторами, можуть відчувати себе зобов'язаними проявляти лояльність та не погоджуватися (погоджуватися), щоб догодити тим, хто їх висунув. Особливо це стосується суддів, які мають шанс бути знову призначеними чи переобраними⁵. За таких обставин окрема думка є дієвим інструментом для того, щоб забезпечити свою професійну гідність і честь від «сумнівних рішень» колег.

3. «Інтелектуальна цілісність» та особиста недоторканність

Окремі думки дозволяють суддям підтримувати свою «інтелектуальну цілісність», передбачаючи для них право не підписувати рішення, аргументи та висновки, які вони не поділяють. З цієї точки зору право на публікацію окремих думок може сприяти незалежності судів, а також підтримці їхньої гарної репутації і в результаті легітимації конституційних судів в очах громадськості⁶.

Доволі часто окрема думка сприймається суддями конституційної юстиції як гарантія їхньої недоторканності. На власне переконання судді Конституційного Суду Угорщини Імре Вореша, захист особистої недоторканності судді – це одна із основних функцій, яку виконує окрема думка. Навіть якщо суддя усвідомлює те, що його думка нікого не зобов'язує і не стане законом, він все одно вважає важливим висловити її публічно, щоб захистити свою особисту недоторканність та гідність. Після завершення своєї каденції, щоб захистити свою особисту недоторканність, як він сам це відмітив, ним було опубліковано збірку своїх окремих думок «*Dixi et salvavi*», що у перекладі з латини означає «Я говорив і врятував свою душу»⁷. Така практика не є поодиноким та незвичною. Так, збірку з окремими думками «Чому я був проти» видав і суддя КСУ Віктор Шишкін. На його переконання, вона покликана привертати увагу громадськості до можливих альтернативних кроків у вирішенні суспільно важливих проблем, на яких наполягав автор, перебуваючи на посаді судді КСУ.

Одночасно з вищезазначеними аргументами висувається низка контраргументів щодо того, що окрема думка виступає гарантією незалежності, серед яких те, що вона:

1. Порушує фундаментальну гарантію незалежності суддів – таємницю нарадчої кімнати

Таємниця нарадчої кімнати є фундаментальною гарантією незалежності та неупередженості судді у процесі здійснення правосуддя. Її суть полягає в тому, що ніхто не вправі впливати на процес прийняття судового рішення у справі або втручатися у нього. Вона передбачає таємницю обговорення та ухвалення рішень, що забезпечує суддів від зовнішнього політичного і приватного впливу та маніпуляцій. Свого часу суддя Верховного Суду Сполучених Штатів Америки Фелікс Франкфуртер зазначав: «Верховний Суд не повинен піддаватись тому тиску публічності, якому підкоряються виконавча влада та конгрес, це є надзвичайно важливим для його ефективного функціонування»⁸. За таких обставин окрема думка підриває легітимність прийнятих рішень та створює умови, за яких орган стає вразливим перед тиском політичних сил, громадськості та ЗМІ, особливо, якщо під час реалізації свого права член органу конституційного контролю вдається до її видового поділу (згідна або незгідна окрема думка). Більшість вчених доходить висновку, що це є, хоч і не головною, але однією із ключових причин того, що в таких країнах, як Італія, Австрія, Франція, Бельгія, Люксембург, Мальта та Нідерланди право члена органу конституційного контролю на окрему думку є забороненим, а ще в ряді європейських країн суттєво обмеженим.

2. Передбачає можливість тиску політичних сил, громадськості та ЗМІ на органи конституційного контролю.

Діттер Грім, суддя у відставці Федерального Конституційного Суду Німеччини, під час свого виступу «Суди під політичним тиском» у Гарвардській школі права зауважив, що встановлення конституційного судового контролю у більшості країн світу було завбачливим рішенням політичних сил, а конституційна юрисдикція стала актом самообмеження, адже прийняття конституцій часто є не диктатом більшості, а скоріше консенсусом, компромісом між більшістю та меншістю.

Той факт, що в момент запровадження конституційного судового контролю політичні суперники домовились, ніяким чином не забезпечує конституційні суди від політичного тиску у майбутньому. Найчастіше це буває у період, коли країни перебувають у глибокій кризі, а вихід із неї вимагає неортодоксальних методів. Тоді конституційні суди виглядають для політиків як перешкода на їхньому шляху до встановлення авторитарної влади в ім'я демократії⁹, а члени органу конституційного контролю перетворюються на мішень, яку потрібно будь-якою ціною переконати прийняти «правильну сторону».

Цей концепт демократії невідомий концепту конституціоналізму, адже конституція встановлює порядок конституційного судового контролю, за якого поправки до неї або законів, що перешкоджають виконанню судом своїх функцій, є неконституційними¹⁰. Та зазвичай це не зупиняє політичні сили на шляху до досягнення своєї мети, а відтак окрема думка із запобіжника від тиску перетворюється на інструмент за допомогою якого цей тиск вчиняється. Суддю висміюють за його позицію, а написане ним піддають різного роду маніпуляціям. Найчастіше це відбувається за допомогою ЗМІ та представників тих чи інших політичних сил.

До таких методів вдаються не тільки політики, а й самі судді у внутрішньо організаційних процедурах, коли більшість не поділяє або вважає «неправильною» позицію колеги. Найчастіше це буває у момент, коли в органі є конфлікти і відсутня єдність поглядів.

В Україні існують безпрецедентні випадки, наприклад, того, що здійснювались спроби притягнути суддів КСУ до дисциплінарної відповідальності за їхні окремі думки, або ж того, що ЗМІ розвертали цілі агітаційні кампанії із закликами, що за написане в окремих думках має настати кримінальна відповідальність. Ці приклади є яскравим доказом того, що у часи маргіналізації і глибоких криз цей інститут із гарантії незалежності суддів перетворюється на загрозу.

3. Перетворюється у механізм для задоволення власних амбіцій членів органу конституційного контролю

Поряд із тим, що окрема думка допомагає суддям зберігати свою «інтелектуальну цілісність», іноді вона перетворюється на механізм для задоволення власних амбіцій і привернення уваги громадськості до власної персони.

Коли йдеться про національні органи конституційного контролю, а не міжнародні судові установи, гарантія незалежності не є основною функцією окремої думки, а скоріше побічною. До головних її завдань вчені відносять збагачення конституційної доктрини, вплив на обґрунтованість рішень та налагодження комунікації з судами.

Просто висловити незгоду в окремій думці недостатньо і неприпустимо, оскільки, на нашу думку, це дійсно сприяє делегітації органу і погіршує його авторитет. Її зміст, на наше переконання, має містити альтернативні прийнятому рішенням обґрунтовані пропозиції та правові позиції, адже мета будь-якого судового рішення – це чітке вирішення правової проблеми, а не відображення результатів голосування.

Колишній Голова Верховного Суду Ізраїлю Аарон Барак, на нашу думку, дуже влучно назвав ті професійні чинники, які визначають моральний, якщо не конституційний обов'язок судді висловити окрему думку: «Суддя Верховного Суду часто питає себе, чи потрібно йому писати окрему думку. Моя позиція полягає в тому, що я не виокремлюю себе від позиції моїх колег тільки тому, що мені не подобається той спосіб, в який вони висловили свою позицію, або я вважаю, що можу зробити це краще. Стилістичні відмінності не повинні бути підставою для написання окремої думки. Звичайно, якщо відмінність у поглядах стосується права, я висловлюю свою думку, навіть якщо вона полягає у повній незгоді з більшістю. Висловившись, якщо певне

питання виникає знову, мені не обов'язково заново викладати свою відмінну думку. Адже у питаннях, в яких стабільність є фактично більш важливою, ніж сутність рішення (а таких випадків доволі багато), я приєднуюсь до більшості без викладення підстав для відмінної думки кожного разу. Тільки якщо моя окрема думка стосується питання, що має особливе значення – і це впливає з суті моєї ролі як судді, – я не відступаю і продовжую викладати підстави своєї незгоди з більшістю: «При виборі між істиною і стабільністю – істина переважає»¹¹.

Висновки. Проаналізовані нами переваги і недоліки того, що окрема думка виступає гарантією незалежності для члена органу конституційного контролю показали, що в українських політико-правових реаліях не варто розглядати окрему думку судді КСУ як гарантію незалежності. На сьогоднішній день ця гарантія несе у собі суттєві загрози для інституційної незалежності органу, адже за допомогою неї здійснюється безпосередній тиск на її членів. При такій постановці питання аргументи «за» втрачають будь-який сенс.

У зв'язку з цим виникає гостра потреба для досліджень у даному напрямі та удосконалення національного законодавства для того, щоб цей принцип та й правовий інститут у цілому виконував свої функції.

¹ Law D.S. (2019, October 17). Judicial independence. Encyclopedia Britannica. URL: <https://www.britannica.com/topic/judicial-independence>

² Бондаренко Б. Гарантії незалежності суддів Конституційного Суду України. *Український часопис конституційного права*. 2017. № 3(4). С. 60–65. С. 61.

³ Laffranque J. (2003). Dissenting Opinions and Judicial Independence. *Juridica International*, VIII, 162–172. P. 169. URL: https://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2003_1_162.pdf

⁴ Kelemen K. (2013). Dissenting Opinions in Constitutional Courts. *German Law Journal*, 14(8), 1345–1371. P. 1360. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2312396

⁵ Šimáčková K. (2021). Dissenting Opinions in Constitutional Courts: A Means of Protecting Judicial Independence and Legitimising Decisions. *Seminar Room (Human Rights Building, Strasbourg) and KUDO Interpretation into English and French*, 1–5. P. 2. URL: https://echr.coe.int/Documents/Intervention_20210415_Simackova_Rule_of_Law_ENG.pdf

⁶ Raffaelli R. (2012). Dissenting Opinions in the Supreme Courts of the Member States. *European Parliament*. P. 53. P. 22. URL: <https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201304/20130423ATT64963/20130423ATT64963EN.pdf>

⁷ Ibid 4. P. 1360.

⁸ Ibid 4. P. 1362.

⁹ Grimm D. «A View from Europe: Courts under political pressure»: [Jurist and scholar Dieter Grimm LL.M. '65 speaks at Harvard Law School]. URL: <https://today.law.harvard.edu/courts-under-political-pressure/>

¹⁰ Ibid 7.

¹¹ Окрема думка судді Конституційного Суду України Шевчука С. В. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) вимогам статей 157 і 158 Конституції України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nf01d710-16#Text>. Barak A. A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy. *Harvard Law Review*. 2002. Vol. 116. Issue 16. P. 31–32.

Резюме

Левандовська І.В. Окрема думка судді Конституційного Суду України як гарантія принципу незалежності: *pro et contra*.

Одним із основних принципів здійснення конституційного судочинства в Україні є його незалежність, яка безпосередньо пов'язана з незалежністю його членів. Реалізація принципів, як відомо, забезпечується гарантіями, які у свою чергу передбачають певну процедуру. В Україні серед таких гарантій виділяють окрему думку судді Конституційного Суду України.

У статті на основі міжнародних досліджень проаналізовано переваги і недоліки окремої думки як гарантії незалежності члена органу конституційного контролю. Зроблено висновок, що в українських політико-правових реаліях не варто розглядати окрему думку судді Конституційного Суду України як гарантію незалежності. На сьогоднішній день ця гарантія несе у собі суттєві загрози для інституційної незалежності органу, адже за допомогою неї здійснюється безпосередній тиск на її членів.

Ключові слова: Конституційний Суд України, окрема думка, принцип незалежності, гарантія незалежності, конституційне провадження, захист від тиску.

Резюме

Левандовская И.В. Особое мнение судьи Конституционного Суда Украины как гарантия принципа независимости: *pro et contra*.

Одним из основных принципов осуществления конституционного судопроизводства в Украине является его независимость, которая непосредственно связана с независимостью его членов. Реализация принципов, как известно, обеспечивается гарантиями, которые в свою очередь предусматривают определенную процедуру. В Украине среди таких гарантий выделяют особое мнение судьи Конституционного Суда Украины.

В статье на основе международных исследований проанализированы преимущества и недостатки особого мнения как гарантии независимости члена органа конституционного контроля. Сделан вывод, что в украинских политико-правовых реаліях не следует рассматривать особое мнение судьи Конституционного Суда Украины в качестве гарантии независимости. На сегодняшний день эта гарантия несет в себе существенные угрозы для институциональной независимости органа, ведь с ее помощью осуществляется непосредственное давление на ее членов.

Ключевые слова: Конституционный Суд Украины, особое мнение, принцип независимости, гарантия независимости, конституционное производство, защита от давления.

Summary

Irina Levandovska. Separate opinion of the judge of the Constitutional Court of Ukraine as a guarantee of the independence principle: pro et contra.

One of the main principles of constitutional justice in Ukraine is its independence, which is directly related to the independence of its members. The enforcement of the principles, as is well known, provided by guarantees, which in turn provide for a certain procedure. In Ukraine, among such guarantees, stands out a separate opinion of a judge of the Constitutional Court of Ukraine. It is noteworthy that in the last five years, almost every decision of the Constitutional Court of Ukraine is taken together with separate opinions. Despite some theoretical developments in this area, the issue of a separate opinion of the judge of the Constitutional Court is poorly studied and needs to be studied more carefully. Such practice has not gone unnoticed and has repeatedly caused public discussions and debates, where both arguments «for» and «against» have been put forward.

The principle of independence in collegial constitutional bodies is considered in a broad and narrow sense. In the broad sense, it is the independence of the body from any external influence and observance of democratic principles in its activities, in other words, its institutional guarantees that do not directly affect its members, and in the narrow sense - the independence of its members, their loyalty to justice and their own professionalism, dignity, that is, individual guarantees that directly affect the independence of the body as a whole. These two components are in a symbiotic relationship and are considered by us as part and whole in their dialectical unity.

The article analyzes the advantages and disadvantages of the fact that a separate opinion is a guarantee of independence for a member of the constitutional review body, which showed that in Ukrainian political and legal realities should not consider a separate opinion of the judge of the Constitutional Court as a guarantee of independence. To date, this guarantee poses significant threats to the body's institutional independence, as it puts direct pressure on its members.

To date, this guarantee poses significant threats to the body's institutional independence, as it puts direct pressure on its members. In this formulation of the question, the arguments "for" lose all meaning.

Key words: Constitutional Court of Ukraine, separate opinion, principle of independence, guarantee of independence, constitutional proceedings.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.20

УДК 342.731

І.Г. ПОСТОРОНКО

*Інна Георгіївна Посторонко, аспірантка Інституту законодавства Верховної Ради України**

ORCID: 0000-0002-3394-2235

СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ФЕНОМЕНОЛОГІЇ МУНІЦИПАЛІЗМУ: ІСТОРИЧНІ ЦИВІЛІЗАЦІЙНО-ЛОКАЛЬНІ ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ ТА ВИЗНАЧЕННЯ

Становлення соціально-поведінкових смислів та наративів, а також концептів і нормативної основи місцевого самоврядування (далі – МСВ), як найважливішого прояву феноменології муніципалізму, об'єктивують та актуалізують, а також контекстуалізують проблематику визначення історичних цивілізаційно-локальних підходів до його розуміння та визначення з метою формування уявлення про виникнення, розвиток, вдосконалення й трансформацію парадигми муніципалізму та зростання його ролі і значення на чотирьох рівнях публічного управління – локальному, регіональному і загальнодержавному, – в умовах демократичної правової державності та універсальному рівні, – в умовах глобалізаційних та інтеграційних тенденцій у світі.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Треба зазначити, що не зважаючи на досить активні процеси щодо дослідження місцевого самоврядування та системи його суб'єктів та органів, системних і комплексних досліджень саме феноменології муніципалізму практично немає. Основні дослідження в цій сфері вітчизняних фахівців присвячено питанням застосування зарубіжного досвіду реформування місцевого самоврядування, визначення його особливостей, проблем розподілу повноважень між інституціями державного, регіонального, місцевого рівнів у процесі децентралізації – саме вони знайшли своє висвітлення у працях таких вчених, як М. Баймуратов, О. Батанов, І. Бутко, І. Галіахметов, К. Головка, І. Грицяк, В. Грובה, О. Ігнатенко, Н. Камінська, В. Кампо, В. Князев, В. Кравченко, В. Куйбіда, О. Лазор, О. Лебединська, В. Мамонова, Н. Нижник, М. Орзіх, М. Пітцик, В. Погорілко, О. Прієшкіна, М. Пухтинський, С. Телешун, А. Чемерис, Ю. Шаров, Ю. Шемшученко, О. Яцунська та інших.

Серед сучасних зарубіжних авторів, які аналізують проблеми місцевого самоврядування, можна назвати роботи А. Арата, Е. Аршамбо, А. Боднара, Дж. Буменділа, Е. Геллнера, Р. Дарендорфа, В. Детлінг, Д. Кола, Р. Патнема, С. Ліпсета, Е. Мейера, Д. де Немюра, Б. Нольде, К. Номдена, Ш. Фур'є, О. Оффердала, Ф. Петіт-віль, М. Портера, К. Ріхтера, Б. Констан де Ребека, О. Ресслера, В. Роккана, П. Сегварі, А. Селигмана,

© І.Г. Посторонко, 2021

* *Inna Postoronko, Postgraduate student of the Institute of Legislation of the Verkhovna Rada of Ukraine*

Н. Тідеманн, А. де Токвіля, Е. Томпсона, Ю. Хабермаса, Г. Холліса, А. Шайо, Ф. Шміттєра, О. Шпакович, Т. Янсон, В. Ясюнаса тощо.

Наукові розвідки сучасних вітчизняних вчених-муніципалістів М.О. Баймуратова, О.В. Батанова, Ю.В. Камардіної, Р.М. Хвана, Н.В. Шаповал, що присвячено саме профільній проблематиці, на нашу думку, тільки передують процесам глибокого та ґрунтового її освоєння, тому феноменологія муніципалізму, як такого, і зокрема, сучасного муніципалізму залишається актуальною і вельми привабливою, причому як з позицій ідеологічних орієнтирів та телеології сучасної демократичної правової державності, доктринальних позицій, так і з позицій її нормативно-правового супроводження і забезпечення.

Тому **метою даної статті** є дослідження історичних цивілізаційно-локальних підходів до розуміння та визначення феноменології муніципалізму.

Викладення основного матеріалу. Вважаємо за необхідне перед початком дослідження зробити декілька зауважень методологічної властивості, що дасть змогу встановити та визначити його дефінітивну сферу, аксіосферу, соціально-нормативні рівні його функціонування та елементи складові частини.

Отже, у дефінітивному розумінні муніципалізм можна коротко визначити як ідеологію (теорію, доктрину), історію та практику виникнення й самоврядного існування і функціонування територіальних людських спільнот – територіальних громад (далі – ТГ), що природно і об'єктивно формуються, існують, розвиваються та вдосконалюються на відповідній території конкретної держави на локальному рівні соціуму, – в силу того, що саме в такій спільноті людина в змозі реалізовувати свій життєвий цикл – онтогенез – як сукупність послідовних змін з моменту зародження організму й до кінця його життя (для людини онтогенез включає фази: запліднення, зародкового, післязародкового стану і дорослого організму)¹. У цьому ж телеологічному контексті формуються безпосередньо ТГ шляхом виборів та функціонують відповідні органи місцевого самоврядування (далі – ОМСВ), що діють від імені ТГ, скеровуючи свою діяльність на реалізацію інтересів останніх, і з цією метою створюючих системний комплекс комунікативних відносин між суб'єктами публічної влади різного рівнів (державний та самоврядний).

Звідси, не зважаючи на те, що всі фази, зазвичай, територіально відбуваються на рівні локального соціуму, для нас, у контексті дослідження, що проводиться, суттєвий інтерес становить фаза функціонування дорослого організму, що безпосередньо відбувається в рамках ТГ, в умовах МСВ в ординарному стані повсякденності.

Аксіосфера муніципалізму є досить широкою, вона визначена нами як у комплексному, так і у системному ключі, а саме²: а) як соціально-правовий феномен (феноменологічна позиція. – Авт.); б) як концептуальна характеристика стану розвитку МСВ у відповідну епоху, у відповідній державі, або у зарубіжних державах в цілому³ (визначально-ідентифікаційна позиція. – Авт.); в) як ідеологія і практика МСВ у відповідній ТГ (ідеологічно-праксеологічна позиція. – Авт.); г) як вид (форму) суспільної свідомості (колективно-раціональна позиція. – Авт.); ґ) як сфера (форма) соціальної психології (колективно-психологічна позиція. – Авт.); д) як категорія конституційного і муніципального права (доктринально-нормативна позиція. – Авт.); е) як категорія міжнародного публічного права (міжнародно-правова позиція. – Авт.); є) як соціальна реальність (соціально-наявна позиція. – Авт.); ж) як правова реальність (нормативно-існуюча позиція. – Авт.); з) як муніципально-правова реальність (муніципально-ординарна позиція. – Авт.); 3) як автономна політико-правова система (автономна владно-нормативна позиція. – Авт.); и) як складовий елемент (частину) національного конституціоналізму (структурно-конститууюча позиція. – Авт.); і) як важливий та іманентний елемент демократичної правової державності (елементно-державотворча позиція. – Авт.); ї) як суттєва частина глобального конституціоналізму (глобально-конститууюча позиція. – Авт.); й) як системний управлінський комплекс (системно-управлінська позиція. – Авт.); к) як сфера державного управління (державно-управлінська позиція. – Авт.); л) як самостійно-автономна сфера муніципального управління (муніципально-управлінська позиція. – Авт.); м) як визначення параметрів сфери повсякденного існування і функціонування людини в межах територіальної спільноти (ординарно-антропологічна позиція. – Авт.); н) як сфера реальної реалізації конституційних прав, свобод і обов'язків людини (реально-реалізаційна позиція. – Авт.); о) як сфера існування і реалізації муніципальних прав людини (прав, що пов'язані з реалізацією МСВ) (номенологічно-гуманістична позиція. – Авт.); п) як сукупність досвіду в сфері організації та здійснення МСВ у державі (муніципально-праксеологічна позиція. – Авт.); р) як відповідна традиція організації та реалізації публічної влади (публічно-видова позиція. – Авт.); с) як сфера децентралізації, деволуції і деконцентрації повноважень публічної влади (компетенційно-розмежувальна позиція. – Авт.). Саме тому ми вважаємо, що розгляд сучасного муніципалізму з наведених позицій може сприяти не тільки побудові уявлення про нього як про феноменологічне явище, що володіє поліпредметністю, поліфакторністю, поліфункціональністю тощо, а й про іманентний соціально-нормативний фактор, що на пряму впливає на життя кожної людини-члена ТГ – що, безумовно, буде сприяти розвитку системи МСВ у державі та її вдосконаленню на засадах європейських стандартів локальної демократії.

Соціально-нормативні рівні муніципалізму можуть бути визначеними на локальному, регіональному, загальнодержавному, міждержавному, міжнародному, глобальному рівнях.

Елементними складовими частинами муніципалізму можуть бути визначені наступні: історичні, теоретико-доктринальні, організаційні, нормативні, міжнародно-правові, глобальні.

Отже, докладніше досліджуючи дефінітивні ознаки муніципалізму, необхідно насамперед звернути особливу увагу на наступні характерологічні риси МСВ, що дають йому можливість сформуватися як соціально-нормативний феномен. Да таких, на наш погляд, належать:

– екзистенційність МСВ – тобто, локальна самоорганізація людей, що формується на основі територіальної ознаки їх спільного проживання, виконує найважливішу життєвоютворючу роль, – завдяки їй виникає соціальний простір, у межах якого людина здійснює свій життєвий цикл (онтогенез);

– самоорганізація в рамках МСВ – найважливіший телеологічно-функціональний засіб, завдяки якому та на основі якого формується ТГ для реалізації своїх екзистенційних настанов щодо вирішення кризів їх призми стратегічних питань свого існування, функціонування, майбутнього розвитку та трансформації (в разі необхідності) в умовах природно-історичного процесу та в стані ординарної повсякденності на основі нормативних настанов, розроблених державою (саме феноменологія самоорганізації (див. ст. 140 Конституції України⁴) стає основоположним та пріоритетним засобом, що детермінує процеси самодіяльності, самопрояву, самооцінювання, самоідентифікації, самоінституціоналізації, самоконституювання людини (особистості, громадянина) в рамках локального соціуму, а також могутні тенденції спільного існування (зіснування) та спільного розвитку (зірзвитку) людей, їх груп та асоціацій;

– комунікативність (комунікативна взаємодія) в рамках МСВ – від (лат. *communico* – спілкуюсь з кимось; *communicabilis* – з'єдную, повідомляю) – основоположний функціонально-цільовий засіб в рамках самоорганізації людей. По-перше, це взаємодія між людьми, під час якої відбувається обмін думками, інформацією, формується ставлення до отриманої інформації, що сприяє взаєморозумінню⁵ (функціональна риса муніципалізму. – Авт.); по-друге, це означає здатність самої людини до спілкування, до встановлення соціальних зв'язків, контактів, до плідної взаємодії з іншими людьми⁶ (характерологічна риса існування людини в межах ТГ. – Авт.).

У психології спілкування – вміння налагоджувати контакти, здатність до конструктивного спілкування з іншими людьми⁷. Водночас комунікативність, як сукупність істотних, відносно стійких властивостей особистості, що сприяють успішному прийому, розумінню, засвоєнню, використанню й передаванню інформації⁸ (як важлива складова процесу соціалізації людини в рамках ТГ та в умовах МСВ. – Авт.) в локальному соціумі, що є її природним середовищем існування, тобто в рамках ТГ, – має й іншу сторону прояву у вигляді комунікабельності. Комунікабельність (характерологічно-результативна частина комунікативності людини в межах ТГ. – Авт.), своєю чергою, є:

а) однією з визначальних навичок успішної соціальної взаємодії, що зачіпає як професійні, так і особистісні стосунки;

б) однією з найважливіших особистісних якостей у професіях, які передбачають активне спілкування з іншими людьми, такими як, наприклад, менеджер з продажу, менеджер зі зв'язків із громадськістю, менеджер з персоналу, а також муніципальні службовці, які працюють у відповідних службах муніципалітету, що контактують безпосередньо з населенням-членами ТГ та здійснюють прийом жителів;

в) одна з рис успішної взаємодії – це неупередженість у відношенні до чужих поглядів. Згідно з Тесвальдом і Пуном (Tjosvold і Poon) неупередженість – це психологічна концепція, відповідно до якої люди розглядають погляди і знання інших людей, «при цьому розуміючи, що інші повинні бути вільні у вираженні їхніх поглядів, і що значення знань інших людей має бути визнано»⁹.

Отже, можна стверджувати, що і комунікативність, і комунікабельність лежать в основі складного муніципально-діяльнісного інструментарію, що не тільки виховує людей у дусі муніципалізму, а й забезпечує їх відповідними методологічними знаннями, навичками і вміннями для безконфліктного та оптимального існування й функціонування у територіальній людській спільноті;

– колаборація (співробітництво) в рамках МСВ – найважливіший функціонально-діяльнісний засіб та результат самоорганізації населення – жителів і одночасно членів ТГ. Отже, колаборація – це процес спільної діяльності в будь-якій сфері двох і більше людей або організацій для досягнення загальних цілей, при якій відбувається обмін знаннями, навчання й досягнення згоди¹⁰. На практиці ця діяльність проявляється у створенні соціального простору, функціональної атмосфери, що базується на відповідних організаційних та організаційно-правових засадах, для створення системи взаємодії людей-членів ТГ, метою якої є їх позитивне співробітництво для розв'язання колективних завдань спільного існування в межах такої громади (колаборація сприяє формуванню внутрішньої мотивації для участі жителів-членів ТГ в МСВ).

Як правило, процес колаборації вимагає наявності керівного органу (суб'єкта організації співробітництва. – Авт.). У нашому випадку, ОМСВ, при цьому форма керівництва може бути і громадською (наприклад, органи самоорганізації населення в рамках системи МСВ, інституції громадянського суспільства, різні некомерційні самоврядні організації (НСО) тощо) при співробітництві рівноправних членів децентралізованої спільноти, чим фактично і є ТГ. Вважається, що учасники колаборації можуть отримати більше можливостей досягнення успіху в умовах конкуренції за обмежені ресурси, – на чому сьогодні фактично і базується об'єктивна і актуалізація функціонально-екзистенційної ролі ТГ, що існує в умовах МСВ;

– інтерсуб'єктивізм – від (англ. *Intersubjectivity*) – означає здатність людини в процесі комунікації встановлювати співвідношення між декількома точками зору – своєї і чужої, тобто враховувати, порівнювати, протиставляти, примиряти різні точки зору на об'єкти і події¹¹, – у рамках МСВ це могутня інтеграційно-об'єднуюча характерологічна риса людини, її груп та асоціацій, що проявляється у формуванні загальних ідеалів, цілей, телеологічних доміант спільного існування в умовах МСВ і формування на цій основі почуття загальної спільноти як єдиного соціального суб'єкта (така риса лежить в основі соціосеміотики, пов'язаної з концепцією «Я/Інший» (Me/Other) – отже, поняття інакшості (Otherness і Alterity) в широкому філософському сенсі означає усвідомлення людиною існування автономних об'єктів, що не залежать від її власного «Я», – від індивідуальної

свідомості, волі і знань індивіда (Ч.С. Пірс, В. Уелбі, М. Бахтін, Ч. Морріс). Причому інакшість передбачає не тільки протиставлення Я і не-Я, а й неможливість уникнути присутності Іншого, що об'єктивно забезпечується і гарантується колективним характером ТГ. Звідси випливає: а) постійна потреба людини будувати власну ідентичність щодо інших людей і б) така ж потреба в своїй поведінці орієнтуватися на їх точку зору;

– нормативність – виходячи із особливої важливості муніципально-правових відносин для стабільного і оптимального існування та функціонування людини в межах локального соціуму, тобто там, де вона реалізує свій життєвий цикл, держава використовує свої можливості щодо нормотворення в цій важливій соціальній сфері, відповідним чином встановлюючи, коригуючи, відмінюючи відповідні правові нормативи щодо здійснення МСВ. Звідси можна виділити конституційно-правовий, законодавчо-правовий, підзаконно-правовий (акти органів виконавчої влади різного рівню) рівні нормативного регулювання МСВ. Враховуючи те, що МСВ, по-перше, виступає відносно самостійним рівнем публічної влади в державі (див. ст. 5 Конституції України); по-друге, воно функціонує в такій суспільній сфері, де відбуваються події, що мають екзистенційне значення для існування людини; по-третє, ці події мають дуже мінливий характер, вважаючи на калейдоскопічність, багатоманіття людського життя та груп і асоціацій людей – багато з яких носять типізований та стереотипний характер, – держава для оперативного вирішення питань, що виникають в цьому процесі, наділяє ОМСВ відповідними компетенційними повноваженнями (права, обов'язки та предмети відання) та дозволяє феноменологію локальної нормотворчості, легалізуючи можливість ОМСВ у межах своєї компетенції видавати відповідні нормативно-правові акти нормозастосовчого характеру;

– людиноцентричність у вигляді формування прав людини – стратегічною особливістю муніципалізму виступає визнання того факту, що права людини, якими держава наділяє фізичну особу з метою забезпечення та гарантування її існування й функціонування в межах державно організованого соціуму, – фактично реалізуються на локальному рівні соціуму в межах ТГ, в умовах МСВ і за безпосередньої допомоги ОМСВ, що створюють відповідні умови для продукування особливих екзистенційних намагань і інтересів людини та механізмів їх реалізації у вигляді прав людини. Саме через права людини держава, з одного боку, заявляє про свою демократичність, а з другого, – саме завдяки цьому муніципалізм формує, будує й володіє безпосереднім зв'язком і суттєвим впливом на формування демократичної правової державності та її інституційної структури. Звідси, враховуючи на формування та функціонування системи координат «права людини – локальна спільнота (ТГ) – МСВ – муніципалізм – державність», муніципалізм можна оцінити та ідентифікувати як обов'язковий та іманентний елемент державності, що володіє великим демократичним потенціалом та автономністю для свого існування, розвитку й удосконалення;

– створення правового простору МСВ¹² – наведена ознака виступає логічним результатом різних рівнів нормативного регулювання інституту локальної демократії – конституційно-правового, законодавчо-правового, підзаконно-правового (включаючи як акти органів виконавчої влади, так і локальну нормотворчість ОМСВ різних рівнів) та означає створення загального правового простору, в якому здійснюється МСВ через існування та функціонування ТГ та суб'єктів і ОМСВ, що з нею пов'язані. Такий простір також є особливим нормативним простором публічної влади та публічного управління, де реалізується публічна самоврядна (муніципальна) влада, але він не є замкнутим, а часто-густо перетинається з відповідним простором публічної державної влади у питаннях взаємодії МСВ з органами держави щодо законодавчої регламентації та регулювання окремих аспектів локальної демократії, реалізації делегованих повноважень виконавчої влади, здійснення контролю держави за МСВ тощо;

– статусність – місцеве самоврядування володіє відповідним правовим статусом у державі – в умовах демократичної правової державності це конституційно-правовий статус, що демонструє особливу увагу держави до цього конституційно-правового інституту, визнання його ролі та значення в процесах державотворення, а також визнання ролі й значення ТГ, як територіальної самоорганізації жителів територіальної людської спільноти у самостійному вирішенні важливих питань екзистенційного характеру. Разом із тим треба наголосити на тому, що кожен із суб'єктів та органів МСВ, що входять до його системи, володіє відповідним конституційно-правовим (законодавчим) статусом або має відповідне правове положення в рамках національного законодавства, – саме це дозволяє, по-перше, володіти наведеним суб'єктам та ОМСВ відповідними правами і обов'язками, діяти у відповідних сферах соціального життя, формувати свою правосуб'єктність, реалізувати її згідно з конституційними та законодавчими настановами; по-друге, створювати інституційно-правовий механізм локальної демократії, що суттєво розвантажує публічну державну владу від виконання невластивих для неї завдань; по-третє, формувати та реалізовувати свою правосуб'єктність у відповідних організаційних та організаційно-правових формах; по-четверте, оперативного, компетентно і оптимально вирішувати актуальні питання функціонування ТГ в умовах МСВ; по-п'яте, суттєво наблизити рівень активного соціального управління безпосередньо до членів ТГ, що одночасно підвищує його якість та ефективність, через контекстуалізацію локального управління;

– легальність МСВ і, отже, муніципалізму, міститься у конституційно-правовому і законодавчому визнанні інституту локальної демократії, у створенні визнаної на правовому рівні системи суб'єктів та органів МСВ, формуванні власної компетенційної бази ОМСВ як представницьких, так і законодавчих (на сьогодні у більш ніж 10 тисячах законодавчих актів України містяться права і обов'язки ОМСВ в різних сферах соціального життя, що об'єктивно актуалізує необхідність проведення кодифікаційних робіт. – Авт.), а також у легалізації організаційних і організаційно-правових форм і управлінських методів реалізації МСВ в межах ТГ в ординарних умовах повсякденності;

– легітимність (від лат. *legitimus* – «згодний із законами, законний, правомірний») МСВ (муніципалізму), на наш погляд, є багатоплановою, бо вона включає в себе не тільки визнання жителями-членами територіальних людських спільнот (у традиційному розумінні – народу) настанов локальної демократії, що легалізовані державою, а передбачає їх активну участь у їх існуванні, функціонуванні, розвитку, вдосконаленні завдяки відповідним соціально-нормативним механізмам. Важливим тут виступає формування певної мотивації у конкретної людини до участі у самоврядних процесах, що, своєю чергою, не тільки підкріплює легітимні засади муніципалізму, а й сприяє формуванню відповідної муніципальної психології у визначенні поведінково-діяльнісних настанов людини-члена ТГ, а в підсумку – і відповідної муніципальної свідомості;

– інтернаціоналізація конституційної реальності – ця складна і суперечлива тенденція сучасного світового розвитку, що формується в умовах правової глобалізації та міжнародної міждержавної інтеграції і означає безпосередній або опосередкований вплив норм і принципів сучасного загального міжнародного права на конституційний правопорядок держав, стає характерною для феноменології муніципалізму, – саме через локальний характер виникнення, формування, прояву, реалізації, охорони, захисту та гарантування прав і свобод людини в межах ТГ та в умовах МСВ в ординарному режимі повсякденності. Отже, можна констатувати, що права людини – це фактично права конкретного члена ТГ – бо, не зважаючи на конституційно-державний рівень їх формування та закріплення, вони мають суто локальний характер своєї реалізації у відповідних формах локальної поведінки людини. Одночасно права людини, враховуючи на їх особливу важливість для існування демократичної держави, виступають об'єктом міжнародно-правової регламентації, регулювання та контролю, – звідси формується тенденція інтернаціоналізації конституційного правопорядку держав.

Наявність ідеологічної бази МСВ, а по суті, феноменології муніципалізму, що включає розуміння, організаційне і нормативне визнання, застосування та теоретичних надбань людства в історичній ретроспективі його розвитку, щодо концепту самоорганізації та відношення до формування, розвитку, просування в суспільну свідомість наукових позицій представників політичної і правової доктрин, беззаперечно, є пов'язаним із визнанням історичної основи профільної феноменології, що включає до себе як наведені вище аспекти, так і багатотікову соціальну практику муніципалізму, що дало змогу продемонструвати його оптимальну продуктивну ефективність у межах людського локального соціуму, конструктивну прийнятність його методів та способів реалізації, що сприяли фактично його легітимації в історії людської цивілізації.

В історичному розвитку феноменології муніципалізму зазвичай виокремлюють його темпорально послідовні етапи і періоди становлення і розвитку:

- а) міст-полісів Стародавньої Греції (Еллади);
- б) муніципій Стародавнього Риму;
- в) Магдебурзького права в європейських містах Середньовіччя;
- г) самоврядних структур доби Запорізької Січі;
- д) земського устрою в Російській Імперії періоду знаходження на посту прем'єр-міністра О.А. Столипіна;
- д) в постреволюційний період першої чверті ХХ ст. в Російській імперії у Західній Європі ідей муніципального соціалізму як антиподу соціальних революцій;
- е) муніципальних революцій в Європі у другій половині ХХ ст. в рамках міжнародних міждержавних інтеграційних процесів;
- є) сучасного європейського муніципалізму;
- ж) феноменології «нового муніципалізму», який виникає та продукується переважно в різних державах світу, що розвиваються.

В основу доктринального обґрунтування телеологічної доцільності, управлінської ефективності та соціальної результативності самоорганізації людей, а також релятивістського супроводження муніципалізму треба насамперед покласти теорії локальної демократії у розумінні виникнення інституту МСВ у локальному соціумі з визначенням ініціюючих суб'єктів, учасників такого процесу, а також вказівкою основних статусно-елементних та функціонально-результативних напрямів муніципального реформування. У цьому контексті необхідно звернути увагу на наступні фундаментальні теорії місцевого самоврядування (як їх називають деякі сучасні дослідники, концепції муніципального господарювання)¹³:

- а) теорію вільної громади (природних прав громади);
- б) громадівську (господарську) теорію самоврядування;
- в) державну (державницьку) теорію самоврядування;
- г) теорію дуалізму муніципального управління;
- г) теорію муніципального соціалізму;
- д) теорію соціального обслуговування (сервісу).

Теорія вільної громади (або теорія природних прав громади) стала першою теоретичною концепцією, що пояснює сутність МСВ. Її розробляли К.-Ф. Гербер, Г. Аренс, О. Лабанд, Е. Мейер та ін. Вона сформувався в першій половині ХІХ ст., та її деякі ідейні основи знайшли відображення в бельгійському, французькому й німецькому праві того часу і сьогодення. В основі концепції лежить природне і невідчужуване право громад на самоврядування, обґрунтування обмеження втручання держави в справи громади. Тому один із ключових відмітних ознак теорії вільної громади – виборність ОМСВ тільки членами громади.

Громадівська теорія самоврядування (суспільно-господарська теорія, господарська теорія), в рамках якої передбачалось розмежування компетенції ОМСВ та державної влади, обґрунтовувала самостійність

громади і передбачала зведення урядового нагляду над місцевим самоврядуванням до мінімуму¹⁴. Засновниками цієї теорії були Р. Моль, О. Ресслер, О. Гірке, А. де Токвіль, А.І. Васильчиков, М.М. Коркунов, В.М. Лешков. Отже, ця теорія в своїй основі виходила із протиставлення громади та держави. І як і перша теорія вільної громади базувалась на постулаті, що держава не повинна втручатися в справи МСВ. Разом із тим апологети громадівської теорії основу самостійності самоврядування вбачали в розмежуванні громадських і державних інтересів і справ через формування виборної системи територіального представництва. А компетенція самоврядування повинна була включати всі справи місцевої адміністрації, що передаються до місцевого ведення.

Державна (державницька) теорія самоврядування виникає на основі критичного оцінювання суспільної теорії розуміння проблем МСВ. Засновниками цієї теорії є німецькі вчені Л. Штейн і Р. Гнейст. У царській Росії її прихильниками і ідейними натхненниками виступали О.Д. Градовський, В.П. Безобразов, Б.М. Чичерін та інші правознавці. Погляди прихильників цієї теорії на природу МСВ, сутність відносин «громада – держава» кардинально відрізнявся від ідейних засад і обґрунтування самоврядних засад прихильниками теорії вільної громади і апологетами громадівської теорії. Згідно з концептуальними основами державницької теорії, самоврядування – одна з форм організації державного управління, всі повноваження у сфері МСВ надано державою і мають джерелом державну владу. Однак, на відміну від центрального державного управління, МСВ здійснюється не урядовими чиновниками, а жителями, які зацікавлені в результатах місцевого управління. Отже, прихильники профільної теорії визнавали, що майже у всіх сферах внутрішнього управління існують не тільки «точки дотику між державними і місцевими інтересами, а й їх органічний зв'язок»¹⁵. І якщо держава покладає на місцеве населення виконання будь-яких завдань, делегує частину повноважень ОМСВ, то це зумовлено не лише міркуваннями доцільності, а й констатацією природного стану, адже «навіть чисто місцеві інтереси є інтересом загальнодержавним, так як добробут жителів у всіх місцевостях складає загальний інтерес держави»¹⁶. Серед характерологічних рис цієї теорії виділяється і те, що ОМСВ є підконтрольними місцевій громаді і державі, а також виразником не тільки державної волі, а й власних інтересів – інтересів громади.

Поява теорії дуалізму (теорії муніципального дуалізму, дуалістичної концепції) (Б.М. Чичерін) пов'язана з констатацією того факту, що жодна з раніше наведених теорій «не відповідає всьому різноманіттю існуючих видів МСВ, так як кожна з теорій зводить в абсолют одну з ознак МСВ. Сучасні процеси суспільного розвитку, пов'язані із загальною глобалізацією, вимагають адекватної реакції в плані збереження в достатній мірі індивідуальних особливостей місцевих громад, територіальних і національних традицій»¹⁷.

Наведена теорія, як і теорія соціального обслуговування (сервісна теорія), виникли і формувалися переважно в останній чверті ХХ ст. в результаті аналізу концептуальних основ громадівської і державницької теорій самоврядування, спираючись на результати муніципальних перетворень і реформ, що проводяться в різних державах. Отже, теорія дуалізму виходить з подвійної природи МСВ та орієнтована на збереження самостійності як ТГ, так і державних інтересів. Дуалізм МСВ проявляється в тому, що: а) воно не засновується державою, а визнається і гарантується нею, а звідси розглядається як «природне і невідчужуване право населення» на здійснення повноважень з самостійного і під свою відповідальність вирішення місцевих справ; б) одночасно вирішення питань створення, реорганізації, ліквідації муніципальних утворень, встановлення їх компетенції, визначення повноважень ОМСВ тощо регулюються державою; в) саме державна політика визначає концепцію розвитку МСВ і межі його можливостей; г) разом із тим ОМСВ у процесі своєї діяльності виходять за рамки місцевих інтересів і вирішують певні державні завдання¹⁷.

В основі теорії соціального обслуговування лежать питання соціального обслуговування населення, що є пріоритетним завданням ОМСВ, які своєю діяльністю створюють своєрідну сервісну систему щодо задоволення соціальних потреб жителів-членів ТГ¹⁸. Відповідно до цієї теорії муніципалітети розглядаються як інститут влади в дуже вузькому розумінні і тлумаченні, бо вони є уповноваженими законодавством тільки на надання послуг населенню муніципальних утворень та організацію обслуговування жителів. Отже, основним завданням ОМСВ, на думку прихильників теорії соціального обслуговування, виступає забезпечення добробуту членів ТГ.

Сутність теорії муніципального соціалізму (німецькі соціал-демократи М. Загряцков, М. Курчинський) є більш глибокою, ніж наведені вище теорії, бо володіє відповідними формаційними властивостями – в її основі лежить використання інституту МСВ з метою мирного вродання капіталізму в соціалізм. Зазвичай, вона орієнтована та скерована на істотну демократизацію локального життя через формування ефективного МСВ та забезпечення більш широкої автономії муніципальних утворень. Основна ідея полягає в придбанні пролетаріатом вирішального впливу на процеси формування, становлення та розвитку міської громади через формування муніципалітетів, керованих соціалістами, що представляють передусім робітничий клас як основну частину міського населення, який повинен був стати основним осередком нового соціалістичного суспільства¹⁹.

Висновки. Розгляд характерологічних ознак, історичних форм прояву муніципалізму та його базових теорій у вигляді теорій самоврядування дає змогу зробити декілька важливих висновків, що мають суттєве методологічне та функціонально-парадигмальне значення для визначення історичних цивілізаційно-локальних підходів до розуміння та визначення феноменології муніципалізму, а саме:

– становлення історичних форм муніципалізму (міста-поліси Стародавньої Греції та муніципії Стародавнього Риму) напряму пов'язане з первинними процесами формування державності;

- становлення й розвиток історичних форм муніципалізму логічно і адекватно відображають особливості становлення демократичних форм публічного управління через самоорганізацію людини на різних етапах становлення феноменології загальної і національної державності;
- феноменологія муніципалізму виступала суттєвим детермінантом та каталізатором демократичних державницьких процесів і завдяки своїм нормативним настановам сприяла формуванню демократичних засад правотворення;
- базові теорії МСВ, а по суті муніципалізму, формувалися на засадах доктринальних позицій представників демократичних настанов у державно-правовому спрямуванні світової юриспруденції, в основу яких було покладено визначення основної суб'єктно-об'єктної ролі і місця людини в самоорганізації та системі державного управління, а також визначення пріоритетних підходів до розподілу повноважень між різними рівнями публічної влади (державної та самоврядної);
- базові теорії МСВ збагачують не тільки ідеологію муніципалізму, а й напряду сприяють формуванню його ціннісних орієнтирів, що визначають роль і значення самоорганізації в існуванні людської цивілізації та формуванні системи публічної влади, заснованої на інтересах та потребах людини;
- завдяки базовим теоріям МСВ людством накопичено суттєвий досвід технологічного супроводження і забезпечення (ресурсного, матеріально-фінансового, нормативного, кадрового, організаційно-управлінського, логістичного тощо) муніципально-правових процесів, що базуються на ідеологічних засадах муніципалізму та скерованих на оптимізацію існування і функціонування людини на локальному рівні соціуму для реалізації своїх природних настанов і здійснення свого життєвого циклу;
- не зважаючи на те, що в умовах четвертої промислової революції, яка зараз розгортається на наших очах, в результаті переходу суспільства до інформаційних технологій, на думку К. Шваба, засновника і президента Всесвітнього економічного форуму в Женеві (Швейцарія), виникає суспільство, що сконцентроване само на собі, засноване на індивідуалізації і появі нових форм співпричетності і співіснування спільнот²⁰, – визначення і застосування історичних цивілізаційно-локальних підходів до розуміння та визначення феноменології муніципалізму залишається важливою компонентою його існування і функціонування в сучасних умовах муніципального реформування, що є однією з найважливіших екзистенційно зумовлених тенденцій розвитку демократичної правової державності.

¹ Сардак С.Е. Життєвий цикл соціально-економічних систем. *Маркетинг і менеджмент інновацій*. 2016. № 1. С. 157–169. С. 160.

² Посторонко І.Г. Сучасний муніципалізм: теоретико-доктринальні підходи до розуміння, визначення та легалізації. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2021. № 2. С. 105–115. С. 112–113.

³ Еремян В.В. Современный мексиканский муниципализм: учеб. пособ. Москва: УДН, 1996. 90 с. С. 7.

⁴ Конституція України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

⁵ Комунікативність та комунікабельність. URL: <https://uchika.in.ua/navchalenij-posibnik-harkiv-nfau-2011-07-k-15-recenzenti-v-o-t.html?page=5>

⁶ Комунікабельність. Вікіпедія. Вільна енциклопедія. URL: <https://uk.wikipedia.org/wiki/Комунікабельність>

⁷ Mitchell Rebecca and Nicholas Stephen Knowledge Creation in Groups: The Value of Cognitive Diversity, Transactive Memory and Open-mindedness Norms. *Electronic Journal of Knowledge Management (University of Sydney, Australia)*. (2006. Vol. 4. № 1. P. 67–74). URL: <https://academic-publishing.org/index.php/ejkm/article/view/737/700>

⁸ Комунікативність. Вікіпедія. Вільна енциклопедія. URL: <https://uk.wikipedia.org/wiki/Комунікативність>

⁹ Tjosvold D. Poon M. (1998) "Dealing with scarce resources: openminded interaction for resolving budget conflicts", *Group and organization management*, Vol. 23. No. 3. P. 37–58. P. 42.

¹⁰ Колаборація. Вікіпедія. Вільна енциклопедія. URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/Коллаборация>

¹¹ Інтерсуб'єктивність. URL: <http://scodis.ru/студентам/глоссарий/интерсубъективность/>

¹² Баймуратов М.О., Кравець О.О. Роль юридичної служби органу місцевого самоврядування в формуванні та функціонуванні правового простору локальної демократії. *Одеса: Фенікс*, 2018. 328 с.; Баймуратов М.О., Юрченко М.М. Інститут місцевого самоврядування в умовах глобалізації: до визначення доктринальних та нормативних підходів. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2019. № 4. Ч. 2. С. 3–8; Баймуратов М.О. Правовий простір місцевого самоврядування: до визначення параметральних ознак. *Муніципальна реформа в контексті євроінтеграції України: позиція влади, науковців, профспілок та громадськості*: Тези доповідей Третьої щорічної всеукраїнської наук.-практ. конференції (м. Київ, 6 грудня 2019 р.). Київ: ТОВ «ВІ ЕН ЕЙ ПРЕС», 2019. С. 16–25.

¹³ Снісаренко С. Історичний розвиток концепцій муніципального господарювання в країнах Західної Європи та в Україні. URL: [http://www.dridu.dp.ua/vidavnictvo/2012/2012_02\(13\)/12ssgzeu.pdf](http://www.dridu.dp.ua/vidavnictvo/2012/2012_02(13)/12ssgzeu.pdf)

¹⁴ Свешников М.И. Основы и пределы самоуправления. Опыт практического разбора основных вопросов местного самоуправления в законодательстве важнейших европейских государств. Санкт-Петербург: Тип. В. Безобразова и Ко и Ефрона, 1892. 299 с. С. 244.

¹⁵ Градовский А.Д. Собрание сочинений: в 9 т. Санкт-Петербург: Тип. М.М. Стасюлевича, 1908. Т. 9. VI+599+CCXXXI с. С. 83.

¹⁶ Чичерин Б.Н. Курс государственной науки: в 3 ч. Москва: Типо-лит. т-ва И.Н. Кушнерев и К., 1894–1899. Ч. 1. 492 с. С. 375.

¹⁷ Тимофеев Н.С. Местное самоуправление в России: основы и пределы (конституционно-правовые аспекты): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Москва, 2008. 48 с. URL: <http://www.law.msu.ru/doc/timofeev.pdf>

¹⁸ Коженко Я.В. Принципы сервисного государства: теоретико-правовой аспект. *Современные проблемы науки и образования*. 2013. № 2. URL: <http://www.science-education.ru/ru/article/view?id=8467>

¹⁹ Тимофеев Н.С. Идеиные и научно-теоретические основы местного самоуправления. Муниципальное право России / отв. ред. С.А. Авакьян. Москва: Проспект, 2013. С. 33–43.

²⁰ Шваб К. Четвертая промышленная революция / пер. с англ. Киев: Форс Україна, 2019. 208 с. С. 114.

Резюме

Посторонко І.Г. Становлення та розвиток феноменології муніципалізму: історичні цивілізаційно-локальні підходи до розуміння та визначення.

У статті обґрунтовується феноменологія муніципалізму, що виступає як важливий та іманентний елемент демократичної правової державності, – у контексті його становлення та розвитку через розуміння та визначення історичних цивілізаційно-локальних підходів.

Ключові слова: місцеве самоврядування, муніципалізм, демократична правова державність, територіальна громада, права людини.

Резюме

Postoronko I.G. Становление и развитие феноменологии муниципализма: исторические цивилизационно-локальные подходы к пониманию и определению.

В статье обосновывается феноменология муниципализма, выступающего как важный и имманентный элемент демократической правовой государственности, – в контексте его становления и развития через понимание и определение исторических цивилизационно-локальных подходов.

Ключевые слова: местное самоуправление, муниципализм, демократическая правовая государственность, территориальная громада, права человека.

Summary

Inna Postoronko. Formation and development of the phenomenology of municipalism: historical civilization-local approaches to understanding and definition.

The article substantiates the phenomenology of municipalism, which acts as an important and immanent element of democratic rule of law – in the context of its formation and development through the understanding and definition of historical civilizational and local approaches.

Consideration of characterological features, historical forms of municipalism and its basic theories in the form of theories of self-government allows us to reach several important conclusions that have significant methodological and functional-paradigmatic significance for determining historical civilization-local approaches to understanding and determining the phenomenology of municipalism.

It is proved that the formation and development of historical forms of municipalism logically and adequately reflect the peculiarities of the formation of democratic forms of public administration through human self-organization at different stages of formation of the phenomenology of general and national statehood.

It has been established that the phenomenology of municipalism was an essential determinant and catalyst of democratic state processes and, thanks to its normative guidelines, contributed to the formation of democratic principles of law-making.

Basic theories of self-government, and in fact municipalism, were formed on the basis of doctrinal positions of representatives of democratic guidelines in the state and legal direction of world jurisprudence, which were based on determining the main subject-object role and place of man in self-organization and public administration, as well as the definition of priority approaches to the distribution of powers between different levels of public authority (state and self-government).

Key words: local self-government, municipalism, democratic legal statehood, territorial community, human rights.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.21

УДК 342.72/73

І.В. РОСКОШНИЙ

*Ілля Валерійович Роскошний, аспірант юридичного факультету Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна**

ORCID: 0000-0002-0073-1044

ІСТОРИЧНІ ПЕРЕДУМОВИ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН ЛЮДИНИ І ДЕРЖАВИ В УМОВАХ ІНФОРМАЦІЙНОГО СУСПІЛЬСТВА

Постановка проблеми. Співіснування людей у межах будь-якої спільноти, не кажучи вже про суспільство загалом, передбачає спілкування між ними, комунікацію. Коли говорять про комунікацію у вузькому сенсі слова, то передусім мають на увазі той факт, що в ході спільної діяльності люди обмінюються між

© І.В. Роскошний, 2021

* *Ilya Roskoshnyy, Postgraduate student of V.N. Karazin Kharkiv National University*

собою різноманітними уявленнями, ідеями, інтересами, настроями, почуттями, настановами тощо. Набір відомостей, якими люди обмінюються між собою, можна розглядати як інформацію, і тоді сам процес комунікації розуміється як обмін інформацією. Протягом усіх етапів еволюції людського суспільства інформаційний обмін змінювався разом із розвитком матеріальних і духовних умов життєдіяльності суспільства. З'ясування основних закономірностей та напрямів розвитку відносин людини і держави в діалектичному взаємозв'язку зі змінами технологій та організації державного життя становить безумовний інтерес для більш повного усвідомлення сучасного стану й перспектив розвитку цих відносин в умовах інформаційного суспільства.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням конституційно-правових засад інформаційного суспільства, різним аспектам правового забезпечення інформаційної діяльності, інформаційної безпеки, права на інформацію присвячені дослідження, зокрема, І. Арістової, О. Баранова, М. Биченка, В. Василюка, В. Горбуліна, О. Дзьобана, В. Желіховського, В. Ліпкана, О. Литвиненка, Ю. Максименка, О. Олійника, В. Сербюгіна, В. Пилипчука, І. Чижа, М. Швеця, інших науковців. Соціо-комунікативним, мас-медійним політико-правовим аспектам свої присвятили праці О. Гриценко, С. Демський, О. Дубає, О. Зернецька, В. Іванов, Є. Макаренко, І. Михайлин, Ю. Нестеряк, М. Ожеван, Г. Почепцов, Т. Приступенко, В. Різун, А. Семенченко, О. Старіш, С. Телешун, А. Чічановський та інші. Втім, історичні передумови становлення і розвитку конституційно-правових відносин людини і держави в інформаційному суспільстві досі не були предметом самостійного дослідження.

Формулювання мети статті. Метою даної статті є висвітлення впливу інформаційних революцій та накопичення ознак правової держави на історичний розвиток конституційних засад правового статусу особи та його сучасний стану в умовах інформаційного суспільства.

Виклад основного матеріалу. Інформація в історії розвитку людської цивілізації завжди відігравала визначальну роль і була основою для прийняття рішень на всіх рівнях і етапах розвитку суспільства і держави. З давніх часів збір та систематизація відомостей про навколишній світ допомагали людині виживати в нелегких умовах – з покоління в покоління передавалися досвід і навички виготовлення знарядь полювання і праці, створення одягу та ліків, врешті-решт – вирішення питань щодо управління певними суспільними спільнотами. Інформація постійно оновлювалася і доповнювалася – кожне вивчене явище допомагало перейти до чогось нового, більш складного. Згодом великі обсяги даних про навколишній світ посприяли розвитку науково-технічного прогресу і, як наслідок, усього суспільства в цілому – людина змогла навчитися керувати різними видами речовини і енергії, зберігати історичну пам'ять і прогнозувати перебіг природних і суспільних процесів.

Із плином часу роль інформації в житті людини ставала дедалі більш істотною. Потрібно було вивчати і розуміти вже не тільки закони природи, а й закони суспільного розвитку. Зараз, у першій половині XXI ст., роль інформації в житті людини є визначальною – чим більше навичок і знань вона має, тим вище цінується як фахівець і співробітник, тим більше має поваги в суспільстві. Суттєво змінився й характер інформаційного обміну: якщо на ранніх стадіях розвитку людської цивілізації таке спілкування в межах роду чи племені мало здебільшого паритетний, «горизонтальний» характер, то згодом, з ускладненням суспільних відносин і диференціацією членів людської спільноти, на передній план дедалі більше виходили комунікації владного, «вертикального» характеру.

Увесь процес соціальної регуляції в даному аспекті виглядає як невинний процес обміну інформацією скеровуючого чи принаймні орієнтуючого характеру. Відповідно, і право, як найбільш пізній і досконалий соціальний регулятор, з точки зору змісту являє собою звернуту до відповідних суб'єктів інформацію про певні моделі можливої чи необхідної поведінки в суспільних відносинах.

Пізнаючи навколишній світ, людина постійно має справу з інформацією. Вона допомагає людині правильно оцінити події, що відбуваються, прийняти обдумане рішення, знайти найбільш вдалий варіант своїх дій. Інтуїтивно ми розуміємо, що інформація – це те, чим кожен з нас поповнює власний багаж знань. Інформація також є найсильнішим засобом впливу на особистість і суспільство в цілому. Хто володіє найбільшим обсягом інформації з будь-якого питання, той завжди знаходиться в більш вигідному становищі порівняно з іншими.

У 80–90-х роках XX ст. низка соціологів і філософів, котрі аналізували початок руху європейської цивілізації до інформаційного суспільства, висловили ідею про те, що в основі первинного імпульсу, що приводить у рух увесь механізм модернізації суспільства і держави, лежить інформація, точніше, ті її форми та обсяги, якими може оперувати даний соціум. У такий спосіб Д. Белл, Д. Робертсон, Т. Моріс-Судзукі, І. Хайаші, А.І. Ракітов, по суті, запропонували нове бачення історичного процесу. На думку вищезгаданих дослідників, історичний процес являє собою складне інформаційно-культурне явище. Якщо неупереджено поглянути на механізм зародження «модернізаційного стрибка», то можна помітити, що в основі імпульсу до поступального руху лежать явища, котрі отримали назву «інформаційні революції».

Під інформаційною революцією А.І. Ракітов розуміє «досить різку зміну обсягів інформації, доступної активній частині суспільства, способів її трансляції та зберігання, в основі якої (зміни) лежать прориви в технологіях передачі інформації»¹. Д. Робертсон виокремлює п'ять інформаційних революцій в історії людства, котрі й стали першопричиною модернізації, принаймні в Європі². Вищезгадані дослідники звертають увагу на той факт, що в історії людства було кілька глобальних інновацій, котрі приводили до інформаційних вибухів та зрештою – до зміни цивілізації: винаходження мови, писемності, книгодрукарства, електров'язку,

запровадження електронних засобів передачі та зберігання даних. У результаті таких перетворень суспільство набувало в певному сенсі нову якість.

Перша інформаційна революція (усна) мала місце ще в додержавний період розвитку людської цивілізації і була пов'язана з появою мови, її запам'ятовуванням, розвитком усного мовлення. Мова уможливила розвиток процесів абстрактного мислення, тобто зародження інтелектуальної діяльності людей. У первісному суспільстві, коли виживало більш організоване плем'я, виникла необхідність набуття, збереження та передачі знань і вмій. У той час використовувалися й поширювалися тільки «живі знання», носіями яких були живі люди – старійшини, жреці, шамани. Перша інформаційна революція породила і свої методи передачі повідомлень – акустичні, оптичні та світлові сигнали: голосом, дробом барабанів, ударами дзвону, вогнем (системою багать) та ін. У межах родоплемінної суспільної організації ці методи передачі на відстань, в основному, задовольняли тогочасні, досить примітивні, потреби людини. Саме в усній формі передавалися від покоління до покоління й перші соціальні регулятори – мононорми, котрі визначали становище особи в первісному суспільстві та мали синкретичний характер³.

В умовах первісного суспільства процеси накопичення знань і їх поширення здійснювалися надзвичайно повільно, а збереження вже накопичених знань у вигляді легенд, міфів і сказань було недостатньо надійним.

Друга інформаційна революція (письмова) пов'язана з винаходом писемності. Люди навчилися відчувати знання і фіксувати їх на матеріальних носіях у вигляді малюнків або умовних знаків. Цей винахід дав змогу не тільки дбати про безпеку вже накопичених людським суспільством знань, а й створити умови для їх широкого поширення. Істотно змінилася й інформаційне середовище суспільства, стали можливими нові види інформаційних комунікацій між людьми за допомогою обміну письмовими повідомленнями. Згодом з'явилися історичні літописи, поезія і література, зародилися елементи того нового і своєрідного явища, яке ми сьогодні називаємо інформаційною культурою. Поняття «освіта» набуло нового змісту. Тепер освіченою могла вважатися тільки та людина, яка досить добре володіла навичками читання і письма, причому не тільки своєю рідною мовою, а й іншими мовами.

Друга інформаційна революція привела до гігантського якісного і кількісного стрибка в інформаційному розвитку суспільства. З'явилася можливість фіксувати знання на матеріальному носії, тим самим відчувати їх від виробника і передавати від покоління до покоління.

Технологія письма спочатку на твердих (камені, деревині та бересті, глиняних табличках), а потім і на м'яких (папірусі, папері) носіях колосально збільшила обсяги інформації, яку передавали. Можна сказати, що ускладнився сам тип історичної діяльності: трансляція знань стала вперше здійснюватися не через усні перекази, а через тексти. Цей якісний стрибок у розвитку соціальних відносин став однією з передумов створення архаїчних держав⁴. При цьому первинна форма права – санкціонування звичаю – фіксувалася саме в письмовій формі. Яскравими прикладами такого роду є Закони Хаммурапі (створені XVIII ст. до н. е.) – законодавчий звід давньовавилонського періоду, викарбуваний на діоритовій брилі, та Закони XII таблиць (вироблені комісією децемвірів у середині V ст. до н. е.) – видатна пам'ятка давньоримського права, котра отримала свою назву від того, що була написана на 12 дерев'яних дошках-таблицях, виставлених для загального огляду на головній площі Риму, його політичному центрі – Форумі.

У сучасній теорії права є загальновизнаним, що письмо – це один із найважливіших засобів фіксації, зовнішнього вираження та закріплення діючого права. За допомогою письма найважливіша якість права – формальна визначеність його норм – отримує належне відображення. Поряд із тим значна частина навіть сучасного права виражається й через інші форми – символи, знаки і т.п., існує у формі неписаних правових звичаїв, «джентльменських» договорів нормативного змісту тощо. Наприклад, такі джерела права, як правовий звичай і договір нормативного змісту можуть бути як писаними, так і неписаними, можуть існувати як в усній, так і в письмовій формі. Втім, з початку другої інформаційної революції поступово домінуючою формою (джерелом) права стають нормативно-правові акти – писані документи нормативного змісту, прийняті компетентними органами за встановленою процедурою. Винаходження письма на багато століть поділило всіх членів суспільства на два величезні табори: письменних і неписьменних, і тільки в середині XX ст. нашої ери, в межах соціальної правової державності, загальна письменність стала реальністю.

Саме друга інформаційна революція відкрила шлях для прийняття перших писаних актів про права людини, як-от Велика хартія вольностей 1215 р. У ній містилися статті, спрямовані на обмеження сваволі королівських чиновників, вимоги не призначати на посади суддів, шерифів і констеблів осіб, які не знають законів або ж не бажають їх виконувати. Особливе місце займає ст. 39 Великої хартії, котра передбачає можливість застосування покарання вільних не інакше як за законним вироком рівних і за законом країни⁵. Саме з прийняттям Великої хартії вольностей, на думку переважної більшості авторів, і розпочалося зародження принципу верховенства права та формування конституціоналізму в Англії. Принагідно зазначимо, що в цей самий період з'являються й найдавніші закони проти свободи письмового й усного слова та проти зловживань ними – це вестмінстерські закони XIII ст.: статут короля Едварда I, проти поширення брехливих відомостей, а також статут *de scandalo magnatum* (про образу сановників) короля Річарда I⁶.

Винахід друкарства дав *третьою інформаційну революцію (друковану)*, яка радикально змінила культуру, виробництво і саму систему влади. Ця революція (друкована) почалася в епоху Відродження (середина XVI ст.) і пов'язана з іменами першодрукарів – Гутенберга та Івана Федорова). З'явилася можливість тиражування та активного поширення інформації, зросла доступність людей до джерел знань. Ця революція

радикально змінила суспільство, створила додаткові можливості залучення до культурних цінностей і до здійснення публічної влади відразу великі верстви населення.

Відносна простота процесу книгодрукування, великі накладі друкованих книг і їх значно менша вартість порівняно з рукописними книгами привели до першого інформаційного вибуху. Сталося небачене раніше зростання кількості використовуваних у суспільстві документів, почалося бурхливе поширення інформації, наукових знань, з'явилися перші бібліотеки друкованих книг, виникла можливість забезпечити збереження авторства, інтелектуальної власності (вихідні дані книги).

Остання третина XVIII ст. в європейській історії була позначена бурхливими подіями: йшла генеза капіталістичних відносин, розгортався промисловий переворот, назрівала епоха нових буржуазних революцій. У цих умовах інформація слугувала не тільки важливою підмогою у прийнятті державних рішень, але вперше в історії сама стала товаром, який купувався, фальсифікувався, піддавався масового перегляду і цензурі.

Саме в цей час побачили світ перші писані конституції: у 1787 р. – в США⁷, а в 1791 р. – у Польщі⁸ та Франції⁹. Вони поклали початок «тріумфального походу» конституцій, що мав місце протягом усього XIX ст., визначили загальні підходи до конституційного нормопроекування, стали зразком того, якою має бути конституція за змістом і структурою. Зокрема, з того часу стало аксіоматичним правило, що конституція, аби належним чином виконувати свої функції, має впровадити принаймні два найважливіші блоки суспільних відносин: визначити форму держави і закріплювати засади правового статусу особи. Цікава деталь: протягом першого року від її прийняття Польська Конституція 1791 р. перевидавалася як мінімум 14 разів накладом близько 20–30 тис. екземплярів¹⁰.

Ще один писаний документ конституційного характеру – французька Декларація прав людини і громадянина 1789 р.¹¹ – вперше закріпила розлогий перелік основних прав і свобод, визнання яких на багато десятиліть стало одним із головних критеріїв конституційності держави. Серед них: право на особисту свободу, свобода думки, свобода совісті, право на власність та ін. У контексті предмета нашого дослідження звертає на себе увагу стаття XI Декларації: «вільне висловлення думок є одним із найдорожчих прав людини; кожний громадянин через це може висловлюватися, писати й друкувати вільно, під загрозою відповідальності лише за зловживання цією свободою у випадках, передбачених законом»¹².

Свого апогею третя інформаційна революція досягла з появою друкованих ЗМІ: газет, журналів, рекламних оголошень, інформаційних довідників і т.п. Друковані праці І. Бентама, Б. Константа, Ж.-Ж. Руссо, Л. фон Штейна та інших видатних представників ліберальної думки відкрили світові розуміння таких цінностей, як свобода, політична і соціальна рівноправність, недоторканність власності, гарантії прав і свобод і багатьох інших, котрі знайшли своє відображення у всіх передових конституціях¹³.

У період буржуазно-демократичних перетворень і формування конституційної державності (XVI–XIX ст.) виокремилася два основних підходи до врегулювання відносин між державою і пресою: ліберальний (англо-американський) і карально-бюрократичний (французький). Перший із них полягав у визнанні повної свободи друкованого слова та ретроспективної судової відповідальності за зловживання нею, тоді як другий передбачав попередній контроль за змістом друкованих творів (цензуру) з боку органів виконавчої влади, широке використання бюрократичних процедур і обмежувальних заходів у поєднанні з судовою відповідальністю в разі виявлення правопорушень.

Застосування до власників друкарень та торговців друкованою продукцією різного роду репресивно-обмежувальних заходів з боку держави породило концепцію свободи преси (друку) як юридичної гарантії від необґрунтованих і незаконних утисків у даній сфері. Рух за свободу преси став невід'ємною частиною розбудови конституційної державності, який на початку XX ст. отримав визнання й закріплення у конституціях переважної більшості держав світу.

Варто зазначити, що світська цензура в Англії у XVII ст., у Франції у XVIII ст. та Німеччині в XIX ст. не зупинила революційних переворотів. Під всезагальною безмовністю і зовнішньою формальною згодою нерідко приховувалися глибока неприязнь і ворожнеча, що ніким не примирювалися, до усунення яких не вживалося жодних розумних заходів. Ця система покладала на її виконавців занадто велику відповідальність. Вони зобов'язані були завжди стояти на боці істини, що за умов людської однобічності й суб'єктивізму є неможливим. А. де Токвіль у своїй славнозвісній книзі «Демократія в Америці» звертає увагу ще на ту обставину, що різного роду утиски проти періодичної преси, які застосовувалися в тогочасних державах Європи, як-от застава, поручительство, мито тощо, зменшуючи кількість друкованих органів, лише збільшують їхню суспільну вагу. Натомість у Північній Америці, говорить Токвіль, де кожне містечко має власну газету, вони розпадаються на різні групи і відтінки, і органи друку зовсім не мають того значення, як крупні органи друку в Європі. У них американець шукає тільки факти. У Сполучених Штатах вважається політичною аксіомою, що єдиним засобом нейтралізувати вплив газет є збільшення їхньої кількості¹⁴. Відправною точкою в даному контексті стала Декларація незалежності США 1776 р., де одним із оплотів свободи й незалежності проголошувалася свобода преси, що не підлягала обмеженням. Декларація стала фундаментом для написання Конституції США 1787 р.

На зламі XIX і XX ст. більшість європейських держав рішуче схилилися до іншого підходу: вони відмовилися від попереджувальних заходів і системи адміністративних стягнень та вдалися до низки організаційно-правових кроків – поліпшення кримінального законодавства, що стосувалося злочинів преси, і поліпшення самої організації та діяльності судів. Законодавство переважної більшості держав Європи визначали правила, яким мали слідувати типографіки, книготорговці та видавці, правила, встановлені для своєчасно-

го контролю за їх діяльністю, нарешті, визначали, що не дозволяється обнародувати. Так, за германським законом, зборювалося друкувати: 1) відомості про пересування військ та про засоби воєнного захисту під час війни, 2) звинувачувальні акти та інші процесуальні документи, 3) запрошення до пожертвувань, з метою покриття накладених на когось судом штрафів. Власники типографій і продавці книг, відкриваючи свої промислові підприємства чи торговельні заклади, мали повідомити про це компетентні органи влади. Видавці книг і періодичних видань одночасно з випуском у світ, а іноді й за декілька днів раніше, повинні були надати відповідним органам влади один або кілька екземплярів видання, що випускається.

У підсумку на початок ХХ ст. свобода преси була визнана усіма державами Європи, крім двох імперій – Австро-Угорщини та Росії. Попередня цензура була скасована майже скрізь: в Англії у 1695 р., Швеції – в 1766 р., Данії – в 1770 р., Норвегії – у 1814 р., Бельгії та Нідерландах – у 1815 р., Німеччині, Австрії та Італії – у 1848 р. Навіть іспанська конституція 1876 р. у ст. 13 визнавала, що «всі іспанці мають право вільно висловлювати свої думки і переконання усно, письмово, в пресі та у всякій іншій спосіб, без попереднього розгляду цензурою»¹⁵. Аналогічна за змістом норма, але у дещо більш розлогому вигляді, містилася й у § 3 ст. 145 Конституційної хартії Португалії 1826 р.: «Кожен може викладати свої думки усно чи письмово, опубліковувати їх через пресу, не піддаючи їх цензурі, за умови лише відповідальності за зловживання, допущені при користуванні цим правом, у випадках і з дотриманням форм, встановлених законом»¹⁶.

Четверта інформаційна революція (електронна) тривала з середини ХІХ до середини ХХ ст. європейської (і вітчизняної) історії. Вона стала передумовою і, водночас, сутнісною рисою індустріального суспільства. Вона була зумовлена винаходом електрики, завдяки якій з'явилися телеграф, телефон, радіо, телебачення. Нові якості, які привнесла в інформаційну сферу суспільства ця інформаційна революція, полягають не тільки в тому, що за новими комунікаційними мережами стали передаватися небачені раніше обсяги інформації, а й також і в тому, що інформаційні комунікації стали здійснюватися з більш високою швидкістю. Будь-яка подія, яка відбувається сьогодні на нашій планеті, протягом кількох годин може стати відома переважній більшості її мешканців, де б вони не знаходилися.

За даних умов новим кроком на шляху до забезпечення свободи преси стали конституції другого покоління. Так, у 1919 р. Установчими зборами було прийнято Конституцію Веймарської республіки, де вперше на законодавчому рівні закріплювалася концепція соціально-правової держави, а Німеччину було проголошено буржуазно-демократичною республікою. Ця Конституція задекларувала в ст. 118: «Кожен німець має право в межах загальних законів вільно висловлювати свої думки усно, письмово, у пресі, за допомогою зображення або інакше. У цьому праві його не повинні обмежувати ніякі відносини по роботі або службі, і ніхто не має права завдавати йому шкоди за те, що він користується цим правом. Цензура заборонена... допускаються також законодавчі заходи в боротьбі з порнографією і для охорони молоді на публічних виставках і показах»¹⁷.

Цей документ надовго став взірцем конституції передової демократичної держави¹⁸ і значною мірою вплинув на зміст міжнародно-правових стандартів у даній сфері, сформованих після Другої світової війни.

Четверта інформаційна революція змусила переглянути питання про правовий захист таємниці комунікацій з урахуванням нових технологічних можливостей і способів такого спілкування. Як наслідок, право на таємницю листування (кореспонденції) наприкінці ХІХ ст. було доповнене правом на таємницю телеграфних повідомлень, а на початку ХХ ст. – правом на таємницю телефонних розмов. Наприклад, Конституція Бельгії 1831 р., одна з найбільш досконалих конституцій свого часу, в ст. 22 проголошувала: «Таємниця кореспонденції є недоторканною. Закон визначає тих агентів влади, котрі є відповідальними за порушення таємниці кореспонденції, довіреної пошті»¹⁹. Натомість Веймарська конституція 1919 р. у ст. 117 закріпила: «Таємниця листування, так само як таємниця поштових, телеграфних і телефонних комунікацій, є недоторканною. Винятки можуть бути допущені тільки на підставі законів рейху»²⁰.

П'ята інформаційна революція (комп'ютерна) розпочалася в 50-і роки ХХ ст. з появою засобів цифрової обчислювальної техніки. Застосування цих засобів для обробки інформації кардинальним чином змінило можливості людини щодо активізації та ефективного використання інформаційних ресурсів: роль систематизації, зберігання, переробки інформації, а також передачі її на відстань взяла на себе техніка. Винахід в 70-х рр. минулого століття мікропроцесорної технології зробив комп'ютери доступними для повсякденного персонального використання, що багато в чому змінило психологію і практику наукової, педагогічної та виробничої діяльності людей.

На сьогодні свобода вираження думок, або свобода слова, є неодмінним атрибутом конституційно-правового статусу особи у будь-якій цивілізованій, демократичній державі світу. Останнім часом ці свободи дедалі частіше поглинаються концепцією свободи інформації, водночас зберігаючи й самостійну політико-правову цінність та окремий зміст. У розвинених країнах західної демократії газети є вільними, вони не можуть належати державі, як не належать їй телебачення і радіо.

Свобода слова і друку в сучасній розлогій концепції передбачає можливість кожного отримувати різноманітну інформацію, що включає і думку окремих індивідів, а також поширювати власну думку в будь-якій формі та межах, що допускаються законом²¹. В умовах формування інформаційного суспільства та бурхливого розвитку інформаційно-комунікаційних технологій (далі – ІКТ) відповідна група прав охоплюється в сучасній державознавчій літературі поняттям «свобода інформації», «свобода комунікацій», що отримало закріплення і в конституційних текстах (наприклад, ст. 22 Конституції Туреччини²², ст. 31 Конституції Румунії 1991 р.²³, ст. 20 Конституції Казахстану²⁴ та ін.

Останнім часом дедалі частіше виокремлюють *шосту інформаційну революцію* – так звану *мережеву*, характерною рисою якої є об'єднання комп'ютерів для передачі даних у мережі, що призводить до появи єдиного глобального інформаційного простору. Деякі фахівці ставлять появу Інтернету за його впливом на цивілізацію в один ряд із книгодрукарством. Інтернет – відкрита, кібернетична система, котра саморозвивається і включає в себе мільйони комп'ютерів, об'єднаних у різні локальні й глобальні мережі.

Варто зауважити, що інформаційні революції відбуваються не ізольовано; вони діалектично пов'язані з іншими трансформаціями, що приводить до якісних змін суспільства і держави. У контексті предмета нашого дослідження важливо мати на увазі, що розвиток конституціоналізму теж не є лінійним. Як зазначає В.М. Дурденевський, «поширення конституційного режиму у вузькому сенсі відбувалося в ХІХ та на початку ХХ ст. низкою «революційних хвиль» і наступних за ними припливів, які виникали в міру того, як розвиток виробничих сил кожної країни або пов'язаної групи країн встигав привести її матеріальну «конституцію» в невідповідність із формальною оболонкою основних законів; процес цей у багатьох випадках прискорювався фактором ідейного наслідування»²⁵.

Процес хвилеподібного розвитку конституціоналізму М. Бовенс і Е. Лус подають у вигляді «шарів» або «рівнів» правової держави. Так, протягом ХVІІІ ст. формувалася перший, базовий рівень – рівень ліберальної правової держави з її приматом свободи людини (передусім свободи від свавілля влади) і відповідним набором «ліберальних» прав людини і громадянина (право на особисту недоторканність, свобода думки, свобода слова, недоторканність житла, право на власність тощо). Упродовж ХІХ ст. був доданий новий шар, а саме демократичної правової держави, коли на перший план вийшли вимоги широкої участі громадян у здійсненні публічного врядування та можливості впливу на органи публічної влади (виборче право, свобода петицій, право на проведення масових акцій тощо). Нарешті, протягом ХХ ст. був доданий соціальний шар, коли за державою знову було визнано лідерські позиції в регулюванні суспільних відносин, у т.ч. в соціально-економічній сфері, а перелік прав людини був доповнений широким переліком економічних і соціальних прав (на працю, на відпочинок та ін.).

Як слушно зазначають М. Бовенс і Е. Лус, будівля правової держави прилаштована до її історичного і соціального середовища, а соціальне середовище, у свою чергу, адаптується до правової держави²⁶. Конституційна правова державність ліберального типу формувалася в умовах третьої (друкованої) інформаційної революції і значною мірою завдяки їй, оскільки ліберальні ідеї та відповідні конституційно-правові акти в друкованому вигляді отримували нестримне й швидке поширення, заволодіваючи умами мільйонів людей. Третя інформаційна революція створила також додаткові умови для розгортання демократичного руху, котрі були ще більш посилені четвертою (електронною) інформаційною революцією. На тлі четвертої інформаційної революції відбувалися революційні соціальні перетворення першої половини ХХ ст. П'ята інформаційна революція, що відбулася в другій половині ХХ ст., продемонструвала необхідність перегляду доктринальних підходів до соціальної державності з урахуванням нового «технологічного пейзажу», нових викликів і нових можливостей, спричинених інформаційно-комунікаційними технологіями (ІКТ). Більше того, вона завдала нищівного удару по самій концепції національної держави з її власним правопорядком, зробивши людську цивілізацію та її правопорядок глобалізованими.

Нівелювання значення кордонів у межах розвитку інформаційного суспільства зазіхає на самі основи будівлі конституційної держави, адже вона була побудована на основі національної держави на чітко визначеній території, в межах якої й здійснює монополію на насильство. Таким чином, міжнародна, транскордонна природа інформаційного суспільства підриває національний характер будівлі конституційної держави не тому, що це робить уряд і його прихильність адміністративним заходам зайвими, а тому, що детериторіалізація породжує величезні проблеми у примусовому здійсненні влади.

Усе це змушує держави до широких форм гармонізації і співробітництва у сферах податкового, кримінального, економічного, адміністративного і комерційного права. Це не робить будівлю конституційної держави віртуальною, але, скоріш за все, приведе до зменшення різноманітності нормативної свободи дій. Ще однією вимогою буде розробка міжнародних еквівалентів для низки національних конституційних інститутів. Розширення правової держави також необхідне на глобальному рівні, що потребує приділення особливої уваги згаданому вище демократичному шару.

Високий ступінь непередбачуваності і швидкоплинності інформаційного суспільства в основному збільшує тиск на ліберальний шар правової держави. Технологічна нестабільність і соціальна непередбачуваність сприяють швидкому вирішенню соціальних проблем. Зокрема, це може привести до того, що законодавець потрапить у пастку: з одного боку, принцип законності вимагає ретельного, стабільного і недвозначного законодавства, а з іншого боку, стабільний соціальний розвиток посилює необхідність для відкритих правил і швидких поправок. Зокрема, вимога про те, щоб матеріально-правові норми були викладені в законі, була піддана критиці в цьому відношенні. У даний час у законодавця часто не вистачає розуміння, необхідного для прийняття адекватного регулювання. Більш того, процес парламентського законодавства надзвичайно тривалий і неминуче суттєво залежить від технологій. Зокрема, що стосується ІКТ, існує значна ймовірність того, що парламентський акт вже застаріє на той час, коли він потрапить до офіційного вісника й набуде чинності, оскільки нові технології та програми до того часу вже витіснять старі. Експерти у сфері ІКТ зазвичай можуть надати розумний огляд сучасного технологічного стану, але, як правило, не можуть передбачити, як ці технології будуть використовуватися в суспільстві, і вони абсолютно не здатні дати якимось більш-менш точне і всебічне уявлення про юридичні проблеми, які можуть виникнути в результаті їх мож-

ливого використання. Важливо, щоб людина за даних умов інформаційного суспільства не ставала заручником, а тим більш жертвою суспільних трансформацій.

Тому умовні форми саморегуляції, судове право та адміністративні регламенти набагато краще з точки зору гнучкості, але вони призводять до розпливчастих за змістом рамкових актів з досить відкритими для розсуду самих суб'єктів правовідносин нормами. Однак ІКТ можуть запропонувати нові можливості і в цьому відношенні. Існують різні сфери, де більш важливо з точки зору їх правової забезпеченості, щоб громадяни мали можливість своєчасно з'ясувати, в чому конкретно полягають їхні права та обов'язки, а не намагатися забезпечити, щоб усе це було формально закріплено в законі. З цієї причини принцип обізнаності важливіший в інформаційному суспільстві, ніж вимога формальної законодавчої основи. Легкодоступні інтернет-сайти з адекватними гіперпосиланнями на підзаконні нормативні акти і відповідне прецедентне право принаймні так само важливі для правової безпеки і юридичної рівності, як і трудомісткий шлях до публікації в парламентському віснику. Очевидним наслідком цього є те, що ця інформація надається безкоштовно або за низькою ціною і не може бути монополізована комерційними видавцями.

На сьогодні, в умовах шостої, мережевої інформаційної революції дедалі більшого значення набувають горизонтальні транскордонні зв'язки і недержавні учасники суспільної комунікації. Втім, вже нині лунають голоси вчених, котрі звертають увагу на те, що буквально на наших очах відбувається нова інформаційна революція. П. Дракер називає її операційною²⁷. Її ключовою ознакою є те, що акцент в інформаційно-комунікаційних технологіях переходить на операційний момент: нові технології дають змогу перейти від надання людині певної інформації, необхідної для її повсякденної діяльності та прийняття рішень, до самостійного виконання комп'ютеризованими та роботизованими системами тих операцій, котрі людина виконати самотужки (навіть за допомогою ІКТ) просто не в змозі. Тож перед правовою системою, і конституційним правом зокрема, стоїть на сьогодні складне завдання пошуку адекватних відповідей на виклики нових інформаційних революцій, передусім в аспекті забезпечення прав людини та належного функціонування інститутів конституційної держави.

Висновки і пропозиції. Загалом проведене дослідження надає змогу зробити такі висновки:

1. Конституційно-правові засади взаємодії людини і держави в історичному контексті постійно еволюціонували під впливом багатьох чинників. У контексті предмета нашого дослідження вирішальними чинниками, що впливали на форми, зміст і динаміку названої взаємодії, виступали, з одного боку, інформаційні революції, а з іншого, – «нашарування» проявів правової держави (спочатку ліберальний, потім демократичний, а згодом і соціальний). Як наслідок, взаємодія людини і держави в контексті розбудови інформаційного суспільства відбувається на сьогодні в умовах розгортання шостої (мережевої) інформаційної революції та соціальної правової державності.

2. Будь-яке спілкування (комунікація) передбачає обмін інформацією. Відповідно, правове спілкування обов'язково передбачає обмін правовою інформацією, тобто інформацією, що має юридичне значення. Правове регулювання передбачає донесення відповідних правил (норм) до учасників суспільних відносин, тобто інформаційний обмін. У сфері конституційно-правових відносин це передбачає налагодження ефективного й паритетного спілкування між особою як повноправним громадянином своєї держави та органами публічної влади й інституціями громадянського суспільства.

3. Спілкування громадян (підданих) між собою та іншими суб'єктами конституційно-правових відносин, у т. ч. і з державою, підпорядковується правовим нормам, котрі являють собою певну інформацію про можливу і необхідну поведінку.

4. Конституційна держава як держава обмеженого правління почала формуватися разом із поширенням друкарства. Саме завдяки друкованій формі конституційні ідеї поширювалися світом, а конституційні статuti стали основними джерелами конституційного права.

5. Становлення конституційної державності в аспекті інформаційної взаємодії людини і держави відбувалося в напрямі розширення юридичних можливостей для громадян (підданих): а) брати участь в обговоренні державно-владних рішень, у т. ч. піддавати їх публічній критиці; б) звертатися до органів державної влади зі скаргами і пропозиціями; в) здійснювати контроль за органами держави, тобто отримувати інформацію про їх діяльність, прийняті рішення та акти з поясненням причин і очікуваних наслідків їх прийняття.

6. Інформаційна взаємодія між особою і конституційною державою привела до визнання й закріплення низки основних прав і свобод людини і громадянина (таких, як свобода слова, свобода друку, свобода петицій, право на інформацію), деяких форм безпосередньої демократії, зокрема виборів і референдумів (в обох випадках від громадянина вимагається висловити свою думку, позицію з приводу певних кандидатур чи питань суспільного значення), а також відповідної зміни в порядку (технології) їх реалізації.

¹ Ракитов А.И. Информация, наука, технология в глобальных исторических измерениях. Москва: ИНИОН РАН, 1998. 412 с. С. 9.

² Robertson B. The information revolution. *Communication researches*. 1990. Vol. 17. Issue 2. P. 235–254. P. 237.

³ Права человека: учебник / отв. ред. Е. А. Лукашева. 2-е изд. Москва: Норма, 2009. 560 с. С. 26–27.

⁴ Шапошников Г.Н. Процессы модернизации и информационные революции. *История науки и техники в современной системе знаний: Шестая ежегодная конференция кафедры истории науки и техники*, 8 февраля 2016. Екатеринбург: УМЦ УПИ, 2016. С. 234–242. URL: https://elar.urfu.ru/bitstream/10995/39856/1/init_2016_40.pdf

⁵ Права человека: учебник / отв. ред. Е.А. Лукашева. 2-е изд., перераб. Москва: Норма, 2009. 560 с. С. 29.

- ⁶ Фишель Э. Государственный строй Англии / пер. с англ. Санкт-Петербург: Изд. М.О. Вольфа, 1862. 531 с. С. 78.
- ⁷ Конституція Сполучених Штатів Америки, ухвалена 17.09.1787 р. *Конституції зарубіжних країн*: навч. посіб. / за заг. ред. В.О. Серьогіна. Харків: ФІНН, 2009. С. 333–345.
- ⁸ Стецюк П. Перша конституція Польщі. 1791. Спроба правового аналізу. Львів: Астролябія, 2010. 112 с.
- ⁹ Конституція Франції от 03.09.1791 г. Хрестоматія по всеобщей истории государства и права / под ред. К.И. Батыра, Е.В. Поликарповой. Москва: Юристъ, 2007. Т. 2. С. 94–103.
- ¹⁰ Конституция 3 мая (1791): Первая в Европе современная, демократически принятая конституция / сост. М. Кулеци, М. Моравска, Х. Вайс. Варшава: Центральный Архив Исторических Записей, б.г. 20 с. С. 14.
- ¹¹ Декларація прав людини і громадянина, прийнята Національною Асамблеєю 26.08.1789 р. Конституції зарубіжних країн: навч. посіб. / за заг. ред. В.О. Серьогіна. Харків: ФІНН, 2009. С. 69–70.
- ¹² Декларація прав людини і громадянина, прийнята Національною Асамблеєю 26.08.1789. Конституції зарубіжних країн: навч. посіб. / за заг. ред. В.О. Серьогіна. Харків: ФІНН, 2009. С. 69–70. С. 70.
- ¹³ Человек и государство в правовой политике Нового и Новейшего времени / под ред. О.Ю. Рыбакова. Москва: Статут, 2013. 400 с. С. 79.
- ¹⁴ Токвиль А. де. Демократия в Америке: пер. с франц. / предисл. Г. Дж. Ласки. Москва: Прогресс, 1992. 554 с. С. 220–221.
- ¹⁵ Конституция Испанской монархии от 30 июня 1876 г. Новик И.Д. Современные конституции. Москва: Изд. Д.П. Ефремова, 1905. С. 382–403. С. 385–386.
- ¹⁶ Конституционная хартия Португалии от 20 апреля 1826 г. Новик И.Д. Современные конституции. Москва: Изд. Д.П. Ефремова, 1905. С. 407–451. С. 437.
- ¹⁷ Конституция Германской империи (Веймарская) от 11.08.1919 г. URL: http://pnu.edu.ru/ru/faculties/full_time/uf/iogip/study/studentsbooks/histsources2/igpzio64
- ¹⁸ Пазенок А.С. Права та свободи людини і громадянина: навч. посіб. Київ: Академвидав, 2010. 176 с. С. 18.
- ¹⁹ Конституция Бельгии от 07.02.1831 г. Новик И.Д. Современные конституции. Москва: Изд. Д.П. Ефимова, 1905. С. 70–94. С. 73.
- ²⁰ Конституция Германской империи (Веймарская) от 11.08.1919 г. URL: http://pnu.edu.ru/ru/faculties/full_time/uf/iogip/study/studentsbooks/histsources2/igpzio64.
- ²¹ Сравнительное конституционное право / ред. кол.: А.И. Ковлер, В.Е. Чиркин (отв. ред.), Ю.А. Юдин. Москва: Манускрипт, 1996. 730 с. С. 295.
- ²² Конституция Турции 1982 года. URL: <https://legalns.com/download/books/cons/turkey.pdf>
- ²³ Конституція Румунії від 21.11.1991 р. Конституції країн світу: Республіка Болгарія, Румунія, Угорщина, Республіка Хорватія / О. В. Коротюк, О. В. Лавринович. Київ: ОВК, 2021. С. 69–121. С. 79.
- ²⁴ Конституция Республики Казахстан от 30.08.1995. Конституции государств-участников СНГ / ред. кол.: Л.А. Окуньков (рук.), В.В. Оксамытний, М.Я. Булошников. Москва: Изд. гр. НОРМА-ИНФРА-М, 2001. С. 273–312. С. 278–279.
- ²⁵ Дурденевский В.Н. Иностранное конституционное право в избранных образцах (с приложением текстов конституций). Ленинград: Государственное изд-во, 1925. 264 с. С. 12.
- ²⁶ Bovens M., Loos E. The digital constitutional state: Democracy and law in the information society. *Information Polity*. 2002. Vol. 7. № 4. P. 185–197. С. 192–193.
- ²⁷ Drucker P.F. Next Information Revolution. *Forbes ASAP*, August 24, 1998.

Резюме

Роскошній І.В. Історичні передумови становлення та розвитку конституційно-правових відносин людини і держави в умовах інформаційного суспільства.

У статті висвітлено вплив інформаційних революцій та накопичення ознак правової держави на історичний розвиток конституційних засад правового статусу особи та його сучасний стан в умовах інформаційного суспільства. Обґрунтовано, що конституційно-правові засади взаємодії людини і держави в історичному контексті постійно еволюціонували під впливом багатьох чинників. Продемонстровано, що вирішальними чинниками, котрі впливали на форми, зміст і динаміку названої взаємодії, виступали, з одного боку, інформаційні революції, а з другого, – «нашарування» проявів правової держави (спочатку ліберальний, потім демократичний, а згодом і соціальний). Як наслідок, взаємодія людини і держави в контексті розбудови інформаційного суспільства відбувається на сьогодні в умовах розгортання шостої (мережевої) інформаційної революції та соціальної правової державності.

Ключові слова: інформаційне суспільство, інформаційні революції, права людини, інформаційні права, правова держава, конституційна держава.

Резюме

Роскошній І.В. Исторические предпосылки становления и развития конституционно-правовых отношений человека и государства в условиях информационного общества.

В статье освещены воздействия информационных революций и накопления признаков правового государства на историческое развитие конституционных основ правового статуса личности и его современное состояние в условиях информационного общества. Обосновано, что конституционно-правовые основы взаимодействия человека и государства в историческом контексте постоянно эволюционировали под влиянием многих факторов. Продемонстрировано, что решающими факторами, которые влияли на формы, содержание и динамику названного взаимодействия, выступали, с одной стороны, информационные революции, а с другой, – «наслоения» проявлений правового государства (сначала либеральный, потом демократический, а впоследствии и социальный). Как следствие, взаимодействие человека и государства в контексте развития информационного общества происходит сегодня в условиях развертывания шестой (сетевой) информационной революции и социальной правовой государственности.

Ключевые слова: информационное общество, информационные революции, права человека, информационные права, правовое государство, конституционное государство.

Summary

Ilya Roskoshnyy. Historical prerequisites for the formation and development of constitutional and legal relations between man and state in the conditions of the information society.

The article highlights the impact of information revolutions and the accumulation of signs of the rule of law on the historical development of the constitutional foundations of the legal status of an individual and his current state in the information society. It has been substantiated that the constitutional and legal foundations of human-state interaction in the historical context have been constantly evolving under the influence of many factors. It is shown that the decisive factors that influenced the forms, content and dynamics of the named interaction were, on the one hand, information revolutions, and on the other, "layering" of manifestations of the rule of law (first liberal, then democratic, and subsequently social). As a result, the interaction of a person and the state in the context of the development of the information society takes place today in the context of the deployment of the sixth (network) information revolution and social legal statehood.

The formation of constitutional statehood in the aspect of information interaction between a person and the state took place in the direction of expanding legal opportunities for citizens (subjects): a) to participate in the discussion of state-power decisions, incl. subject them to public criticism; b) apply to state authorities with complaints and suggestions; c) exercise control over state bodies, that is, receive information about their activities, decisions and acts with an explanation of the reasons and expected consequences of their adoption.

Information interaction between a person and the constitutional state has led to the recognition and consolidation of a number of fundamental human and civil rights and freedoms (such as freedom of speech, freedom of the press, freedom of petition, the right to information), some forms of direct democracy, in particular elections and referenda (in both cases, a citizen is required to express his opinion, position on certain candidates or issues of public importance), as well as a corresponding change in the procedure (technology) of their implementation.

Key words: information society, information revolutions, human rights, information rights, rule of law, constitutional state.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.22

УДК 347.99

Д.С. ЧОРНЕНЬКА

*Даниїла Степанівна Чорненька, аспірантка
Інституту держави і права імені В.М. Корецького
НАН України**

ORCID: 0000-0002-2224-9646

**ВЗАЄМОДІЯ ОСОБИ З ОРГАНАМИ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ КРИЗЬ ПРИЗМУ
ВИКОРИСТАННЯ ЕЛЕКТРОННОГО СУДОЧИНСТВА ТА ЕЛЕКТРОННОГО ПІДПISУ**

На даний час вітчизняна правова система переживає різкий перехід до цифрової реальності, яка обумовлена тривалим періодом самоізоляції у зв'язку з пандемією COVID-19. Упровадження та використання різних інформаційних технологій у всіх сферах життєдіяльності є однією із ключових умов розвитку сучасної держави. У межах рамкової стратегії «Європейське інформаційне суспільство 2010» інформаційні технології розглядаються як двигун для зростання залучення населення в інформаційне суспільство та підвищення якості життя в цілому¹. Такий стрімкий розвиток електронних технологій у всіх сферах життя суспільства формує ефективні засоби взаємодії особи з органами публічної влади з позиції термінів виконання та зручності використання. Як наслідок, виникає об'єктивна необхідність у використанні даних електронних технологій і у сфері правосуддя. Разом із тим така цифровізація спровокувала низку проблем у застосуванні автоматизованих інформаційних систем. З огляду на це на порядок денний поставлено питання вирішення нагальних завдань щодо подолання бар'єрів для розвитку електронного судочинства.

Українська держава намагається не відставати від технічного прогресу та від світових лідерів у запровадженні електронного судочинства. Світовій практиці відомі і в деяких країнах вже добре апробовані системи електронного правосуддя, котрі відповідають усім рівням інформатизації судочинства. Такими прикладами, зокрема, є працююча в Сінгапурі Система електронної подачі документів (Electronic Filing System), котра з 2000 р. є обов'язковою при подачі документів у цивільних справах; Інтегрована електронна система цивільних позовів (Integrated Electronic Litigation System); Служба електронного вилучення документів (Electronic Extract Service), яка дозволяє юридичним фірмам в режимі онлайн шукати і переглядати документи, що надійшли до суду у цивільній справі; Електронна інформаційна служба (Electronic Information Service), котра дає можливість дізнаватися про всі процесуальні дії суду в режимі реального часу; Сайт системи LawNet, який є єдиною точкою доступу до судових сервісів; Електронний інформаційний сервіс «Судовий кабінет», який реалізований в Республіці Казахстан – єдине вікно для доступу до електронних сервісів судових органів².

© Д.С. Чорненька, 2021

* *Danyila Chornenka, Postgraduate student of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine*

Нинішній рівень науково-технічних розробок дає змогу здійснити швидкий перехід на електронний документообіг, що забезпечує й ефективну процесуальну взаємодію між: а) судовими інстанціями; б) особою-заявником та судом; в) судом і професійними захисниками (адвокатами). Цей процес, очевидно, буде розвиватися в різних напрямках, але зрештою завершиться повним переходом від паперового до електронного.

У цьому процесі важливим є те, що для ідентифікації особи активно використовується електронний підпис. Такі технології сповна можна вважати традиційними, хоча не всі проблеми у сфері правового регулювання використання електронного підпису успішно вирішено.

Як відомо, ще 3 вересня 2015 р. прийнято Закон України «Про електронну комерцію», яким встановлено порядок учинення електронних правочинів, при цьому визначено види електронних підписів. Закон України «Про електронний цифровий підпис» прийнятий ще 22 травня 2003 р. Однак правове регулювання у сфері електронного документообігу, зокрема електронного підпису, правозастосовна практика з цього питання як і раніше викликають труднощі, хоча перехід до цифрових технологій збору й обробки даних на сьогодні є ключовими чинниками успішності бізнесу й публічного адміністрування. Місце електронного документообігу не тільки у сфері публічного адміністрування, а й у багатьох інших сферах нашого життя дедалі наполегливіше стає однією зі значущих переваг активізації взаємодії особи з органами публічної влади, бізнес-структурами і споживачами. Адже, на переконання вчених, впровадження електронних технологій вимагає інтегрованого планування, інакше воно не дасть істотних удосконалень і навіть порушить ефективні «ручні» процеси. У цьому сценарії слід використовувати переваги концепцій «єдиного вікна» та «єдиного офісу» для цифрового інформаційного потоку, щоб зменшити витрати, а також покращити процеси та якість послуг. Це забезпечить електронну взаємодію з громадянами, постачальниками послуг та посадовими особами, що зробить адміністративні процеси більш прозорими³.

У цьому процесі щораз більшого значення набуває питання ідентифікації електронних документів, підтвердження їхньої юридичної сили, а також особи, яка скерувала їх. Це пов'язано з безупинним розвитком інформаційного суспільства, зокрема це стосується його цифрових трансформацій, враховуючи зростання динаміки розвитку електронного судочинства і нотаріату, міжвідомчої взаємодії в електронній формі, державних сервісів, цифрових сервісів у фінансово-кредитній і банківській сферах, у галузі транспортної безпеки, у сфері освіти й охорони здоров'я, а також в низці інших галузей.

Сьогодні, безумовно, відзначається активний розвиток електронного судочинства в Україні, яке не тільки сприяє еволюції форм взаємодії громадян та організацій із судами різних рівнів, а й впливає на вдосконалення і розвиток всього процесуального законодавства, зокрема законодавче регулювання процесів прийняття і розгляду електронних документів з попередньою електронною ідентифікацією сторони, яка їх надіслала.

З огляду на це варто звернути увагу на деякі ключові віхи розвитку державної політики, пов'язаної із застосуванням електронного документообігу в Україні. Так, здійснення низки процесуальних дій у судовому процесі стало можливим в електронній формі з 2003 р. Була значно розширена сфера застосування електронного підпису в цивільному обороті – законодавче закріплення і введення можливості використання різних видів електронних підписів. Поняття «електронний підпис» закріплено у ст. 1 Закону України (далі – ЗУ) «Про електронний цифровий підпис»⁴. Електронний підпис – це дані в електронній формі, які додаються до інших електронних даних або логічно з ними пов'язані та призначені для ідентифікації підписувача цих даних.

Відповідно до ст. 12 ЗУ «Про електронну комерцію»⁵ підписання договору в електронній формі може здійснюватися шляхом: електронного підпису або електронного цифрового підпису згідно із Законом України «Про електронний цифровий підпис» за умови використання засобу електронного цифрового підпису всіма сторонами електронного правочину; електронного підпису одноразовим ідентифікатором, визначеним цим Законом; аналога власноручного підпису (факсимільного відтворення підпису за допомогою засобів механічного або іншого копіювання, іншого аналога власноручного підпису) за письмовою згодою сторін, у якій мають міститися зразки відповідних аналогів власноручних підписів⁶. Отже, на переконання вчених, електронний підпис є набором даних в електронній формі, який виконує функції ідентифікації особи підписувача й засвідчення волевиявлення його волі. Електронний цифровий підпис виконує ще одну додаткову функцію – підтвердження цілісності даних в електронній формі⁷.

Попри те, що в Україні ще з 2015 р. діє ЗУ «Про електронну комерцію», і суб'єкти господарювання, і суди не адаптувались до повноцінного використання та сприймання електронних договорів. Згідно з позицією Верховного Суду (далі – ВС) роздруківки електронного листування не можуть вважатись електронними документами (копіями електронних документів), оскільки не відповідають вимогам, встановленим для електронного документа, а саме, вони не підписувалися електронним цифровим підписом уповноваженою на те особою (з можливістю ідентифікувати підписантів договору), який є обов'язковим реквізитом електронного документа. Такі обставини унеможливають ідентифікацію відправника повідомлення, а зміст такого документа не захищений від внесення правок та викривлення (ВС у справі № 910/1162/19 від 16 березня 2020 р.⁸, ВС у справі № 922/788/19 від 28 грудня 2019 р.)⁹.

На основі вивчення правозастосовної практики Верховного Суду була підтверджена можливість звернення до суду і подачі позовних заяв до судів в електронному вигляді за допомогою заповнення форми на офіційних сайтах судових органів. Важливо зазначити, що при цьому документи можуть бути підписані електронним підписом.

Тож розвиток цифрових технологій та їх функціоналу потребував законодавчого врегулювання процедур електронного документообігу в сукупності з регламентацією процедур віддаленої ідентифікації особи, яка надіслала той чи інший документ, а також особливостей використання інформаційної інфраструктури судової системи України. При цьому ефективне функціонування електронного судочинства пов'язано з необхідністю регулювання правового режиму використовуваних у судовій системі відомостей, а також процесів електронного судочинства й електронного документообігу.

На підставі вищевикладеного можна зазначити, що одним із напрямів ідентифікації користувачів і документів у цифровому середовищі є застосування електронного підпису, який використовується для ототожнення особи за певних обставин, а також як реквізит документа, що дозволяє встановити його зміст. При цьому електронний підпис характеризує електронна форма інформації та наявність пов'язаних із нею інформаційних систем і технічних засобів.

Відповідно до вимог чинного законодавства електронний договір може бути підписаний одним із трьох способів, і моментом його підписання є використання:

1. Електронного підпису або електронного цифрового підпису відповідно до ЗУ «Про електронні довірчі послуги»¹⁰, що передбачають використання кваліфікованого електронного підпису, який має посилений рівень захисту.

2. Електронного підпису одноразовим ідентифікатором, що являє собою алфавітно-цифрову послідовність. Такий набір букв чи цифр отримує особа, яка бажає прийняти публічну оферту, розміщену, наприклад, на сайті. Така особа реєструється на сайті суб'єкта електронної комерції, що розмістив пропозицію (оферту), та отримує одноразовий ідентифікатор засобом зв'язку, вказаним під час реєстрації в системі (це може бути смс-повідомлення на телефон або на електронну пошту). Особа, яка приймає умови договору (здійснює акцепт), вводить одноразовий ідентифікатор і тим самим підтверджує укладення договору.

3. Аналога власноручного підпису, що може являти собою факсимільне відтворення підпису за допомогою засобів механічного або іншого копіювання чи інший аналог власноручного підпису. Однак застосування такого способу підписання електронного документа не отримало значного поширення, оскільки сторони повинні письмово надати згоду на це й узгодити зразки відповідних аналогів власноручних підписів. Такий спосіб підписання електронних документів доцільно використовувати для довготривалих договірних відносин.

Як бачимо, положення чинного законодавства не забороняють при ідентифікації використовувати інші методи і способи поряд з електронним підписом.

У зв'язку із цим варто зазначити, що ст. 7 Типового закону про електронну торгівлю Комісії Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі встановлює, що вимога законодавства про обов'язковість підпису особи вважається виконаною за умови, якщо: застосовано будь-який спосіб ідентифікації особи, що відповідає інформації в повідомленні; використаний спосіб є надійним і відповідає меті, для якої повідомлення підготовлено і передано з урахуванням усіх обставин, враховуючи відповідні домовленості¹¹.

Отже, дослідження показало, що в умовах цифрової трансформації правові засоби забезпечення юридичної значущості цифрового підпису та інших реквізитів електронних документів набувають ключового значення для організації електронного документообігу з різною метою. Оскільки в пріоритеті, при здійсненні правосуддя, завжди повинні стояти права і свободи людини і громадянина, реалізація яких забезпечується, у тому числі, принципами судочинства, то застосування будь-якого виду інформаційних технологій в діяльності суду повинно бути результатом об'єктивного, зваженого і доцільного рішення уповноважених органів держави, спрямованого на підвищення якості правосуддя в цілому. Інформаційні технології, будучи середовищем здійснення процесуальних дій, допомагають максимально повно охоплювати, фіксувати і відтворювати хід судового розгляду, є одним із засобів підтримки довіри суспільства до суду, сприяють виключенню випадків навмисного спотворення інформації будь-ким про судову справу, а також є одним із засобів запобігання можливих корупційних ризиків.

Проте застосування інформаційних технологій матиме позитивний ефект тільки у тому випадку, коли на рівні законотворчості й публічного управління буде вжито необхідних попереджувальних дій і створено: відповідну нормативну правову основу; необхідні умови для впровадження інформаційних технологій в усі сфери життєдіяльності суспільства.

¹ Lisbon Strategy. Europe glossary. URL: http://europa.eu/scadplus/aboutglossary_en.htm

² Бринцев О.В. «Електронний суд» в Україні. Досвід та перспективи: монографія. Харків: Право, 2016. С. 10–11.

³ Копняк К.В., Покинчерета В.В. Електронний документообіг в публічному управлінні: проблеми впровадження, переваги та перспективи. *Державне управління: удосконалення та розвиток*. 2020. № 10. URL: <http://www.dy.nayka.com.ua/?op=1&z=1798> (дата звернення: 24.09.2021). DOI: 10.32702/2307-2156-2020.10.35

⁴ Про електронний цифровий підпис: Закон України від 22.05.2003 р. № 852-IV. *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/852-15#Text> (дата звернення: 20.09.2021).

⁵ Про електронну комерцію: Закон України від 03.09.2015 р. № 675-VIII. *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/675-19#Text> (дата звернення: 20.09.2021).

⁶ Про електронний цифровий підпис: Закон України від 22.05.2003 р. № 852-IV. *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/852-15#Text> (дата звернення: 20.09.2021).

⁷ Верес І. Правове регулювання електронних підписів. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 3. С. 14.

⁸ Рішення Верховного Суду у справі № 910/1162/19 від 16.03.2020 р. *ZakonOnline*. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/88244984> (дата звернення: 20.09.2021).

⁹ Рішення Верховного Суду у справі № 922/788/19 від 28.12.2019 р. *LigaZakon*. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/86717260> (дата звернення: 20.09.2021).

¹⁰ Про електронні довірчі послуги: Закон України від 05.10.2017 р. № 2155-VIII. *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2155-19#Text> (дата звернення: 20.09.2021).

¹¹ Типовий закон про електронну торгівлю Комісії Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі: міжнар. док. від 16.12.1996 р. *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_321#Text (дата звернення: 20.09.2021).

Резюме

Чорненко Д.С. Взаємодія особи з органами публічної влади крізь призму використання електронного судочинства та електронного підпису.

У статті досліджено застосування електронного судочинства та електронного підпису у процесі взаємодії осіб з органами публічної влади. Зазначено, що стрімкий розвиток електронних технологій у всіх сферах життя суспільства формує ефективні засоби взаємодії особи з органами публічної влади з позиції термінів виконання та зручності використання. Наголошено, що активний розвиток електронного судочинства в Україні не тільки сприяє еволюції форм взаємодії громадян та організацій із судами різних рівнів, а й впливає на вдосконалення та розвиток усього процесуального законодавства, зокрема законодавчого регулювання процесів прийняття і розгляду електронних документів з попередньою електронною ідентифікацією сторони, яка їх надіслала. Зроблено висновок, що застосування будь-якого виду інформаційних технологій в діяльності суду повинно бути результатом об'єктивного, зваженого і доцільного рішення уповноважених органів держави, спрямованого на підвищення якості правосуддя в цілому.

Ключові слова: права людини, інформаційне суспільство, цифровізація, правосуддя, автоматизовані інформаційні системи, електронне судочинство, електронний підпис.

Резюме

Черненко Д.С. Взаимодействие лица с органами публичной власти через призму использования электронного судопроизводства и электронной подписи.

В статье исследовано применение электронного судопроизводства и электронной подписи в процессе взаимодействия лиц с органами публичной власти. Указано, что стремительное развитие электронных технологий во всех сферах жизни общества формирует эффективные средства взаимодействия лица с органами публичной власти, исходя из позиции сроков выполнения и удобства использования. Подчеркивается, что активное развитие электронного судопроизводства в Украине не только оказывает содействие эволюции форм взаимодействия граждан и организаций с судами различных уровней, но и влияет на совершенствование и развитие всего процессуального законодательства, в частности законодательного регулирования процессов принятия и рассмотрения электронных документов с предыдущей электронной идентификацией стороны, которая их прислала. Сделан вывод, что применение любого вида информационных технологий в деятельности суда должно быть результатом объективного, взвешенного и целесообразного решения уполномоченных органов государства, направленного на повышение качества правосудия в целом.

Ключевые слова: права человека, информационное общество, цифровизация, правосудие, автоматизированные информационные системы, электронное судопроизводство, электронная подпись.

Summary

Danyila Chornenka. Interaction of an individual with public authorities through the prism of the use of e-justice and e-signature.

The article examines the use of e-justice and e-signature in the process of interaction between individuals and public authorities. It is noted that the rapid development of electronic technologies in all spheres of public life forms effective means of interaction of an individual with public authorities from the standpoint of execution period and usability. As a result, there is an objective need for the use of electronic technologies data in the field of justice. It is emphasized that the active development of e-justice in Ukraine not only contributes to the evolution of forms of interaction of individuals and organizations with courts of different instances, but also affects the improvement and development of all procedural legislation, including legal regulation of electronic documents with prior electronic identification of a party that sent them. At the same time, effective functioning of e-justice is associated with the need to regulate the legal regime of information used in the judicial system, as well as the processes of e-justice and electronic document management. One of the directions of identification of users and documents in the digital environment is the use of e-signature to identify an individual in certain conditions, as well as document attributes, which allows to establish its content. It is concluded that the use of any type of information technology in the court activities should be the result of an objective, balanced and expedient decision of the authorized state bodies, aimed at improving the quality of justice in general. Information technology as an environment for procedural actions allows to fully cover, record and reproduce the course of the judicial consideration, is one of the means of maintaining public confidence in the court, helps to avoid cases of intentional distortion of information on the case, and is one of the means of preventing possible corruption risks. However, the use of information technology will have a positive effect only if at the level of lawmaking and public administration the necessary preventive actions are taken and the appropriate regulatory framework, necessary conditions for the introduction of information technology in all spheres of public life are created.

Key words: human rights, information society, digitalization, justice, automated information systems, e-justice, e-signature.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.23

УДК 349.2(477)

О.Ф. АНДРІЙКО

*Ольга Федорівна Андрійко, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, завідувач відділу Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України**

ORCID: 0000-0002-7507-3090

ДО ПИТАННЯ ТЛУМАЧЕННЯ ПРАВОВИХ НОРМ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРАВІ

Постановка проблеми. Пізнавальні аспекти тлумачення правових норм дають можливість розглянути досліджуване явище в процесі змін, що відбуваються в суспільстві й державі, нових підходів та вимог до нього і є важливою складовою наукового дослідження. В процесі такого дослідження є можливість розглянути відповідні теоретичні напрацювання щодо тлумачення правових норм теоретиків права. Узагальнення теоретико-правових досліджень щодо тлумачення правових норм дає можливість розглянути їх крізь призму проблеми тлумачення адміністративно-правових норм. У процесі такого дослідження є можливість виявити і проаналізувати види та способи тлумачення адміністративно-правових норм та компетенційні повноваження органів виконавчої влади щодо можливостей офіційного їх тлумачення.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Проблема тлумачення правових норм активно досліджувалася вченими теорії права та представниками галузевих наук. Результатами таких досліджень стали певні надбання в теорії права щодо подальшого поглиблення теоретичних положень досліджуваного явища та особливостей тлумачення і його роль в практичних застосуваннях у відповідних галузях права.

У працях науковців зазначається, що в процесі реалізації права виникають ситуації, коли зрозуміти смисл правової норми стає можливим за додатковим її аналізом. Тлумачення правової норми й дає можливість привести у відповідність фактичний смисл і текстовий зміст правової норми. У наукових дослідженнях розглядаються питання способів і методів тлумачення норм, принципи тлумачення. При дослідженні актів тлумачення норм розглядаються й аналізуються їх основні ознаки та функції.

Метою дослідження є аналіз наукових поглядів вчених теоретиків права на проблеми тлумачення норм права та місце і роль тлумачення норм адміністративного права в процесі їх реалізації, стан сучасних досліджень у цій сфері.

Основні результати дослідження. З проголошенням незалежності України, побудовою правової демократичної, соціальної держави формуванням якісної законодавчої бази, прийняття нових правових актів стало життєвою необхідністю її подальшого розвитку, в процесі реалізації яких виникають ситуації, коли внутрішній зміст, сутність правової норми потребує додаткового аналізу, розуміння свого завдання і призначення. Разом із тим має місце значна кількість нормативного матеріалу, що не підтверджує якості його, з одного і того питання можуть прийматися декілька нормативно-правових актів, які не завжди узгоджені між собою, а іноді й суперечливі. Як зазначив перший заступник Голови Верховної Ради України, «на сьогодні ми маємо понад 1 мільйон нормативно-правових актів – це юридична катастрофа для України»¹. Слід зауважити, що значна частина із них потребує тлумачення правових норм, що зумовлено особливістю вираження волі суб'єкта, який видав той чи інший правовий акт, деякі із них були прийняті ще в «іншому житті». Слід погодитися із думкою деяких науковців, що всі норми права потребують тлумачення. Реалізація правової норми відбувається шляхом конкретних дій суб'єкта, який її застосовує до певної ситуації, і якщо текст норми є незрозумілим при ознайомленні з початком її дії, або має інші застереження та заперечення, тоді тлумачення є необхідним етапом її реалізації.

© О.Ф. Андрійко, 2021

* *Olha Andriyko, Dr. hab. in Law, Professor, Corresponding Member of the NALS of Ukraine, Head of the Department of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine*

Питанням тлумачення правових норм значна увага приділяється дослідниками теорії права. Водночас слід зауважити, що в юридичній літературі мають місце різні думки щодо визначення поняття терміна «тлумачення правової норми». Їх об'єднує визнання тлумачення складним процесом. Потім думки їх розходяться. Одні виходять з того, що завданням тлумачення є розкриття смислу правової норми та наскільки вона виражена в її тексті, тоді як інші акцентують увагу на тому, що основне завдання тлумачення полягає в розкритті волі владного суб'єкта. Слід погодитися із визначенням Ю.Л. Власова, який зазначає, що тлумачення норм права як інтелектуально-вольова діяльність суб'єкта має об'єктивний і суб'єктивний характер, спрямована на з'ясування та роз'яснення волі правотворчого органу (на нашу думку, саме правотворчого, а не законодавця, як у автора), матеріалізованої у нормі права, а також результаті цієї діяльності². В адміністративному праві теоретичним питанням тлумачення адміністративно-правових норм не приділяється належна увага. Вони розглядаються при реалізації правових норм та їх застосуванні. Тлумачення адміністративно-правових норм використовується при застосуванні, і саме в правозастосуванні воно має виключно офіційний характер.

Як зазначалося вже, в процесі реалізації норм права виникають ситуації, що потребують додаткового аналізу для розуміння смислу правової норми. У такому випадку тлумачення правових норм і дає можливість виявити не відповідності (чи відповідності) фактичного смислу і текстового змісту правової норми.

У науковій і навчальній літературі мають місце різні визначення поняття тлумачення норм права. Не ставлячи завдання їх детального аналізу, все ж визначимося, що під тлумаченням норм адміністративного права будемо розуміти складний процес, спрямований на встановлення точного смислу приписів адміністративно-правової норми, який був закладений відповідним суб'єктом правотворчості і доведення необхідної інформації до відома заінтересованих осіб. Тлумачення адміністративно-правової норми складається із з'ясування і роз'яснення смислу й змісту норми. В літературі має місце переважне виділення цих двох стадій тлумачення. Окремі автори виділяють чотири стадії тлумачення. За стадією з'ясування смислу правової норми настає стадія роз'яснення смислу і змісту адміністративно-правової норми.

В адміністративному праві залишаються актуальними питання офіційного і неофіційного тлумачення адміністративно-правових норм, з'ясування змісту, форм і способів їх вираження. До питання тлумачення норм в адміністративному праві звертався у свій час Леонід Васильович Коваль, який читав курс лекцій з адміністративного права на юридичному факультеті Київського університету ім. Т.Г. Шевченка (зараз – Національний університет імені Тараса Шевченка). Зокрема у підручнику «Адміністративне право: курс лекцій» (1998 р.) Л.В. Коваль визначає тлумачення законів і нормативних актів як розкриття, з'ясування їх істинного смислу після того як вони набрали чинності³. Серед видів тлумачення адміністративно-правових норм він виділяв легальне аутентичне тлумачення, що застосовується вищими органами законодавчої, виконавчої влади і Конституційним Судом України. До інших видів тлумачення відносив функціональне, яке надають державні органи, що не мають (не наділені) законодавчою владою, судове та адміністративне тлумачення, яке має місце в постанові з будь-якої конкретної справи про адміністративне правопорушення.

Основними приводами для необхідності тлумачення норм автор визначав:

- брак однозначної позиції, ясності у нормах правових актів, що видаються органами законодавчої, виконавчої влади і Конституційним Судом України;
- недоліки законодавчої техніки, що проявилися у недосконалій юридичній мові, якою сформульовані акти;
- наявності норм з протилежними диспозиціями, що спричиняє колізію права;
- коли норма застаріла морально і не відповідає духу часу і не може застосовуватися;
- коли чинна норма не здатна охопити все розмаїття життєвих форм, на регулювання яких спрямована;
- коли є потреба у зміні підходу законодавця до способів вирішення проблем.

Слід зазначити, що ситуації, про які зазначає актор, мають місце і сьогодні. Більше того, зміни, які сьогодні відбуваються в нашому суспільстві, державі, в усіх сферах життя потребують тлумачення норм адміністративного права у всіх видах і формах, з метою чіткого розуміння смислу і змісту правової норми. В адміністративному праві питання тлумачення правових норм в основному розглядається в контексті реалізації їх на стадії застосування як особливої форми їх реалізації. Реалізація адміністративно-правових норм розглядається як практичне втілення правил поведінки, які вони містять, у діяльності суб'єктів суспільних відносин, що перебувають у сфері регулювання адміністративного права.

Як зазначається в юридичній літературі, застосування правової норми на відміну від використання і виконання (деякі автори виділяють ще одну форму – дотримання) розглядається як «специфічна, суттєво відмінна від інших форма реалізації адміністративно-правових норм»⁴. Вона є юридично-владною діяльністю, яка здійснюється за певних умов і обставин. Особливість цієї форми реалізації адміністративно-правових норм, як зазначають вчені-адміністративісти, полягає в тому, що адміністративно-правова норма дістає вираження у практичному вирішенні конкретних питань шляхом прийняття уповноваженим суб'єктом (органом, організацією, посадовою особою) обов'язкових до виконання індивідуальних юридично-владних рішень (актів) відповідно до вимог матеріальних та процесуальних норм. Ці акти видаються щодо конкретних справ у сфері діяльності переважно органів виконавчої влади і органів місцевого самоврядування⁵. Як бачимо, в основному йдеться про офіційне тлумачення адміністративно-правової норми органами, які видають відповідний правовий акт. При виборі відповідної норми права, яка застосовується при фактичних обставинах, з'ясовується суть і зміст норми, тобто тлумачення її. Необґрунтований, сумнівний неправильний вибір адміністративно-правової норми у кожному конкретному випадку спричиняє недовіру до державного органу та

його компетентності. Так в юридичній літературі зазначається, що «неправильне тлумачення норм адміністративного права, необ'єктивна оцінка фактичних обставин справи, до яких застосовується норма, видання незаконного, необґрунтованого, недоцільного акту реалізації норми завдає шкоди не тільки окремій особі, а й колективу людей, суспільству в цілому. Це пояснюється особливою значущістю управлінських відносин, що регулюються адміністративно-правовими нормами. Вони стосуються інтересів громадян, організацій, закладів, підприємств, цілих галузей і сфер управління...»⁶.

Суб'єктами тлумачення адміністративно-правових норм є органи виконавчої влади України. Систему органів виконавчої влади представляють Кабінет Міністрів України, міністерства, державні комітети, центральні органи виконавчої влади зі спеціальним статусом, місцеві державні адміністрації. Кабінет Міністрів України є вищим органом виконавчої влади, якому підпорядковані центральні та місцеві органи виконавчої влади.

Кабінет Міністрів України та інші органи виконавчої влади мають право на офіційне казуальне тлумачення адміністративно-правових норм. Має прояв і практика делегування Кабінетом Міністрів України повноважень органам виконавчої влади на надання роз'яснень змісту норм права, але йдеться про правові норми підзаконних актів.

В юридичній літературі існує виокремлення двох видів офіційного нормативного тлумачення – це аутентичне (авторське) і легальне (делеговане). Адміністративне казуальне тлумачення має місце в діяльності адміністративних органів, коли пояснюється смисл правової норми, яка має бути застосовуватися в даному конкретному випадку.

Залежно від компетентності суб'єкта тлумачення виділяють професійне тлумачення, до якого слід віднести доктринальне (наукове) тлумачення, яке здійснюється науковими закладами, а також окремими вченими.

До таких видів тлумачення слід, наприклад, віднести звернення щодо доктринального тлумачення та застосування окремих норм Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність». Зокрема, йдеться про строки перебування особи – керівника державної наукової установи а даній посаді.

Висновки. Отже, тлумачення адміністративно-правових норм має важливе значення, а дослідження проблем надає можливість визначити природу явища, його структуру та якісні ознаки для подальшого розкриття та з'ясування їх смислу та змісту.

¹ Закон про закони. *Юридичний вісник України*. 2021. № 27 (1356).

² Власов Ю.Л. Проблеми тлумачення норм права: монографія. Київ: Ін-т держави і права імені В.М. Корецького НАН України, 2001. 180 с.

³ Коваль Л.В. Адміністративне право: курс лекцій. Київ: Вентурі, 1998. 207 с.

⁴ Адміністративне право України. Академічний курс: підручник: у 2 т. / кол. авторів; за заг. ред. В.Б. Авер'янова. Київ: Юрид. думка, 2004. Т. 1: Загальна частина. 584 с.

⁵ Там само.

⁶ Колпаков В.К., Кузьменко О.В. Адміністративне право України: підручник. Київ: Юрінком Інтер, 2003. 543 с.

Резюме

Андрійко О.Ф. До питання тлумачення правових норм в адміністративному праві.

У статті розглядаються питання тлумачення правових норм як явища соціальної, правової дійсності в загальнотеоретичному аспекті та приділяється увага засобам, видам і суб'єктам тлумачення адміністративно-правових норм. Звертається увага на те, що процеси, які відбувалися і відбуваються в Україні, суттєво впливають на нормотворчі процеси. В державі діє значна кількість нормативних актів, спрямованих на встановлення нових відносин у суспільстві. Як зауважив перший заступник Голови Верховної Ради України, існує понад 1 млн нормативно-правових актів, і це юридична катастрофа. Зазначається важливість як офіційного, так і доктринального тлумачення адміністративно-правових норм та зростання звернень до наукових установ щодо з'ясування змісту норм права та отримання результатів з'ясування і роз'яснення цього результату. Наявність значної кількості нормативних актів – це ще не свідчення якості правового регулювання. Проблема тлумачення адміністративно-правових норм, як і взагалі норм права, є актуальною для подальшої побудови правової, демократичної держави.

Ключові слова: тлумачення норм права, тлумачення адміністративно-правових норм, види та способи тлумачення, суб'єкти тлумачення адміністративно-правових норм.

Резюме

Андрійко О.Ф. К вопросу толкования правовых норм в административном праве.

В статье рассматриваются вопросы толкования правовых норм как явления социальной, правовой действительности в общетеоретическом аспекте и уделяется внимание средствам, видам и субъектам толкования административно-правовых норм. Обращается внимание на то, что процессы, которые происходили и происходят в Украине, существенно влияют на нормотворческие процессы. В государстве действует значительное количество нормативных актов, направленных на установление новых отношений в обществе. Как заметил первый заместитель Председателя Верховной Рады Украины, существует свыше 1 млн нормативно-правовых актов, и это юридическая катастрофа. Отмечается важность как официального, так и доктринального толкования административно-правовых норм и возрастание обращений к научным учреждениям относительно выяснения содержания норм права и получения результатов выяснения и разъяснения этого результата. Наличие значительного количества нормативных актов – это еще не свидетельство качества правового регулирования. Проблема толкования административно-правовых норм, как и вообще норм права, является актуальной для дальнейшего построения правового, демократического государства.

Ключевые слова: толкование норм права, толкование административно-правовых норм, виды и способы толкования, субъекты толкования административно-правовых норм.

Summary

Olga Andriyko. On the question of interpretation of legal norms in administrative law.

The article considers the issues of interpretation of legal norms as a phenomenon of social, legal reality in the general theoretical aspect and pays attention to the means, types and subjects of interpretation of administrative and legal norms. Attention is drawn to the fact that the processes that have taken place and are taking place in Ukraine significantly affect the rule-making processes. The state has a large number of regulations aimed at establishing new relations in society. As noted by the First Deputy Chairman of the Verkhovna Rada in Ukraine, more than 1 million regulations and this is a legal catastrophe. The importance of both official and doctrinal interpretation of administrative and legal norms and the growth of appeals to scientific institutions to clarify the content of legal norms and obtain the results of clarification and explanation of this result is noted. The presence of a significant number of regulations is not yet evidence of the quality of legal regulation.

In administrative law, the theoretical issues of interpretation of administrative law were not given due attention. They are considered in the implementation of legal norms and their application. Interpretation of administrative law is used in the application and it is in law enforcement it is exclusively official.

In the process of implementation of legal norms, situations arise that require additional analysis to understand the meaning of legal norms. In this case, the interpretation of legal norms makes it possible to identify inconsistencies (or correspondences) of the actual meaning and textual content of the legal norm.

Under the interpretation of administrative law we will understand a complex process aimed at establishing the exact meaning of the provisions of administrative law, which was laid down by the relevant lawmaker and bring the necessary information to the attention of interested parties. The interpretation of an administrative norm consists of clarifying and clarifying the meaning and content of the norm. The stage of clarifying the meaning of a legal norm is followed by the stage of explaining the meaning and content of an administrative legal norm.

In administrative law, the issues of formal and informal interpretation of administrative law, clarification of the content, forms and methods of their expression remain relevant.

Among the types of interpretation of administrative and legal norms, he singled out the legal authentic interpretation used by the highest bodies of legislative, executive power and the Constitutional Court of Ukraine. Other types of interpretation included functional, which is provided by state bodies that do not have (not endowed with legislative power), judicial and administrative interpretation, which takes place in the decision on any specific case of an administrative offense.

The subjects of interpretation of administrative and legal norms are the executive authorities of Ukraine. The system of executive bodies is represented by the Cabinet of Ministers of Ukraine, ministries, state committees, central executive bodies with a special status, and local state administrations. The Cabinet of Ministers of Ukraine is the highest executive body to which central and local executive bodies are subordinated.

The problem of interpretation of administrative and legal norms, as well as legal norms in general, is relevant for the further construction of a legal, democratic state.

Key words: interpretation of legal norms, interpretation of administrative legal norms, types and methods of interpretation, subjects of interpretation of administrative legal norms.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.24

УДК 342.9

А.А. ПУХТЕЦЬКА

*Алла Альбертівна Пухтецька, доктор юридичних наук, доцент Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка**

ORCID: 0000-0002-2953-6365

ПРО УДОСКОНАЛЕННЯ ПОЛОЖЕНЬ КОДЕКСУ УКРАЇНИ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ: КРИТИЧНИЙ ОГЛЯД ЗАКОНОТВОРЧИХ ІНІЦІАТИВ

Постановка проблеми. У сучасних умовах інтерес до удосконалення положень адміністративного законодавства України дедалі зростає, особливу увагу привертають положення центральних кодифікованих актів законодавства України – Кодексу України про адміністративні правопорушення¹, Кодексу адміністративного судочинства України, положення яких традиційно досить динамічно змінюються з урахуванням оновлення змісту адміністративних правовідносин. Проте законодавчі ініціативи народних депутатів України не завжди можна охарактеризувати як комплексні та сумісні із впровадженими вимогами чинного законодавства України, потребують критичної оцінки, а також перегляду окремих пропозицій та рекомендацій.

© А.А. Пухтецька, 2021

* *Alla Pukhtetska, Dr. hab in Law, Associate Professor of the Institute of Law of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

У 2021 р. значна кількість законопроектів щодо удосконалення положень Кодексу України про адміністративні правопорушення пройшли фахове обговорення та прийняті за основу для подальшого доопрацювання з урахуванням пропозицій суб'єктів законодавчої ініціативи, науково-дослідних інститутів, вищих навчальних закладів. З огляду на це **метою** даної статті є узагальнення авторських пропозицій щодо прийняття та доопрацювання низки законопроектів, зміст яких спрямований на удосконалення, доповнення, перегляд чинних положень Кодексу України про адміністративні правопорушення.

Завданнями статті слід виокремити наступні: розгляд найважливіших положень щодо удосконалення Кодексу України про адміністративні правопорушення, запропонованих в рамках законодавчих ініціатив народних депутатів України у 2021 р., їх дискусійна характеристика та формулювання пропозицій і рекомендацій щодо розвитку адміністративно-деліктного законодавства та структури Кодексу України про адміністративні правопорушення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Доцільність внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення диктується стрімким розвитком адміністративних правовідносин, їх складним характером та неможливістю врегулювати означений сегмент в інакший спосіб, адже досі запропоновані розробниками адміністративно-правової реформи проекти актів адміністративно-деліктного законодавства, зокрема, Адміністративно-деліктного кодексу України, не дістали належної розробки та громадської підтримки. Проте наукова дискусія щодо доопрацювання в цілому, концептуально та змістовно положень Кодексу України про адміністративні правопорушення триває понад двадцять років, намагаючись подолати політичний та бюрократичний спротив системній реформі адміністративно-деліктного законодавства.

Серед провідних вчених, які на сучасному етапі формують парадигму розвитку адміністративно-деліктного законодавства, слід зазначити: І.С. Голосніченка, В.К. Колпакова, Т.О. Коломєць, А.Т. Комзюка, Д.М. Лук'янець та низку інших провідних вітчизняних вчених, які у своїх дослідженнях наполягали на якісній, концептуально новій, оновленій структурі та змісті нового кодексу, заснованого на засадах розмежування адміністративних та кримінальних проступків, що дало б змогу поступово відмовитися від радянського аксіологічно позитивістського підходу до накладення адміністративних стягнень та впроваджувати елементи європейського досвіду притягнення до адміністративної відповідальності фізичних, юридичних осіб, колективних утворень.

З огляду на це важливого значення набуває привернення уваги широкого наукового загалу до сучасних позитивних та негативних спроб реформатування діючого кодифікованого акту під нові виклики часу, які не завжди узгоджуються з усталеними правилами накладення адміністративних стягнень, застосування щодо загальних та спеціальних суб'єктів вчинення адміністративних правопорушень.

Нині залишаються не вирішеними принципово важливі правові проблеми формування нової структури та поділу проекту кодифікованого акта про адміністративні проступки, як і не вирішено науковим загалом проблему розмежування положень про кримінальні та адміністративні проступки, специфіку самостійних адміністративних стягнень, що можуть накладатися на юридичних осіб.

Також важливого значення для подальших наукових досліджень набуває розвиток наукових підходів до удосконалення розуміння самостійних видів адміністративної відповідальності та формування відповідних актів законодавства, спрямованих на врегулювання притягнення до адміністративної відповідальності органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, освітніх, медичних установ за шкоду, заподіяну приватним особам в публічно-правовій сфері, що становить самостійний напрям наукових розвідок.

Виклад основного матеріалу. Переходячи до розгляду законотворчих ініціатив у 2021 р. щодо удосконалення чинного Кодексу України про адміністративні правопорушення, хотілося б звернути увагу вітчизняних законотворців, політиків, науковців на низку недоліків підготовки законопроектів в цілому. Передусім спостерігається тенденція розробки законопроектів групами народних депутатів без залучення належної юридичної підтримки, що позначається на неможливості адаптації положень законопроекту до чинних вимог щодо накладення адміністративних стягнень, або пропонують альтернативні встановленому порядку способи накладення адміністративних стягнень, які не сумісні зі встановленим судовим порядком оскарження порушень суб'єктивних прав приватних осіб.

Законопроект «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо відповідальності у сфері громадського нагляду» від 4 червня 2021 р. № 5622. Запропоновані розробниками законопроекту доповнення Кодексу України про адміністративні правопорушення ст. 188⁵⁷ «Невиконання законних вимог уповноважених осіб суб'єкта громадського нагляду», на мій погляд, не можуть бути підтримані у поданому вигляді, адже зміст частини першої запропонованої статті передбачає невиконання законних вимог уповноважених осіб суб'єкта громадського нагляду стосовно усунення порушень законодавства про громадський нагляд, що надає не властиву не владному суб'єкту юрисдикцію вимагати усунення порушень законодавства в певній сфері.

За своїх характером, специфікою управлінських відносин громадський контроль належить до реордиційних відносин, в яких громадяни можуть надавати пропозиції та рекомендації щодо подальшого впливу на однорідні правовідносини, проте орган державної влади, орган місцевого самоврядування не зобов'язаний діяти або приймати рішення на підставі такого звернення, а тільки прийняти його до уваги.

Важливо відмежувати компетенцію органа виконавчої влади, органа місцевого самоврядування в класичному розумінні від запропонованої в Законопроекті широкої компетенції не владного по своїй правовій природі органа, який не може застосовувати заходи адміністративного примусу, адміністративної відпові-

дальності, а тільки пропонувати припинити триваюче адміністративне правопорушення та викликати правоохоронні органи. Тому наділення пропонованого суб'єкта занадто широкою компетенцією, властивою владному суб'єкту суперечить Конституції України та засадам правоохоронної діяльності.

Законопроект «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо захисту прав дітей та соціальної підтримки сім'ї» від 28 травня 2021 р. № 5582. У запропонованій редакції законопроекту продубльовано порядок оскарження незаконних дій, рішень, бездіяльності суб'єктів владних повноважень до адміністративних судів в порядку, передбаченому Кодексом адміністративного судочинства України. Зокрема, в зазначеному Кодексі визначено окрему категорію спорів, підсудних адміністративним судам, про перегляд незаконних рішень суб'єктів владних повноважень (незалежно від суб'єктного складу осіб, на яких вони поширюються).

За порушення прав людини, у т.ч. дитини, має накладатися не штраф в порядку притягнення до адміністративної відповідальності, а відновлюватися порушене суб'єктивне право та відшкодовуватися заподіяна шкода, із залученням законного представника, а у разі відсутності чи ухилення від виконання встановлених законом обов'язків – уповноваженими органами.

Законопроект «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України щодо відповідальності за порушення авторського права і (або) суміжних прав» № 5643. Необхідно звернути увагу законотворців та політиків на непослідовність пропонованих одночасно змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення та Кримінального кодексу України, а саме, розробниками даного Законопроекту встановлено виключення наведеного в дужках переліку прикладів незаконного використання об'єкта права інтелектуальної власності та одночасно залишення відповідного тексту в ст. 176 Кримінального кодексу України з певними уточненнями згаданого переліку. На мій погляд, необхідне забезпечення узгодженості правового регулювання та забезпечення однакового розуміння діяння, за яке передбачається накладення адміністративного стягнення, в порядку, визначеному ст. 15-2 Кодексу України про адміністративні правопорушення.

Також досить побіжно запропоновано вирішити проблему закріплення адміністративної відповідальності за плагіат в рамках цієї ж статті, адже види, форми, суб'єктний склад такого адміністративного правопорушення потребують чіткої формалізації для уможливлення встановлення складу адміністративного правопорушення. На мій погляд, не доцільно врегульовувати питання притягнення до адміністративної відповідальності за плагіат у статті, що передбачає загальне порушення прав інтелектуальної власності, доцільно виокремити самостійну статтю з відповідною назвою для зручності правозастосування.

Законопроект «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення та Кримінального кодексу України (щодо відповідальності за порушення законодавства у галузі бджільництва та щодо охорони, захисту, збереження бджіл)» на № 5328. Запропонована редакція внесення змін до ст. 83 Кодексу України про адміністративні правопорушення, на мій погляд, потребує суттєвого доопрацювання.

По-перше, об'єкт правового захисту, передбачений ст. 83 Кодексу України про адміністративні правопорушення, є значно ширший за своїм обсягом та не може уточнюватися за рахунок додавання окремих частин щодо не суб'єктів адміністративно-деліктних правовідносин. Поясню, що бджоли, бджолярство хоча і виступають об'єктами правової охорони та захисту у навколишньому природному середовищі, проте тварини, об'єкти рослинного світу самі по собі не можуть бути суб'єктами адміністративних правовідносин. Тому, на мій погляд, слід уточнити редакцію з урахуванням суб'єкта – фізичних, юридичних осіб, домогосподарств, яким заподіяна такими діями шкода у великому, особливо великому розмірі.

По-друге, спеціальним суб'єктом несення адміністративної відповідальності в межах складу адміністративного правопорушення, передбаченого Кодексом України про адміністративні правопорушення, є посадові особи, проте підвищення штрафу, що міг би бути накладеним до рівня однієї тисячі до однієї тисячі п'ятсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян не є виправданим з юридичної точки зору, адже переважно державні службовці несуть дисциплінарну відповідальність, що виключає притягнення до адміністративної відповідальності за одне і те саме діяння.

По-третє, відшкодування шкоди, заподіяної майну фізичних, юридичних осіб здійснюється в порядку, передбаченому Цивільним кодексом України, де передбачено відшкодування заподіяних матеріальних збитків та моральної шкоди з урахуванням усталеної судової практики. До того ж штраф стягується в дохід держави, і повторно притягти посадову особу до цивільної відповідальності відповідно до Конституції України вже не буде підстав.

Тому, на мій погляд, запропонована редакція ст. 83 потребує суттєвого доопрацювання з урахуванням уточнення суб'єктного складу осіб, яким заподіяна шкода у зв'язку з порушенням правил застосування, зберігання, транспортування, знешкодження, ліквідації та захоронення пестицидів і агрохімікатів, токсичних хімічних речовин та інших препаратів. До того ж, виокремлення самостійної другої частини статті, присвяченої виключно «масовому отруєнню бджіл» викликає обґрунтовані сумніви, адже пріоритетно об'єктами правової охорони виступають права людини і громадянина, встановлений порядок тощо, тобто неврахування можливого «масового отруєння людей» поряд із зазначенням об'єктів бджолярства, потребує системного переосмислення тексту законопроекту.

Законопроект «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення та Кримінального кодексу України для реалізації положень Закону України «Про право на самозахист та

володіння цивільною вогнепальною зброєю» № 5709-1. У цілому підтримуючи запропоновану редакцію законопроекту, все ж таки необхідно звернути увагу на доцільність додаткового закріплення вилучення/оплатного вилучення цивільної зброї та/або боєприпасів як альтернативного стягнення у запропонованій редакції частини першої ст. 191 Кодексу України про адміністративні правопорушення «Порушення громадянами правил зберігання або транспортування цивільної зброї і набоїв».

Висловлена пропозиція дасть змогу вилучити зброю у разі встановлення неналежного зберігання цивільної зброї та/або боєприпасів, а не тільки накласти стягнення фінансового характеру, адже саме по собі обмеження доступу до цивільної зброї та/або боєприпасів, у т.ч. недобросовісного власника, який не виконує встановлені законодавством вимоги щодо їх зберігання, є гарантією невикористання її третіми особами і відвернення наслідків, що становлять високий ступінь суспільної небезпеки. Враховуючи викладене, вважаємо за доцільне підтримати проєкт Закону України «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення та Кримінального кодексу України для реалізації положень Закону України «Про право на самозахист та володіння цивільною вогнепальною зброєю» (реєстр. № 5709-1 від 13.07.2021 р.) з урахуванням висловленої пропозиції щодо редакції частини першої ст. 191 Кодексу України про адміністративні правопорушення.

Законопроєкт «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення ролі суспільства у заходах контролю за безпекою дорожнього руху та дотриманням правил зупинки, стоянки, паркування транспортних засобів» № 5798. Представлена редакція законопроекту потребує доопрацювання з огляду на те, що виконання прав, реалізація інтересів в публічно-правовій сфері має здійснюватися з метою забезпечення балансу інтересів в публічно-правовій сфері, на безоплатній основі, з метою удосконалення, зокрема, в порядку реординації, чинного законодавства України, усунення недоліків у правозастосовній практиці.

Проте законопроєкт № 5798 передбачає виплату винагороди у розмірі 10 відсотків від суми штрафу, що становить суттєву суму порівняно з розміром мінімальної заробітної плати, встановленої законодавством України. Фактично така діяльність на систематичній основі може розцінюватися і як така, що спрямована на отримання прибутку. Також наявні дискримінаційні положення щодо участі громадян, а не юридичних осіб, колективних утворень, що також виступають представниками суспільства. З огляду на викладені обґрунтовані сумніви вважаємо не доцільним включати положення про винагороду до положень ст. 272-1 Сповідувач.

Окремо слід звернути увагу на невідповідність назви законопроекту фактичному змісту, тому його назва і зміст потребують доопрацювання. Враховуючи викладене, вважаю, що проєкт Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення ролі суспільства у заходах контролю за безпекою дорожнього руху та дотриманням правил зупинки, стоянки, паркування транспортних засобів» (№ 5798) слід доопрацювати.

Висновки. Сучасні підходи до удосконалення положень Кодексу України про адміністративні правопорушення характеризуються вузькою, прагматичною, вузькопрофільною спрямованістю на врахування інноваційних аспектів реформування адміністративно-деліктних відносин в їх одиничних проявах. Наявні суттєві недоліки законотворчої техніки, правил підготовки законопроєктів відповідно до актуальних концептуальних засад адміністративно-правової доктрини, узгодженості цілей законотворчої діяльності та напрямів адміністративно-правової реформи. З огляду на це, обираючи комплексний підхід до реформи Кодексу України про адміністративні правопорушення, слід висловити пропозиції щодо створення окремої комісії (групи) народних депутатів, діяльність якої спрямувати на оновлення структури, змісту, порядку накладення адміністративних стягнень на приватних осіб з урахуванням сучасної європейської практики, що дасть змогу якісно оновити цей сегмент адміністративного законодавства.

¹ Кодекс України про адміністративні правопорушення: Кодекс України із змінами і доповненнями від № 1576-IX від 29.06.2021 р. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10/ed20230320#Text> (дата звернення: 27.07.2021).

Резюме

Пухтецька А.А. Про удосконалення положень Кодексу України про адміністративні правопорушення: критичний огляд законотворчих ініціатив.

У статті розглянуто сучасні пропозиції народних депутатів України та представлених ними у формі законопроектів на офіційному сайті Верховної Ради України пропозицій щодо удосконалення положень чинного Кодексу України про адміністративні правопорушення. Узагальнено підходи провідних вітчизняних вчених до концептуальних засад розмежування адміністративних та кримінальних проступків, структури, назви коди кovanого акта законодавства, проблеми його підготовки в сучасних умовах.

Розглянуто пропозиції щодо удосконалення законопроєктів «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо відповідальності у сфері громадського нагляду» від 4 червня 2021 р. № 5622, «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо захисту прав дітей та соціальної підтримки сім'ї» від 28 травня 2021 р. № 5582, «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України щодо відповідальності за порушення авторського права і (або) суміжних прав» № 5643, «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення та Кримінального кодексу України (щодо відповідальності за порушення законодавства у галузі бджільництва та щодо охорони, захисту, збереження бджіл)» на № 5328, «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення та Кримінального кодексу України

для реалізації положень Закону України «Про право на самозахист та володіння цивільною вогнепальною зброєю» № 5709-1, «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення ролі суспільства у заходах контролю за безпекою дорожнього руху та дотриманням правил зупинки, стоянки, паркування транспортних засобів» № 5798.

Ключові слова: адміністративне правопорушення, адміністративний деликт, законопроект, Кодекс України про адміністративні правопорушення, адміністративна реформа.

Резюме

Пухтецька А.А. Об усовершенствовании положений Кодекса Украины об административных правонарушениях: критический обзор законодательских инициатив.

В статье рассмотрены современные предложения народных депутатов Украины и представленных ими в форме законопроектов на официальном сайте Верховного Совета Украины предложений касательно усовершенствования положений действующего Кодекса Украины об административных правонарушениях.

Обобщены подходы ведущих отечественных ученых к концептуальным положениям разграничения административных и уголовных проступков, структуры, названия кодифицированного акта законодательства, проблемы его подготовки в современных условиях.

Рассмотрены предложения относительно усовершенствования законопроектов «О внесении изменений в Кодекс Украины об административных правонарушениях касательно ответственности в сфере общественного надзора» от 4 июня 2021 г. № 5622, «О внесении изменений в Кодекс Украины об административных правонарушениях касательно защиты прав детей и социальной поддержки семьи» от 28 мая 2021 г. № 5582, «О внесении изменений в Кодекс Украины об административных правонарушениях, Криминальный кодекс Украины и Криминальный процессуальный кодекс Украины касательно ответственности за нарушение авторского права и (или) смежных прав» № 5643, «О внесении изменений в Кодекс Украины об административных правонарушениях и Криминальный кодекс Украины (касательно ответственности за нарушения законодательства в сфере пчеловодства и касательно охраны, защиты, сохранения пчел)» № 5328, «О внесении изменений в Кодекс Украины об административных правонарушениях и Криминальный кодекс Украины для реализации положений Закона Украины «О праве на самозащиту и владение гражданским огнестрельным оружием» № 5709-1, «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины касательно усиления роли общества в мерах контроля безопасности дорожного движения и соблюдения правил остановки, стоянки, парковки транспортных средств» № 5798.

Ключевые слова: административное правонарушение, административный деликт, законопроект, Кодекс Украины об административных правонарушениях, административная реформа.

Summary

Alla Pukhtetska. On development of the provisions of the Code of Ukraine on administrative offences: critical overview of modern law-drafting initiatives.

In this article author's disclosed modern proposals of parliamentarians as well as their proposals objectivated at official site of the Verkhovna Rada of Ukraine with the aim to improve effective provisions of the Code of Ukraine on administrative offences. Here've been generalized approaches of the leading domestic scientists to development of the conceptual basis for delimitation of criminal and administrative delicts (offences), and also of the structure, official name of the codified act, problematic issues of it's development in modern conditions.

Proposals as to improvement of draft Laws of Ukraine have been provided as for the following initiatives: "On amendment of the Code of Ukraine on administrative offences relating responsibility in the sphere of public review" as of June 04, 2021 № 5622, "On amendment of the Code of Ukraine on administrative offences relating protection of children's rights and social support to families with children" as of May 28, 2021 № 5582, "On amendment of the Code of Ukraine on administrative offences, Criminal code of Ukraine and Criminal procedural code of Ukraine relating responsibility for intellectual property and related rights" № 5643, "On amendment of the Code of Ukraine on administrative offences and Criminal code of Ukraine (relating responsibility for violation of the effective legislation in the field of honey manufacturing and protection, saving bees)" № 5328, "On amendment of the Code of Ukraine on administrative offences and Criminal code of Ukraine regarding realization of the provisions of the Law of Ukraine "On the right to self-protection and possession of civil guns" № 5709-1, "On amendment of separate legislative acts of Ukraine regarding raising the role of the society in the activities on control of safety of the traffic and adherence to the rules of parking for vehicles" № 5798.

Key words: administrative offence, administrative delicts, draft law, the Code of Ukraine on administrative offences, administrative reform.

Н.В. ЩЕРБАТЮК

*Наталія Володимирівна Щербатюк, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Національного транспортного університету**

ORCID:0000-0002-4841-2800

ПРОЦЕДУРИ ЗОВНІШНЬОЇ ТОРГІВЛІ В УКРАЇНІ

Постановка проблеми. Зовнішня торгівля є основою ефективного економічного розвитку будь-якої країни світу. Сьогодні всі країни світу в тій чи іншій формі використовують інструменти митно-тарифної політики, що допомагають їм вирішувати власні соціально-економічні проблеми, які виходять за рамки зовнішньоекономічної діяльності: реформування і модернізація національної економіки, стимулювання зростання перспективних галузей, поповнення дохідної частини бюджету, підтримка певного рівня внутрішніх цін. В сучасних умовах поглиблення глобалізаційних процесів посилюється рівень економічної взаємозалежності держав, що впливає на зміну умов обсягів і структури міжнародних потоків товарів та послуг. Це, своєю чергою, вимагає вдосконалення інструментів регулювання зовнішньоторговельної діяльності. Наразі такі виклики особливо актуальні для України, оскільки її економіка є відкритою та залежною від зовнішніх ринків, з високим рівнем незбалансованості зовнішньої торгівлі товарами й послугами.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемні питання досліджуваної теми розглядалися в працях багатьох вітчизняних науковців, зокрема, А.О. Брачук, І.Г. Бережнюк, А.В. Данільцев, П.В. Пашко, В.І. Царенко та інших. Проте, незважаючи на існування в юридичній літературі численних наукових напрацювань, спостерігаються розбіжності у поглядах науковців щодо проблематики процедур зовнішньої торгівлі в Україні. Насамперед це стосується питання їх модернізації в рамках проведення загальної адміністративно-правової реформи, пристосування митних процедур до сучасних принципів і прийомів публічного адміністрування, наближення положень вітчизняного митного законодавства до правил, встановлених вимогами ЄС.

Формулювання мети статті. Метою даної статті є дослідження особливостей процедур зовнішньої торгівлі в Україні.

Виклад основного матеріалу. Термін «процедура» використовується в різних галузях права: земельно-му, адміністративному, цивільному, кримінально-процесуальному, митному тощо. Залежно від галузі права, де цей термін вживається, він набуває певної специфіки. У юридичній науці під терміном «процедура» розуміють порядок, наступність, послідовність у вчиненні певних дій для досягнення очікуваного результату¹.

У правовому розумінні «процедура» – це врегульований законодавчими та іншими правовими актами порядок, що складається з послідовних дій та спрямований на досягнення правового результату⁸.

Основними ознаками правової процедури є:

- 1) вона регламентується нормами як національного, так і міжнародного законодавства;
- 2) учасником юридичних процедур є суб'єкт публічно-владних повноважень;
- 3) процедура є сукупністю послідовних дій;
- 4) направлена на досягнення правового результату.

Серед науковців сьогодні існують різні погляди стосовно трактування поняття «процедура» у митній справі. Так, на думку Б.М. Габрічидзе, митна процедура є контролем за дотриманням порядку переміщення товарів та майна, оформлення митних документів, огляд предметів, накладення митного забезпечення, нарахування митних платежів, перевірка правильності заповнення вантажної митної декларації, передача статистичних відомостей статистичним органам, інші дії державних митних органів щодо виконання законодавства з митних питань¹.

К.Г. Борисов ототожнює митні процедури з митними операціями, які передбачають різнопланову діяльність державних митних органів щодо реалізації умов міжнародних договорів з митного співробітництва, зокрема: виконання усіх попередніх митних формальностей, організації митного оформлення товарів та їх митного супроводу, контролю за порядком видачі вантажу після сплати митних платежів та митного очищення. Також, на думку цього дослідника, до складу митних операцій входить нагляд за умовами створення й експлуатації митних складів та зон видачі товарів, систематична перевірка правильності їх класифікації згідно з митною декларацією тощо¹.

Група дослідників (А.В. Данільцев, Е.В. Данилова, А.С. Іванов, С.В. Кисельов, С.В. Чернишов) не розрізняють митні процедури, формальності та операції, а відносять до них: правила прийняття вантажів до митного оформлення; місце здійснення митних формальностей; правила збереження вантажів, які призначе-

ні для митного оформлення; режим транспортних засобів та транзиту; правила оскарження дій митних служб тощо⁴.

У табл. 1 наведено інші підходи науковців до визначення процедур у зовнішній торгівлі.

Таблиця 1

Підходи до визначення митних процедур

№	Автор	Визначення
1	2	3
1	І.Г. Бережнюк ²	операційна складова митного регулювання
2	М.Г. Шульга ⁷	технічні нормативи залежно від категорії товарів, видів транспорту, митних режимів, заходів не тарифного регулювання, осіб, які переміщують товари
3	В.І. Царенко, В.О. Хома ⁶	співвідношення з поняттям «митний режим»
4	П.В. Пашко ⁵	операції, пов'язані зі здійсненням митного контролю за переміщенням товарів і транспортних засобів через митний кордон, їх митного оформлення, а також зі справами передбачених законом податків і зборів

Отже, митні процедури – це операції, пов'язані із здійсненням митного контролю за переміщенням вантажів та транспортних засобів через митний кордон України, митного оформлення цих вантажів та транспортних засобів, справами передбачених законом податків та зборів.

Процедури зовнішньої торгівлі в Україні, єдині та регулюються наступними основними нормативно-правовими актами:

- Митним кодексом України;
- постановою Кабінету Міністрів України № 450 «Питання, пов'язані із застосуванням митних декларацій» від 21 травня 2012 р.;
- наказом Міністерства фінансів України № 631 «Про затвердження Порядку виконання митних формальностей при здійсненні митного оформлення товарів із застосуванням митної декларації на бланку єдиного адміністративного документа» від 30 травня 2012 р.;
- наказом Міністерства фінансів України № 651 «Про затвердження Порядку заповнення митних декларацій на бланку єдиного адміністративного документа» від 30 травня 2012 р.;
- наказом Міністерства фінансів України № 1011 «Про затвердження відомчих класифікаторів інформації з питань державної митної справи, які використовуються у процесі оформлення митних декларацій» від 20 вересня 2012 р.

Митні процедури передбачають наступні режими, в які можуть бути поміщені товари:

а) Імпорт. Згідно зі ст. 74 Митного кодексу, імпорт (випуск для вільного обігу) – це митний режим, відповідно до якого іноземні товари після сплати усіх митних платежів, що встановлені законодавством України і виконання всіх необхідних митних формальностей допускаються для вільного обігу на митній території України³.

Відповідно до ч. 3 ст. 75 Митного кодексу для поміщення товарів у режим імпорту необхідно:

- 1) подати митним органам, які здійснює випуск товарів, документи на ці товари;
- 2) сплатити усі митні платежі, якими згідно з законодавством України обкладаються ці товари під час ввезення їх на митну територію України в даному митному режимі;
- 3) виконати встановлені згідно з законодавством України вимоги стосовно заходів нетарифного регулювання ЗЕД.

б) Експорт. Згідно зі ст. 82 Митного кодексу експорт (остаточне вивезення товарів) – це митний режим, відповідно з яким вітчизняні товари випускаються для вільного обігу за межами митної території України без зобов'язань стосовно їхнього зворотного ввезення. Для поміщення товарів вироблених в Україні в митний режим експорту, відповідно до ч. 2 ст. 83 Митного кодексу необхідно³:

- 1) подати митним органам, які здійснюють випуск товарів у режимі експорту, документи на ці товари;
- 2) сплатити усі митні платежі, якими згідно із законодавством України обкладаються ці товари під час їх вивезення за межі митної території держави у даному митному режимі;
- 3) виконати вимоги стосовно використання передбачених законодавством України заходів нетарифного регулювання ЗЕД;
- 4) у випадках, встановлених вітчизняним законодавством, подати до митних органів дозвіл на проведення зовнішньоторговельної операції з вивезення товарів у третю країну (реекспорт).

Відповідно до ч. 2 ст. 264 Митного кодексу митна декларація та інші документи подаються до митних органів в електронному вигляді з дотриманням вимог Митного кодексу чи на паперових носіях. На вимогу декларант повинен надати митному органу оригінали супровідних документів чи їх копії, засвідчені в установленому порядку³.

Перелік документів, потрібних для митного оформлення товарів на експорт, визначений ч. 3 ст. 335 Митного кодексу та передбачає³:

- документи, які підтверджують повноваження особи, яка подає митну декларацію;

– зовнішньоекономічну угоду (контракт) чи інші документи, що підтверджують право володіння, користування чи розпорядження товарами, передбаченими на експорт;

- транспортні документи;
- комерційні документи;
- документи, які підтверджують дотримання заходів нетарифного регулювання ЗЕД (у разі необхідності);
- документи, які підтверджують дотримання обмежень, що виникають у зв'язку із використанням захисних, антидемпінгових і компенсаційних заходів (за їх наявності);
- документи, які підтверджують країну походження товару (у разі необхідності);
- документи, які підтверджують сплату чи забезпечення сплати митних платежів (у разі необхідності);
- документи, які підтверджують право пільги щодо сплати митних платежів, на використання повного або часткового звільнення від сплати митних платежів відповідно до обраного митного режиму (у разі необхідності);
- документи, які підтверджують зміну термінів сплати митних платежів (у разі необхідності);
- документи, які підтверджують заявлену митну вартість товарів і обраний метод її визначення (у разі необхідності).

Митний контроль і оформлення товарів закінчується лише після проведення встановлених законодавством України для кожного з них державних видів контролю.

в) *Транзит*. Главою 17 Митного кодексу визначаються умови поміщення товарів, транспортних засобів комерційного призначення у митний режим транзит і вимоги щодо їхнього переміщення митною територією країни³.

Режим транзиту може застосовуватись як до товарів, транспортних засобів комерційного призначення, які ввозяться на митну територію України, так і до товарів, які перебувають на митній території України. У митний режим транзиту можуть бути поміщені будь-які вантажі, крім тих, що містять заборонені законодавством товари для ввезення чи транзиту через митну територію України.

Для поміщення товарів чи транспортних засобів комерційного призначення у митний режим транзиту необхідно:

- 1) подати митному органу митну декларацію чи документ, який може використовуватись замість митної декларації, товарно-транспортний документ на перевезення і рахунок-фактуру (інвойс) чи інший документ, який визначає вартість транзитного товару;
- 2) надати митному органу дозвільний документ на транзит вантажу через митну територію України, що видається відповідними державними органами;
- 3) забезпечити виконання зобов'язання щодо сплати усіх встановлених законодавством митних платежів.

Стаття 95 Митного кодексу встановлює відповідні терміни транзитних перевезень:

- 1) автомобільний транспорт – 10 діб (у випадку переміщення в зоні діяльності однієї митниці – 5 діб);
- 2) залізничний транспорт – 28 діб;
- 3) авіаційний транспорт – 5 діб;
- 4) морський і річковий транспорт – 20 діб;
- 5) трубопровідний транспорт – 31 доба (з перевантаженням на інші види транспорту – 90 діб).

Для декларування товарів у митний режим транзиту застосовують митну декларацію чи накладну УМВС (СМГС), накладну ЦІМ (СІМ), накладну ЦІМ/УМВС (ЦІМ/СМГС, СІМ/СМГС), книжку МДП (Сарнет TIR) у випадку декларування товарів, які не є підакцизними.

Висновки. Таким чином, митні процедури є врегульованими нормами митного права, порядком діяльності митних органів в межах їхніх повноважень, який спрямований на дотримання вимог законодавства України щодо організації зовнішньоекономічної діяльності, і складається з таких компонентів: митний контроль, митне оформлення, сплати митних платежів. Умови застосування митних процедур залежать від мети і умов переміщення вантажів, тобто певного митного режиму, від способу і засобів їх переміщення.

¹ Брачук А.О. Категорія «митні процедури» в українському законодавстві : поняття та типологія. *Актуальні проблеми політики* : зб. наук. пр. редкол. : С.В. Ківалов, Л.І. Кормич, А.В. Полухіна (відп. ред.) ; НУ «ОЮА», Південноукр. центр гендер. проблем. Одеса : Фенікс, 2016. Вип. 58. С. 241–250.

² Бережнюк І.Г. Митне регулювання України: національні та міжнародні аспекти : монографія. Дніпропетровськ : Академія митної служби України, 2009. 543 с.

³ Митний кодекс України : Закон України від 13.03.2012 № 4495-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4495-17#Text>

⁴ Основы торговой политики и правила ВТО / А.В. Данильцев, Е.В. Данилова, А.В. Захарова и др. Москва : Международные отношения, 2005. 448 с.

⁵ Основы митной справи в Україні : підручник / за ред. П.В. Пашка. Київ : Знання, 2008. 651 с.

⁶ Царенко В.І., Хома В.О. Митні процедури: ознаки та поняття. *Порівняльно-аналітичне право*. 2014. № 3. URL: http://www.pap.in.ua/3_2014/40.pdf

⁷ Шульга М.Г. Переміщення і пропуск товарів через митний кордон України. *Право та управління* : електрон. наук. фах. вид. Нац. ун-т держ. податк. служби України. 2012. № 3. С. 475–486.

⁸ Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол. : С. Шемшученко та ін. Київ: Укр. енцикл. ім. М.П. Бажана, 2003. Т. 5. 736 с.

Резюме

Щербатюк Н.В. Процедури зовнішньої торгівлі в Україні.

У статті з'ясовано сутність поняття процедури, визначено особливості митних процедур у відповідності до законодавства України. Зокрема, встановлено, що митні процедури складаються з таких компонентів, як-от: митний контроль, митне оформлення, сплати митних платежів. Проаналізовано основні нормативно-правові акти, якими регулюються процедури зовнішньої торгівлі в Україні, такі як Митний кодекс України, постанови Кабінету Міністрів України, накази Міністерства фінансів України. Обґрунтовано, що умови застосування митних процедур залежать від мети і умов переміщення вантажів, тобто певного митного режиму (експорт, імпорт, транзит), від способу і засобів їх переміщення.

Ключові слова: зовнішньоекономічна діяльність, зовнішня торгівля, експорт, імпорт, транзит, процедура, митна декларація.

Резюме

Щербатюк Н.В. Процедуры внешней торговли в Украине.

В статье выяснена сущность понятия процедуры, определены особенности таможенных процедур в соответствии с законодательством Украины. В частности, установлено, что таможенные процедуры состоят из таких компонентов, как: таможенный контроль, таможенное оформление, уплаты таможенных платежей. Проанализированы основные нормативно-правовые акты, которыми регулируются процедуры внешней торговли в Украине, такие как Таможенный кодекс Украины, постановления Кабинета Министров Украины, приказы Министерства финансов Украины. Обосновано, что условия применения таможенных процедур зависят от цели и условий перемещения грузов, то есть определенного таможенного режима (экспорт, импорт, транзит), от способа и средств их перемещения.

Ключевые слова: внешнеэкономическая деятельность, внешняя торговля, экспорт, импорт, транзит, процедура, таможенная декларация.

Summary

Natalia Shcherbatiuk. Foreign trade procedures in Ukraine.

The article elucidates the essence of the notion of procedure, defines the features of customs procedures in accordance with the legislation of Ukraine. Specifically, customs procedures are operations related to the exercise of customs control over the movement of goods and vehicles across the customs border of Ukraine, customs clearance of goods and vehicles, the collection of taxes and fees stipulated by law. It has been established that customs procedures consist of the following components: customs control, customs clearance, customs duties payments. The author analyses the main normative legal acts regulating the procedures of foreign trade in Ukraine including the Customs Code of Ukraine, resolutions of the Cabinet of Ministers of Ukraine, orders of the Ministry of Finance of Ukraine.

Customs procedures envisage the following regimes governing the placement of commodities:

Import is a customs regime according to which foreign goods can be released for free turnover in the custom territory of Ukraine after payment of all customs duties stipulated by the laws of Ukraine on the import of these goods and the fulfilment of all necessary customs formalities.

Export is a customs regime under which Ukrainian goods are released into free turnover outside the custom territory of Ukraine without obligations for their re-entry.

Transit is a customs regime under which goods and / or commercial vehicles are moved under customs control between two customs authorities of Ukraine or within the area of one customs authority without any use of these goods without payment of customs duties and without declaration, without measures of non-tariff regulation of foreign economic activity.

Customs procedures, in particular customs control and customs clearance of goods, are executed only after the establishment of state control by the legislation of Ukraine on each of them.

It has been substantiated that the conditions for the application of customs procedures depend on the purpose and conditions of goods movement, i.e., a specific customs regime (export, import, transit), and the method and means of their movement.

Key words: foreign economic activity, foreign trade, export, import, transit, procedure, customs declaration.

П.С. ГАВАЛЕШКО

*Петро Степанович Гавалешко, суддя Троїцького районного суду Луганської області**

ORCID: 0000-0001-5903-6321

АПЕЛЯЦІЯ ЯК САМОСТІЙНА СТАДІЯ В СУЧАСНОМУ АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРОЦЕСІ: ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВ ЛЮДИНИ НА ПЕРЕГЛЯД СУДОВОГО РІШЕННЯ

Україна як демократична правова держава, відповідно до Конституції України (ст. 1)¹, гарантує кожному право на судовий захист, яке є одним із основоположних у системі прав людини. Це право підкріплено конституційними гарантіями, завдяки яким воно може бути реалізовано в повному обсязі, тим самим забезпечивши відновлення порушених прав. Перегляд судових рішень в апеляційному та касаційному порядку гарантує відновлення порушених прав і охоронюваних законом інтересів людини і громадянина (абзац третій п.п. 3.1 п. 3 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 11 грудня 2007 р. № 11-рп/2007)².

Як слушно наголошують дослідники, удосконалення інституту оскарження в адміністративно-деліктному процесі є одним із вирішальних чинників, що забезпечує підвищення ефективності правозастосовної діяльності й дотримання законності у провадженнях у справах про адміністративні правопорушення³. На практиці можливі ситуації неправильної оцінки судом фактів чи обставин справи. При цьому внаслідок неправильного застосування закону істина у справі не буде встановлена. Утім, сучасне законодавство передбачає ймовірність уникнення таких ситуацій, а тому на набутті чинності судового рішення відводиться певний термін, який і передбачений для оскарження. З цього приводу Європейський суд з прав людини, практика якого застосовується судами при розгляді справ як джерело права, щодо забезпечення права на апеляційне оскарження у справі «Скорик проти України» вказав, що якщо в національному правовому порядку існує процедура апеляції, держава має гарантувати, що особи, які знаходяться під її юрисдикцією, мають право у апеляційних судах на основні гарантії, передбачені ст. 6 Конвенції⁴. При цьому апеляційна скарга може стосуватись як неправильного застосування судом першої інстанції норм матеріального чи процесуального права, так і неправильного оцінювання ним наявної доказової бази⁵.

Слушною є думка О.Ю. Поклонської та інших учених, які визначають апеляційне провадження як національний засіб юридичного захисту прав і свобод людини⁶. Захист прав, свобод та інтересів особи у сфері публічно-правових відносин, відповідно до Конституції України, здійснюється адміністративними судами. Юрисдикцію та повноваження адміністративних судів, а також порядок здійснення судочинства в адміністративних судах встановлює Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV, який нині діє в редакції Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів», що набрала чинності 15 грудня 2017 р. (далі – КАС України)⁷. Згідно з п. 6 ч. 3 ст. 2 КАС України забезпечення права на апеляційний перегляд справи є однією із основних засад (принципів) адміністративного судочинства. При цьому забезпечення права на апеляційне оскарження включає як забезпечення можливості оскарження судового рішення, так і обов'язок суду прийняти та розглянути подану апеляцію⁸.

Принагідно зазначимо, що апеляційна система (назва цієї форми оскарження походить від латинського слова «*appellatio*» – «звернення до будь-кого», в даному випадку до вищої судової інстанції) зародилася ще в далекі часи в Римській імперії, коли можна було послідовно скажитись на рішення нижчих судів аж до імператора⁹.

Що ж являє собою поняття «апеляція»? У юридичних джерелах це поняття трактують як звернення, подане особою-учасником справи до суду другої інстанції з метою перевірки законності та обґрунтованості судового рішення, винесеного судом першої інстанції¹⁰. Також, на думку вчених-адміністративістів, апеляція – це оскарження рішення суду першої інстанції, яке не набрало законної сили, до суду вищої (апеляційної) судової інстанції та перегляд ним оскаржуваного рішення і адміністративної справи в межах апеляційної скарги і позовних вимог, що були заявлені в суді першої інстанції. Строк набрання рішенням законної сили дорівнює строку подання заяви про апеляційне оскарження або апеляційної скарги¹¹.

В адміністративному процесі апеляція є самостійною стадією, що являє собою діяльність суду за умов подання апеляційної скарги особами, які беруть участь у справі. Метою подання такої скарги є перевірка

© П.С. Гавалешко, 2021

* *Petro Havaleshko, Judge of Troitskyi District Court of Luhansk Oblast*

законності та обґрунтованості рішень суду першої інстанції. Іншими словами, апеляційне провадження – це порядок, який встановлений адміністративно-процесуальним законодавством для оскарження рішень суду першої інстанції. При цьому, як наголошують вчені, категорія «правова природа апеляційного провадження» – це родове поняття, більш ширше поняття і включає видові категорії «правова природа апеляційного провадження в апеляційних адміністративних судах, у межах територіальної юрисдикції яких знаходяться місцеві адміністративні суди, що ухвалили рішення»; «правова природа апеляційного провадження, яке здійснює Верховний Суд, коли переглядає в апеляційному порядку судові рішення апеляційних судів, ухвалені ними як судами першої інстанції»; «правова природа апеляційного провадження, яке здійснює Велика Палата Верховного Суду, коли переглядає в апеляційному порядку судові рішення Верховного Суду, ухвалені ним як судом першої інстанції»¹². Кожній із цих видових категорій притаманні як загальні ознаки родової категорії, так і особливі ознаки, які зумовлені специфікою адміністративних справ, рішення за якими переглядаються, так і специфікою суду, який здійснює цей перегляд (апеляційні суди, Верховний Суд, Велика Палата Верховного Суду). Все це у сукупності впливає на процедуру апеляційного провадження. Тому розкриття сутності правової природи апеляційного провадження можливо лише через висвітлення правової природи окремих її складових¹³, про що буде йтися в наступних наших публікаціях.

Слід зазначити, що сама сутність апеляційного провадження не має однозначного визначення в науковій літературі. На думку багатьох учених, апеляція являє собою основний спосіб перевірки законності та обґрунтованості актів суду першої інстанції, які не вступили в законну силу, та полягає в повторному розгляді справи, ґрунтуючись на додатково наведених доказах. Аналіз даного визначення дає підстави не погодитися з таким твердженням, оскільки в ньому простежується домінування суду другої інстанції, з огляду на виділений спосіб перевірки судових актів першої інстанції. Вважаємо, що ініціаторами апеляції насамперед виступають сторони процесу та інші особи, які є учасниками процесу, що таким чином реалізують свої права, закріплені в КАС України. А діяльність з апеляційного провадження починається вже після подачі скарги (подання).

Існує й інша точка зору, яка полягає в тому, що апеляцією є звернення, подане до суду другої інстанції від особи, яка є учасником процесу, з метою перевірки законності та обґрунтованості рішення суду першої інстанції, через повторний розгляд справи по суті. Якщо порівнювати попереднє визначення і означене, то з позицією авторів можна частково погодитися. Проте недоліком такого визначення є вузьке розуміння цього поняття, оскільки в даному випадку відображена тільки матеріальна сторона апеляції, а не процесуальна. Також існує точка зору, згідно з якою апеляційна скарга виступає засобом порушення апеляційного процесу.

Зважаючи на наведені вище наукові визначення, можна зробити висновок, що апеляція може мати і матеріальний, і процесуальний аспекти. Матеріальний аспект виражається в поданій скарзі до вищого суду з проханням заявника скасувати або змінити рішення нижчого суду, яке, згідно з його думкою, є помилковим і необґрунтованим. Процесуальний аспект зумовлений самою підставою для порушення апеляційного провадження.

В юридичній науці традиційно виділяють два види апеляції – повну і неповну. Кожний вид апеляції має свої характерні ознаки і відмінності¹⁴. При такому розподілі береться до уваги межа повторного розгляду справи. Повна апеляція являє собою новий розгляд справи по суті. При цьому суд апеляційної інстанції не обмежується лише тим, що проводить перевірку правильності винесеного рішення судом першої інстанції, а починає новий розгляд справи на аналогічних засадах з судом першої інстанції. Розглядаючи повну апеляцію, варто звернути увагу, що тут, згідно із загальним правилом, справа не повертається на новий розгляд суду першої інстанції.

Якщо йдеться про неповну апеляцію, то в цьому випадку проходить лише перевірка судових актів, ґрунтуючись на тих доказах і фактах, які були досліджені в першій інстанції. Неповна апеляція має певну перевагу, яка полягає в більш прискореному розгляді справи, з огляду на те, що подання нових доказів до суду обмежено. Даний чинник сприяє скороченню витрат на судові провадження. Якщо за скаргою проводиться неповний апеляційний процес, то це означає, що судом здійснюється саме перевірка винесеного раніше рішення нижчестоящего суду, і лише при наявності певних умов справа підлягає перегляду. З огляду на це суть повної апеляції полягає у тому, що справа знову розглядається по суті, крім перевірки обґрунтованості рішення нижчестоящего суду.

Ведучи мову про сучасний процес апеляційного оскарження, зазначимо, що на початковому етапі відбувається розгляд справи судом апеляційної інстанції згідно з правилами, за якими ведеться провадження в суді першої інстанції, однак при цьому в обов'язковому порядку враховуються особливості, властиві судам апеляційної інстанції. Тобто, відбувається застосування неповної апеляції. Однак при наявності істотних порушень, виявлених в процесі розгляду справи, які ведуть до скасування судового рішення, винесеного в першій інстанції, справа підлягає розгляду також за правилами для суду першої інстанції, але тут вже не беруться до уваги особливості апеляційного провадження, що означає застосування повної апеляції.

Отже, на сучасному етапі розвитку і становлення наукових концепцій про інститут апеляції ведеться активний пошук найбільш оптимальної та ефективної моделі адміністративного судочинства. Така ситуація свідчить про те, що питання про вдосконалення апеляційного судочинства в Україні ще досить довго залишатиметься відкритим і актуальним як в наукових колах, так і для законодавця і правозастосувача.

¹ Конституція України від 28 червня 1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>

² Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Касьяненка Бориса Павловича щодо офіційного тлумачення положень пункту 8 частини третьої статті 129 Конституції України, частини другої статті 383 Кримінально-процесуального кодексу України від 11 грудня 2007 р. № 11-рп/2007. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va11p710-07#Text>

³ Сорочко Є.О. Інститут оскарження в адміністративно-деліктному процесі України. URL: <https://6aas.gov.ua/ua/proekty/articles/s/238-institut-oskarzhennya-v-administrativno-deliktному-protseziukrajini>

⁴ Ухвала щодо прийнятності заяви № 32671/02 у справі «Скорик проти України». URL: http://search.ligazakon.ua/1_doc2.nsf/link1/SO3726.html

⁵ Адміністративне процесуальне право: навч. посіб. / кол. авт. ; за заг. ред. Т.П. Мінки. Дніпро: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2017. С. 118.

⁶ Поклонська О.Ю. Особливості розгляду скарг в апеляційному провадженні на різних стадіях судового процесу. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. № 8. С. 143.

⁷ Кодекс адміністративного судочинства України від 03 серпня 2017 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/ed20170803>

⁸ Хобор Р. Апеляційне провадження в адміністративному судочинстві. Чи потребує змін процесуальне законодавство? URL: <https://radako.com.ua/news/apelyaciyne-provadhennya-v-administrativnomu-sudochinstvi-chi-potrebuie-zmin-procesualne>

⁹ Поляков І.С. Основні етапи розвитку інституту апеляції в адміністративному судочинстві: сутність та значення. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2016. № 6. С. 156.

¹⁰ Гальонкін С.А. Адміністративно-правове забезпечення апеляційного провадження в Україні: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Університет сучасних знань (Суми); Сумський державний університет. Суми, 2018. С. 46.

¹¹ Ковалів М.В., Гаврильців М.Т., Стахура І.Б. Адміністративне судочинство: навч. посіб. / М.В. Ковалів, М.Т. Гаврильців, І.Б. Стахура. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2014. С. 520–521.

¹² Кравченко К.В. Сучасний погляд на правову природу апеляційного провадження по адміністративним справам. *Правова держава*. 2020. № 37. С. 66.

¹³ Кравченко К.В. Сучасний погляд на правову природу апеляційного провадження по адміністративним справам. *Правова держава*. 2020. № 37. С. 67.

¹⁴ Чернушенко Є.А. Апеляційне оскарження в цивільному процесі України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2003. С. 7.

Резюме

Гавалешко П.С. Апеляція як самостійна стадія в сучасному адміністративному процесі: особливості реалізації прав людини на перегляд судового рішення.

У статті досліджено поняття про апеляцію як самостійну стадію в адміністративному процесі на сучасному етапі адміністративно-правової реформи. Зроблено висновок, що на сучасному етапі розвитку і становлення наукових концепцій про інститут апеляції ведеться активний пошук найбільш оптимальної та ефективної моделі адміністративного судочинства. Така ситуація свідчить про те, що питання про вдосконалення апеляційного судочинства в Україні ще досить довго залишатиметься відкритим і актуальним як у наукових колах, так і для законодавця й правозастосувача.

Ключові слова: права людини, апеляція, апеляційне провадження, апеляційна система, апеляційне судочинство, перегляд судових рішень, юридичні гарантії.

Резюме

Гавалешко П.С. Апеляция как самостоятельная стадия в современном административном процессе: особенности реализации прав человека на пересмотр судебного решения.

В статье исследованы понятие апелляции как самостоятельной стадии в административном процессе на современном этапе административно-правовой реформы. Сделан вывод, что на современном этапе развития и становления научных концепций об институте апелляции ведется активный поиск наиболее оптимальной и эффективной модели административного судопроизводства. Такая ситуация свидетельствует о том, что вопрос об усовершенствовании апелляционного судопроизводства в Украине еще довольно долго будет оставаться открытым и актуальным как в научных кругах, так и для законодателя и правоприменителя.

Ключевые слова: права человека, апелляция, апелляционное производство, апелляционная система, апелляционное судопроизводство, пересмотр судебных решений, юридические гарантии.

Summary

Petro Havaleshko. Appeal as an independent stage in modern administrative proceedings: features of the exercise of human rights to review of judgement.

The article examines the concept of appeal as an independent stage in administrative proceedings at the present stage of administrative legal reform. It is emphasized that the improvement of the institution of appeal in administrative delictual proceedings is one of the decisive factors ensuring the enhancement of effectiveness of law enforcement and compliance with the law in proceedings on administrative offenses. In administrative proceedings, appeal is an independent stage, which is the activity of the court provided that persons involved in the case have filed a petition for appeal. The purpose of such a petition is to verify the legality and validity of the judgements of the court of first instance.

In jurisprudence, traditionally, two types of appeal – complete and incomplete appeal – are distinguished. This distinction takes into account the limit of review of the case. A full appeal is a new consideration on the merits. In this case, the appellate court is not limited to verifying the correctness of the judgement of the court of first instance, but begins a new trial on a similar basis with the court of first instance. As for the full appeal, it should be noted that, as a general rule, the case is not returned to the court of first instance for

a new consideration. In the case of an incomplete appeal, only the judicial acts are examined, based on the evidence and facts that were investigated in the first instance. The incomplete appeal has a certain advantage of a more expedited consideration of the case, given that the submission of new evidence to the court is limited. This factor helps to reduce the cost of proceedings.

It is concluded that at the present stage of development and formation of scholarly concepts on the institution of appeal an active search for the most optimal and effective model of administrative justice takes place. This situation indicates that the issue of improving appellate justice in Ukraine will remain open and relevant for quite a long time, both in academic community and for legislators and law enforcement.

Key words: human rights, appeal, appellate proceedings, appellate system, appellate proceedings, review of judgements, legal guarantees.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.27

УДК 342.15

О.Г. ЛИС

Олена Георгіївна Лис, народний депутат України*
ORCID: 0000-0001-9626-8340

РЕАЛІЗАЦІЯ СТРАТЕГІЇ РОЗВИТКУ ІНКЛЮЗИВНОЇ ОСВИТИ В УКРАЇНІ: АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Якісна освіта є основою інтелектуального, культурного, творчого, соціально-економічного і духовного розвитку суспільства та підвалиною добробуту країни. Водночас освіта є необхідною умовою забезпечення сталого демократичного розвитку суспільства, консолідації всіх його інституцій, гуманізації суспільно-економічних відносин, формування нових життєвих орієнтирів. Освіта має бути спрямована на отримання життєвих компетентностей та всебічний розвиток людини як особистості: її талантів, розумових і фізичних здібностей, виховання високих моральних якостей громадян, здатних до свідомого суспільного вибору¹.

На сьогодні стратегія інклюзивної освіти дітей з особливими освітніми потребами стала провідною для більшості розвинених країн світу (США, Великобританія, Швеція, Іспанія)². За такої організації навчання в закладах загальної освіти навчаються і діти, які не мають значних відхилень у розвитку, і діти з особливими потребами, з різними відхиленнями в розвитку. Причому другій категорії дітей створюються додаткові можливості, надається спеціальна підтримка.

Загалом дошкільна освіта є важливим етапом для цілісного розвитку дитини. В Україні її зміст органічно пов'язаний з ідеями Нової школи, що забезпечують наступність між дошкільною та початковою освітою в умовах шкільної реформи. Дошкільна освіта є обов'язковою частиною в системі безперервного навчання. Відповідальними за навчання дитини в дитсадку є її батьки або особи, які їх замінюють, та навчальні заклади, де діти перебувають. За оперативними даними від місцевих органів управління системою освіти, наприкінці 2019 р. 88 % дітей у віці 3–5 років та 96,9 % дітей віком 5–6 (7) років навчалися в дитячих садках. Так, у 2019 р. в Україні працювало 14 898 закладів дошкільної освіти, з яких 201 – приватної, 29 – державної та 14 666 – комунальної форми власності. У них викладали 137 688 педагогів, а здобували освіту 1 278 237 дошкільнят³.

В основу інклюзивної освіти покладено ідеологію, яка відкидає будь-яку дискримінацію дітей, забезпечує рівне ставлення до всіх людей та водночас передбачає адаптацію освітнього середовища і створення компенсаційних умов для дітей, котрі мають фізичні, сенсорні або ментальні порушення⁴. Адаптація ж освітнього середовища охоплює не лише пристосування фізичного середовища, а й підготовку педагогів, зміну системи надання індивідуальної та додаткової підтримки, надання учням можливості навчатися за індивідуальними навчальними планами і, відповідно, зміну принципів і процедури оцінки й атестації учнів, що навчаються за такими планами⁵. Якщо коротко сформулювати підхід, який формує модель інклюзивної освіти, то він може виглядати так: інклюзивна освіта орієнтована на те, щоб усі діти, незважаючи на свої фізичні, психічні, інтелектуальні та інші особливості, були включені в загальну систему освіти, тобто навчалися й виховувалися разом зі своїми однолітками за місцем проживання в загальноосвітній школі чи дошкільному закладі освіти, де мають враховуватися їхні особливі освітні потреби і надаватися потрібна спеціальна підтримка.

Актуальність проблеми інклюзивної освіти пов'язана насамперед з тим, що кількість дітей, які потребують корекційного навчання, неухильно зростає. На сьогодні дітей, яким потрібна корекція фізичного та (або) розумового розвитку, в Україні понад 1 млн, що становить 12 % від загальної кількості дітей у країні. При цьому інклюзивною освітою охоплено 5,0 % дітей з інвалідністю: станом на 1 січня 2020 р. в Україні було зареєстровано 163,9 тис. дітей з інвалідністю⁶; у навчальних закладах для здобуття повної загальної середньої освіти навчалися 41 557 дітей, які потребують корекції фізичного та (або) розумового розвитку. Отже, майже 95,0 % дітей з інвалідністю навчаються в умовах спеціальних навчальних закладів або не здо-

© О.Г. Лис, 2021

* *Olena Lys, Member of Parliament of Ukraine*

бувають освіти взагалі. З огляду на це мета реалізації інклюзивного підходу – дати всім дітям можливість брати участь у повноцінному соціальному житті, максимально активно долучатися до життя колективу, забезпечуючи в такий спосіб якнайповнішу взаємодію зі суспільством. Інклюзивна освіта на рівні дошкільної освіти полягає в такій побудові освітнього процесу, коли забезпечується можливість включення до нього дітей з різними фізичними, інтелектуальними, соціальними, емоційними та іншими особливостями. При цьому як позитив можна відзначити те, що в Україні наразі функціонує 635 інклюзивно-ресурсних центрів, 43 % шкіл мають інклюзивні класи (18 687 класів), де навчається 25 078 учнів. Забезпечено безперешкодний доступ для осіб з особливими освітніми потребами в 11 775 закладах загальної середньої освіти⁷.

Діти, зокрема ті, які мають особливі освітні потреби, можуть здобувати дошкільну освіту:

- у закладах дошкільної освіти незалежно від підпорядкування, типів і форми власності;
- у структурних підрозділах юридичних осіб приватного та публічного права, зокрема закладів освіти;
- у сім'ї – за сімейною (домашньою) формою;
- за допомогою фізичних осіб, які мають педагогічну освіту чи професійну кваліфікацію педагогічного працівника, зокрема тих, які провадять незалежну професійну діяльність;

– за допомогою фізичних осіб – підприємців, основним видом діяльності яких є освітня діяльність⁸.

Наголосимо, що інклюзія – це процес, спрямований на перетворення дошкільних навчальних закладів на заклади з таким освітнім простором, який стимулює та підтримує не тільки дітей, а й всіх членів трудового колективу дошкільного закладу освіти. Вона спрямована на розвиток місцевих громад, які підтримують і високо цінують досягнення кожного члена громади. Навчальні заклади можуть співпрацювати з іншими соціальними партнерами задля покращення навчальних і соціальних умов у своїх трудових колективах⁹.

В Україні реалізацію прав дітей з особливими освітніми потребами розглядають як одне із найважливіших завдань державної політики в галузі освіти, що підтверджується положеннями нового Закону України «Про освіту» від 5 вересня 2017 р. № 2145-VIII¹⁰. Згідно з чинним законодавством всі діти мають право на якісну дошкільну, загальну і професійну освіту. Це створює можливість для їхньої успішної соціалізації, повноцінної участі в житті держави, успішної самореалізації в різних напрямках професійної і соціальної діяльності тощо.

Зауважимо, що в останні роки дослідники дедалі частіше використовують термін «сегрегація» (від лат. *segregatio* – відділення¹¹), який раніше вживався переважно в політології. Наприклад, говорили про сегрегацію різних расових громад у недемократичних країнах. У педагогіці терміном «сегрегація» позначають роздільне навчання дітей залежно від їхнього стану здоров'я, ступеня розвитку та інших чинників. Безперечно, варто враховувати, що трапляються випадки, коли діти з важкими інтелектуальними порушеннями не здатні навчатися спільно зі своїми однолітками у загальній школі. Однак невинуватна сегрегація сприймається як порушення природних прав дитини¹². При цьому, на переконання вітчизняних вчених-адміністративістів, з погляду теорії природного права, право є справедливе та гуманне, основним його завданням однозначно визнається забезпечення природних прав і свобод людини та громадянина – життя і здоров'я, честі, гідності, безпеки, права на опір насиллю. З огляду на це будь-яке джерело адміністративного права може вважатися правовим тільки тоді, коли відповідає природному праву й узгоджується з ним¹³.

У сучасному розумінні інклюзія – це процес визнання різноманіття потреб всіх учнів і реагування на їхні дії та вчинки. Інклюзивна освіта – це освіта, яка надає кожному, незважаючи на наявні фізичні, інтелектуальні, соціальні, емоційні, мовні або інші особливості, можливість бути залученим до загального процесу навчання і виховання (розвитку і соціалізації), що згодом допомагає дорослій людині стати рівноправним членом суспільства, знижує ризики її сегрегації та ізоляції¹⁴. Це дає можливість дитині сприймати власні особливості і враховувати особливості інших людей.

Якщо дитина з особливими потребами за рівнем психофізичного і мовного розвитку має можливість здобувати освіту в загальному навчальному закладі, то цілком можлива повна інтеграція. У цьому випадку діти з особливими потребами скеровуються в загальні групи дошкільного навчального закладу або школи, але їхня освіта і стан здоров'я мають постійно контролюватися.

Якщо дитині з особливими потребами необхідна систематична медико-психологічна допомога кваліфікованих фахівців, то її мають надавати в інших установах (у логопедичному центрі, у поліклініці за місцем проживання, у групі короткочасного перебування спеціальних шкіл, у сурдологічних кабінетах системи охорони здоров'я тощо)¹⁵.

Однак в освітньому середовищі частими є випадки вимушеної інтеграції, коли дитині із сільської місцевості доводиться відвідувати найближчу школу, і це попри її особливі потреби. Крім того, багато батьків вважають (часто справедливо), що дітям з особливими потребами максимально необхідна близькість із сім'єю, постійна увага батьків. З огляду на це можна визначити такі причини вимушеної інтеграції:

– відсутність спеціальних (корекційних) закладів або їх низький авторитет, «погана слава» про ці установи;

– відсутність медико-психолого-педагогічного висновку про те, що дитина дійсно потребує особливих умов для здобуття освіти;

– віддаленість спеціальних (корекційних) закладів від місця проживання дитини, прагнення батьків не віддалятися від дитини, щоб мати можливість часто спілкуватися;

– небажання батьків віддавати дитину в спеціальні установи: родичі нерідко побоюються того, що навчання дитини там «поставить хрест» на подальших можливостях для її освіти, негативно відобразиться на всій долі дитини.

Сучасна вітчизняна освітня система відчуває потребу в подальшій роботі зі створення адаптивного освітнього середовища для дітей, що мають особливі освітні потреби і проблеми в розвитку¹⁶. Мають бути створені умови для ранньої діагностики і необхідна корекція відхилень таких дітей. Важливо організувати їх послідовну соціалізацію та інтеграцію.

Одним із напрямів подальшої гуманізації вітчизняної системи освіти можна вважати стратегію інклюзивної освіти. Зокрема, на рівні Міністерства освіти і науки України інклюзивне навчання визначається як система освітніх послуг, гарантованих державою, що ґрунтується на принципах недискримінації, врахуванні багатоманітності людини, ефективного залучення та включення до освітнього процесу всіх його учасників. Інклюзивне навчання часто вважають альтернативою інтернатній системі, за якою діти з особливими освітніми потребами навчаються у спеціальних закладах освіти та змушені проживати в інтернатних відділеннях при них через їх територіальну розгалуженість. Жодна дитина не має відчувати себе іншою та виключеною з освітніх, культурних і соціальних процесів – це головне завдання інклюзії¹⁷.

Сучасна освіта є показником інтелектуального, духовного, культурного, а також соціально-економічного розвитку суспільства. Загострення уваги держави до соціальних проблем, зокрема інклюзії, відображає систему нових підходів до осіб, які мають особливі освітні потреби. Впровадження інклюзивної освіти в Україні є відображенням об'єктивних вимог щодо забезпечення права на якісну освіту громадянам з особливими потребами. Адже їхня соціальна ізоляція негативно впливає на всі сфери їхнього життя та є перепорою для реалізації особистих здібностей і талантів. Тому проблема інклюзії актуальна, оскільки щороку зростає кількість осіб, які потребують отримання спеціальної освіти і послуг в умовах інклюзивного середовища¹⁸.

У контексті означених проблем у сфері освіти та інклюзивної освіти зокрема цікавими є питання про індивідуальний освітній маршрут і шляхи подолання труднощів реалізації інклюзії в закладах дошкільної освіти в Україні.

У центрі інклюзивної освітньої парадигми лежить принцип відкритої невизначеної особистості, яка сприймає зовнішні умови свого життєвого устрою не як низку бар'єрів, а як низку можливостей. За таких умов людина починає усвідомлювати себе абсолютним суб'єктом свого життя, а світ – як відкриту систему, зорієнтовану на її специфічні потреби. Моделлю особистості в новій парадигмі інклюзивної освіти має стати інноваційна людина. Вона розглядає навколишній світ не як сталу гармонійну структуру, до якої потрібно пристосовуватися, а як сферу пізнавальної та практичної невизначеності, яку треба редукувати як послідовність різноманітних труднощів, які необхідно подолати. Цей принцип відповідає синергетичній концепції будь-яких систем, за якої «слабкий» елемент підсистеми є атрактором її включення до метасистем, а також зоною потенційних змін, які долають дефект і виводять підсистему (людину) на вищий рівень¹⁹. Проте якщо розглядати основні вимоги Болонської системи освіти, що прийнята в європейській системі, то доволі слабкою ланкою є забезпечення індивідуальної траєкторії навчання кожної дитини²⁰. У цьому сенсі розробка і впровадження в освітню практику індивідуального освітнього маршруту для дітей (від дошкільного середовища і аж до вищівської підготовки) сприятиме цілковитому розкриттю людської особистості, реалізації всіх здібностей і талантів, забезпеченню загального блага в суспільстві.

Зважаючи на вказане вище, можемо з певністю стверджувати, що в Україні необхідна ефективна реалізація стратегії розвитку інклюзивної освіти на період до 2030 р. і довгострокову перспективу²¹. Зокрема це стосується:

1. Забезпечення розвитку ранньої корекційної допомоги дітям з інвалідністю та з особливими освітніми потребами.
2. Організації й забезпечення функціонування освітньої вертикалі для всіх категорій осіб з різними порушеннями в розвитку, зокрема осіб з важкими множинними порушеннями розвитку.
3. Підвищення ефективності діагностико-консультативної діяльності психолого-медико-педагогічних комісій та психолого-медико-педагогічних консиліумів дошкільних закладів освіти з визначення спеціальних умов освіти осіб з інвалідністю та осіб з особливими освітніми потребами.
4. Забезпечення більш широкого використання сучасних можливостей інформаційних технологій, опора на які дасть змогу дітям та учням з особливими освітніми потребами бути підготовленими до умов і моделей професійної освіти, де в основі інструментів навчання також лежать інформаційні технології.
5. Розвитку і вдосконалення інклюзивної освіти, що задовольняє освітні потреби і учнів з особливими освітніми потребами, і звичайних учнів, а також батьківське співтовариство, що передбачає створення умов для забезпечення безперервності інклюзивної освіти на всіх етапах освітньої вертикалі.
6. Удосконалення й розробки нового змісту навчання учнів з особливими освітніми потребами на різних рівнях освіти.
7. Організації якісної дефектологічної освіти, вдосконалення підготовки та підвищення кваліфікації фахівців для роботи з дітьми з інвалідністю та з особливими освітніми потребами.
8. Забезпечення спеціальних умов здобуття освіти для фізичного, психічного, соціального, духовно-морального розвитку учнів з інвалідністю і з особливими освітніми потребами.
9. Забезпечення якісного психолого-педагогічного та медико-соціального супроводу учнів з інвалідністю та з особливими освітніми потребами в закладах освіти на основі міжвідомчої взаємодії та принципу наступності.
10. Організації й підтримки визначальної ролі сім'ї у вихованні дітей, поваги до авторитету батьків і захисту їхнього домінуючого права на виховання і навчання дітей перед усіма іншими особами.

11. Підвищення ефективності співробітництва суб'єктів системи освіти (сім'ї, суспільства, держави, освітніх, наукових, громадських організацій, організацій культури і спорту, ЗМІ, бізнес-спільнот) задля вдосконалення змісту й умов навчання учнів з інвалідністю та з особливими освітніми потребами.

¹ Національна стратегія розвитку інклюзивної освіти на 2020–2030 роки. URL: <https://nus.org.ua/wp-content/uploads/2019/07/210719-strategiya-inklyuziya.pdf> (дата звернення: 30.06.2021).

² Бондаренко Д. Становлення інклюзивної освіти в ЄС, наслідки впровадження та методи інтеграції в Україні. Київ, 2018. 17 с.

³ Дошкільна освіта. *Міністерство освіти і науки України: офіц. вебсайт*. URL: <https://mon.gov.ua/ua/tag/doshkilna-osvita> (дата звернення: 30.06.2021).

⁴ Горбенко І. Запроваджуємо інклюзивне навчання: з чого розпочати. *Практика управління дошкільним закладом*. 2018. № 9. С. 55–61.

⁵ Освітнє право: навч. посіб. для студ. гуманіт. ВНЗ / авт. кол.: В.В. Астахов, К.В. Астахова (мол.), О.Л. Войно-Данчишина та ін.; за заг. ред. В.В. Астахова; Нар. укр. акад.; Міжнар. фонд «Відродження». Харків: Вид-во НУА, 2011. 188 с.

⁶ Особам з інвалідністю. *Міністерство соціальної політики України: офіц. вебсайт*. URL: <https://www.msp.gov.ua/timeline/invalidnist.html> (дата звернення: 30.06.2021).

⁷ Сергій Шкарлет наголосив на важливості затвердження Національної стратегії розвитку інклюзивної освіти на 2021–2031 роки. *Урядовий портал*. 2021. 10 лют. URL: <https://www.kmu.gov.ua/news/ministr-sergij-shkarlet-nagolosiv-na-vazhливosti-zatverdzhennya-nacionalnoyi-strategiyi-rozvitku-inklyuzivnoyi-osviti-na-2021-2031-roki> (дата звернення: 30.06.2021).

⁸ Дошкільна освіта. *Міністерство освіти і науки України: офіц. вебсайт*. <https://mon.gov.ua/ua/tag/doshkilna-osvita> (дата звернення: 30.06.2021).

⁹ Індекс інклюзії: дошкільний навчальний заклад: навч.-метод. посіб. / кол. упоряд.: О.О. Патрикєєва, Н.М. Дятленко, Н.З. Софій, Ю.М. Найда; за заг. ред. В.І. Шинкаренко. Київ: Видавничий дім «Плеяди», 2013. С. 11.

¹⁰ Про освіту: Закон України від 05.09.2017 р. № 2145-VIII. *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2145-19#Text> (дата звернення: 30.06.2021).

¹¹ Сергегація. *Вільна енциклопедія «Вікіпедія»*. URL: <https://uk.wikipedia.org/wiki/> (дата звернення: 30.06.2021).

¹² Матяшовська Р.Ю. Гарантії прав осіб дошкільного віку в глобалізаційному суспільстві: дис. ... д-ра філософії: 081 / НУ «Львівська політехніка». Львів, 2019. С. 29.

¹³ Адміністративне право України. Повний курс: підручник / за ред. В. Галунька, О. Правоторової. Вид. 3. Київ: Акад. адміністр.-прав. наук, 2020. С. 43.

¹⁴ Інклюзивне навчання в закладах загальної середньої освіти: керівництво для тренерів: навч.-метод. посіб. Київ, 2018. 174 с.

¹⁵ Пацай Т.В. Алгоритм роботи щодо організації та впровадження інклюзивного навчання у навчальному закладі. *Логопед*. 2017. № 8. С. 9–12.

¹⁶ Козюбра М. Інклюзивна освіта. *Досвід проєкту*: зб. статей. Київ: Плеяди, 2013. 96 с.

¹⁷ Інклюзивне навчання. *Міністерство освіти і науки України: офіц. вебсайт*. URL: <https://mon.gov.ua/ua/tag/inklyuzivne-navchannya> (дата звернення: 30.06.2021).

¹⁸ Козуля В. Дефініційний аналіз поняття «інклюзії». *Особистість студента та соціокультурне середовище університету в суспільному контексті*: зб. наук. праць IV Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Київ, 18 трав. 2020 р.). Київ, 2020. С. 54.

¹⁹ Давиденко Г.В. Теоретико-методичні засади організації інклюзивного навчання у вищих навчальних закладах країн Європейського Союзу: дис. ... д-ра пед. наук: 13.00.01. Київ, 2015. 467 с. URL: https://ihed.org.ua/wp-content/uploads/2019/01/Davidenko_17.11.2015_diser.pdf (дата звернення: 30.06.2021).

²⁰ Краснощок І.П. Індивідуальна освітня траєкторія студента: теоретичні аспекти організації. *Педагогіка формування творчої особистості у вищій і загальноосвітній школах*: зб. наук. пр. / ред. кол.: А.В. Сущенко та ін. Запоріжжя: КПУ, 2018. Вип. 60. Т. 1. С. 101–107.

²¹ Теорія і практика інклюзивної освіти: навч.-метод. посіб. / упоряд. К.М. Бондар. 2-ге вид., допов. *Проєкт «Підтримка інклюзивної освіти у м. Кривий Ріг»*, 2019. С. 18.

Резюме

Лис О.Г. Реалізація стратегії розвитку інклюзивної освіти в Україні: адміністративно-правовий аспект.

У статті досліджено основні стратегічні цілі інклюзивної освіти в Україні в контексті адміністративно-правового регулювання. Зазначено, що дошкільна освіта є важливим етапом для цілісного розвитку дитини. Наголошено, що актуальність проблеми інклюзивної освіти пов'язана насамперед з тим, що кількість дітей, які потребують корекційного навчання, неухильно зростає. Зроблено висновок, що в Україні необхідна ефективна реалізація стратегії розвитку інклюзивної освіти на період до 2030 р. і довгострокову перспективу.

Ключові слова: інклюзія, інклюзивна освіта, адміністративно-правове регулювання, адміністративна стратегія, права дитини, право на освіту, дитина з інвалідністю, дитина з особливими освітніми потребами.

Резюме

Лис Е.Г. Реализация стратегии развития инклюзивного образования в Украине: административно-правовой аспект.

В статье исследованы основные стратегические цели инклюзивного образования в Украине в контексте административно-правового регулирования. Указано, что дошкольное образование является важным этапом для целостного развития ребенка. Подчеркивается, что актуальность проблемы инклюзивного образования связана прежде всего с тем, что количество детей, которые нуждаются в коррекционном обучении, неуклонно возрастает. Сделан вывод, согласно которому в Украине необходима эффективная реализация стратегии развития инклюзивного образования на период до 2030 г. и долгосрочную перспективу.

Ключевые слова: инклюзия, инклюзивное образование, административно-правовое регулирование, административная стратегия, права ребенка, право на образование, ребенок с инвалидностью, ребенок с особыми образовательными нуждами.

Summary

Olena Lys. Implementation of the strategy for the development of inclusive education in Ukraine: administrative legal aspect.

The article examines the main strategic goals of inclusive education in Ukraine in the context of administrative legal regulation. It is emphasized that the urgency of the problem of inclusive education is primarily related to the fact that the number of children in need of remedial education is constantly growing. It is concluded that Ukraine needs effective implementation of the strategy for the development of inclusive education for the period up to 2030 and for long-term perspective. This regards to the following: ensuring the development of early correctional care for children with disabilities and special educational needs; organization and ensuring the functioning of the educational vertical for all categories of persons with various disabilities; increasing the efficiency of diagnostic and consultative activities of psychological-medical-pedagogical commissions and psychological-medical-pedagogical councils of preschool educational institutions to determine special conditions for the education of persons with disabilities and persons with special educational needs; ensuring greater use of modern information technology capabilities, the reliance on which will allow children and students with special educational needs to be prepared for the conditions and models of vocational education; development and improvement of inclusive education; improvement and development of new content of education for students with special educational needs at different levels of education; organization of quality defectologic education, improving training and retraining of professionals to work with children with disabilities and special educational needs; providing special conditions for education for physical, mental, social, spiritual and moral development of students with disabilities and special educational needs; providing quality psychological, pedagogical, medical and social support for students with disabilities and special educational needs in educational institutions on the basis of interagency cooperation and the principle of continuity; organization and support of the decisive role of the family in the upbringing of children, respect for the authority of parents and protection of their prerogative right to the upbringing and education of children over any other person; increasing the effectiveness of cooperation between the subjects of the education system in order to improve the content and conditions of education of students with disabilities and special educational needs.

Key words: inclusion, inclusive education, administrative legal regulation, administrative strategy, rights of the child, right to education, child with disabilities, child with special educational needs.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.28

УДК 342.22

О.І. ЯРЕМОВИЧ

*Олександра Іванівна Яремович, адвокат**

ORCID: 0000-0003-4025-9677

ВПЛИВ ІНСТИТУТІВ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА НА ПРАВООХОРОННІ ОРГАНИ ДЕРЖАВИ КРІЗЬ ПРИЗМУ ДІЯЛЬНОСТІ ГРОМАДСЬКИХ РАД

На сучасному етапі побудови в Україні правової держави особливого значення набуває розвиток інститутів громадянського суспільства. Триваюча в державі адміністративно-правова реформа спрямована, зокрема, на удосконалення правоохоронної системи, у тому числі й з позиції підконтрольності її суспільству. Держава, будучи гарантом успішної реалізації та охорони прав і свобод людини та громадянина, сприяє зміцненню зав'язків органів державної влади з населенням, громадськими об'єднаннями. Досвід правоохоронної діяльності в Україні показує, що вона ефективна тільки за підтримки та довіри суспільства, створення партнерських відносин між ними. Правоохоронні органи виступають одним із основних елементів правоохоронної системи, за діяльністю яких суспільство оцінює ефективність реалізації правоохоронної функції держави, оскільки громадяни при захисті своїх прав та у випадках їх порушення взаємодіють саме із співробітниками цих органів. Відповідно до цього, актуальність дослідження питань, що стосуються діяльності громадських рад при правоохоронних органах, не викликає сумнівів.

Як наголошують вчені, у сучасних умовах головні правоохоронні функції та істотні ознаки правоохоронної діяльності можуть належати окремим інститутам громадянського суспільства¹. Справді, на сучасному етапі розбудови правоохоронної системи України значний інтерес становить місце в ній та правовий статус суб'єктів, які здійснюють діяльність, що має деякі ознаки правоохоронної, зокрема йдеться про недержавну охоронну, приватну детективну та інші види діяльності, зміст яких так чи інакше співвідноситься з функціями працівників правоохоронних органів. Досягнення реалізації принципів законності та верховенства права потребує, щоби функції таких суб'єктів та їхній правовий статус були несуперечливо й детально визначені в законах і підзаконних правових актах для того, щоб у будь-якій ситуації були зрозумілі межі їхньої активності, можливість настання юридичної відповідальності тощо².

Після Революції Гідності вже маємо гарні приклади Рад громадського контролю при НАБУ та ДБР, Громадської ради при АРМА, які передбачені відповідними законами, вони принаймні намагаються здійснюва-

© О.І. Яремович, 2021

* *Oleksandra Yaremovich, attorney*

ти не формальний, а реальний контроль. Як мінімум, ради при цих органах делегують своїх представників до дисциплінарних комісій. Це має значний вплив на якість державної служби, який забезпечує її підзвітність та зменшує прояви тиску керівників на підлеглих³.

Безумовно, громадські ради при правоохоронних органах є, поряд з громадянами України, громадськими об'єднаннями одними із основних суб'єктів громадського контролю за роботою правоохоронних органів. Правовою основою діяльності громадських рад є ч. 1, ст. 38 Конституції України (громадяни мають право брати участь в управлінні державними справами)⁴. Діяльність громадських рад при правоохоронних органах деякою мірою регламентована підзаконними нормативними правовими актами (зокрема постановою Кабінету Міністрів України від 3 листопада 2010 р. № 996 «Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики (зі змінами)⁵, що свідчить про серйозну увагу з боку держави за розвитком інституту громадського контролю в Україні.

Громадські ради при державних органах є консультативно-дорадчими органами, створеними для сприяння участі громадян у формуванні та реалізації державної політики. Та де-факто вони цього не роблять через відсутність дієвих інструментів. Саме тому, на наш погляд, у межах подальшої побудови в Україні правової держави вважаємо обґрунтованим розглянути питання щодо реалізації низки заходів, спрямованих на підвищення ефективності діяльності громадських рад при правоохоронних органах. На нашу думку, з позиції реалізації передбачених чинним законодавством таких принципів діяльності правоохоронних органів, як «відкритість і публічність», «суспільна довіра і підтримка громадян», «використання досягнень науки і техніки, сучасних технологій та інформаційних систем» доцільним буде наступне:

1) розширити повноваження громадських рад з метою всебічної оцінки діяльності правоохоронних органів;

2) громадським радам здійснювати ретельні дослідження думки населення щодо діяльності правоохоронних органів, які повинні бути покладено в основу оцінки ефективності такої діяльності і слугувати передумовою прийняття управлінських рішень, у тому числі й кадрових;

3) здійснювати періодичні звіти керівників правоохоронних органів перед громадськими радами про результати діяльності із запрошенням представників населення, яке проживає на території, що обслуговується;

4) розвивати і вдосконалювати інформаційні системи в правоохоронних органах, що дозволяють в дозволених законом межах відображати їх діяльність в мережі Інтернет, а також полегшити взаємодію між громадянами і посадовими особами правоохоронних органів з позиції отримання будь-якої інформації за допомогою електронного обігу.

Також слід закріпити принципи взаємодії правоохоронних органів з громадськими радами, до яких можна віднести: самостійність сторін; довіру один до одного; добровільність і чіткий розподіл ролей; взаємну відповідальність за виконання всіх прийнятих рішень; відкритість, тобто надання один одному необхідної інформації про існуючі проблеми і завдання, які стоять перед правоохоронними органами; узгодженість в спільній роботі; консолідацію зусиль; узгодженість дій і врахування позиції іншої сторони; використання результатів зусиль кожної зі сторін для спільного вирішення проблем у правоохоронній сфері.

Так, наприклад, взаємодія органів внутрішніх справ і громадськості відбувається у певних формах, під якими М.В. Ковалів розуміє зовнішнє вираження сумісної правоохоронної діяльності працівників органів внутрішніх справ і населення у сфері охорони громадського порядку і боротьби з правопорушеннями. Найчастіше до них відносять спільне патрулювання, рейди, обходи, огляди; спільне планування заходів щодо охорони громадського порядку; інструктування працівниками органів внутрішніх справ членів громадських формувань; обмін інформацією про оперативну обстановку (вчинення злочинів, викрадення речей, масові заворушення тощо); проведення спільних нарад, семінарів і зборів з правоохоронної тематики; спеціальну та правову підготовку громадян, які бажають виконувати правоохоронні функції та інші⁶.

Важливий аспект взаємодії громадськості та правоохоронних органів становить боротьба із корупцією. Форми такої взаємодії визначені в Законі України «Про запобігання корупції», згідно з яким (ст. 21), зокрема, громадські об'єднання, окремі громадяни мають право: «повідомляти про виявлені факти вчинення корупційних або пов'язаних із корупцією правопорушень, реальний, потенційний конфлікт інтересів спеціально уповноваженим суб'єктам у сфері протидії корупції, Національному агентству, керівництву чи іншим представникам органу, підприємства, установи чи організації, у яких були вчинені ці правопорушення, або в працівників, у яких наявний конфлікт інтересів, а також громадськості» тощо⁷.

Підкреслимо, що реформування правоохоронних органів спрямоване на формування принципового нового типу взаємовідносин цих органів із суспільством та громадянами. Так, згідно зі ст. 11 Закону України «Про Національну поліцію» діяльність поліції здійснюється в тісній співпраці та взаємодії з населенням, територіальними громадами та громадськими об'єднаннями на засадах партнерства і спрямована на задоволення їхніх потреб. З метою визначення причин та/або умов учинення правопорушень планування службової діяльності органів і підрозділів поліції здійснюється з урахуванням специфіки регіону та проблем територіальних громад⁸. Для забезпечення тісної взаємодії Національної поліції з громадськістю в усіх напрямках, у тому числі з питань забезпечення публічної безпеки і порядку, при Міністерстві внутрішніх справ утворено Громадську раду у складі, затвердженому наказом Міністерств внутрішніх справ від 8 вересня 2015 р. № 1083⁹, Експертну раду з питань дотримання прав людини та реформування органів внутрішніх справ¹⁰.

З огляду на зазначене, на нашу думку, до форм взаємодії правоохоронних органів з громадськістю можна віднести: оперативний обмін позитивним досвідом; підготовку аналітичних оглядів, інформаційних

листів, рекомендацій для правоохоронних органів; узагальнення практики з окремих напрямів правоохоронної діяльності; участь у вдосконаленні державної правоохоронної політики; координацію зусиль при виконанні програм щодо захисту прав і свобод різних категорій громадян; збір інформації про факти порушення прав і свобод, різних форм дискримінації та насильства щодо громадян; сприяння правоохоронним органам у зборі статистичних даних, проведення досліджень з проблем дотримання прав людини та реалізації принципу верховенства права; сприяння підвищення юридичної грамотності населення; створення спеціалізованих соціальних служб (кризові центри, багатoproфільні центри, телефони довіри); організацію моніторингу проблем захисту прав і свобод громадян; спільну підготовку та внесення в установленому порядку пропозицій щодо вдосконалення чинного законодавства України у сфері правопорядку і забезпечення соціально-правового захисту громадян; участь у розробці та експертизі проектів законодавчих та підзаконних нормативних актів з точки зору забезпечення інтересів і охорони прав громадян; співробітництво при проведенні заходів державного та місцевого значення, орієнтованих на підтримку правоохоронних ініціатив тощо.

Консультації з громадськістю проводяться з питань, що стосуються суспільно-економічного розвитку держави, реалізації та захисту прав і свобод громадян, задоволення їх політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів. В обов'язковому порядку проводяться консультації з громадськістю щодо: проектів нормативно-правових актів, що мають важливе суспільне значення і стосуються конституційних прав, свобод, інтересів і обов'язків громадян, а також актів, якими передбачається надання пільг чи встановлення обмежень для суб'єктів господарювання, здійснення повноважень місцевого самоврядування, делегованих органам виконавчої влади відповідними радами; проектів регуляторних актів; проектів державних і регіональних програм економічного, соціального і культурного розвитку, рішень стосовно стану їх виконання; звітів головних розпорядників бюджетних коштів про їх витрачання за минулий рік¹¹. З огляду на це дослідники пропонують для забезпечення ефективного функціонування системи громадських рад при правоохоронних органах ужити таких заходів: навчання членів регіональних громадських рад єдиним стандартом та формам співпраці громадськості та правоохоронних органів; визначення Національної стратегії функціонування громадських рад; узагальнення рішень громадських рад; моніторинг діяльності громадських рад; розробка рекомендацій щодо оптимізації роботи громадських рад; розробка стандартів роботи громадських рад у вигляді громадських приймалень (розробка положення, основних напрямів роботи), мобільних груп (створення механізму взаємодії та реалізації результатів діяльності мобільних груп через систему громадських рад), незалежного вивчення громадської думки щодо оцінки населенням діяльності правоохоронних органів¹².

Таким чином, резюмуючи вищевикладене, можна констатувати, що громадські ради при правоохоронних органах виступають одним із елементів громадянського суспільства в аспекті його взаємодії з органами державної влади загалом, а їх функціонування зумовлено здійсненням такого виду контролю за діяльністю правоохоронних органів, як громадський контроль. З огляду на це вважаємо, що розглянуті вище організаційно-правові заходи щодо удосконалення діяльності громадських рад при правоохоронних органах будуть сприяти подальшому розвитку громадянського суспільства в Україні, а також більш ефективній реалізації правоохоронної функції держави.

¹ Юрко С.С. Стан та перспективи розвитку недержавної правоохоронної діяльності в Україні. *Митна справа*. 2013. № 10. С. 230.

² Мулявка Д.Г. Сутнісні ознаки недержавної правоохоронної діяльності (на прикладі приватної детективної та недержавної охоронної діяльності). *Правова позиція*. 2020. № 1 (26). С. 65.

³ Золотар С. Косметичний ремонт громадських рад, або Як (не)змінити правила гри. *Українська правда*. 2019. 20 лютого. URL: <https://www.pravda.com.ua/columns/2019/02/20/7207196/>

⁴ Конституція України від 28 червня 1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>

⁵ Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики (зі змінами): постанова Кабінету Міністрів України від 3 листопада 2010 р. № 996. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/996-2010-%D0%BF#Text>

⁶ Ковалів М.В. Форми взаємодії органів внутрішніх справ і громадськості у сфері охорони громадського порядку. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична*. 2011. № 2. С. 180, 179–187.

⁷ Про запобігання корупції: Закон України від 14.10.2014 р. № 1700-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#Text>

⁸ Про Національну поліцію: Закон України від 02.07.2015 р. № 580-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19#Text>

⁹ Про затвердження складу Громадської ради: наказ Міністерства внутрішніх справ України від 08.09.2015 р. № 1083. URL: <http://www.mvs.gov.ua/mvs/control/main/uk/publish/article/1627117>

¹⁰ Про утворення Експертної ради з питань дотримання прав людини та реформування органів внутрішніх справ при Міністерстві внутрішніх справ України: наказ Міністерства внутрішніх справ України від 0.04.2014 р. № 305. URL: <http://www.mvs.gov.ua/mvs/control/main/uk/publish/article/1163729>

¹¹ Волошина А.В. Ефективна організація роботи громадської ради: метод. рек.; Укр. незалеж. центр політ. дослідж. Київ: Агентство «Україна», 2011. С. 19.

¹² Вичалківський І.В. Особливості діяльності громадських рад в правоохоронних органах. *Наукові розвідки з державно-та муніципального управління*. 2014. № 1. С. 334–342.

Резюме

Яремович О.І. Вплив інститутів громадянського суспільства на правоохоронні органи держави крізь призму діяльності громадських рад.

У статті розглянуто вплив інститутів громадянського суспільства на правоохоронні органи держави крізь призму діяльності громадських рад. Наголошено, що держава, будучи гарантом успішної реалізації та охорони прав і свобод людини та громадянина, сприяє зміцненню зав'язків органів державної влади з населенням, громадськими об'єднаннями.

Зазначено, що громадські ради при державних органах є консультативно-дорадчими органами, створеними для сприяння участі громадян у формуванні та реалізації державної політики.

Також наголошено на закріпленні принципу взаємодії правоохоронних органів з громадськими радами. Зроблено висновок, що громадські ради при правоохоронних органах виступають одним із елементів громадянського суспільства в аспекті його взаємодії з органами державної влади загалом, а їх функціонування зумовлено здійсненням такого виду контролю за діяльністю правоохоронних органів, як громадський контроль. З огляду на це вважаємо, що розглянуті вище організаційно-правові заходи щодо удосконалення діяльності громадських рад при правоохоронних органах будуть сприяти подальшому розвитку громадянського суспільства в Україні, а також більш ефективній реалізації правоохоронної функції держави.

Ключові слова: права людини, громадянське суспільство, органи державної влади, правоохоронні органи, громадські ради, боротьба з корупцією, адміністративно-правова реформа.

Резюме

Яремович А.И. Влияние институтов гражданского общества на правоохранительные органы государства через призму деятельности общественных советов.

В статье рассмотрены влияние институтов гражданского общества на правоохранительные органы государства через призму деятельности общественных советов. Сделано ударение, что государство, являясь гарантом успешной реализации и охраны прав и свобод человека и гражданина, оказывает содействие укреплению связей органов государственной власти с населением, общественными объединениями.

Указано, что общественные советы при государственных органах являются консультативными органами, созданными для содействия участия граждан в формировании и реализации государственной политики.

Также сделан акцент на закреплении принципа взаимодействия правоохранительных органов с общественными советами. Сделан вывод, что общественные советы при правоохранительных органах выступают одним из элементов гражданского общества в аспекте его взаимодействия с органами государственной власти в общем, а их функционирование обусловлено осуществлением такого вида контроля за деятельностью правоохранительных органов, как общественный контроль. Учитывая это, считаем, что рассмотренные выше организационно-правовые мероприятия по усовершенствованию деятельности общественных советов при правоохранительных органах будут оказывать содействие дальнейшему развитию гражданского общества в Украине, а также более эффективной реализации правоохранительной функции государства.

Ключевые слова: права человека, гражданское общество, органы государственной власти, правоохранительные органы, общественные советы, борьба с коррупцией, административно-правовая реформа.

Summary

Oleksandra Yaremovych. Influence of civil society institutions on state law enforcement agencies through the prism of public councils.

The article considers the influence of civil society institutions on state law enforcement agencies through the prism of activities of public councils. It is noted that public councils at state bodies are consultative and advisory bodies created to facilitate the participation of the public in the formation and realization of state policy. However, de facto, they do not participate because of the lack of effective tools. Emphasis is placed on the implementation of a number of measures aimed at improving the efficiency of public councils at law enforcement agencies, in particular: 1) to expand the powers of public councils in order to comprehensively assess the activities of law enforcement agencies; 2) for public councils to conduct thorough surveys of public opinion on the activities of law enforcement agencies, which should be the basis for assessing the effectiveness of such activities and serve as a prerequisite for management decisions, including with regard to personnel; 3) to carry out periodic reports of chiefs of law enforcement agencies to public councils on the results of activities with the participation of representatives of the public; 4) to develop and improve information systems in law enforcement agencies. Emphasis is also placed on consolidating the principle of interaction of law enforcement agencies with public councils, which include: independence of the parties; confidence in each other; voluntariness and clear distribution of roles; mutual responsibility for the implementation of all decisions taken; openness, i.e. providing each other with the necessary information on the existing problems and tasks facing law enforcement agencies; coherence in joint work; consolidation of efforts; coordination of actions and taking into account the position of the other party; using the results of the efforts of each party to jointly solve problems in the law enforcement sphere.

It is concluded that public councils at law enforcement agencies are one of the elements of civil society in terms of its interaction with public authorities in general, and their functioning is due to the exercise of such control over the activities of law enforcement agencies as public control.

Key words: human rights, civil society, public authorities, law enforcement agencies, public councils, fight against corruption, administrative legal reform.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.29

УДК 341.9

І.А. ДІКОВСЬКА

*Ірина Андріївна Діковська, доктор юридичних наук, професор, професор Київського національного університету імені Тараса Шевченка**

ORCID: 0000-0002-0728-3934

ВПЛИВ ПІДСТАВИ ВИНИКНЕННЯ МІЖНАРОДНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ НА МЕХАНІЗМ СТЯГНЕННЯ СІМЕЙНОГО УТРИМАННЯ

Постановка проблеми. Одним із міжнародних договорів, які регулюють механізми міжнародного стягнення сімейного утримання, і у яких бере участь Україна, є Конвенція про міжнародне стягнення аліментів на дітей та інших видів сімейного утримання від 23 листопада 2007 р. (далі – Гаазька конвенція 2007 або Конвенція). Зазначимо, що на момент написання цієї статті Конвенція також вступила в силу для Албанії, Австрії, Білорусі, Бельгії, Боснії та Герцеговини, Бразилії, Болгарії, Хорватії, Кіпру, Чеської Республіки, Естонії, Фінляндії, Франції, Німеччини, Греції, Гаяни, Гондурасу, Угорщини, Ірландії, Італії, Казахстану, Латвії, Литви, Люксембургу, Мальти, Чорногорії, Нідерландів, Нікарагуа, Норвегії, Польщі, Португалії, Румунії, Сербії, Словаччини, Словенії, Іспанії, Швеції, Туреччини, Сполученого Королівства Великої Британії та Північної Ірландії, США¹. Для досягнення мети Конвенції, визначеної у ст. 1, її ст. 10 передбачає можливість подачі певних заяв особою, яка має право на сімейне утримання через певний орган тієї Договірної держави, де вона проживає, до певного органу Договірної держави, з якої має виконуватися зобов'язання з утримання. (В Україні таким органом є Міністерство юстиції згідно з п. 7 Інструкції про виконання в Україні Конвенції про міжнародне стягнення аліментів на дітей та інших видів сімейного утримання, затвердженої наказом Міністерства юстиції України від 15 вересня 2017 р. № 2904/5 (далі – Інструкція). Першою із заяв, згаданих у ст. 10 (1) (а) Конвенції, є заява про «визнання або визнання та виконання рішення». Тобто, якщо, наприклад, український суд виніс рішення про стягнення на неповнолітню дитину, яке потрібно виконати у іншій Договірній державі Конвенції, це визнання і виконання може відбуватися на підставі процедур, передбачених Конвенцією (хоча її ст. 32 зазначає про те, що саме виконання відбувається відповідно до права запитованої держави, але при цьому все-таки встановлює деякі принципи такого виконання). При цьому ст. 20 (1) Конвенції встановлює підстави для визнання і виконання рішень, які по суті є підставами для визначення міжнародної юрисдикції. Водночас ст. 20 (2) Конвенції встановлює можливість для кожної Договірної держави зробити застереження про те, що вона не визнаватиме на своїй території рішень, якщо юрисдикція судів, які їх винесли, виникла з окремих підстав для визначення міжнародної юрисдикції. Крім того, зі змісту ст. 20 (1) (е) Конвенції випливає, що виникнення юрисдикції на підставі угоди сторін у справі про утримання дитини не є підставою для визнання і виконання рішення. Між тим, в українського суду може виникати юрисдикція на цій підставі в силу ст. 76 (1) (1) Закону України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. № 2709 (далі – ЗУ «Про МПрП»). Звідси виникає питання: який механізм стягнення сімейного утримання за рішенням суду однієї Договірної держави на території іншої Договірної держави Конвенції, якщо юрисдикція суду виникла з підстави 1) щодо якої Договірна держава зробила застереження про те, що не визнаватиме і не виконуватиме рішень, які винесені судом, чия юрисдикція виникла з такої підстави 2) яка не згадана у Конвенції серед умов для визнання і виконання рішень?

Аналіз останніх досліджень і публікацій. В останні роки в українській доктрині міжнародного приватного права з'явилися ґрунтовні дослідження різних аспектів правового регулювання міжнародних сімейних відносин. У цьому ключі варто згадати праці Г.О. Гаро щодо визнання та виконання іноземних судових рішень у сімейних справах на території України^{2,3}; В.Я. Калакури – щодо колізійного регулювання сімейних відносин⁴; комплексне дослідження Ю.В. Черняк різних питань міжнародного цивільного процесу у сімей-

© І.А. Діковська, 2021

* *Iryna Dikovska, Dr. hab. in Law, Professor, Professor of the Institute of Law of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

них спорах на рівні докторської дисертації⁵. Водночас питання залежності механізму стягнення сімейного утримання від підстави виникнення міжнародної юрисдикції у сімейній справі за Гаазькою конвенцією 2007 р. в українській доктрині міжнародного приватного права не розглядалися.

Відтак, **метою** цієї статті є визначення особливостей механізму стягнення сімейного утримання на підставі Гаазької конвенції 2007 р. залежно від підстави виникнення міжнародної юрисдикції. Беручи до уваги те, що ст. 2 Конвенції поширює сферу її дії на зобов'язання з утримання між батьками і дитиною, на визнання і виконання або виконання рішень про утримання одного з подружжя, коли питання про це ставиться разом із питанням про утримання дитини, а також просто утримання одного з подружжя (щоправда, до останнього певні розділи Конвенції не застосовуються), спочатку ми будемо аналізувати підстави для виникнення міжнародної юрисдикції у справах про стягнення утримання на дитину та одного з подружжя.

Виклад основного матеріалу. Міжнародна юрисдикція у справах про стягнення утримання (аліментів) на дитину чи іншого з подружжя регулюється на двох рівнях – рівні міжнародних договорів та ЗУ «Про МПРП» (за відсутності відповідних норм у міжнародних договорах). Норми, які визначають міжнародну юрисдикцію у справах про стягнення аліментів, містяться, зокрема, у договорах про правову допомогу. Так, наприклад, відповідно до ст. 28 (3) Договору Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах, укладеного 24 травня 1993 р. (далі – Договір з Польщею) у справах щодо аліментних обов'язків батьків щодо дітей «компетентними є органи тієї Договірної Сторони, громадянином якої є дитина, а також органи тієї Договірної Сторони, на території якої дитина має місце проживання». Стаття 34 (2) Договору між Україною та Чеською Республікою про правову допомогу в цивільних справах, укладеного 28 травня 2001 р. (далі – Договір з Чехією) передбачає, що у справах, предметом розгляду яких є обов'язок утримання батьками дітей, «компетентними є суд тієї Договірної Сторони, на території якої проживає особа, що має право на утримання». Стаття 28 (3) Договору між Україною та Румунією про правову допомогу та правові відносини в цивільних справах, укладеного 30 січня 2002 р. (далі – Договір з Румунією), надає юрисдикцію установам юстиції «тієї Договірної Сторони, законодавство якої визначає правовідносини при дотриманні інтересів дитини». Стаття 28 (3) Договору між Україною і Республікою Молдова про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах, укладеного 13 грудня 1993 р. (далі – Договір з Молдовою), надає юрисдикцію вирішувати справи щодо аліментних обов'язків батьків органам тієї Договірної Сторони, **громадянином якої є дитина**. У справах про утримання одного з подружжя юрисдикцію має суд «тієї Договірної Сторони, на території якої має місце проживання особа, яка порушує клопотання про стягнення аліментів» (ст. 29 (2) Договору з Польщею; ст. 29 (2) Договору з Молдовою) або «Договірної Сторони, на території якої проживає особа, яка заявляє позов про таке утримання» (ст. 35 (2) Договору з Чехією).

В основу норм, що визначають міжнародну юрисдикцію щодо сплати аліментів на дитину у договорах про правову допомогу з Прибалтійськими державами, а також з Грузією⁶, покладено принцип синхронізації між застосовуваним правом та міжнародною юрисдикцією. Тобто, спочатку ці договори визначають право, застосоване до правовідносин між батьками та дітьми, а потім надають юрисдикцію у відповідних справах «судам тієї Договірної сторони, закони якої повинні застосовуватися у таких випадках» (див. ст. 28 Договору між Україною і Литовською Республікою про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах, укладений 7 липня 1993 р. (далі – Договір з Литвою); ст. 27 Договору між Україною та Латвійською Республікою про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних, трудових та кримінальних справах, укладеного 23 травня 1995 р. (далі – Договір з Латвією); ст. 28 Договору між Україною та Естонською Республікою про правову допомогу та правові відносини у цивільних та кримінальних справах, укладеного 15 лютого 1995 р. (далі – Договір з Естонією); ст. 28 Договору між Україною та Республікою Грузія про правову допомогу та правові відносини у цивільних та кримінальних справах, укладеного 9 січня 1995 р. (далі – Договір з Грузією). Крім того, юрисдикцію можуть отримувати суди Договірної Сторони, на території якої проживають позивач і відповідач (ст. 28 (6) Договору з Литвою; ст. 28 (6) Договору з Естонією; ст. 27 (6) Договору з Латвією; ст. 28 (6) Договору з Грузією). При цьому, на відміну від Договору з Польщею, договори про правову допомогу з Прибалтійськими республіками та з Грузією містять правила *lis alibi pendens* (див. ст. 21 (3) Договору з Литвою; ст. 20 (4) Договору з Латвією; ст. 21 (3) Договору з Естонією; ст. 21 (3) Договору з Грузією).

Стаття 17 Угоди між Україною та Республікою Кіпр про правову допомогу в цивільних справах, укладена 6 вересня 2004 р. (далі – Угода з Кіпром), встановлює декілька правил альтернативної юрисдикції. Серед них є норма, яка стосується справ саме щодо аліментних зобов'язань (ст. 17 (1) (g), але в цілому ст. 17 сформульована таким чином, що питання про те, чи слід визначати юрисдикцію щодо розгляду справ про стягнення аліментів на підставі виключно цієї норми, чи її можна визначати й на підставі інших норм цієї статті, може бути спірним. Справа в тому, що ст. 17 Угоди з Кіпром передбачає, що наявність хоча б однієї із умов, перерахованих у ній, надає юрисдикцію суду відповідної Договірної Сторони. Стаття 17 (1) (a) цієї Угоди передбачає, що юрисдикцію отримує суд тієї Договірної Сторони, на території якої відповідач проживав постійно на момент початку провадження у справі. В принципі ст. 17 (1) (g) цієї Угоди, що, як зазначалося, визначає юрисдикцію у справах щодо аліментних зобов'язань, є аналогічною за змістом, оскільки надає юрисдикцію суду тієї Договірної Сторони, на території якої боржник постійно проживає.

Разом із тим, ст. 17 (1) (c) Угоди з Кіпром встановлює й інше правило для визначення міжнародної юрисдикції, застосування якого може призвести до того, що юрисдикцію отримає не суд Договірної Сторони

ни, на території якої відповідач (боржник) постійно проживає, а суд іншої Договірної Сторони. Так, зокрема, норма ст. 17 (1) (с) Угоди з Кіпром надає юрисдикцію суду тієї Договірної Сторони, про прийнятність якої відповідач прямо висловився. Тобто, якщо відповідач прямо висловиться про прийнятність юрисдикції суду не тієї Держави Сторони, у якій він постійно проживає, а іншої Держави Сторони, суд останньої отримує юрисдикцію. На наш погляд, формулювання ст. 17 Угоди з Кіпром дозволяють визначати юрисдикцію у справах про стягнення аліментів, як на підставі ст. 17 (1) (g), так і на підставі ст. 17 (1) (с) цієї Угоди.

З аналізу ЗУ «Про МПрП» випливає, що український суд може отримати юрисдикцію на вирішення справи про сімейне утримання, якщо сторони справи уклали угоду про вибір судів України (ст. 76 (1) (1)); якщо відповідач має місце проживання чи майно в Україні (ст. 76 (1) (2)); якщо позивач має місце проживання в Україні (ст. 76 (1) (4) ЗУ «Про МПрП»). У справах про стягнення аліментів на дитину підсудність судам України буде виключною, якщо батько чи мати, які є боржниками у зобов'язанні з утримання, та дитина мають місце проживання в Україні (ст. 77 (1) (2) ЗУ «Про МПрП»).

Тобто, деякі договори про правову допомогу та ЗУ «Про МПрП» надають міжнародну юрисдикцію у справах про стягнення сімейного утримання, серед іншого, судам тієї держави, де проживає особа, яка має право на утримання, тобто, кредитор у зобов'язанні з утримання. ЗУ «Про МПрП» допускає виникнення юрисдикції українського на підставі угоди сторін.

Зв'язок між підставами для виникнення міжнародної юрисдикції та підставами для визнання і виконання рішень за Гаазькою конвенцією 2007 р. Застереження до Конвенції.

Стаття 20 Гаазької конвенції 2007 р. визнає деякі підстави для виникнення міжнародної юрисдикції підставами для визнання та виконання рішень. Серед них, зокрема, є наступні: «кредитор мав звичайне місце проживання в державі походження на момент, коли провадження було розпочато» (ст. 20 (1) (с) Конвенції); «за винятком спорів щодо зобов'язань про утримання стосовно дітей, існує письмова угода між сторонами про юрисдикцію» (ст. 20 (1) (е) Конвенції). Тобто, Гаазька конвенція 2007 р. визнає підстави виникнення міжнародної юрисдикції за місцем проживання кредитора чи на підставі угоди сторін підставами для визнання і виконання рішень.

Разом із тим будь-яка Договірна держава може скористатися можливістю зробити застереження, передбачене ст. 20 (2) цієї Конвенції, і не визнавати рішень, які винесені з деяких підстав, перерахованих у ст. 20 (1) Конвенції (у т.ч. ст. 20 (1) (с) та ст. 20 (1) (е) Конвенції).

Так, наприклад, США зробили застереження про те, що не визнаватимуть рішення, якщо юрисдикція суду, який його виніс, виникла з підстав, згаданих у п.п. 1 (с), 1(е) та 1 (f) ст. 20 цієї Конвенції. Це означає, що США не визнаватимуть рішень, якщо юрисдикція суду виникла на тій підставі, що: кредитор постійно проживав у державі винесення рішення на момент початку провадження у справі (ст. 20 (1) (с)); суд отримав юрисдикцію у справі щодо особистого статусу чи батьківської відповідальності, за винятком випадків, коли така юрисдикція виникла на підставі громадянства однієї зі сторін (ст. 20 (1) (f)). Крім того, США не визнають рішень, якщо юрисдикція суду виникла на підставі письмової угоди сторін (ст. 20 (1) (е))⁷. Ці застереження викликані тим, що на підставі права США суд не може отримати юрисдикцію у справах про сімейне утримання з цих підстав. Так, наприклад, визначення юрисдикції за місцем проживання кредитора не могло бути визнаним через те, що у США вимагається наявність хоча б мінімального зв'язку між боржником та судом для виникнення юрисдикції суду у справі щодо стягнення аліментів⁸.

Бразилія зробила застереження про те, що не визнаватиме і не виконуватиме рішення, які винесені судом, юрисдикція якого виникла на підставі письмової угоди сторін у справі, що стосується утримання дітей, недієздатних дорослих, людей похилого віку, як вони визначаються згідно із законодавством Бразилії⁹. На перший погляд, таке застереження визнається дивним, адже ст. 20 (1) (е) Гаазької конвенції 2007 р. сформульована наступним чином: «рішення, винесене в одній Договірній державі ... визнається та виконується в інших Договірних державах, якщо існує письмова угода між сторонами про юрисдикцію, за винятком спорів щодо зобов'язань про утримання стосовно дітей».

Тобто, Гаазька конвенція 2007 р. і без подібного застереження не вважає юрисдикцію у справі про утримання дітей, яка виникла на підставі угоди сторін, підставою для визнання і виконання рішення. Думається, що Бразилія зробила таке застереження з двох причин. По-перше, для розширення кола справ, у яких рішення не будуть визнаватися і виконуватися, якщо юрисдикція суду у них виникла на підставі угоди сторін. Завдяки застереженню Бразилія не визнає рішень, винесених судом, юрисдикція якого виникла на підставі угоди сторін, не лише у справах про утримання дітей, а й інших категорій осіб. Крім того, не зважаючи на ст. 20 (1) (е) Гаазької конвенції 2007 р., рішення у справах про утримання дітей, винесені судом, юрисдикція якого виникла на підставі угоди сторін, можуть визнаватися і виконуватися, якщо між запитуючою і запитуваною державами існує договір, який передбачає можливість визнання і виконання таких рішень. Такий висновок впливає із правила про «найбільш ефективну норму», передбаченого ст. 52 (1) (а) Гаазької конвенції 2007 р. Тому, вважаємо, що друга причина застереження Бразилії – підкреслити, що у цій країні рішення у справах про утримання дітей, винесені судом юрисдикція якого виникла на підставі угоди сторін, однозначно не будуть визнаватися.

Але чи означає неможливість визнання і виконання рішення українського суду у США (якщо, наприклад, він отримав юрисдикцію як суд держави, де позивач має місце проживання) чи у Бразилії (якщо український суд отримав юрисдикцію на підставі угоди сторін) те, що особи, на користь яких винесене рішення про утримання, не мають можливості його отримати у США чи Бразилії?

Пункт 1 (4) Розділу III Інструкції зазначає, що у разі неможливості визнати та виконати іноземне рішення у зв'язку із недостатністю підстав для визнання, передбачених Конвенцією, або через застереження, вчинене запитуваною державою, передбачає можливість подачі заяви про вирішення питання про стягнення аліментів у запитуваній Державі.

Автори Практичного посібника з Гаазької конвенції 2007 р. надають дещо суперечливі рекомендації у такій ситуації. Так, спочатку вони зазначають, що у заявника є два можливих варіанти поведінки. По-перше, все-таки звернутися за визнанням та виконанням рішення. Це обґрунтовується тим, що в силу ст. 20 (4) Гаазької конвенції 2007 р. «договірна держава, якщо визнання рішення є неможливим у зв'язку із застереженням відповідно до пункту 2 та якщо боржник звичайно проживає в такій державі, уживає всіх належних заходів для прийняття рішення на користь кредитора». Це положення розуміється як таке, яке зобов'язує запитувану державу вживати усіх необхідних заходів для прийняття нового рішення¹⁰. Якщо йдеться про стягнення аліментів на дитину віком до 18 років, то діє правило ст. 20 (5) Гаазької конвенції 2007 р., згідно з яким «рішення на користь дитини віком до 18 років, яке не може бути визнано та виконано тільки через застереження стосовно підпунктів «с», «е» або «f» пункту 1, приймається як встановлення права такої дитини на утримання в запитуваній державі». Однак у цьому разі від заявника можуть вимагатися додаткова інформація чи документи, без надання яких нове рішення про утримання у запитуваній державі не буде прийняте¹¹. Водночас далі автори Практичного посібника зазначають, що у ситуації, коли держава зробила застереження про те, що не визнаватиме рішень, які винесені судами, юрисдикція яких виникає з певних підстав, або якщо юрисдикція суду виникла з підстави, не згаданої у ст. 20 Гаазької конвенції 2007 р., запитувана держава не може визнавати рішення¹².

Другий варіант полягає у тому, щоб звертатися одразу за винесенням нового рішення у запитуваній державі. Другий спосіб вважається більш швидким¹³. При зверненні за винесенням нового рішення у зв'язку із неможливістю визнання і виконання рішення, викликану застереженням стосовно ст. 20 (1) (c) (e) (f) Гаазької конвенції 2007 р., заявник має право на отримання безоплатної правової допомоги в силу ст. 15 Гаазької конвенції 2007 р.¹⁴ Важливим є те, що при винесенні нового рішення у такій ситуації не потрібно встановлювати право дитини на утримання, оскільки існуюче рішення повинно прийматися у запитуваній державі як таке, яке встановлює право дитини на утримання у запитуваній державі в силу ст. 20 (5) Гаазької конвенції 2007 р.¹⁵ Водночас від кредитора може вимагатися інформація і документи, наприклад, про те, що витрати на дитину відповідають розміру визначених аліментів¹⁶.

На наш погляд, не зважаючи на те, що Практичний посібник з Гаазької конвенції згадує два варіанти поведінки у ситуації, коли держава зробила застереження про те, що не визнаватиме рішень, якщо юрисдикція суду виникла з певних підстав, насправді у такому разі існує лише один варіант поведінки: звертатися за винесенням нового рішення у запитуваній державі через центральний орган держави, де проживає заявник. Крім того зазвичай завжди є можливість прямо звернутися до компетентних органів держави, у якій потрібно отримати аліменти.

Разом із тим ст. 20 (5) Гаазької конвенції 2007 р. стосується лише дітей віком до 18 років¹⁷, а друге речення ст. 20 (4) цієї Конвенції прямо зазначає про те, що правило про вжиття усіх належних заходів для прийняття нового рішення на користь кредитора у зв'язку із неможливістю виконання існуючого рішення через застереження, вчинене державою, у якій запитується виконання, не стосується рішень про утримання одного з подружжя. (Друге речення ст. 20 (4) Конвенції виключає застосування правила про вжиття всіх належних заходів «до позовів стосовно утримання, зазначених у підпункті «b» пункту 1 статті 2», який поширює сферу дії Конвенції на «визнання та виконання або виконання рішення про утримання одного з подружжя, коли заяву зроблено разом з вимогою про утримання, що виникають з відносин між батьками та дитиною, стосовно особи віком до 21 року». Разом із тим, ст. 2 (1) (c) Гаазької конвенції 2007 р. поширює сферу її дії на «утримання одного з подружжя, за винятком розділів II й III». Тобто, до вимоги про утримання одного з подружжя, поданої окремо від вимоги про дитяче утримання, не застосовуються положення про адміністративне співробітництво (розділ II Конвенції) та заяви через центральні органи (розділ III Конвенції). Тому, виключати застосування правила про вжиття всіх належних заходів до позовів стосовно утримання, зазначених у підпункті «с» п. 1 ст. 2, не було потреби). Відтак, кредитор, який бажає отримати подружнє утримання, повинен зробити прямий запит до компетентного органу запитуваної держави¹⁸.

Що ж стосується ситуації, коли потрібно визнати і виконати рішення, винесене судом, юрисдикція якого виникла з підстави, не передбаченої ст. 20 Конвенції, на наш погляд, за певних обставин таке рішення може бути визнане і виконане. Такий висновок випливає зі ст. 52 (1) (a) Гаазької конвенції 2007, яка містить правило найбільш ефективної норми і передбачає, що «ця Конвенція не заважає застосуванню угоди, домовленості або іншого міжнародного документа, чинного у відносинах між запитуючою державою та запитуваною державою, або домовленості про взаємність, чинної в запитуваній державі, яка передбачає ширші підстави для визнання рішень про утримання без обмеження пункту «f» статті 22 Конвенції». Тобто, якщо, наприклад, у справі про стягнення утримання на дітей у суду виникла юрисдикція на підставі угоди сторін, а ст. 20 (1) (e) Конвенції не визнає виникнення юрисдикції на цій підставі саме у справах про утримання дітей, проте існує міжнародний договір між державою винесення рішення та державою, де запитується визнання і виконання рішення, який передбачає можливість визнання і виконання рішень у справах про утримання дітей на судом, юрисдикція якого виникла на підставі угоди сторін, рішення може визватися і виконуватися. Однак механізм визнання і виконання такого рішення буде визначатися не Гаазькою конвен-

цією 2007 р., а відповідним міжнародним договором чи внутрішнім законодавством держави, де запитується визнання та виконання.

Висновки. Міжнародні договори України та ЗУ «Про МПрП» встановлюють правила визначення міжнародної юрисдикції у справах про стягнення різних видів сімейного утримання. Юрисдикцію у справі про стягнення сімейного утримання (аліментів) може отримати серед інших суд тієї держави, де має місце проживання особа, яка має право на утримання (кредитор). За ЗУ «Про МПрП» суд може отримувати юрисдикцію у таких справах у тому числі, якщо наявна угода сторін про вибір українського суду. В окремих державах рішення, винесені судами, юрисдикція у яких виникла із згаданих підстав, не можна буде втілити в життя через механізм визнання і виконання рішення. Це пов'язано із тим, що вони зробили певні застереження до Гаазької конвенції 2007 р. Водночас це не означає, що аліменти не можна буде отримати. Якщо йдеться про аліменти на дитину, можна використати інший механізм, передбачений Гаазькою конвенцією 2007 р.: звернутися із заявою про винесення нового рішення у запитуваній державі через центральний орган держави, де проживає заявник. При цьому вже існуюче рішення, хоча і не визнається у запитуваній державі, але сприймається як таке, що встановлює право дитини на утримання. Даний механізм не можливо використати для отримання аліментів на одного із подружжя. Проте отримання подружнього утримання можливе через прямий запит до компетентного органу запитуваної держави.

Рішення, винесене судом, юрисдикція якого виникла з підстави, не передбаченої ст. 20 Гаазької конвенції 2007 р., в окремих випадках можна реалізувати через механізм визнання і виконання. Зокрема, тоді, коли визнання і виконання такого рішення можливе на підставі іншого міжнародного документа. Крім того, у такій ситуації можна використати механізм подачі заяви про винесення нового рішення у запитуваній державі через центральний орган держави, де проживає заявник, передбачений Гаазькою конвенцією 2007 р.

¹ Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance. Status table. URL: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=131>.

² Гаро Г.О. Визнання та виконання іноземних судових рішень у сімейних справах та території України та Німеччини (частина перша: загальні положення визнання та виконання рішень). *Часопис Київського університету права*. 2016. № 2. С. 163–166.

³ Гаро Г.О. Визнання та виконання іноземних судових рішень у сімейних справах та території України та Німеччини (частина друга: визнання та виконання рішень у сімейних справах). *Часопис Київського університету права*. 2016. № 3. С. 378–382.

⁴ Калакура В.Я. Міжнародне сімейне право: принципи та особливості колізійного і уніфікаційного регулювання. Київ: Правова єдність: Алерта, 2017. С. 433.

⁵ Черняк Ю.В. Уніфікація норм міжнародного цивільного процесу: проблемні питання теорії і судової практики вирішення сімейних спорів: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2019. 442 с.

⁶ Ці договори не використовують термін «сплата аліментів» чи «зобов'язання з утримання». Їх статті визначають застосовуване право та юрисдикцію у справах про правовідносини між батьками та дітьми. Зрозуміло, що «правовідносини між батьками та дітьми» охоплюють серед іншого правовідносини зі сплати аліментів.

⁷ Declaration/reservation/notification. URL: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=1016&disp=resdn>

⁸ Hague Child Support Convention: Judicial Guide, May, 2018, Administration for Children and Families Office of Child Support Enforcement. P. 6.

⁹ Declaration/reservation/notification. URL: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=1377&disp=resdn>

¹⁰ Practical Handbook for Caseworkers under the 2007 Hague Child Support Convention, Hague Conference on Private International Law 2013. P. 86.

¹¹ Там само.

¹² Там само. С. 138.

¹³ Там само.

¹⁴ Там само. С. 136.

¹⁵ Там само. С. 139.

¹⁶ Там само.

¹⁷ Водночас, в силу ст. 63 Конвенції кожна Договірною держава може зробити заяву про те, що вона буде поширювати застосування положень про визнання і виконання, у т.ч. ст. 20 (5) і на інших осіб, наприклад, повнолітніх непрацездатних дітей чи непрацездатних батьків. Тобто, для того, щоб перевірити коло осіб, на яких поширюється ст. 20 (5) Конвенції, потрібно перевірити, які заяви до Конвенції зробила запитувана держава.

¹⁸ Practical Handbook for Caseworkers under the 2007 Hague Child Support Convention, Hague Conference on Private International Law 2013. P. 138.

Резюме

Діковська І.А. Вплив підстави виникнення міжнародної юрисдикції на механізм стягнення сімейного утримання.

У статті пояснюється, як підстава для визначення міжнародної юрисдикції впливає на механізм стягнення сімейного утримання (аліментів). Визначено, що в окремих випадках рішення суду держави, у якій проживає кредитор, неможливо визнати і виконати на підставі Конвенції про міжнародне стягнення аліментів на дітей та інших видів сімейного утримання від 23 листопада 2007 р. Натомість можна використати інший механізм, передбачений цією Конвенцією: звернутися із заявою про винесення нового рішення у запитуваній державі через центральний орган держави, де проживає заявник. При цьому вже існуюче рішення, хоча і не визнається у запитуваній державі, але сприймається як таке, що встановлює право дитини на утримання.

Ключові слова: Конвенція про міжнародне стягнення аліментів на дітей та інших видів сімейного утримання від 23 листопада 2007 р., аліменти, міжнародна юрисдикція у сімейних справах, визнання і виконання рішень про стягнення аліментів, механізми реалізації рішень про сімейне утримання, договори про правову допомогу, Закон України «Про міжнародне приватне право».

Резюме

Диковская И.А. Влияние основания возникновения международной юрисдикции на механизм взыскания семейного содержания.

В статье объясняется, как основание для определения международной юрисдикции влияет на механизм взыскания семейного содержания (алиментов). Определено, что в отдельных случаях решение суда государства, в котором проживает кредитор, нельзя признать и исполнить на основании Конвенции о международном взыскании алиментов на детей и других видов семейного содержания от 23 ноября 2007 г. Однако можно использовать другой механизм, предусмотренный настоящей Конвенцией: обратиться с заявлением о вынесении нового решения в запрашиваемом государстве через центральный орган государства, в котором проживает заявитель. При этом уже существующее решение, хотя и не признается в запрашиваемом государстве, но воспринимается как такое, что устанавливает право ребенка на содержание.

Ключевые слова: Конвенция о международном взыскании алиментов на детей и других видов семейного содержания от 23 ноября 2007 г., алименты, международная юрисдикция по семейным делам, признание и исполнение решений о взыскании алиментов, механизмы реализации решений о семейном содержании, договоры о правовой помощи, Закон Украины «О международном частном праве».

Summary

Iryna Dikovska. The Impact of the Ground for International Jurisdiction on the Mechanism of Recovery of Family Maintenance.

The paper reveals the grounds for international jurisdiction in family maintenance matters under international treaties and the Law of Ukraine "On Private International Law" and explains how the ground for international jurisdiction influences on the mechanism of recovery of family maintenance. It was concluded that under a number of bilateral treaties of Ukraine the jurisdiction in family maintenance matters is granted to the courts of the state where a creditor has his (her) residence. The Law of Ukraine "On Private International Law" stipulates several criteria for granting the jurisdiction in family maintenance matters to Ukrainian courts. Among them are: the choice of Ukrainian courts; the residence of claimant or respondent in Ukraine. However, the decisions of courts, who obtained jurisdiction as the courts of the state where the creditor has his habitual residence or as the courts which were chosen under the choice of court agreement cannot be recognized and enforced in some states because of the reservations to the Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance they have made. It was explained that in this case another mechanism, provided by the Convention can be used. It is possible to apply for establishment of a decision in the state where the decision should be recognized and enforced as provided by article 10 (1) (d) of the Convention. Although the existing decision is not recognized as a document which gives an opportunity for enforcement in this case, however, it is recognized as a document which establishes the right of a child for maintenance. This mechanism cannot be used for a spouse maintenance. However, it is possible to apply to the competent body of the requested state for obtaining a spouse maintenance. It was concluded that a decision rendered by a court, whose jurisdiction arose on the ground which is not provided by the Convention can be brought to life through the mechanism of recognition and enforcement if there is another international document which stipulates such recognition and enforcement. Alternatively, in this situation an application provided by article 10 (1) (d) of the Convention can be employed.

Key words: Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance, maintenance, international jurisdiction on family matters, recognition and enforcement of decisions regarding recovery of maintenance, mechanisms of implementation of decisions regarding recovery of maintenance, legal assistance agreements, Law of Ukraine on Private International Law.

А.В. КОСТРУБА

*Анатолій Володимирович Коструба, доктор юридичних наук, професор, професор навчально-наукового юридичного інституту ДВНЗ «Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника»**

ORCID: 0000-0001-9542-0929

**ФОРМУЛА ТЛУМАЧЕННЯ ЗМІСТУ ДОГОВОРУ:
ПРИВАТНОПРАВОВІ АСПЕКТИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ**

Постановка проблеми. Упорядкування суспільних відносин здійснюється за посередництвом правового регулювання процесу їх реалізації. На сучасному етапі розвитку громадянського суспільства, окрім нормативного, вагома частина механізму регламентації суспільних відносин забезпечується засобами індивідуального правового регулювання. Традиційно його основу становить цивільно-правовий договір, під яким розуміють домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Унікальність договору полягає в тому, що він надає можливості сторонам врегулювати свої відносини на власний розсуд. Диспозитивність індивідуального правового регулювання не виключає наявності в договорі текстувальних суперечностей, що створює перешкоди для розуміння дійсного волевиявлення його сторін. Причини цього явища різноманітні, від низького рівня юридичної грамотності до навмисного зловживання змістовно-текстуальною варіативністю. Наявні суперечності закладають основу для подальшої деформації договірних відносин, перешкоджає їх належній реалізації. Отже, актуального значення набуває інтерпретація змісту договору, що має гуртуватися на відповідній теоретичній основі.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Теоретичні проблеми тлумачення права становить інтерес багатьох представників юридичної науки. Основною роботою в цій сфері по праву вважається монографія Є.В. Васьковського. Серед інших вчених, які займалися даною проблематикою, можна відзначити таких, як: Ю.Г. Ткаченко, Л.С. Явич, А.С. Пиголкин, А.Ф. Черданцев, Н.Л. Гранат. В останні десятиліття до розробки загальнотеоретичних проблем інтерпретаційної діяльності долучилися Н.С. Оніщенко, В.Г. Ротань, І.Л. Самсін, В.Я. Карабань, Ю.М. Тодика. Деяким аспектам тлумачення договорів приверталась увага такими вченими, як М.І. Брагинський, В.В. Вітрянський, І.А. Покровський, В.В. Луць, Т.В. Боднар, О.В. Дзера, А.Д. Корецький та ін. Разом із тим прикладні аспекти функціонування механізму інтерпретації змісту договору не знайшли свого розкриття.

Мета статті полягає в розкритті механізму інтерпретації змісту договору через з'ясування сутності цього інструменту подолання вад індивідуального правового регулювання, способів та принципів його реалізації в контексті приватного правозастосування.

Основні результати дослідження. Під тлумаченням ми розуміємо процес інтерпретації предмета пізнання через розкриття його сутнісних ознак. Результатом такої екзегези стає суб'єктивне формування сукупності певних суджень, усвідомлення змісту відповідного предмета. Цей процес має широку сферу свого застосування: від історичного і біблейського до правового.

Тлумаченням в праві є процес встановлення змісту норми права, її основної мети і соціальної спрямованості, визначення можливих наслідків її дії¹. Ще на початку ХХ ст. Є.М. Трубецькой стверджував, що для застосування права недостатньо упевнитися в існуванні юридичної норми – потрібно встановити точний зміст тієї норми, яку потрібно застосувати. Для з'ясування її змісту відповідна правова норма піддається насамперед граматичному аналізу. Але завдання тлумачення полягає у з'ясуванні також внутрішнього сенсу законоположень. Таке тлумачення, яке не йде далі букви закону, є надзвичайно небезпечним і може повести до численних зловживань. Отже, важливим є з'ясування духу закону, намірів і цілей, які мав на увазі законодавець².

З наведеного вбачається необхідність застосування в процесі інтерпретації численного інструментарію встановлення об'єктивного змісту правових норм. Неможливо не погодитись з О.Ф. Черданцевим, що як певний вид юридичної діяльності тлумачення права передбачає суб'єкта, результат діяльності, а також сукупність раціональних прийомів діяльності. Такими прийомами (способами) є певна сукупність правил³. Загальновизнаними є такі способи тлумачення, які використовуються в процесі інтерпретації правових норм, як лінгвістичне, системне, історичне, функціональне, телеологічне, граматичне, логічне тлумачення тощо.

Однак синергетичний контекст побудови правової системи сучасного світу, фактор його самоорганізованість свідчить про зміну парадигми сприйняття норми права як базового елементу в регламентації суспільних відносин.

Механізм правового регулювання в різних сферах суспільного життя (приватних або публічних відносинах), має різні прояви. Використання дуальних методів впливу на суспільні відносини визначає характер такого впливу, його зміст. Для публічного права домінуючим фактором моделі виступає імперативність у правовому регулюванні суспільних відносин, що передбачає використання правових засобів, які мають загальнообов'язковий потенціал.

У свою чергу, у сфері приватного права юридичне оформлення соціальних зв'язків між особами набуває обмежених рамок нормативного регулювання. Переважним, в такому випадку, виступає каузально-правове (індивідуальне) регулювання, під яким, на думку І.А. Міннікеса, слід мати на увазі правовий вплив на суспільні відносини, пов'язаний зі встановленням, зміною або припиненням юридичних прав і обов'язків їх учасників в індивідуальному порядку, спрямований на врегулювання конкретних ситуацій, що вимагають юридичного дозволу, і здійснюється шляхом вчинення односторонніх правомірних юридично значущих дій, укладення договорів, вчинення правочинів тощо⁴. Його правовими засобами виступають ненормативні регулятори, основне місце серед яких займає договір. Наведене дає підстави стверджувати, що поряд з правовою нормою правовим засобом забезпечення дії механізму правового регулювання суспільних відносин виступають *alter-normativni* регулятори.

Важливо зауважити, що диспозитивність цивільно-правового регулювання суспільних відносин дає їх учаснику можливість самостійно визначити предмет і засоби правової регламентації відносин, сторони повинні укласти. Так, відповідно до ст. 6 Цивільного кодексу України сторони мають право укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства. Крім того, сторони мають право врегулювати у договорі, який передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, що не врегульовані цими актами. Так само сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд, крім випадків, коли в актах законодавства України прямо вказано про таку неможливість, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами⁵.

Отже, цивільно-правовий договір відіграє значну роль в організації економічних, товарно-грошових відносин. Як форма вирішення соціальних конфліктів у розвиненому суспільстві договір є основним юридичним засобом, який опосередковує базисні соціальні та економічні відносини на засадах справедливості, добросовісності та розумності. Його унікальність полягає в тому, що він надає можливості учасникам цивільних правовідносин закріпити в собі об'єктивні та суб'єктивні підстави розвитку зобов'язальних правовідносин, з настанням яких пов'язується виникнення, зміна або припинення прав, обов'язків або навіть нових цивільних правовідносин між сторонами. Шляхом укладення договору учасники цивільних правовідносин надають юридичне значення умовам і обставинам об'єктивної дійсності на власний розсуд.

З наведеного вбачається, що в процесі правореалізації інтерпретації свого змісту вимагають не тільки правові норми, а й інші регулятори правових відносин. Так, відповідно до ст. 213 Цивільного кодексу України зміст правочину може бути витлумачений стороною (сторонами). При тлумаченні змісту правочину беруться до уваги однакове для всього змісту правочину значення слів і понять, а також загальноприйняте у відповідній сфері відносин значення термінів. Якщо буквальне значення слів і понять, а також загальноприйняте у відповідній сфері відносин значення термінів не дає змоги з'ясувати зміст окремих частин правочину, їхній зміст встановлюється порівнянням відповідної частини правочину зі змістом інших його частин, усім його змістом, намірами сторін⁶. Отже, питання щодо тлумачення змісту правочинів мають як теоретичне, так і практичне значення.

Однак, на відміну від відомих способів тлумачення, які використовуються для інтерпретації змісту правових норм, тлумачення змісту договору відбувається на іншому методологічному підґрунті. Такі способи тлумачення правових норм, як граматичне, логічне, історичне, телеологічне тощо розкривають об'єктивну сутність права. За межами такої інтерпретації залишаються суб'єктивні фактори сприйняття змісту правової норми. Це не випадково, отже, норма права є загальнообов'язковою, що виключає будь-яку суб'єктивність як в процесі її формування, так і в процесі сприйняття її змісту.

У свою чергу, договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. У його основі – узгоджене волевиявлення сторін. При цьому волевиявлення сторони договору має відповідати його внутрішній волі та бути спрямованим на реальне настання правових наслідків, що обумовлені ним⁷. У такому разі інтерпретація змісту договору виключає будь-яке об'єктивне сприйняття його змісту. Тлумачення змісту договору є суб'єктивним, передбачає встановлення дійсного волевиявлення його сторін. При інтерпретації його змісту основна ідея полягає схиланні до закріплення поведінки і наміру звичайної розумної людини, що відповідає уявленню про порядного члена громадянського суспільства. У цьому аспекті слід навести положення ст. 213 Цивільного кодексу України, яка встановлює, що в разі неможливості визначити справжню волю особи, яка вчинила правочин, до уваги беруться мета правочину, зміст попередніх переговорів, ustalena практика відносин між сторонами, звичай ділового обороту, подальша поведінка сторін, текст типового договору та інші обставини, що мають істотне значення⁸.

У доктрині права при тлумаченні договорів виходять з того, що кожне положення договору повинно тлумачитися з урахуванням всіх інших положень незалежно від їх розташування у тексті договору. Так, Л.К. Веретельник підкреслює, що незрозумілі положення мають тлумачитися в такому сенсі, який надає їм дійсності, а не перетворює їх на недійсні. З двох можливих тлумачень перевагу слід віддавати тому тлумаченню, яке найбільшою мірою узгоджується з природою договору, волею сторін на його укладення і виконання. При тлумаченні двозначних положень слід керуватися звичаєм та торговельним звичаєм тієї країни, де був укладений такий договір⁹.

Звідси, як вказує В.Я. Яценко, серед принципів положень одне із перших місць належить принципу автентичності. Він означає, що мета, зміст, умови договору, всі процедури, пов'язані з його виконанням, здійснюються за повною принциповою згодою сторін договору. Автентичне тлумачення може бути втілене в з'ясуванні змісту термінів у тексті договору, в додатках до нього, інших документах, що супроводжують договірний процес (заяви, декларації, протоколи тощо).

Наступним принципом, на думку автора, що впливає з автентичності, є принцип волевиявлення сторін, тобто їх намір досягти певного результату, який фіксує правдиву волю, намір, бажання, устремління сторін. Тому в процесі тлумачення важливо з'ясувати те, наскільки бажання і наміри об'єктивно відображені у змісті договору.

Ще один важливий принцип тлумачення – єдності предмета і мети договору. Тобто, в предметі договору його мета має розкриватися у всіх її складових. Отже, це співвідношення мети і предмета договору вказує на те, що мета є головною категорією, від якої залежить результативність виконання договору¹⁰.

За допомогою встановлених способів тлумачення можливо з'ясувати сенс договору, встановити наміри його сторін та визначити мету, які прагнуть сторони. Проте усунути протиріччя змісту та прогалини індивідуального правового регулювання важко. Їх подолання забезпечується іншим юридичним інструментарієм. Одним із таких є інтерпретація змісту правочину по формулі *contra proferentem* (лат. *verba chartarum fortius accipiuntur contra proferentem* – **слова договору повинні тлумачитися проти того, хто їх написав**).

Особа, яка включила ту чи іншу умову в договір, повинна нести ризик, пов'язаний з неясністю такої умови. Це правило застосовується не тільки в тому випадку, коли сторона самостійно розробила відповідну умову, а й тоді, коли сторона скористалася стандартною умовою, що була розроблена третьою особою.

Зазначене правило підлягає застосуванню не тільки щодо умов, які не були індивідуально узгоджені, а й щодо умов, які хоч і були індивідуально узгоджені, проте включені в договір під переважним впливом однієї зі сторін.

Цей принцип інтерпретації змісту правочинів, в останні часи отримав розгалужене застосування у сфері судової правотворчості. Прикладом стає постанова Верховного Суду у складі Об'єднаної палати Касаційного цивільного суду від 18 квітня 2018 р. у справі № 753/11000/14-ц, постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 25 березня 2020 р. у справі № 756/1381/17-ц та постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 12 травня 2021 р. у справі № 310/9140/19¹¹, в яких послідовно відображена позиція врахування фактору внутрішнього волевиявлення сторони договору в процесі інтерпретації його змісту. Розвитком цієї ідеї стає принцип *do ut des, do ut facias – facias ut des, facio ut facias* (даю, щоб ти дав, даю, щоб ти зробив – роблю, щоб ти дав, роблю, щоб ти зробив), що передбачає еквівалентність зустрічного задоволення, сутність суб'єктивного волевиявлення сторони.

Третьою формулою тлумачення є формула *a fortiori* (від більшого до меншого і від меншого до більшого). Є.В. Васильовський зазначає про те, що за допомогою такої формули розкривається наступний принцип інтерпретації: 1) особа, яка управлена чи зобов'язана до більшого, є управленою чи зобов'язаною до меншого; 2) особі, якій заборонено менше, заборонено і більше; 3) те, що є необхідним для меншого, є необхідним для більшого¹². Прикладом застосування формули може стати інтерпретація змісту правочину, яким встановлено правило звільнення від відповідальності наймача за повернення речі в гіршому стані, ніж отримано, що зумовлено упущенням наймодавця. У такому разі навмисні дії наймодавця щодо погіршення стану речі також стануть умовою такого звільнення.

Висновки. Тлумачення змісту правочину передбачає диференціацію та єдність загальних вимог до тлумачення норм права і специфіки індивідуального правового регулювання суспільних відносин, в основі якого договір. Звичайні способи тлумачення правових норм становлять один сегмент інтерпретації змісту договору. Другим не менш важливим стає тлумачення змісту правочину на основі формули інтерпретації *contra proferentem, a fortiori*, а також формули еквівалентності зустрічного задоволення, що потребує свого комплексного застосування.

¹ Милога П.М. Тлумачення норм права: сутнісні характеристики. *Часопис Київського університету права*. 2010. № 2. С. 42–46. С. 43.

² Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. Санкт-Петербург: Юридический институт, 1998. 183 с. С. 109.

³ Черданцев А.Ф. Толкование права и договора: учеб. пособ. для вузов. Москва: ЮНИТИ-ДАНА, 2003. 381 с. С. 21.

⁴ Минникес И.А. Индивидуальное правовое регулирование (теоретико-правовой анализ): автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.0. Екатеринбург: ГОУ ВПО «Уральская государственная юридическая академия», 2009. 54 с.

⁵ Цивільний кодекс України : станом на 30 квітня 2021 р. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1963. № 30. Ст. 463 (із змінами).

⁶ Там само.

⁷ Там само.

⁸ Там само.

⁹ Веретельник Л.К. Тлумачення цивільно-правового договору. *Вісник ХНУВС*. 2011. № 1 (52). С. 279–289. С. 281; Давида І.В. До питання про засади тлумачення змісту господарського договору. *Часопис цивілістики*. 2016. № 23. С. 22–25. С. 22.

¹⁰ Ященко В.А. Принципи та правила тлумачення договору. *Науковий вісник Львівського національного університету внутрішніх справ. Серія юридична*. 2017. № 1. С. 110–119. С. 112.

¹¹ Постанова Верховного Суду у складі Об'єднаної палати Касаційного цивільного суду від 18 квітня 2018 р. у справі № 753/11000/14-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73500675> (дата звернення: 30.04.2021); Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 25 березня 2020 р. у справі № 756/1381/17-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88460776> (дата звернення: 30.04.2021); Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 12 травня 2021 р. у справі № 310/9140/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96933190> (дата звернення: 30.04.2021).

¹² Васильовський Е.В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. Москва: АО «ЦентрЮрИнформР», 2002. 508 с. С. 291–292.

Резюме

Коструба А.В. Формула тлумачення змісту правочину: приватноправові аспекти правозастосування.

Під тлумаченням ми розуміємо процес інтерпретації предмета пізнання через розкриття його сутнісних ознак. Результатом такого процесу стає суб'єктивне формування сукупності певних суджень, усвідомлення змісту відповідного предмета. З наведеного вбачається необхідність застосування, в процесі інтерпретації, численного інструментарію встановлення об'єктивного змісту правових норм. Прийомами (способами) інтерпретації виступають лінгвістичне, системне, історичне, функціональне, телеологічне, граматичне, логічне тлумачення тощо. У сфері приватного права юридичне оформлення соціальних зв'язків між особами здійснюється шляхом каузально-правового (індивідуального) регулювання. Договір як засіб каузально-правового регулювання відносин також вимагає інтерпретації свого змісту. Тлумачення змісту правочину передбачає диференціацію та єдність загальних вимог до тлумачення норм права і специфіку індивідуального правового регулювання суспільних відносин. Звичайні способи тлумачення правових норм становлять один сегмент інтерпретації змісту правочину. Другим не менш важливим стає тлумачення змісту правочину на основі формули інтерпретації *contra proferentem*, *a fortiori*, а також формула еквівалентності зустрічного задоволення, що потребує свого комплексного застосування з метою встановлення дійсного наміру сторін на умовах розумності і доброзичливості.

Ключові слова: тлумачення правових норм, тлумачення правочинів, зміст договору, логічне тлумачення, граматичне тлумачення, тлумачення договору, *contra proferentem*, *a fortiori*, формула еквівалентності зустрічного задоволення.

Резюме

Коструба А.В. Формула толкования содержания правомочия: частноправовые аспекты правоприменения.

Под толкованием мы понимаем процесс интерпретации предмета познания через раскрытие его существенных признаков. Результатом такого процесса становится субъективное формирование совокупности определенных суждений, осознание содержания соответствующего предмета. Из приведенного видно необходимость применения, в процессе интерпретации, многочисленного инструментария установления объективного содержания правовых норм. Приемами (способами) интерпретации выступают лингвистическое, системное, историческое, функциональное, телеологическое, грамматическое, логическое толкование и т.п. В сфере частного права юридическое оформление социальных связей между лицами осуществляется путем каузально-правового (индивидуального) регулирования. Договор как средство каузально-правового регулирования отношений также требует интерпретации своего содержания. Толкование содержания правомочия предусматривает дифференциацию и единство общих требований к толкованию норм права и специфику индивидуального правового регулирования общественного отношения. Обычные способы толкования правовых норм составляют один сегмент интерпретации содержания правомочия. Вторым не менее важным становится толкование содержания правомочия на основе формулы интерпретации *contra proferentem*, *a fortiori*, а также формула эквивалентности встречного удовлетворения, которое нуждается в своем комплексном применении с целью установления действительного намерения сторон на условиях разумности и доброзжелательности.

Ключевые слова: толкование правовых норм, толкование правомочий, содержание договора, логическое толкование, грамматическое толкование, толкование договора, *contra proferentem*, *a fortiori*, формула эквивалентности встречного удовлетворения.

Summary

Anatolii Kostyuba. The formula for interpreting the transaction content: private-legal aspects of legal enforcement.

We refer to interpretation as the process of interpreting the subject of knowledge through disclosing its essential features. The result of such process is the subjective formation of certain opinions, content awareness of the relevant subject. It is clear from the above that in the process of interpretation many tools are needed to establish the objective content of legal rules. Techniques (methods) of interpretation are linguistic, systematic, historical, functional, teleological, grammatical and logical interpretation, etc. In the field of private law, the legal formalisation of social connections between persons shall be effected by means of causal-legal (individual) regulation. The agreement, as a means of causal-legal regulation of relations, also requires interpretation of its content. The transaction content interpretation shall include the differentiation and unity of general requirements for the interpretation of legal rules and peculiarities of individual legal regulation of social relations. Ordinary ways of interpreting legal rules shall constitute one segment of transaction content interpretation. The second is the transaction content interpretation on the basis of the formula of interpretation *contra proferentem*, *a fortiori*, as well as the equivalent consideration formula, which requires its comprehensive application in order to establish the real intention of the parties under conditions of rationality and goodwill.

Key words: interpretation of legal rules, interpretation of transactions, content of the agreement, logical interpretation, grammatical interpretation, interpretation of the agreement, *contra proferentem*, *a fortiori*, equivalent consideration formula.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.31

УДК 349.2, 349.3

І.С. ПИРОГА, С.С. ПИРОГА

*Ігор Степанович Пирога, доктор юридичних наук, доцент, професор Ужгородського національного університету**

ORCID: 0000-0002-2798-7795

*Сергій Степанович Пирога, кандидат юридичних наук, доцент Карпатського університету імені Августина Волошина***

ORCID: 0000-0002-7093-3207

ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ НАКОПИЧУВАЛЬНОЇ МОДЕЛІ ПЕНСІЙНОГО СТРАХУВАННЯ В УКРАЇНІ

Постановка проблеми. Відповідно до ст. 46 Конституції України громадяни України мають право на соціальний захист, що передбачає право на забезпечення їх у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, передбачених законом¹. Це право гарантується загальнообов'язковим державним пенсійним страхуванням за рахунок страхових внесків громадян, підприємств, установ та організацій, а також бюджетних та інших джерел соціального забезпечення. Саме ця норма Конституції є правовою основою системи загальнообов'язкового державного соціального страхування, частиною якого є пенсійне страхування. Пенсійне страхування посідає значне місце в системі соціального страхування як за своїм значенням у матеріальному забезпеченні пенсіонерів, так і за обсягами фінансових ресурсів.

Залежно від принципу фінансування пенсійних виплат можна виділити два типи пенсійних систем: перші засновані на розподільному, другі – на накопичувальному принципах фінансування. Розподільний механізм фінансування означає, що внески, які сплачуються впродовж певного періоду, використовуються на виплату пенсій у тому ж періоді. Один із основоположних принципів соціального страхування – принцип солідарності застрахованих. Індивідуалізація пенсійних прав може здійснюватися на двох рівнях – накопичувальна система загальнообов'язкового державного пенсійного страхування і недержавного пенсійного забезпечення.

Сьогодні питання пенсійного забезпечення в Україні регулюється більш ніж двадцятьма законами України, які встановлюють спеціальні умови пенсійного забезпечення окремих категорій осіб. На державному рівні задекларовані основні напрями пенсійної реформи, зокрема, створена трирівнева системи пенсійного забезпечення. Українська модель пенсійної системи передбачена Законом України: «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування»² та Законом України «Про недержавне пенсійне забезпечення»³.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Згідно з цими законами наразі функціонують перший і третій рівні пенсійної системи – солідарна система і недержавне пенсійне страхування^{4,5}. Обидва рівні пенсійної системи мають низку проблем, які не забезпечують їх ефективне функціонування. У результаті не вдалося вирішити проблему підвищення матеріального забезпечення основних категорій пенсіонерів до рівня, що відповідає міжнародним стандартам: гарантованості заміщення пенсією не менше 40 % середнього заробітку застрахованої особи, що передбачено Конвенцією МОП № 102 «Про мінімальні норми соціального забезпечення», яку Україна ратифікувала 6 березня 2016 р.⁶, та не забезпечено фінансову самостійність пенсійної системи (незалежності від державного бюджету)⁷.

Уніфіковані рекомендації міжнародних фінансових організацій (МВФ, Світового банку та ін.) до вирішення проблем бюджетної розбалансованості зводяться до підвищення пенсійного віку і розширення накопичувальних інструментів обов'язкового пенсійного страхування⁸. Такі рекомендації неприйнятні для України.

По-перше, тривалість життя у нас значно нижча, ніж у розвинутих країнах, а на ринку праці немає дефіциту робочої сили.

По-друге, накопичувальна система обов'язкового пенсійного страхування може існувати лише за умови істотного підвищення розміру заробітних плат, а розмір мінімальної заробітної плати дорівнюватиме принаймні 2,5 прожитковим мінімумам, який визначається фактичною вартістю споживчого кошика (без дотацій, субсидій та інших видів допомоги).

© І.С. Пирога, С.С. Пирога, 2021

* *Ihor Pyroha, Dr. hab. in Law Sciences, Professor of Uzhhorod National University*

** *Serhii Pyroha, Ph.D. in Law, Associate Professor of Augustin Voloshin Carpathian University*

Формулювання мети статті. Виходячи з цих міркувань, мета даної статті полягає в тому, щоб визначити правові механізми, що підвищують довіру до накопичувальної системи пенсійного забезпечення у громадян і забезпечують фінансування довгострокових інвестицій в економіку для уряду.

Виклад основного матеріалу. Одним із напрямів реформування пенсійної системи є комбінування розподільчої системи із введенням накопичувального елемента. Однак такий спосіб не вирішує проблем старої системи – низькі доходи працівників не дають змоги здійснювати накопичення. У розвинених країнах формування накопичувальних пенсій допускається тільки з певного рівня доходу. Для осіб, чії доходи перевищують граничну величину, накопичувальна пенсія може замінити втрачений заробіток тільки за умов високої прибутковості нагромадження. На ринку України немає товарів, які можуть забезпечити потрібний рівень прибутковості. Одночасно виникають ризики накопичувального компонента з урахуванням підвищених витрат на його адміністрування (організація сплати внесків, обліку індивідуально-накопичених пенсійних прав), ефективне інвестування і, головне, довгострокове збереження пенсійного капіталу.

При високих темпах інфляції можливості довгострокового збереження пенсійного капіталу неможливо реалізувати в принципі. А враховуючи недовіру громадян до державних і недержавних фондів, високий корупційний потенціал добровільна участь громадян у накопичувальній пенсійній системі просто виключена.

Наразі відсутня система гарантування збереження накопичених вкладів. Існуючі системи гарантій не поширюються навіть на номінал сплачених внесків протягом 30–35 років трудової діяльності. При середньорічній інфляції на рівні 4 % практично знецінюється сума накопичень, не кажучи вже про якесь їх збільшення.

З огляду на вищезазначене, в Україні ще дуже довго функціонуватиме лише перший рівень солідарної пенсійної системи, яка сама потребує змін, зокрема щодо визначення пріоритетних напрямів реформування. Цільовим орієнтиром пенсійної реформи має бути не забезпечення балансу Пенсійного фонду України (далі – ПФУ), що формує жебрацький рівень пенсійних виплат для переважної частини пенсіонерів, а реальне підвищення рівня життя пенсіонерів до міжнародно визнаних мінімальних стандартів. Мінімальним стандартом пенсійного забезпечення за віком визначено розмір пенсії, який дорівнює 2,5–3,0 прожитковим мінімумам. Такий рівень може бути досяжний тільки для осіб із зарплатою, що перевищує середню в країні у два і більше разів. Для одержувачів середньої зарплати досягнення цільового орієнтиру можливе тільки за умови інвестування коштів накопичувального компонента під високу прибутковість. Для застрахованих осіб із зарплатою нижче середньої пенсія за жодних умов (зниження інфляції, збільшення тривалості трудового стажу та ін.) не досягне 2,5 прожиткових мінімумів.

Оцінюючи ефективність накопичувальної пенсійної системи, автор⁹ дійшов висновку, що при прибутковості накопичених коштів на рівні інфляції застраховані особи ніколи не зможуть сформувати накопичувальну пенсію, еквівалентну відкладеному заробітку за період стажу. Для того щоб при тарифі 6 % середньої зарплати за 33 роки стажу сформувати накопичувальну пенсію в розмірі 16,1 % середньої зарплати, необхідно, щоб прибутковість від інвестування пенсійних накопичень щорічно була на 2,6 % вищою за темпи її зростання.

Об'єктивні причини неефективності накопичувальної моделі пенсійного страхування макроекономічні (низький рівень зарплати, обмежений ринок праці, що зростається, висока інфляція, високий рівень диференціації доходів, при якому абсолютна більшість працівників не може сформувати індивідуальні пенсійні права навіть на середньостатистичний період дожиття (період виплати страхової пенсії). Без усунення зазначених причин накопичувальна система пенсійного страхування не має перспектив в Україні.

Єдиним додатковим джерелом коштів для пенсійної системи і Державного бюджету є тіньова економіка. Обсяги тіньової економіки можна оцінити за співвідношенням податкових вимог до фактичних надходжень податків. Ми використовуємо широке поняття тіньової економіки, яке включає не лише справді тіньове виробництво, а й обороти економіки, що не оподатковуються внаслідок застосування різноманітних схем оптимізації. За оптимістичними оцінками, обороти тіньової економіки приблизно дорівнюють оборотам легальної. Повна легалізація тіньової економіки дасть змогу принаймні удвічі підвищити рівень зарплат і забезпечити бездефіцитність бюджету ПФУ і Державного бюджету України. Легалізація тіньових зарплат може поставити на порядок денний накопичувальний рівень загальнообов'язкового державного пенсійного страхування.

Накопичувальний рівень пенсійної системи (другий і третій) не може бути сформований в Україні за відомою схемою – певний відсоток заробітку вноситься в накопичувальний фонд. По-перше, високий рівень інфляції знецінить пенсійні заощадження практично до нуля; по-друге, недержавні пенсійні фонди не мають довіри у більшості громадян країни.

Накопичувальна пенсійна система повинна формуватися так, щоб особа знала не тільки суму внесків, а й суму майбутніх виплат. Причому сума виплат повинна принаймні гарантувати купівельну спроможність на такому ж рівні, який був у періоді накопичення на індивідуальних пенсійних рахунках. Автори пропонують один із можливих механізмів, який не тільки започаткує накопичувальний рівень державного пенсійного страхування, а й допоможе вирішити проблему формування бюджету ПФУ і/або фінансування бюджетного дефіциту країни.

Індивідуальні пенсійні рахунки слід відкривати на добровільній основі і лише для осіб, офіційна зарплата яких не нижча середньої. Для підвищення довіри до накопичувальної державної пенсійної системи держава має гарантувати збереження заощаджень. Гарантія захисту застрахованих від знецінення сум забезпечується спеціальним способом обліку. Внесені суми обліковуються на індивідуальних пенсійних рахунках не у гривнях, а в середній заробітній платі, яка була на час зарахування. Ці кошти використовуються урядом

для покриття дефіциту бюджету (як альтернативу ОВДП чи зовнішніх запозичень) або як інвестиції (наприклад, будівництво житла, об'єктів інфраструктури тощо).

При досягненні пенсійного віку держава виплачує накопичену пенсію, використовуючи такий самий порядок обліку випланих сум, тобто сума виплат визначається у розмірі середньої заробітної плати, яка існує в країні на момент здійснення виплат. Виплати здійснюються помісячно в однаковому розмірі до моменту вичерпування накопичених сум.

Наприклад. Якщо в законі буде закладена сума внесків до накопичувальної системи, що становить 6 % заробітної плати, то працівник, який одержував середню зарплату протягом усього періоду страхового стажу (в Україні – 35 років), зможе накопичити на своєму індивідуальному пенсійному рахунку 25,2 середніх зарплат. При виході на пенсію такий працівник зможе отримувати додаткову пенсію у розмірі 40 % від середньої заробітної плати в Україні на момент виплати протягом 63 місяців, або 20 % – протягом 126 місяців. Накопичена пенсія виплачується до вичерпування коштів на індивідуальному пенсійному рахунку. Залишки коштів на рахунку виплачуються спадкоємцям як одноразова пенсійна виплата.

Застосування запропонованої схеми формування накопичувальної пенсійної системи дає змогу державі попутно вирішити багато проблем:

1) забезпечити безвідсоткове фінансування бюджетного дефіциту, замість запозичень чи друкування грошей;

2) залучити в економіку країни індивідуальні пенсійні накопичення як упродовж часу формування індивідуальних пенсійних рахунків (для фінансування бюджетного дефіциту, інвестицій тощо), так і впродовж здійснення пенсійних виплат (для підвищення платоспроможного попиту на ринку);

3) скоротити обсяги тіншового виробництва і тіншового фонду оплати праці внаслідок залучення до накопичувального фонду визначеного відсотка легальної зарплати, розмір якої не нижчий за середню. Ніякі інші кошти не можуть використовуватися для поповнення індивідуальних пенсійних рахунків;

4) забезпечити альтернативу зовнішнім і внутрішнім запозиченням за рахунок використання коштів індивідуальних пенсійних рахунків;

5) прибрати з ринку запозичень великого позичальника (уряд країни) з обсягом запозичень, що дорівнює дефіциту Державного бюджету (5,5 % у 2021 р.), що неодмінно відіб'ється на розмірі кредитних ставок з наближенням їх до розумних значень 5–6 % річних у перспективі;

6) збільшити обсяг довгострокових інвестицій в економіку, що забезпечить стабільний економічний розвиток;

7) підвищити довіру до накопичувальної системи пенсійного забезпечення за рахунок гарантування збереження купівельної спроможності накопичень на пенсійних рахунках: реальна купівельна спроможність у момент виплат дорівнює купівельній спроможності в момент поповнення рахунків;

8) посилити вимоги щодо ефективності управління пенсійними активами – мінімальна прибутковість активів не може бути нижчою за темпи приросту розміру середньої заробітної плати;

9) забезпечити гарантії рівня життя після виходу на пенсію незалежно від курсу гривні, рівня інфляції та кризових явищ в економіці.

За умови ефективного управління інвестиційним портфелем індивідуальних пенсійних коштів, розмір накопичувального фонду можна збільшити, а відповідно – підвищити розмір і/або тривалість пенсійних виплат.

Висновки. Запропоновано спосіб формування накопичувальної пенсійної системи, який дає змогу забезпечити збереження купівельної спроможності накопичених сум на рівні, який існував на момент внесення коштів на рахунки. З цією метою запропоновано здійснювати облік не у гривні чи будь-якій іншій валюті, а у середній заробітній платі, яка існувала в Україні на момент внесення відповідних сум на індивідуальні рахунки. Пенсійні виплати мають обліковуватися також у середніх заробітних платах, які існують в Україні на момент здійснення пенсійних виплат. При нормі відрахувань у розмірі 6 % працівник, який протягом страхового стажу сплачував внески з середньої заробітної плати, накопичить на пенсійному рахунку 25,2 середніх зарплат. Накопичена сума забезпечить додаткові пенсійні виплати у розмірі 20 % середньої заробітної плати протягом 126 місяців. За умови ефективного управління інвестиційним портфелем пенсійних накопичень розмір накопичувального фонду можна збільшити, а відповідно – підвищити розмір або тривалість пенсійних виплат. Залишки коштів на рахунку виплачуватимуться спадкоємцям як одноразова пенсійна виплата.

¹ Конституція України 254к/96-ВР від 26 червня 1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>

² Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування: Закон України від 9 липня 2003 р. № 1058-IV. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1058-15>

³ Про недержавне пенсійне забезпечення: Закон України від 9 липня 2003 р. № 1057-IV. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1057-15>

⁴ Недержавні пенсійні фонди України та загальнообов'язкова накопичувальна пенсійна система. Аналітичний звіт за результатами дослідження. Київ: Агентство фінансових ініціатив. 2007. 18 с.

⁵ Панченко І. Недержавне пенсійне забезпечення в Україні: стан і перспективи розвитку. *Управління розвитком*. 2015, № 5 (102). С. 43–44.

⁶ Про ратифікацію Конвенції Міжнародної організації праці про мінімальні норми соціального забезпечення № 102: Закон України від 6 березня 2016 р. № 1024-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1024-19#n5>

⁷ Підсумки розвитку системи недержавного пенсійного забезпечення за 2018 р. URL: https://www.nfp.gov.ua/files/Ogliad-Rinkiv/NPF/OsnPokazn/NPF_II_kv_2018.pdf

⁸ Central and Eastern Europe: New Member States (NMS) Policy Forum, 2014. Selected Issues. Washington, 2015. P. 64–74.

⁹ Соловьев А.К. Проблемы оценки эффективности индивидуально-накопительной модели пенсионного страхования. *Финансы: теория и практика*. 2018. Т. 22. № 2 (104). С. 90–105.

Резюме

Пирого І.С., Пирого С.С. Особливості реалізації накопичувальної моделі пенсійного страхування в Україні.

У статті представлено результат теоретичного обґрунтування підходів до запровадження накопичувальної системи загальнообов'язкового державного пенсійного страхування. Зокрема, визначено такі її елементи, як: добровільність участі громадян у системі, джерело фінансових ресурсів для здійснення внесків, гарантія збереження купівельної спроможності внесків, порядок обліку коштів на індивідуальних пенсійних рахунках при їх формуванні та здійсненні виплат, успадкування залишків коштів на індивідуальних пенсійних рахунках.

Ключові слова: накопичувальна пенсійна система, середня зарплата, купівельна спроможність, тіньовий фонд зарплати, довгострокові інвестиції.

Резюме

Пирого И.С., Пирого С.С. Особенности реализации накопительной модели пенсионного страхования в Украине.

В статье представлен результат теоретического обоснования подходов к внедрению накопительной системы общеобязательного государственного пенсионного страхования. В частности, определены следующие ее элементы: добровольное участие граждан в системе, источник финансовых ресурсов для осуществления взносов, гарантия сохранения покупательной способности взносов, порядок учета средств на индивидуальных пенсионных счетах при их формировании и осуществлении выплат, наследование остатков средств на индивидуальных пенсионных счетах.

Ключевые слова: накопительная пенсионная система, средняя зарплата, покупательная способность, теневой фонд зарплат, долгосрочные инвестиции.

Summary

Ihor Pyroha, Serhii Pyroha. Features of implementation of the accumulative model of pension insurance in Ukraine.

The article presents the result of theoretical substantiation of approaches to the introduction of the accumulative system of compulsory state pension insurance. In particular, its elements are defined: voluntary participation of citizens in the system, source of financial resources for contributions, guarantee of preservation of purchasing power of contributions, the order of accounting of funds on individual pension accounts during their formation and pension payments, inheritance of balances on individual pension accounts.

The shortcomings of the solidarity system of compulsory state pension insurance and the system of non-state pension provision are analyzed. The proper functioning of both levels of the pension system is hampered by the low level of income of insured persons, limited labor market, high inflation, high level of wage differentiation. The accumulative system has its own shortcomings: low level of profitability of savings, increased administrative costs, lack of guarantees of long-term preservation of pension capital, high corruption potential of individual pension portfolio management.

The priority directions of pension reform are substantiated. The goal of the pension reform is to actually raise the living standards of pensioners to internationally recognized minimum standards. The main source of financial support for the pension system is the shadow economy. The method of attracting funds of the shadow economy to the pension system and the method of maintaining the real purchasing power of funds in individual pension accounts are proposed. The accumulated funds can fundamentally change economic and credit policy, foreign and domestic borrowing policy, investment policy. Demands for the efficiency of pension asset management are growing – the minimum return on assets cannot be lower than the growth rate of the average wage in the country. The implementation of these measures will solve the problem of legalization of the shadow economy, which will at least double the level of wages and ensure a deficit-free budget of the Pension Fund and the State Budget of Ukraine.

Key words: accumulative pension system, average salary, purchasing power, shadow salary fund, long-term investments.

Ю.Ю. РЯБЧЕНКО

*Юрій Юрійович Рябченко, доктор юридичних наук, професор, професор Університету державної фіскальної служби України**

ORCID: 0000-0002-1328-700X

**ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ СТАТУС ЯК НАУКОВА КАТЕГОРІЯ:
ПЕРСПЕКТИВИ ВПРОВАДЖЕННЯ У ПРАВОТВОРЧІСТЬ ТА ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ**

Постановка проблеми. Цивільний процесуальний статус сьогодні сприймається здебільшого як сукупність визначених Цивільним процесуальним кодексом України цивільних процесуальних прав та цивільних процесуальних обов'язків, або повноважень¹.

Схильність до позитивістського, нерідко навіть буквального способу тлумачення норм процесуального права призводить до скасування рішень суду апеляційної інстанції у касаційному порядку, а отже, не сприяє сталості судової практики².

Відповідно до ст. 3 Конституції України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР (далі – Конституція України)³ права і свободи людини визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Стаття 22 Конституції України вказує про невичерпність прав людини і громадянина – як за переліком, так і за змістом. У п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. (далі – Конвенція)⁴ зазначається про право на справедливий суд. Заслужують на підтримку висновки Т.А. Цувіної про необхідність розглядати це право як: 1) еквівалент, транспозицію принципу верховенства права у сфері здійснення правосуддя у цивільних справах; 2) притаманність цьому праву надімперативного характеру як норми міжнародного права «*jus cogens*»⁵. Така позиція відповідає положенням права на справедливий судовий розгляд, що викладені у Контрольному переліку питань для оцінки дотримання верховенства права, прийнятому Венеціанською комісією на 106-му Пленарному засіданні (Венеція, 11–12 березня 2016 р.). Значна частина цих критеріїв є оціночною: відсутність невинуватеної затримки при відкритті провадження у справі та винесенні судового рішення; своєчасність доступу сторін до судових документів; чи належним чином обгрунтовані судження⁶. Усунення порушень права на своєчасний розгляд справи мають відбуватись у межах того процесу, в якому виникають ці порушення⁷. Такі висновки відповідають вихідним позиціям Європейського Суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), зокрема щодо пріоритетності приватно правового аспекту правових явищ над публічно-правовим. Така позиція висловлена стосовно сутності соціального захисту особи у контексті права на справедливий судовий розгляд⁸. Отже, зміст категорії цивільного процесуального статусу, як наукової, має не обмежуватись змістом позитивно визначених цивільних процесуальних прав та цивільних процесуальних обов'язків, а враховувати й зміст положень права на справедливий суд, подекуди оціночних.

Результати сучасних наукових досліджень підтверджують актуальність розвитку широкого розуміння цивільного процесуального статусу як наукової категорії. Так, Я.Я. Мельник вказує про необхідність побудови належної процедури реалізації позитивно визначених цивільних процесуальних прав та обов'язків, забезпечення безперешкодності їх реалізації, визначення ступеня деструктивності чи конфліктності конкретної процесуальної ситуації, забезпечення принципу пропорційності⁹. С.В. Невестюк вказує на розвиток теорії процесуально-правових засобів у контексті системи «людина-суспільство-право-держава». У складі механізму цивільного процесуального регулювання виділяються не тільки норми цивільного процесуального права як процесуально-правові засоби, а й зокрема цивільна процесуальна правова культура та цивільна процесуальна правосвідомість. При цьому правосвідомість розглядається саме як індивідуальна: сприйняття процесуально-правових засобів механізму цивільного процесуального регулювання як специфічної форми цивільної процесуальної дійсності конкретною особою¹⁰.

Отже, у межах широкого розуміння категорії цивільного процесуального статусу як наукової є актуальним розвиток засад принципу верховенства права, засад природного права, причому не тільки тих, що реалізуються у межах національної правової системи, а й тих, що отримали широке застосування на міжнародному рівні, зокрема – у практиці ЄСПЛ. Це спрямовуватиме подальші наукові дослідження, сприятиме виконанню Україною своїх міжнародних зобов'язань щодо розвитку верховенства закону, однією з умов якого є чіткість та ясність закону¹¹. Така точка зору відповідає наднаціональному розумінню справедливого судового розгляду як такого, що утверджує принцип верховенства права – основу побудови сучасного демократичного суспільства¹².

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблематиці сутності категорії «цивільний процесуальний статус» та її нормативного закріплення протягом останніх років безпосередньо приділяли увагу С.С. Бичко-

ва¹³, Ю.А. Прут¹⁴ та інші вчені – дослідники цивільного процесуального статусу конкретних категорій учасників цивільного судового процесу (В.І. Бобрик, О.В. Бобровник, І.Е. Берестова, Ж.В. Васильєва-Шаламова, Д.Г. Глушкова, К.В. Гусаров, Х.А. Джавадов, Л.В. Діденко, І.О. Журба, О.О. Кармаза, О.В. Колісник, С.О. Короєд, Л.М. Косовський, О.О. Лабань, Р.Я. Лемик, О.Ю. Русин, Г.О. Світлична та деякі інші). З них окремо необхідно відмітити дисертаційні дослідження у дотичних сферах суспільних відносин: ефективність цивільного судочинства (С.О. Короєд, 2014 р.; Х.А. Джавадов, 2018 р.)¹⁵; захист публічних інтересів учасників цивільних відносин у контексті взаємозв'язку цивільного судочинства та конституційного провадження (І.Е. Берестова, 2019 р.)¹⁶; цивільно-процесуальні правовідносини як інститут цивільно-процесуального права України (Л.В. Діденко, 2019 р.)¹⁷.

Метою статті є розкриття теоретичних засад широкого сенсу категорії «цивільний процесуальний статус» як наукової, а також визначення на цій основі перспектив її впровадження у правозастосування та правотворчість.

Виклад основного матеріалу. Філософія права досліджує декілька зрізів будь-якої правової сфери: онтологічний, антропологічний, аксіологічний, гносеологічний, історичний (історія філософії права), а також праксеологічний. Філософія правосуддя передбачає виділення різних смислів правосуддя: як форма здійснення судової влади (владний смисл); як судове правозастосування (правореалізаційний смисл); як судовий захист (правозахисний смисл); як судове вирішення конфлікту (резолютивний смисл); як судове балансування (балансуючий смисл). Можуть виділятися й інші смисли правосуддя. Незалежно від конкретного концептуального підходу необхідно встановити співвідношення двох основних парадигм сприйняття будь-якого правового явища: природно-правової та позитивно-правової¹⁸. Ці положення є вихідними при формулюванні подальшого наукового підходу.

У теорії права актуальне розуміння правового статусу суб'єкта права характеризується певною проблемністю. З одного боку, суб'єкт права розглядається, переважно, у межах правовідносин, як сукупність суб'єктивних прав, юридичних обов'язків, законних інтересів суб'єкта права. З другого – виділяється категорія прав людини як основних можливостей, необхідних для існування та розвитку особи, які є універсальними, невід'ємними та рівними для кожного і мають гарантуватись державою в обсязі міжнародних стандартів. Перспективним є підхід С.І. Архипова щодо характеристики людини як суб'єкта права, розкриття таких її властивостей у правовому полі, як: індивідуалізація; правова воля; сукупність правових відносин та правових зв'язків; правова свідомість; активний характер «творення» і застосування права; соціально-правова цінність; правосуб'єктність. Людина творить як зовнішню правову реальність, так і власну правову індивідуальність¹⁹.

Протягом достатньо тривалого часу у предметі науки цивільного процесуального права виділяється міждисциплінарний аспект: предмет, співвідношення з іншими юридичними науками, соціальні функції²⁰. Зв'язок категоріального апарату цивільного процесуального права як галузі права із основоположними цінностями прав людини простежується з позицій В.В. Комарова, який характеризує завдання цивільного судочинства як гарантування та забезпечення реалізації права на суд²¹. Це зумовлює застосування міждисциплінарного підходу при дослідженні поняття цивільного процесуального статусу у сучасній науці цивільного процесуального права, зокрема визначення співвідношення у ньому позитивного та природного права. У науці цивільного права відповідним питанням приділялась значна увага, наслідком чого є достатньо установлені наукові положення у різних видах цивільних правовідносин²².

З точки зору сучасної філософії правосуддя справедливість та належний зміст судового процесу тісно пов'язані із рівнем забезпеченості законних прав та інтересів його учасників. Справедливість, верховенство права безпосередньо виявляються у процесі реалізації суб'єктивних прав та здійсненні обов'язків у конкретних випадках. У свою чергу, правовий статус учасників судового процесу безпосередньо втілюється у його принципах. Філософія правосуддя розглядає також стан правосвідомості та правової культури особи як невід'ємну частину її становища у судовому процесі. Хоча викладене наводиться передусім щодо кримінального процесу²³ але, на нашу думку, повністю актуальне й щодо цивільного судочинства.

Розгляд цивільного процесуального статусу виключно у межах процесуальних прав та процесуальних обов'язків не дозволяє врахувати окреслений зв'язок, що знаходить безпосередній вияв у актуальній судовій практиці. Так, частково задовольняючи касаційну скаргу Верховний Суд вказав на помилку суду апеляційної інстанції у частині застосування буквального тлумачення ч. 3 ст. 154 Цивільного процесуального кодексу України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV (далі – ЦПК України)²⁴, що призвело до помилкового висновку, що вжиття заходів зустрічного забезпечення є обов'язком суду незалежно від майнового стану відповідача²⁵.

ЄСПЛ у своїх рішеннях у таких справах, як: *Nideröst-Huber v. Switzerland*, *H. v. Belgium*, *Golder v. the United Kingdom*, *Brumarescu v. Romania*, *Airey v. Ireland*, *Case of Indayeva and Sultanov v. Russia*, *Case of Aslan Ismayilov v. Azerbaijan*²⁶ вказує про вихідний характер засад верховенства права у визначенні становища особи у судовому процесі. Наприклад, у рішеннях у справах: *Brumarescu v. Romania*, *Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey* верховенство права визнається визначальним критерієм права на справедливий судовий розгляд²⁷. Вказане необхідно сприймати з урахуванням положень щодо типової процедури тлумачення ЄСПЛ положень Конвенції: спочатку суд з'ясовує значення певних положень стосовно справи загалом, а потім – стосовно конкретних фактів справи²⁸. Історично функції ЄСПЛ у європейському правовому просторі сформувались за зразком типових функцій конституційного суду в межах конкретної держави²⁹. Тому розвиток поняття цивільного процесуального статусу є необхідною передумовою належного тлумачення практики ЄСПЛ.

Як слідує з матеріалів діяльності міжнародних організацій, зокрема Венеціанської комісії, зустрічаються випадки, коли окремі держави ставлять питання про суперечність своїх зобов'язань за Конвенцією (у сенсі, констатованому ЄСПЛ) конституційному правопорядку та відмовляються виконувати рішення ЄСПЛ³⁰. У практиці національних судів подібних випадків виявлено не було, що узгоджується із положеннями Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV³¹ щодо обов'язковості застосування рішення ЄСПЛ відповідно до ст. 46 Конвенції як джерела права (ч. 1 ст. 2, ст. 17 вказаного Закону). Можливо лише зазначити про поодинокі наукові та практичні джерела, в яких констатується наявність неоднакових позицій ЄСПЛ з окремих вузьких питань (допит свідків у кримінальному судочинстві³², право на гендерну ідентичність)³³. Варто погодитись із Т. Нешатаєвою про первинний характер доктрини субсидіарності: вирішення питань місцевого значення переважно місцевою владою та застосування влади вищого рівня тільки у разі необхідності застосування вищого рівня узагальнення для вирішення проблеми. Разом із тим одним із принципів сучасного міжнародного права є можливість обмеження суверенітету держави з метою ефективного захисту прав людини у конкретному випадку³⁴. З урахуванням цього Інтерлакенською декларацією від 19 лютого 2010 р., а також Деклараціями, ухваленими на Конференціях високого рівня у м. Ізмір (26–27 квітня 2011 р.) та у м. Брайтон (19–20 квітня 2012 р.) передбачено засади застосування правових позицій ЄСПЛ державами-членами. Так, відповідно до п. 4 Інтерлакенської декларації держави-члени зобов'язуються, з одного боку, розвивати національні засоби захисту прав людини, а з другого, – повністю виконувати рішення ЄСПЛ та вживати заходи щодо недопущення порушень, констатованих ЄСПЛ у майбутньому³⁵.

Роль позитивістського підходу у методі цивільного процесуального права розкривається у актуальних наукових положеннях щодо методу регулювання цивільних процесуальних правовідносин. Так, характеризуючи диспозитивний аспект методу цивільного процесуального права, вчені вказують про встановлення цивільними процесуальними нормами цивільних процесуальних прав учасників судового процесу, а також меж їх реалізації³⁶. С.В. Васильєв, розкриваючи диспозитивні засади методу цивільного процесуального права, звертає увагу на залежність розвитку процесу у конкретній справі від, зокрема, волі заінтересованих осіб³⁷. Тому погоджуємось із твердженням, що формування прав і обов'язків учасників судового процесу є характерною рисою методу правового регулювання у цивільному процесуальному праві³⁸. Такі виражені позитивістські засади правового закріплення цивільного процесуального статусу зумовлені його специфічним галузевим призначенням, а також публічно-правовою природою цивільного процесуального правовідношення, необхідністю існування та реалізації цивільної процесуальної форми здійснення правосуддя³⁹. Природне ж право визначає сутність цивільного процесуального статусу і впливає у такий спосіб на всі аспекти його реалізації (п. 10.4 Огляду судової практики Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду (актуальна практика) від 30 квітня 2021 р.)⁴⁰.

Природно-правові підходи визначають зміст правових явищ, зумовлених ідеальними першоосновами права, а позитивне право закріплює їх форму у кожному конкретному випадку⁴¹. Тому порівняно із цивільно-правовими засадами захисту суб'єктивних приватних прав, свобод, законних інтересів⁴², співвідношення засад природного права та позитивного права щодо визначення поняття цивільного процесуального статусу має ґрунтуватись на: 1) визнаних національною доктриною та ЄСПЛ положеннях природного права, зокрема щодо поняття людини у праві та прав людини; 2) базовому значенні принципу верховенства права щодо визначення цивільного процесуального статусу суб'єкта цивільного процесуального права⁴³. При цьому міждисциплінарний характер прав людини задає розвиток не тільки цивільному процесуальному праву, а й іншим суміжним галузям права, зокрема – судоустрою, що безпосередньо впливає на рівень забезпеченості цивільних процесуальних прав. Так, Венеціанська комісія вказує про необхідність наділення вищестоячого суду або безпосередньо Верховного Суду спеціальними компенсаторними чи прискорюючими повноваженнями (засобами) проти надмірного затягування розгляду справи з метою забезпечення права на справедливий суд⁴⁴.

Враховання властивостей людини як суб'єкта права (індивідуалізація; правова воля; сукупність правових відносин та правових зв'язків; правова свідомість; активний характер «творення» і застосування права; соціально-правова цінність; правосуб'єктність) у змісті поняття «цивільний процесуальний статус» надає підстави для висновків, що розвиток гарантій реалізації суб'єктивних процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків є головним вектором подальшого розвитку цивільного процесуального права⁴⁵, навіть на етапі, коли безпосереднього звернення до суду ще немає. Конкретним прикладом цього є визначення права на доступ до суду складовою принципу верховенства права у сфері судочинства, хоча окремі гарантії цього права (територіальне наближення суду до населення; інформованість громадськості про місцезнаходження та компетенцію суду, про порядок звернення до суду та порядок захисту своїх інтересів) реалізуються ще до виникнення цивільних процесуальних правовідносин⁴⁶.

Явище рецепції природно-правових засад до права на судовий захист (ч. 1 ст. 55 Конституції України) через логічний ряд: права людини «*jus cogens*» – транснаціональне «право на суд» – право на судовий захист дає змогу підтримати твердження В.В. Комарова про гарантування цивільним судочинством не тільки права на судовий захист, але – права на суд⁴⁷. Зокрема, сьогодні виділяються права людини та певні правові засади як складові принципу верховенства права у цивільному судочинстві: правова визначеність, заборона на свавілля, право на ефективні заходи правового захисту; право на справедливий судовий розгляд⁴⁸. Зміст зазначених прав та засад має транснаціональні витоки, виходить за межі суто позитивного регулювання, але без-

посередньо впливає на становище особи у судовому процесі не тільки на рівні правотворення, а й на рівні правозастосування.

У сучасній національній правовій системі суб'єктивні цивільні процесуальні права та суб'єктивні цивільні процесуальні обов'язки постають динамічною категорією, зміст якої має розвиватись з урахуванням її загальносоціального значення та міжгалузевих зв'язків.

Проведене дослідження надає підстави для таких **висновків**.

1. Категорія цивільного процесуального статусу може сприйматись як у вузькому, так і у широкому сенсах. У вузькому сенсі ним є закріплена цивільним процесуальним законодавством сукупність цивільних процесуальних прав та цивільних процесуальних обов'язків. У широкому сенсі ним охоплюються також: положення щодо прав людини «*jus cogens*», актуальні засади принципу верховенства права у цивільному судочинстві.

2. Зміст поняття цивільного процесуального статусу має вихідне значення щодо подальшого розвитку гарантій реалізації цивільних процесуальних прав та цивільних процесуальних обов'язків (у правотворчому контексті), а також – тлумачення судом змісту вказаних прав та обов'язків у конкретних ситуаціях (у правозастосовному контексті).

¹ Курс цивільного процесу: підручник / Комаров В.В. та ін.; за ред. В.В. Комарова. Харків: Право, 2011. С. 295, 309, 341; Бичкова С.С. Цивільний процесуальний правовий статус осіб, які беруть участь у справах позовного провадження: монографія. Київ: Атіка, 2011. С. 371; Цивільне судочинство України: основні засади та інститути: монографія / В.В. Комаров та ін.; за ред. В.В. Комарова. Харків: Право, 2016. С. 241, 283; Цивільний процес України: підручник / за ред. В.О. Кучера. Львів: ЛьвДУВС, 2016. С. 96–98, 116, 128, 132–134, 138, 162, 163; Рябенко Ю.Ю. Суб'єкт цивільного процесуального права у сучасній парадигмі права: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Харк. нац. ун-т ім. В.Н. Каразіна. Харків, 2019. С. 83.

² Про часткове задоволення касаційної скарги: постанова Касаційного цивільного суду Верховного Суду від 17.03.2021 р. у справі № 439/1347/19 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95654290> (дата звернення: 05.06.2021); Про задоволення касаційних скарг: постанова Касаційного цивільного суду Верховного Суду від 17.02.2021 р. у справі № 308/9100/19-ц. *ЛІГА-ЗАКОН*. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/view/c017012?an=1> (дата звернення: 31.05.2021); Про часткове задоволення касаційної скарги: постанова Касаційного цивільного суду Верховного Суду від 14.12.2020 р. у справі № 521/2816/15-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93564591> (дата звернення: 05.06.2021); Про часткове задоволення касаційної скарги: постанова Касаційного цивільного суду Верховного Суду від 20.01.2021 р. у справі № 466/5766/13-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94362898> (дата звернення: 05.06.2021).

³ Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141 (із змінами).

⁴ Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 04.11.1950 р. *Офіційний вісник України*, № 13, № 32 від 23.08.2006. С. 270; Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції: Закон України від 17.07.1997 № 475/97-ВР. *Офіційний вісник України*, № 29. С. 11, код акта 2134/1997.

⁵ Цувіна Т. А. Право на суд у цивільному судочинстві: монографія. Харків: Слово, 2015. С. 279.

⁶ Rule Of Law Checklist, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11–12 March 2016). *Офіційний сайт «Venice Commission: Council of Europe»*. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)007-e) (дата звернення: 28.05.2021). С. 26.

⁷ Compilation of Venice Commission opinions and reports concerning courts and judges (Strasbourg, 11 December 2019). *Офіційний сайт «Venice Commission: Council of Europe»*. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2019\)008-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2019)008-e) (дата звернення: 31.05.2021). С. 83–84.

⁸ Law of the European Convention on Human Rights / David Harris, Michael O'Boyle, Ed Bates, and Carla Buckley. 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 2018. Ixv, 986 p. P. 385; Case of Feldbrugge v. the Netherlands, 12 October 1984, no. 8562/79. *Офіційний сайт «European Court of Human Rights HUDOC database»*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-57486> (дата звернення: 06.06.2021); Case of Deumeland v. Germany, 29 May 1986, no. 9384/81. *Офіційний сайт «European Court of Human Rights HUDOC database»*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-57468> (дата звернення: 06.06.2021).

⁹ Мельник Я.Я. Безпека цивільного процесу: теоретико-правове дослідження: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01. Ін-т законодавства Верхов. Ради України. Київ, 2019. С. 4, 10–11.

¹⁰ Невестюк С.В. Механізм цивільного процесуального регулювання: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Нац. акад. прав. наук України, НДІ приват. права і підприємництва ім. Ф.Г. Бурчака. Київ, 2017. С. 6, 13, 14.

¹¹ Compilation of Venice Commission opinions and reports on law-making procedures and the quality of the law (Strasbourg, 29 March 2021). *Офіційний сайт «Venice Commission: Council of Europe»*. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2021\)003-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2021)003-e) (дата звернення: 31.05.2021). С. 7.

¹² Dovydas Vitkauskas, Grigoriy Dikov. Protecting the right to a fair trial under the European Convention On Human Rights. A handbook for legal practitioners 2nd edition prepared by Dovydas Vitkauskas. Council of Europe, 2nd edition September 2017. *Офіційний сайт «Council of Europe»*. URL: <https://edoc.coe.int/en/european-convention-on-human-rights/7492-protecting-the-right-to-a-fair-trial-under-the-european-convention-on-human-rights-a-handbook-for-legal-practitioners-2nd-edition.html> (дата звернення: 09.06.2021). Р. 11.

¹³ Бичкова С.С. Цивільний процесуальний правовий статус осіб, які беруть участь у справах позовного провадження: монографія. Київ: Атіка, 2011. 420 с.

¹⁴ Прут Ю.А. Цивільно-процесуальний статус осіб, які є іншими учасниками цивільного процесу: автореф. ... дис. канд. юрид. наук: 12.00.03. Івано-Франків. ун-т права ім. Данила Галицького. Івано-Франківськ, 2016. 20 с.

¹⁵ Короед С.О. Процесуальне забезпечення ефективності цивільного судочинства: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Нац. акад. прав. наук України, НДІ приват. права і підприємництва ім. Ф.Г. Бурчака. Київ, 2014. 41 с; Джавадов Х.А.

Теоретичні проблеми ефективності цивільного судочинства: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. НАН України, Ін-т держави і права імені В.М. Корецького. Київ, 2018. 40 с.

¹⁶ Берестова І.Е. Захист публічних інтересів учасників цивільних відносин: взаємозв'язок цивільного судочинства та конституційного провадження: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.02, 12.00.03. Нац. акад. внутр. справ. Київ, 2019. 40 с.

¹⁷ Діденко Л.В. Цивільно-процесуальні правовідносини як інститут цивільно-процесуального права України: концептуальні положення: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Міжнар. гуманітар. ун-т. Одеса, 2019. 41 с.

¹⁸ Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т. Харків: Право, 2017. Т. 2: Філософія права / редкол.: С.І. Максимов (голова) та ін. С. 685, 928–929, 932–933, 990.

¹⁹ Архипов С.И. Суб'єкт права: теоретическое исследование. Санкт-Петербург: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. С. 120–123; Рябченко Ю.Ю. Суб'єкт цивільного процесуального права у сучасній парадигмі права: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Харк. нац. ун-т ім. В.Н. Каразіна. Харків, 2019. С. 24.

²⁰ Проблеми науки гражданского процессуального права / В. В. Комаров и др.; под ред. В.В. Комарова. Харьков: Право, 2002. С. 45; Курс цивільного процесу: підручник / Комаров В.В. та ін.; за ред. В.В. Комарова. Харків: Право, 2011. С. 106, 107; Васильев С.В. Энциклопедия гражданского судочинства: основні інститути та теоретичні засади. Київ: Алерта, 2021. С. 266.

²¹ Комаров В. Вчення про предмет цивільного процесуального права. *Право України*. 2017. № 5. С. 102.

²² Цивільне право України: підручник / за ред. проф. Р.Б. Шишки. Київ: Ліра-К, 2018. Ч. 2: Особлива / Р.Б. Шишка (керівник авт. кол.), та ін. 2018. 994 с.

²³ Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т. Харків: Право, 2017. Т. 2: Філософія права / редкол.: С.І. Максимов (голова) та ін. С. 992–995; Гураленко Н.А. Ціннісно-сміслові константи суддівського пізнання: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.12. Нац. ун-т «Львівська політехніка». Львів, 2017. С. 24.

²⁴ Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. *Офіційний вісник України*, № 16. С. 11. Ст. 1088, код акта 28609/2004.

²⁵ Про часткове задоволення касаційної скарги: постанова Верховного Суду (Касаційний цивільний суд) від 17.03.2021 р. у справі № 439/1347/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95654290> (дата звернення: 05.06.2021).

²⁶ Посібник Європейського суду з прав людини щодо застосування статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (право на справедливий суд, цивільна частина). *Офіційний сайт «European Court of Human Rights»*. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_UKR.pdf (дата звернення: 25.05.2021). С. 36, 37; Огляд рішень Європейського суду з прав людини за період з 10.03.2020 р. по 13.03.2020 р. *Офіційний вебпортал «Судова влада України»*. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Oglyad_ESLP_10.pdf (дата звернення: 25.05.2021). С. 2, 14; Case of Nideröst-Huber v. Switzerland, 18 February 1997, no. 18990/91. *Офіційний сайт «European Court of Human Rights HUDOC database»*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58199> (дата звернення: 25.05.2021); Case of H. v. Belgium, 30 November 1987, no. 8950/80. *Офіційний сайт «European Court of Human Rights HUDOC database»*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57501> (дата звернення: 25.05.2021); Case of Golder v. the United Kingdom, 21 February 1975, no. 4451/70. *Офіційний сайт «European Court of Human Rights HUDOC database»*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-57496> (дата звернення: 25.05.2021); Case of Brumărescu v. Romania, 23 January 2001, no. 28342/95. *Офіційний сайт «European Court of Human Rights HUDOC database»*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59159> (дата звернення: 25.05.2021); Case of Airey v. Ireland, 09 October 1979, no. 6289/73. *Офіційний сайт «European Court of Human Rights HUDOC database»*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57420> (дата звернення: 25.05.2021); Case of Indayeva and Sultanov v. Russia, 10 March 2020, no. 58821/08, 18360/13. *Офіційний сайт «European Court of Human Rights HUDOC database»*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-201644> (дата звернення: 25.05.2021); Case of Aslan Ismayilov v. Azerbaijan, 12 March 2020, no. 18498/15. *Офіційний сайт «European Court of Human Rights HUDOC database»*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-201642> (дата звернення: 25.05.2021).

²⁷ Огляд рішень Європейського суду з прав людини за період з 10.03.2020 р. по 13.03.2020 р. *Офіційний вебпортал «Судова влада України»*. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Oglyad_ESLP_10.pdf (дата звернення: 25.05.2021). С. 2, 14; Case of Brumărescu v. Romania, 23 January 2001, no. 28342/95. *Офіційний сайт «European Court of Human Rights HUDOC database»*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59159> (дата звернення: 25.05.2021); Case of Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey, 20 October 2011, no. 13279/05. *Офіційний сайт «European Court of Human Rights HUDOC database»*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107156> (дата звернення: 25.05.2021).

²⁸ Pieter van Dijk, Godefridus J. H. Hoof, G. J. H. Van Hoof. Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. Martinus Nijhoff Publishers, 1998. 850 p. P. 71.

²⁹ Dirk Ehlers, Ulrich Becker, Et al. European Fundamental Rights and Freedoms. Berlin: Walter de Gruyter, 2011. P. 23.

³⁰ International Conference on “Enhancing National Mechanisms for Effective Implementation of the European Convention on Human Rights”. Saint-Petersburg, Russian Federation. 22–23 October 2015. *Офіційний сайт «Council of Europe»*. URL: <https://rm.coe.int/16806fe1a5> (дата звернення: 28.05.2021). P. 11–17, 111.

³¹ Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23.02.2006 р. № 3477-IV. *Офіційний вісник України*. 2006. № 12 (05.04.2006). Ст. 792.

³² Допит свідків при перегляді виправдувального вироку: ЄСПЛ ухвалив суперечливе рішення // Практика ЄСПЛ. Український аспект. URL: <https://www.echr.com.ua/dopit-svidkiv-pri-pereglyadi-vipravduvalnogo-viroku-yespl-uxvaliv-superechlive-ri-shennya/> (дата звернення 08.06.2021).

³³ Гербут В. Право на гендерну ідентичність в практиці Європейського суду з прав людини. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2018. № 1(22). Т. 2. URL: <http://pyuv.onua.edu.ua/index.php/pyuv/article/view/146/220> (дата звернення: 08.06.2021) С. 195.

³⁴ Neshataeva T. The European Convention and the integration of integrations: the role of courts in overcoming the fragmentation of international law International Conference on “Enhancing National Mechanisms for Effective Implementation of the European Convention on Human Rights”. Saint-Petersburg, Russian Federation. 22–23 October 2015. *Офіційний сайт «Council of Europe»*. URL: <https://rm.coe.int/16806fe1a5> (дата звернення: 28.05.2021). P. 111–112.

³⁵ International Conference on “Enhancing National Mechanisms for Effective Implementation of the European Convention on Human Rights”. Saint-Petersburg, Russian Federation. 22–23 October 2015. *Офіційний сайт «Council of Europe»*. URL: <https://rm.coe.int/16806fe1a5> (дата звернення: 28.05.2021). С. 113; High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights. Interlaken Declaration. 19 February 2010. *Офіційний сайт «European Court of Human Rights»*. URL: <https://www.echr>

coe.int/Documents/2010_Interlaken_FinalDeclaration_ENG.pdf (дата звернення: 28.05.2021). Р. 3; Інтерлакенська декларація від 19.02.2010 р. *Офіційний сайт «Верховна Рада України. Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a48#top (дата звернення: 28.05.2021); High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights. Declaration. 26–27 April 2011. IZMIR, Turkey. *Офіційний сайт «European Court of Human Rights»*. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/2011_Izmir_FinalDeclaration_ENG.pdf (дата звернення: 28.05.2021). Р. 3–4; Декларація про майбутнє Європейського суду з прав людини від 27.04.2011 р. *Офіційний сайт «Верховна Рада України. Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a49#Text (дата звернення: 28.05.2021); High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights Brighton Declaration. 19–20.04.2012 р. *Офіційний сайт «European Court of Human Rights»*. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf (дата звернення: 28.05.2021).

³⁶ Цивільне процесуальне право України: підручник: у 2 т. / за заг. ред. М.М. Ясинка. Київ: Алерта, 2021. Т. 1. С. 26.

³⁷ Васильєв С.В. Енциклопедія цивільного судочинства: основні інститути та теоретичні засади. Київ: Алерта, 2021. С. 622–623.

³⁸ Курс цивільного процесу: підручник / Комаров В.В. та ін.; за ред. В.В. Комарова. Харків: Право, 2011. С. 93.

³⁹ Кройтор В.А. Система принципів цивільного процесуального права. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2008. Вип. 42. С. 20; Рябченко Ю.Ю. Суб'єкт цивільного процесуального права у сучасній парадигмі права: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Харк. нац. ун-т ім. В.Н. Каразіна. Харків, 2019. С. 23.

⁴⁰ Огляд судової практики Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду (актуальна практика) від 30.04.2021 р. *ЛІГА-ЗАКОН*. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/view/VSS00627?an=1> (дата звернення: 31.05.2021); Про задоволення касаційних скарг: постановою Касаційного цивільного суду Верховного Суду від 17.02.2021 р. у справі № 308/9100/19-ц. *ЛІГА-ЗАКОН*. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/view/VSS00627?an=293> (дата звернення: 31.05.2021).

⁴¹ Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т. Харків: Право, 2017. Т. 2: Філософія права / голов. редкол. Максимов С.І., та ін. Харків: Право, 2017. С. 928–929.

⁴² Штефан А.С., Зеров К.О. Припинення порушень авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет: огляд законодавчих новел. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2017. № 3. С. 18–26. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Tpiv_2017_3_4 С. 24 (дата звернення: 02.06.2021).

⁴³ Рябченко Ю.Ю. Суб'єкт цивільного процесуального права у сучасній парадигмі права: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Харк. нац. ун-т ім. В.Н. Каразіна. Харків, 2019. С. 11, 23.

⁴⁴ Compilation of Venice Commission opinions and reports concerning courts and judges (Strasbourg, 11 December 2019). *Офіційний сайт «Venice Commission : Council of Europe»*. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2019\)008-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2019)008-e) (дата звернення: 31.05.2021). С. 83.

⁴⁵ Рябченко Ю.Ю. Суб'єкт цивільного процесуального права у сучасній парадигмі права: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Харк. нац. ун-т ім. В.Н. Каразіна. Харків, 2019. С. 23.

⁴⁶ Васильєв С.В. Енциклопедія цивільного судочинства: основні інститути та теоретичні засади. Київ: Алерта, 2021. С. 117, 367–368; Rule Of Law Checklist, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11–12 March 2016). *Офіційний сайт «Venice Commission : Council of Europe»*. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)007-e) (дата звернення: 28.05.2021). С. 25.

⁴⁷ Комаров В. Вчення про предмет цивільного процесуального права. *Право України*. 2017, № 5. С. 102.

⁴⁸ Васильєв С.В. Енциклопедія цивільного судочинства: основні інститути та теоретичні засади. Київ: Алерта, 2021. С. 368–369.

Резюме

Рябченко Ю.Ю. Цивільний процесуальний статус як наукова категорія: перспективи впровадження у правотворчість та правозастосування.

Стаття присвячена розкриттю теоретичних засад широкого сенсу категорії «цивільний процесуальний статус» як наукової, з урахуванням розвитку засад принципу верховенства права, засад природного права, причому не тільки тих, що реалізуються у межах національної правової системи, а й тих, що отримали широке застосування на міжнародному рівні, зокрема – у практиці ЄСПЛ. Обґрунтовано, що категорія цивільного процесуального статусу може сприйматись як у вузькому, так і у широкому сенсах. У вузькому сенсі ним є закріплена цивільним процесуальним законодавством сукупність цивільних процесуальних прав та цивільних процесуальних обов'язків. У широкому сенсі ним охоплюються також: положення щодо прав людини «jus cogens», актуальні засади принципу верховенства права у цивільному судочинстві.

Ключові слова: цивільний процесуальний статус, цивільні процесуальні права, цивільні процесуальні обов'язки, учасник судового процесу, природне право, верховенство права.

Резюме

Рябченко Ю.Ю. Гражданский процессуальный статус как научная категория: перспективы внедрения в правотворчество и правоприменение.

Статья посвящена раскрытию теоретических основ широкого смысла категории «гражданский процессуальный статус» как научной с учетом развития основ принципа верховенства права, принципов естественного права, не только тех, которые реализуются в рамках национальной правовой системы, но и тех, которые получили широкое применение на международном уровне, в частности – в практике ЕСПЧ. Обосновано, что категория гражданского процессуального статуса может восприниматься как в узком, так и в широком смыслах. В узком смысле им является закреплённая гражданским процессуальным законодательством совокупность гражданских процессуальных прав и гражданских процессуальных обязанностей. В широком смысле им охватываются также: положения о правах человека «jus cogens», актуальные основы принципа верховенства права в гражданском судопроизводстве.

Ключевые слова: гражданский процессуальный статус, гражданские процессуальные права, гражданские процессуальные обязанности, участник судебного процесса, естественное право, верховенство права.

Summary

Yurii Riabchenko. Civil procedural status as a scientific category: prospects for implementation in lawmaking and law enforcement.

The tendency to positivist, often literal interpretation of procedural law by courts does not contribute to the sustainability of judicial practice. The results of modern scientific research confirm the relevance of the development of a broad understanding of civil procedural status as a basis for further research.

The article is devoted to the disclosure of the theoretical foundations of the broad sense of the category «civil procedural status» as scientific, taking into account the development of the principles of the rule of law, the principles of natural law, not only those implemented within the national legal system but also those at the international level, in particular in the practice of the European Court of Human Rights (ECtHR).

The current processes of reception of natural and legal principles to the right to judicial protection (Part 1 of Article 55 of the Constitution of Ukraine) are taken into account through a logical series: human rights «jus cogens» – transnational «right to court» – the right to judicial protection. Current scientific developments on the definition of civil procedural status are summarized. The content of the provisions of the ECHR and the practice of the ECtHR are studied. Particular attention is paid to the issue of conflicts between the positions of the ECtHR and the provisions of national law (on the example of foreign states). The study takes into account the latest trends in the current (modern) paradigm of the methodology of legal knowledge, including pluralism and interdisciplinarity.

It is substantiated that the category of civil procedural status can be perceived in both narrow and broad senses. In a narrow sense, it is a set of civil procedural rights and civil procedural obligations enshrined in civil procedural law. In a broad sense, it also covers: the provisions on human rights «jus cogens», the current principles of the rule of law in civil proceedings. The scientific approach to defining the content of the concept of civil procedural status, which is of initial importance for the further development of guarantees for the implementation of civil procedural rights and civil procedural obligations (in the law-making context), as well as the court's interpretation of the content of these rights and responsibilities in specific situations (in a law enforcement context).

Key words: civil procedural status, civil procedural rights, civil procedural duties, participant in court proceedings, natural law, rule of law.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.33

УДК 349.2

Я.В. СІМУТІНА

*Яна Володимирівна Сімутіна, доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, провідний науковий співробітник Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України**

ORCID: 0000-0001-7579-187X

ПРАВО НА СПРАВЕДЛИВІ УМОВИ ПРАЦІ КРІЗЬ ПРИЗМУ ПОЛОЖЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ СОЦІАЛЬНОЇ ХАРТІЇ

Постановка проблеми. В умовах реформування трудового законодавства в нашій державі під гаслом його лібералізації та спрощення ще більш актуальним стає звернення до міжнародних та європейських стандартів у сфері праці, які для національного законотворця мають бути дороговказом і водночас тими червоними лініями, вихід за межі яких означатиме фактичне нехтування зобов'язаннями, що взяла на себе держава Україна, стаючи членом тих чи інших міжнародних та європейських організацій і ратифікуючи відповідні акти.

Одним із таких актів є Європейська соціальна хартія (переглянута) 1996 р. (далі – ЄСХ, Хартія), яка разом з Європейською конвенцією про захист прав і основних свобод 1950 р. є основними документами Ради Європи щодо прав людини. Якщо остання покликана забезпечити громадянські і політичні права людини, то ЄСХ включає в себе положення, присвячені захисту соціальних прав з метою підвищення життєвого рівня та соціального добробуту населення держав-членів Ради Європи та вважається Соціальною конституцією Європи.

ЄСХ була ратифікована Законом України № 137-V від 14 вересня 2006 р. із заявами, набула чинності з 1 лютого 2007 р. На сьогодні Україна вважає обов'язковими для себе 28 статей та 76 пунктів частини II Хартії. Таким чином, на сьогодні залишаються не ратифікованими п. п. 1, 2 ст. 12 «Право на соціальне забезпечення», ст. 13 «Право на соціальну та медичну допомогу», ст. 19 «Право трудящих-мігрантів та їхніх сімей на захист і допомогу» та ст. 25 «Право працівників на захист їхніх прав у разі банкрутства їхнього роботодавця». Україна також не приєдналася до п. 3 ст. 2 ЄСХ щодо встановлення щорічної оплачуваної відпустки тривалістю не менше чотирьох тижнів; п. 1 ст. 4 Хартії, яка гарантує право на справедливу винагороду працівників, що забезпечує їм і їхнім сім'ям достатній життєвий рівень, та до п. 3 ст. 31 Хартії щодо встановлення на житло цін, доступних для малозабезпечених осіб¹.

© Я.В. Сімутіна, 2021

* *Yana Simutina, Dr. hab. in Law, Senior Research Fellow of V.M. Koretskyi Institute of State and Law of the NAS of Ukraine*

ЄСХ передбачає механізм контролю, що складається з процедури звітування державами-учасницями шляхом подання періодичних письмових доповідей про імплементацію Хартії в національне законодавство (Протокол 1991 р.). З цієї метою положення Хартії було розділено на чотири тематичні групи, за кожною з яких держави-сторони щороку подають доповідь. Спеціальним органом, що покликаний контролювати дотримання Хартії державами-сторонами, є Європейський комітет з соціальних прав (далі – ЄКСП, Комітет), який на підставі вивчення національних доповідей готує свої висновки щодо відповідності ситуації з соціальними правами кожному положенню відповідної тематичної групи, за яким держава взяла на себе зобов'язання.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. До вивчення права на справедливі умови праці, як складової права на працю, та проблем його забезпечення в Україні в тих чи інших аспектах зверталось чимало представників науки трудового права, зокрема, Л.П. Амелічева, О.Є. Костюченко, О.А. Трюхан та ін. Питання імплементації європейських соціальних стандартів у трудове та соціально-забезпечувальне законодавство України були предметом наукових розвідок Н.Б. Болотіної, Л.Ю. Малюги, О.В. Тищенко, М.М. Феськова. Значну увагу дослідженню ролі та значення ЄСХ для законодавства нашої держави, зобов'язань, взятих Україною за нею та юридичних наслідків їх невиконання присвятили у своїх роботах А.Л. Федорова, О.В. Святун. Водночас проблеми забезпечення права на справедливі умови праці крізь призму положень ЄСХ та практики ЄКСП на сьогодні у науковій літературі залишаються недостатньо висвітленими.

Формулювання мети статті. З огляду на вказане, мета цієї статті полягає в тому, щоб на підставі порівняльного аналізу чинного законодавства України про працю з положеннями Європейської соціальної хартії та практики Європейського комітету з соціальних прав визначити стан їх імплементації та окреслити існуючі проблеми з виконанням державою Україною взятих на себе зобов'язань в частині забезпечення права на справедливі умови праці.

Виклад основного матеріалу. Національне законодавство не містить поняття «справедливі умови праці» та оперує іншими термінами, однак у міжнародно-правових актах використовується саме термін «справедливі умови праці»².

Справедливість як оціночне поняття у праві у багатьох аспектах має дискусійний характер, однак для подальшого розвитку в Україні відносин у сфері праці необхідно створити ефективні правові механізми забезпечення працівникам справедливих умов праці³.

Категорія «справедливий» вживається у двох статтях Хартії, присвячених умовам праці та винагороді за працю. Отже, в ЄСХ поняття «справедливий» зачіпає лише трудову діяльність, а саме правове регулювання умов праці, зокрема, тривалості робочого часу, часу відпочинку та винагороди за працю.

Прикметно, що експерти ЄКСП, аналізуючи періодичні доповіді держав, беруть до уваги не тільки законодавчі норми, а й правозастосовну практику, тобто реальне гарантування прав, які визнані в документі та ратифіковані державою, адже закріплення у національному законодавстві всіх основних видів соціального захисту, передбачених Хартією, жодною мірою не свідчить про реальне виконання державою своїх зобов'язань⁴.

З часу ратифікації ЄСХ Україною Комітет ухвалював висновки щодо тематичної групи, присвяченої трудовим правам, у 2010, 2014 та 2018 рр. Оскільки за кожною групою статей доповіді надаються один раз на чотири роки, то наступні висновки по Україні за цієї тематичною групою мають бути ухвалені Комітетом у 2022 р.

Право на справедливі умови праці відповідно до ЄСХ передбачає низку аспектів: розумна тривалість робочого часу, належна кількість днів оплачуваної відпустки, безпека й охорона здоров'я на роботі, щотижневі періоди відпочинку, відомості про умови трудового договору та праці, а також право на справедливую винагороду. Однак у межах цього дослідження зосередимо увагу лише на положеннях ст. 2 ЄСХ, яка гарантує право на справедливі умови праці та складається з 7 пунктів.

У п. 1 ст. 2 Хартії працівникам гарантується право на розумну тривалість робочого дня та тижня, а також вказується на поступове скорочення робочого тижня настільки, наскільки це дозволяє підвищення продуктивності праці та інші відповідні фактори. У зв'язку з цим у законодавстві, колективних договорах чи за допомогою інших обов'язкових засобів потрібно гарантувати розумний період тривалості роботи, включно з понаднормовим часом, щоб гарантувати, що такі обмеження поважають на практиці, це має контролювати відповідний орган⁵.

При цьому слід звернути увагу, що в ЄСХ прямо не визначено, якою ж є розумна тривалість робочих годин. Відповідно ЄКСП оцінює ту чи іншу ситуацію, виходячи з конкретних обставин. У своїх Висновках Комітет неодноразово зазначав, що «розумна тривалість відповідно до Хартії різнилася залежно від місця та в різні періоди. Крім того, поступове зменшення кількості годин залежить від підвищення продуктивності й інших важливих чинників. Такими чинниками є характер роботи, зокрема ризики, які загрожують безпеці та здоров'ю працівників. При цьому, ризики є вищими для працівників, які працюють впродовж багатьох годин поспіль протягом тривалого періоду часу. Зокрема, надмірно довгий час, як-то 16 годин упродовж 24 годин, або за певних умов понад 60 годин на тиждень – суперечить положенням Хартії. Питання надурочної роботи, таким чином, не можна просто залишити на розсуд роботодавця чи працівника. Використання та/чи тривалість понаднормової роботи має бути обмежено, щоб уникнути появи для працівників ризиків нещасних випадків у кінці робочого дня»⁶.

Не зважаючи на те, що ситуацію в Україні щодо обґрунтованої тривалості робочого часу було визнано відповідною п. 1 ст. 2 в кожному з висновків з часу ратифікації Хартії, ухвалених у 2010, 2014 та 2018 р.,

Комітет нагадував, про зобов'язання України привести своє законодавство у відповідність до стандартів Директиви 2003/88/ЄС у контексті реалізації Угоди між Україною та ЄС⁷.

Також увагу Комітету було приділено регулюванню роботи в очікуванні чергування за викликом. Зокрема, на думку ЄКСП, такі періоди – це насправді періоди, протягом яких працівник зобов'язаний бути в розпорядженні роботодавця для виконання роботи (якщо цього вимагає останній). Однак це зобов'язання, навіть якщо можливість виконання роботи лише гіпотетична, безперечно перешкоджає працівнику займатися діяльністю на власний вибір у цей час, доступний перед початком роботи у встановлений час, і не може передбачати жодної певності щодо виконання своєї роботи чи ситуації залежності, властивої їй. Тому періоди чергування за викликом хоч і не становлять ефективний робочий час, не можна вважати періодом відпочинку в значенні ст. 2 Хартії, за винятком певних професій чи особливих обставині відповідно до належних процедур⁸.

На додаток до щотижневих періодів відпочинку й щорічної відпустки п. 2 ст. 2 ЄСХ гарантує право на оплачуваний державний святковий день. При цьому Хартія не передбачає чітко визначеної кількості державних святкових днів, яка може відрізнятись залежно від держави-сторони. У зв'язку з цим Комітетом не було встановлено невідповідності цьому положенню, якщо держави-сторони забезпечують замало державних святкових днів. Натомість у ряді висновків він зазначив, що за загальним правилом робота під час державних святкових днів має бути заборонена, але у конкретних, визначених законом чи колективним договором випадках, робота в ці дні може виконуватися. До того ж така робота має бути компенсована. З огляду на різні підходи, ухвалені в різних країнах щодо форм та розмірів такого відшкодування і відсутність схожих рис між державами-сторонами у цьому питанні, держави мають свободу розсуду в цій сфері, яка обмежується вимогою, що всі працівники мають право на належну компенсацію в разі роботи в державний святковий день. При цьому Комітет зазначив, що робота, яка виконується в державний святковий день, означає певні обмеження для працівника, якому їх потрібно компенсувати вищою винагородою, ніж та, що виплачується зазвичай. Відповідно на додаток до оплачуваного державного святкового дня, робота в такий день має оплачуватися принаймні за подвійною ставкою. Винагороду також може бути надано у вигляді компенсаційного вихідного, і тоді такий час має бути принаймні удвічі перевищувати відпрацьовані дні⁹.

Беручи до уваги передбачені трудовим законодавством України гарантії працівникам щодо оплати роботи у святкові й неробочі дні, зокрема закріплені у ст. 107 КЗпП України, у всіх висновках з цього питання, що приймалися ЄКСП щодо України, було встановлено, що ситуація з оплатою роботи, яка виконується у державний святковий день, відповідає п. 2 ст. 2 Хартії.

Пункт 3 ст. 2 Хартії гарантує право на принаймні чотири тижні (або 20 робочих днів) щорічної оплачуваної відпустки. Зобов'язання за цим пунктом вважається виконаним державою-сторонаю, якщо переважна більшість працівників у державі користуються передбаченим правом.

Як було зазначено вище, Україна не ратифікувала п. 3 ст. 2 ЄСХ. При цьому Комітет у Висновках 2018 р. підкреслив відсутність суттєвих перешкод в українському законодавстві й практиці для ратифікації цього положення Хартії. До того ж цей стандарт передбачає Директива 2003/88/ЄС, яку Україна має враховувати у світлі виконання своїх зобов'язань за Угодою про асоціацію між Україною та ЄС¹⁰.

Наступний п. 4 ст. 2 ЄСХ, що тісно пов'язаний зі ст. 3 Хартії (право на безпечні та здорові умови праці), вимагає від держав-сторін усунути ризики, які властиві роботам з небезпечними або шкідливими умовами праці. Щодо цього Комітет, зокрема, зазначив, що у випадках, коли усунути або достатньою мірою зменшити такі ризики неможливо, від держав-сторін вимагається забезпечити певну форму компенсації для працівників, які піддаються ризикам, що повинна регулюватися на централізованому рівні, та її не можна покладати на угоди між соціальними партнерами.

Пунктом 4 ст. 2 ЄСХ передбачено дві форми компенсації: скорочення робочого часу й додаткові оплачувані вихідні дні. ЄКСП вказав, що метою компенсації має бути забезпечення працівникам достатнього та регулярного часу для відновлення після стресу та втоми, а відтак для збереження пильності у роботі. За жодних обставин відповідним і належним засобом досягнення цілей п. 4 ст. 2 не можна розглядати фінансову компенсацію, ранній вихід на пенсію чи забезпечення харчовими добавками. Заходи компенсації у вигляді одного додаткового вихідного дня і обмеження максимальної тривалості робочого тижня в 40 годин, на думку Комітету, є недостатніми, оскільки не передбачають регулярного й достатнього часу на відновлення для працівників, які зазнали впливу ризиків¹¹.

Вивчаючи ситуацію в Україні, у Висновках 2018 року Комітет відзначив, що відповідно до статті 7 Закону України "Про охорону праці" роботодавець за свої кошти може додатково встановлювати за колективним договором (угодою, трудовим договором) працівникові пільги і компенсації, не передбачені законодавством. Водночас, у світлі вищенаведеного, було наголошено на необхідності отримання вичерпної й актуальної інформації щодо типу компенсаційних заходів, які застосовуються, вказавши, де це можливо, які заходи застосовуються до різних категорій працівників, які піддаються впливу залишкових ризиків, і який відсоток працівників охоплено цими компенсаційними заходами, а також про ефективне впровадження заходів, покликаних усунути чи зменшити професійні ризики, і зазначив, що в разі відсутності в наступній доповіді запитуваної інформації буде неможливо встановити, що ситуація в Україні відповідає вимогам щодо цього питання¹².

Пункт 5 ст. 2 ЄСХ гарантує працівникам період щотижневого відпочинку, який за можливості має збігатися з днем, що за традиціями або звичаями відповідної країни чи регіону визнається днем відпочинку.

На думку Комітету, право на щотижневі періоди відпочинку не можна замінити компенсацією, а працівникам заборонено відмовлятися від відпочинку. Однак період відпочинку можна використати в інший день, якщо цього вимагає тип діяльності чи з економічних причин. У будь-якому разі має бути передбачено інший день відпочинку впродовж тижня¹³.

Стосовно ситуації в Україні з щотижневим періодом відпочинку, то Комітет у Висновках 2010 р. встановив, що українське законодавство та практика щодо цього питання відповідали вимогам цього пункту¹⁴. У Висновках 2014 р. Комітет відклав прийняття рішення щодо цього пункту, запитавши інформацію про те, чи при наданні подвійної компенсації працівники втрачають щотижневий відпочинок¹⁵. У Висновках 2018 р., коли додаткову інформацію з цього питання було отримано, Комітет дійшов висновку про невідповідність законодавства України ЄСХ у цій частині через те, що працівники можуть відмовитися від свого права на додатковий вихідний в обмін на фінансову компенсацію, адже положення українського законодавства про можливість виплати компенсації без надання іншого дня відпочинку з погляду Комітету суперечить вимогам п. 5 ст. 2 ЄСХ, не гарантуючи, що працівники не можуть відмовитися від свого права на щотижневий відпочинок¹⁶.

Пункт 6 ст. 2 Хартії гарантує працівникам право на письмове інформування на початку їх працевлаштування щодо важливих аспектів договору чи трудових відносин. Ця інформація має стосуватися принаймні таких аспектів: сторони; робоче місце; дата початку дії трудового договору чи трудових відносин; якщо трудовий договір чи трудові відносини тимчасові – передбачувана їх тривалість; тривалість щорічної оплачуваної відпустки; строк повідомлення у випадку розірвання договору чи трудових відносин; винагорода; стандартний робочий день або тиждень; посилання на колективні договори, що регулюють умови праці¹⁷.

З огляду на це, у своїх Висновках 2018 р. Комітет висловив глибоку стурбованість через не завжди обов'язкову письмову форму трудового договору в Україні. У випадку, коли трудовий договір не укладено письмово, його все одно потрібно оформити у вигляді наказу чи розпорядження, а працівники мають право отримати письмову інформацію принаймні щодо основних елементів, які тлумачить Комітет. У зв'язку з відсутністю достатніх відомостей у доповіді України у Висновках 2018 р. це питання було відкладено¹⁸.

Пункт 7 ст. 2 ЄСХ гарантує компенсаційні заходи для осіб, які працюють у нічний час. При цьому у національному законодавстві чи практиці має бути забезпечено, щоб працівники, зайняті на роботах у нічний час, користувалися додатковими засобами, які враховують особливий характер такої роботи.

У Висновках ЄКСП 2014 р. зазначалося, що національна ситуація не відповідає положенню Хартії на підставі того, що право на справедливі умови роботи у нічний час не гарантуються, а саме:

- у законодавстві немає положення щодо обов'язкових медичних оглядів працівників, які працюють у нічний час, перед виходом на роботу у нічний час і регулярно у подальшому;
- не встановлено, що законодавством передбачено можливість переведення працівника, який працює у нічний час, на денну роботу;
- не встановлено, що забезпечується проведення постійних консультацій з представниками працівників стосовно умов роботи у нічний час і вжитих заходів для узгодження потреб працівників з особливим характером роботи у нічний час¹⁹.

У наступних Висновках 2018 р. Комітет також визнав ситуацію в Україні несумісною з вимогами п. 7 ст. 2 Хартії, оскільки можливості переведення на денну роботу не були достатньо забезпечені; у законодавстві не було передбачено постійні консультації з представниками працівників щодо умов праці в нічний час і заходів, ужитих для узгодження потреб працівників з особливим характером нічної роботи; у законодавстві відсутні положення про обов'язкові медичні огляди до працевлаштування на роботу в нічний час і далі регулярно впродовж такої роботи. Україна зобов'язана узгодити своє національне законодавство з Директивою 2003/88/ЄС, у якій встановлено такі ж стандарти роботи в нічний час²⁰.

Висновки. Проведений аналіз положень ЄСХ в частині права на справедливі умови праці та висновків ЄКСП за тематичною групою № 2 «Трудові права» свідчить про відсутність прогресу, а радше – регрес в частині виконання Україною своїх зобов'язань з імплементації ЄСХ. Так, у Висновках 2014 р. ЄКСП встановив, що з шести ратифікованих Україною пунктів ст. 2 Хартії за чотирма (п. п. 1, 2, 4, 6) ситуація в Україні відповідає стандартам ЄСХ; за одним (п. 7) – не відповідає і за одним (п. 5) висновок було відкладено. Натомість у Висновках 2018 р. лише за двома (п. п. 1, 2) Комітет визнав, що національне законодавство і ситуація в Україні відповідає стандартам ЄСХ; за двома (п. п. 5, 7) – не відповідає вимогам; і за двома (п. п. 4, 6) висновки було відкладено до отримання додаткової інформації.

Враховуючи зазначене, сьогодні однією із найгостріших проблем нашої держави є не тільки необхідність «осучаснення» чи «лібералізації» регулювання трудових відносин, на якій активно наполягають представники бізнесу та влади, а й насамперед проведення системного і комплексного реформування трудового законодавства з урахуванням загальноєвропейських стандартів, зокрема, Європейської соціальної хартії, ратифікувавши яку, держава Україна взяла на себе зобов'язання щодо забезпечення своїм громадянам основних трудових і соціальних прав.

¹ Про ратифікацію Європейської соціальної хартії (переглянутої): Закон України від 14 вересня 2006 р. № 137-V. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/137-16#Text>

² Трюхан О.А. Право на справедливі умови праці: міжнародно-правовий аспект. *Альманах міжнародного права*. Вип. 14. С. 60.

- ³ Костюченко О.С. Справедливість умов праці як базова основа для реформування трудового законодавства України. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 11. С. 134.
- ⁴ Федорова А.Л. Основні тенденції та проблеми розвитку міжнародних механізмів захисту соціальних прав людини. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. 2013. Вип. 117 (ч. I). С. 48–54. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apmv_2013_117%281%29_7
- ⁵ Conclusions XIV-2 (1998), Norway. *Digest of the case law of the European Committee of Social Rights*. 2018. P. 65. URL: <https://rm.coe.int/digest-2018-parts-i-ii-iii-iv-en/1680939f80>
- ⁶ Conclusions XIV-2, Statement of Interpretation on Article 2§1. P. 32. *Digest of the case law of the European Committee of Social Rights*. 2008. URL: <https://rm.coe.int/168049159f>
- ⁷ European Committee of Social Rights, Conclusions 2018, Ukraine. P. 5. URL: https://www.msp.gov.ua/files/international/CR_2018_UKR_EN.pdf
- ⁸ European Committee of Social Rights, Conclusions 2014, Ukraine. P. 5 URL: <https://www.msp.gov.ua/files/evrointegr/2014.pdf>
- ⁹ Digest of the case law of the European Committee of Social Rights, 2018. P. 66–67. URL: <https://rm.coe.int/digest-2018-parts-i-ii-iii-iv-en/1680939f80>
- ¹⁰ European Committee of Social Rights, Conclusions 2018, Ukraine. P. 6. URL: https://www.msp.gov.ua/files/international/CR_2018_UKR_EN.pdf
- ¹¹ Digest of the case law of the European Committee of Social Rights, 2018. P. 68–69. URL: <https://rm.coe.int/digest-2018-parts-i-ii-iii-iv-en/1680939f80>
- ¹² European Committee of Social Rights, Conclusions 2018, Ukraine. P. 6. URL: https://www.msp.gov.ua/files/international/CR_2018_UKR_EN.pdf
- ¹³ Digest of the case law of the European Committee of Social Rights, 2018. P. 70. URL: <https://rm.coe.int/digest-2018-parts-ii-iii-iv-en/1680939f80>
- ¹⁴ European Committee of Social Rights, Conclusions 2010, Ukraine. URL: <http://hudoc.esc.coe.int/fre/?i=2010/def/UKR/2/5/EN>
- ¹⁵ European Committee of Social Rights, Conclusions 2014, Ukraine. P. 8. URL: <https://www.msp.gov.ua/files/evrointegr/2014.pdf>
- ¹⁶ European Committee of Social Rights, Conclusions 2018, Ukraine. P. 9. URL: https://www.msp.gov.ua/files/international/CR_2018_UKR_EN.pdf
- ¹⁷ Digest of the case law of the European Committee of Social Rights, 2018. P. 70. URL: <https://rm.coe.int/digest-2018-parts-ii-iii-iv-en/1680939f80>
- ¹⁸ European Committee of Social Rights, Conclusions 2018, Ukraine. P. 9. URL: https://www.msp.gov.ua/files/international/CR_2018_UKR_EN.pdf
- ¹⁹ European Committee of Social Rights, Conclusions 2014, Ukraine. P. 12. URL: <https://www.msp.gov.ua/files/evrointegr/2014.pdf>
- ²⁰ European Committee of Social Rights, Conclusions 2018, Ukraine. P. 11. URL: https://www.msp.gov.ua/files/international/CR_2018_UKR_EN.pdf

Резюме

Сімутіна Я.В. Право на справедливі умови праці крізь призму положень Європейської соціальної хартії та практики Європейського комітету з соціальних прав.

У статті проаналізовано положення ст. 2 Європейської соціальної хартії, яка закріплює право на справедливі умови праці. Окрема увага приділена дослідженню відповідної практики Європейського комітету з соціальних прав, а також його висновкам щодо України в межах тематичної частини «Трудові права». На підставі проведеного аналізу зроблено висновок про поточний стан імплементації стандартів ЄСХ у національне трудове законодавство та окреслено існуючі проблеми з виконанням державою України взятих на себе зобов'язань в частині забезпечення права на справедливі умови праці.

Ключові слова: право на справедливі умови праці, Європейська соціальна хартія (переглянута), Європейський комітет з соціальних прав, імплементація, соціальні стандарти, національне законодавство.

Резюме

Симутина Я.В. Право на справедливые условия труда через призму положений Европейской социальной хартии и практики Европейского комитета по социальным правам.

В статье проанализированы положения ст. 2 Европейской социальной хартии, которая закрепляет право на справедливые условия труда. Особое внимание уделено исследованию соответствующей практики Европейского комитета по социальным правам, а также его выводам относительно Украины в пределах тематической части «Трудовые права». На основании проведенного анализа сделан вывод о текущем состоянии имплементации стандартов ЕСХ в национальное трудовое законодательство и обозначены существующие проблемы с выполнением государством Украина взятых на себя обязательств в части обеспечения права на справедливые условия труда.

Ключевые слова: право на справедливые условия труда, Европейская социальная хартия (пересмотренная), Европейский комитет по социальным правам, имплементация, социальные стандарты, национальное законодательство.

Summary

Yana Simutina. The right to just conditions of work through the prism of the provisions of the European Social Charter and the practice of the European Committee of Social Rights.

The author analyzes the provisions of Article 2 of the European Social Charter, which enshrines the right to just conditions of work. The European Social Charter (revised) in 1996 (ESC, the Charter), which, together with the European Convention on Human Rights (ECHR), are the main documents of the Council of Europe on human rights. If the ECHR is designed to ensure civil and political rights, the ESC includes provisions on the protection of social rights to improve the living standards and social well-being of the member states of the Council of Europe and is considered the European Social Constitution.

The paper is focused on the relevant practice of the European Committee of Social Rights (ECSR), as well as its conclusions on Ukraine in terms of the right to just conditions of work within the thematic group “Labour Rights”. The analysis of the conclusions of the ECHR shows no progress, but rather regression in terms of Ukraine’s fulfillment of its obligations to implement the ESC. Thus, in the 2014 the ECHR found that the conclusions on the right to just conditions of work in Ukraine concern 6 situations and are as follows: 4 conclusions of conformity (paragraphs 1, 2, 4, 6 of the Article 2); 1 conclusion of non-conformity (paragraph 7), and in respect of the other situation related to the paragraph 5, the Committee needs further information in order to examine the situation. Instead, in 2018 the ECHR concludes that the situation in Ukraine is in conformity with only two paragraphs (1, 2) of the Article 2 of the Charter. The situation in Ukraine is not in conformity with the paragraphs 5 and 7 of the Article 2 of the Charter, on the grounds that workers may give up their right to compensatory time off in exchange for a financial compensation; possibilities of transfer to daytime work are not sufficiently provided for; laws and regulations do not provide for continuous consultation with workers’ representatives on night work conditions and on measures taken to reconcile the needs of workers with the special nature of night work; there is no provision in the legislation for compulsory medical examinations prior to employment on night work and regularly thereafter. In addition, for two paragraphs (4, 6) the conclusions were deferred pending further information.

Given the above, the author concludes that today the acute problem in Ukraine is not only to “modernize” or “liberalize” the regulation of labour relations, as business and government insist, but, above all, to reform labour legislation comprehensively taking into account international and European social and labour standards, in particular, the European Social Charter, ratifying which, the state of Ukraine has undertaken to ensure its citizens basic labour and social human rights.

Key words: right to just working conditions, European Social Charter (revised), European Committee of Social Rights, implementation, social standards, national legislation.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.34

УДК 341.947

Е.М. ГРАМАЦЬКИЙ

*Ернест Мірчевич Грамацький, кандидат юридичних наук, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка**

ORCID: 0000-0003-1260-2888

УДОСКОНАЛЕННЯ ІНСТИТУТУ ОБХОДУ ЗАКОНУ У ПРОЦЕСІ РЕКОДИФІКАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Постановка проблеми. На сучасному етапі у будь-якої правової системи світу у певний момент виникає тяжіння до уніфікації окремих сфер правового регулювання. Найчастіше у цьому контексті йдеться про право приватне. Інтеграційні рухи, застосування найкращих світових практик в окремих аспектах, об’єктивна необхідність осучаснення підходів до регулювання певних правових інститутів – усе це є передумовою та викликом для більшості розвинених систем приватного права.

Не є винятком і приватне право України: неможливо не згадати активні євроінтеграційні процеси, у яких бере участь Україна в результаті підписання Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом від 27 червня 2014 р., зближення України з Європейським співтовариством і підвищення впливу на правову систему України *jus commune europe*. Як наслідок, в Україні триває процес рекодифікації цивільного законодавства, що передбачає глибинне оновлення нормативно-правового регулювання, осучаснення окремих інститутів і синхронізацію з найефективнішими зарубіжними практиками регулювання приватних правовідносин.

Процес рекодифікації цивільного законодавства та його вплив на міжнародне приватне право важко перебільшити. Саме за допомогою рекодифікації може бути вдосконалено механізм правового регулювання та вирішено окремі проблеми, що нині мають місце у законодавстві про міжнародне приватне право.

Однак будь-яка гармонізація законодавства у сфері міжнародного приватного права стосується не тільки регулювання правовідносин, а й визначення переліку підстав для незастосування норм права іноземної держави. Одним із таких інститутів, безперечно, слід вважати обхід закону, його ознаки, особливості та значення, яке він відіграє у механізмі регулювання приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Зазначимо, що окремі проблеми законодавства про міжнародне приватне право аналізували такі видатні вчені, як Л.А. Лунц, В.В. Луць, В.І. Кисіль, А.С. Довгерт, Р.А. Майданик, М.М. Богуславський, В.В. Балдинюк, І.В. Мироненко, С.Г. Кузьменко та інші відомі науковці. Активний внесок у розробку проєктів змін до законодавства про міжнародне приватне право роблять А.С. Довгерт, Р.А. Майданик. Однак, на жаль, на сьогодні доктрина міжнародного приватного права не дає однозначного бачення тих проблем законодавства про міжнародне приватне право, що мають бути вирішені у процесі рекодифікації.

© Е.М. Грамацький, 2021

* *Ernest Gramatskiy, Ph.D. in Law, Associate Professor of the Institute of Law of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

Саме тому дотримуємося позиції, згідно з якою надзвичайно важливим аспектом для аналізу є виокремлення тих проблемних аспектів у законодавстві України про міжнародне приватне право, які у перспективі можуть бути опрацьовані та вирішені у процесі рекодифікації цивільного законодавства України, у тому числі й проблеми інституту обходу закону.

Отже, **метою** цієї статті є висвітлення та аналіз перспектив процесу рекодифікації цивільного законодавства України для вдосконалення інституту обходу закону у міжнародному приватному праві.

Виклад основного матеріалу. Зміни у законодавстві про міжнародне приватне право є, на нашу думку, одним із ключових елементів оновлення цивільного законодавства України. Вважаємо, що глибокі та системні зміни у механізмі правового регулювання приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом, сприятимуть не лише вирішенню проблем правозастосовної практики в цій сфері, а й активізації процесів правової інтеграції з країнами Європейського Союзу.

Аналізуючи передумови та підстави для початку рекодифікації цивільного законодавства, слід вказати, що А.С. Довгерт зазначає, що рекодифікація цивільного законодавства має сприяти подальшій трансформації суспільства та розвитку ринкової економічної системи. Вчений підкреслює важливість уніфікації та гармонізації приватноправового регулювання у різних сферах правовідносин, що мало місце в останні роки у більшості європейських країн. Ведучи мову про реформу приватного права, наслідком рекодифікації цивільного законодавства А.С. Довгерт вбачає європеїзацію Цивільного кодексу України, підкреслюючи вектор зближення української системи приватного права з *ius commune europe*¹.

На нашу думку, однією з основних причин рекодифікації є, окрім іншого, необхідність підвищення правової визначеності як складової принципу верховенства права. Саме правова визначеність є тим фактором, за допомогою якого може бути констатована відповідність (або невідповідність) законодавства потребам суспільного життя, його можливість (або неможливість) сприяти задоволенню потреб суб'єктів права у відповідних благах.

На думку Є.О. Харитоновна та О.І. Харитонової, основною метою рекодифікації цивільного законодавства є не просто внесення окремих змін до Цивільного кодексу України, а поступовий перехід від нормативістського типу праворозуміння до європейського концепту права. Такий підхід пояснюється насамперед соціальною цінністю права та значенням, яке воно відіграє у житті людини та суспільства. Водночас неможливо не зауважити, що правова система є конкретним проявом рівня розвитку держави та суспільства на певному етапі, елементом свідомості та ментальності².

Аналогічні причини рекодифікації закріплені і в законодавстві, зокрема у Положенні про робочу групу щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України № 650 від 17 липня 2019 р.³

Водночас слід сказати, що закладена у ЦК України 2003 р. концепція, згідно з якою основою цивільно-правового регулювання є юридична рівність, майнова та організаційна автономія учасників цивільних правовідносин, вільне волевиявлення та самостійність майнової відповідальності, свобода договору та її пріоритет порівняно з нормативним регулюванням відносин, довела свою ефективність, у зв'язку з чим не підлягає змінам. Зауважимо, що це повністю узгоджується з самою сутністю та ідеєю приватного права. Ще у 1920 р. М.М. Агарков звертав увагу на те, що приватне право є способом забезпечення реалізації принципу індивідуалізму щодо окремих осіб. Саме приватне право може реалізувати цей принцип по відношенню до усіх членів суспільства, тим самим зробивши його фундаментом для існуючого стану суспільних відносин⁴.

Згадуючи історію прийняття Закону України «Про міжнародне приватне право», зауважимо, що ідеї і принципи, які були закладені у ньому, на момент прийняття дійсно були революційними. Йдеться передусім і про засади колізійного регулювання і правозастосування, і про автономію волі, яка червоною ниткою пронизує усе міжнародне приватне право. Однак явища, у тому числі й соціальні, що оточують нас, перебувають у постійному діалектичному розвитку. Не є винятком з цього правила і правовідносини, ускладнені іноземним елементом. Через це окремі інститути, значимість яких було складно переоцінити на момент прийняття Закону України «Про міжнародне приватне право», на сьогоднішній день вимагають кардинального перегляду.

На нашу думку, у процесі рекодифікації цивільного законодавства мають бути піддані докорінним змінам правові інститути, метою яких є обмеження можливості застосування норм права іноземної держави. Так, йдеться про обхід закону, застереження про публічний порядок, імперативні норми та зворотне відсилення. Якщо деякі із вищевказаних інститутів зустрічаються не так вже й часто (обхід закону), то застереження про публічний порядок та імперативні норми характеризуються високим ступенем універсальності застосування і ефективністю досягнення поставленої перед ними мети. Проаналізуємо інститут обходу закону більш детально.

Так, В.І. Кисіль і А.С. Довгерт звертають увагу на те, що хоча інститут обходу закону виник насамперед для регулювання шлюбно-сімейних відносин, сьогодні він активно застосовується в сфері спадкування, регулювання трудових і пов'язаних з ними відносин, діяльності юридичних осіб в офшорних зонах тощо⁵.

Вчені зауважують, що за своєю природою інститут обходу закону є надзвичайно складним і певною мірою суперечливим, адже він вступає в істотний конфлікт з принципом автономії волі сторін у випадку регулювання договірних відносин. Зважаючи на це, вважаємо, що обхід закону не слід розглядати як виняток із загального правила застосування автономії волі сторін, адже розуміння обходу закону в матеріальному праві і міжнародному приватному праві істотно відрізняється як за правовою природою, так і за юридичними наслідками. Враховуючи наведене, В.І. Кисіль та А.С. Довгерт підкреслюють, що інститут обходу закону

в міжнародному приватному праві більш тяжіє до наслідків зловживання правом, аніж до підстав недійсності правочину.

Подібну позицію підтримує А.М. Шульга. Вчений зазначає, що зловживання правом умовно може бути класифіковане на правомірне і неправомірне. Основна різниця між ними полягає у тому, що неправомірне зловживання правом є правопорушенням, за яке законом передбачена юридична відповідальність, а правомірним зловживанням правом слід вважати таку поведінку особи, яка формально не містить складу правопорушення. Зазначаючи, що обхід закону за своєю правовою природою є яскравим прикладом правомірного зловживання правом, А.М. Шульга пропонує визначати це поняття як умисне правомірне зловживання правом шляхом використання суб'єктом права недоліків законодавства з метою легального досягнення конкретного блага або уникнення негативних для нього наслідків⁶.

У цілому погоджуючись із класифікацією обходу закону через категорію зловживання правом, вважаємо за необхідне зазначити, що відповідно до ст. 13 ЦК України цивільні права особа здійснює у межах, наданих їй договором або актами цивільного законодавства. При здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довкіллю або культурній спадщині. Не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах. При здійсненні цивільних прав особа повинна додержуватися моральних засад суспільства. У разі недодержання особою при здійсненні своїх прав відповідних вимог суд може зобов'язати її припинити зловживання своїми правами, а також застосувати інші наслідки, встановлені законом.

На нашу думку, не кожен випадок обходу закону слід розглядати як правомірне зловживання правом. На підтримку цієї позиції варто зауважити, що ч. 3 ст. 13 ЦК України сформульована таким чином, що забороняє будь-які форми зловживання правом незалежно від факту наявності шкоди для інших учасників цивільних правовідносин.

В.В. Балдинюк вважає, що виникнення інституту обходу закону пов'язано із існуванням принципу автономії волі, без якого міжнародне спілкування в сфері правового регулювання приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом, було б взагалі неможливим. Зміст обходу закону, на думку вченої, полягає у тому, що в разі наявності сумнівів щодо сумлінності дій учасників приватноправових відносин, які становлять предмет міжнародного приватного права, щодо вибору права, що підлягає застосуванню до правовідносин, при наявності відповідних доказів суд уповноважений визнати недійсним такий вибір і визначити право відповідно до колізійної норми, що підлягає застосуванню⁷.

Водночас слід звернути увагу на те, що занадто широке тлумачення і застосування інституту обходу закону матиме негативний вплив не тільки на динаміку існування міжнародних приватноправових відносин, а й на режим взаємності як один із принципів міжнародного приватного права.

Проаналізуємо відповідні норми Закону України «Про міжнародне приватне право». Так, у Законі відсутнє легальне визначення поняття обходу закону, що певною мірою є виправданим, адже закріплення дефініції будь-якого поняття зі сфери приватного права тільки призводить до пошуку винятків з цього поняття. Відповідно до ст. 10 Закону правочин та інші дії учасників приватноправових відносин, спрямовані на підпорядкування цих відносин праву іншому, ніж те, що визначається згідно із цим Законом, є нікчемними. У цьому разі застосовується право, яке підлягає застосуванню відповідно до норм Закону України «Про міжнародне приватне право»⁸.

На нашу думку, в умовах активної глобалізації та інтеграції правових систем останньою метою, яку повинен ставити перед собою законодавець, є закріплення інститутів, спрямованих на незастосування норм іноземного права. Аналіз правової реальності дає підстави стверджувати, що правові системи – це не тільки формально визначені та загальнообов'язкові правила поведінки: йдеться про реально існуючі соціальні зв'язки суб'єктів, що прагнуть до логічного і, як правило, найпростішого способу їх регулювання.

Штучне втручання в цей процес саме по собі підриває ідею існування міжнародного приватного права саме як права приватного. У зв'язку із цим виникає логічне запитання: навіщо потрібно колізійне регулювання, якщо так чи інакше в кінцевому результаті усе буде зведено до застосування норм національного права? Переконані, що колізійне регулювання має ґрунтуватися на вільному волевиявленні учасників правовідносин щодо вибору правопорядку. Лише в деяких, точкових питаннях ця свобода повинна бути обмежена (або відсутня зовсім), адже саме рівність, диспозитивність та свобода є ідеологічним фундаментом, на якому була розроблена система законодавства про міжнародне приватне право.

На нашу думку, зміцнення і розширення приватноправових основ колізійного регулювання, деталізація інституту *lex voluntatis* має бути першорядним пріоритетом законодавця. При цьому не слід забувати і про застосування положень Регламентів ЄС «Рим I» і «Рим II», документів, розроблених Гаазькою конференцією з міжнародного приватного права, у процесі рекодифікації цивільного законодавства України.

Висновки. Рекодифікація цивільного законодавства, що є об'єктивною необхідністю для якісного розвитку системи приватного права України, є тим правовим знаряддям, за допомогою якого можуть бути вирішені окремі проблеми, що на сьогодні мають місце у законодавстві про міжнародне приватне право. Так, насамперед йдеться про правове регулювання інститутів, спрямованих на незастосування норм іноземного права. Проблеми обходу закону, його співвідношення з принципом автономії волі сторін, зловживанням правом є об'єктивно складними і неоднозначними у науці міжнародного приватного права. Неналежний рівень правової деталізації позбавляє суб'єктів правозастосування можливості чітко та однозначно встановити, у яких випадках учасники міжнародних приватноправових відносин діють, керуючись принципом автономії волі як основного начала права приватного, а у яких в діях таких осіб має місце виключно зловживання пра-

вом. Проблема обходу закону безпосередньо пов'язана із необхідністю зміцнення і розширення приватноправових засад колізійного регулювання шляхом деталізації інституту *lex voluntatis*, нормативного визначення принципу найбільш тісного зв'язку.

¹ Довгерт А.С. Рекодифікація Цивільного кодексу України: основні чинники і передумови для старту. *Право України*. 2019. № 1/2019. С. 27–41.

² Харитонов Є.О., Харитонova О.І. Рекодифікації цивільного законодавства в контексті інтеграції України у правовий простір ЄС. *Часопис цивілістики*. 2019. Вип. 34. С. 6–10.

³ Про затвердження Положення про робочу групу щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України: постанова Кабінету Міністрів України № 650 від 17 липня 2019 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/650-2019-%D0%BF> (дата звернення: 14.04.2020).

⁴ Агарков М.М. Ценность частного права. *Правоведение*. 1992. № 2. С. 37–39.

⁵ Довгерт А.С., Кисіль В.І. Міжнародне приватне право. Загальна частина: підручник. Київ, 2012. 376 с. С. 234–236.

⁶ Шульга А.М. Обхід закону як вид зловживання правом. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2010. № 3. С. 11–20.

⁷ Балдинюк В.В. Питання обходу закону в кодифікаційних актах з міжнародного приватного права. *Підприємство, господарство і право*. 2007. № 5. С. 28–30.

⁸ Про міжнародне приватне право: Закон України від 23.06.2005 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 32. Ст. 422.

Резюме

Грамацький Е.М. Удосконалення інституту обходу закону у процесі рекодифікації цивільного законодавства України.

У статті проаналізовані роль та перспективи рекодифікації цивільного законодавства для міжнародного приватного права. Досліджено значення рекодифікації цивільного законодавства для вирішення проблем законодавства про міжнародне приватне право. Особлива увага звертається на підстави для незастосування норм права іноземної держави, серед яких важливе місце займає інститут обходу закону. Досліджуються проблеми інституту обходу закону у міжнародному приватному праві та шляхи їх вирішення. Пропонується зміцнення і розширення приватноправових засад колізійного регулювання шляхом деталізації інституту *lex voluntatis*, нормативного визначення принципу найбільш тісного зв'язку.

Ключові слова: рекодифікація цивільного законодавства, обхід закону, принцип автономії волі, інститут обходу закону, *lex voluntatis*, адаптація законодавства, євроінтеграція.

Резюме

Грамацький Е.М. Совершенствование института обхода закона в процессе рекодификации гражданского законодательства Украины.

В статье проанализированы роль и перспективы рекодификации гражданского законодательства для международного частного права. Исследовано значение рекодификации гражданского законодательства для решения проблем законодательства о международном частном праве. Особое внимание обращается на основания для неприменения норм права иностранного государства, среди которых важное место занимает институт обхода закона. Исследуются проблемы института обхода закона в международном частном праве и пути их решения. Предлагается укрепление и расширение частноправовых принципов коллизионного регулирования путем детализации института *lex voluntatis*, нормативного определения принципа наиболее тесной связи.

Ключевые слова: рекодификация гражданского законодательства, обход закона, принцип автономии воли, институт обхода закона, *lex voluntatis*, адаптация законодательства, евроинтеграция.

Summary

Ernest Gramatskiy. Improvement of the evasion of law institute in the process of recodification of the civil legislation of 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.

Nowadays recodification of civil legislation is taking place in Ukraine. The main reason for the recodification of civil legislation is to increase legal certainty as a component of the rule of law. Legal certainty demonstrates an ability of legislation to satisfy the needs of the subjects of law in the respective benefits.

Mechanism of legal regulation of any branch of law is characterized by the presence of certain defects, which in one way or another complicate the regulation of legal relationships, which include, first of all, gaps in legal regulation, conflicts, etc. Evasion of law institute takes a special place in the mechanism of legal regulation of legal relations which make up the subject to private international law. It is noted that any harmonization of legislation in the sphere of private international law in one way or another concerns not only the issues of harmonization of approaches on certain legal relations regulations, but also the definition of the list of grounds for non-application of legal rules of a foreign state, among which evasion of law institute play a special role. Particular attention is paid to the position of representatives of private international law doctrine regarding the relationship between evasion of law and abuse of law.

The analysis of scientific points of private international law doctrine representatives gives grounds to conclude that there is currently no universal approach to understanding the way of developing evasion of law institute. Neither private international law legislation, nor scientific approaches give clear vision of these issues.

It is crucial to stress that recodification of civil legislation in Ukraine has its direct impact on private international law system and its mechanism of legal regulations.

Key words: recodification of civil legislation; evasion of law; the principle of autonomy of will; evasion of law institute; lex voluntatis; adaptation of legislation; European integration.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.35

УДК 347.961.9

О.О. КРИЖЕВСЬКА

*Олена Олександрівна Крижевська, кандидат юридичних наук, доцент Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка**

ORCID: 0000-0003-4989-6322

ПОНЯТТЯ НОТАРІАЛЬНИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Постановка проблеми. Дослідження нотаріальних процесуальних правовідносин у своєму розвитку проходить шлях від заперечення їх існування окремими авторами до обґрунтування і дослідження їх специфіки. Варто зазначити, що дослідження нотаріальних процесуальних правовідносин має не лише теоретичне, а й практичне значення та застосування, оскільки саме теорія (наука) має прогнозувати шлях розвитку нотаріату. З огляду на це актуальність статті та перспективи подальшого дослідження теми вбачаються передусім у формулюванні дефініції «нотаріальних процесуальних правовідносин», встановленні їх характеру через певні ознаки, розкритті сутності через їх специфіку, опрацюванні підходів вчених до визначення видів нотаріальних процесуальних правовідносин.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Важливі питання досліджуваної проблеми розглядалися в багатьох працях вітчизняних вчених, зокрема, В.В. Баранкової, М.В. Бондаревої, М.М. Дякович, І.П. Лихолат, С.Я. Фурси, Є.І. Фурси, І.В. Черемних, В.М. Черниша та інших вітчизняних дослідників. Водночас у теорії нотаріального процесу залишається ще значна кількість проблемних і дискусійних питань, які потребують свого вирішення. Таким чином, **метою даної статті** є дослідження наукових підходів щодо розкриття змісту поняття «нотаріальних процесуальних правовідносин», ознак цих правовідносин.

Виклад основного матеріалу. Під час вчинення нотаріусами та іншими посадовими особами нотаріальних дій виникають правовідносини, які в правовій науці носять найменування нотаріальних процесуальних правовідносин.

Аналіз наукової думки свідчить про те, що в науці були зроблені спроби сформулювати визначення поняття нотаріальних процесуальних правовідносин.

Так, наприклад, М.В. Бондарева зазначає, що загальне поняття нотаріального процесуального правовідношення може бути сформульоване наступним чином: врегульоване нормами нотаріального процесуального права суспільне відношення, яке виникає при вирішенні нотаріальної справи (вчиненні нотаріального провадження)¹. На думку С.Я. Фурси, нотаріальні процесуальні відносини можна вважати різновидом суспільних, що виникають між особами, які вчиняють нотаріальні дії, та особами, які звернулися за вчиненням нотаріальних дій та які врегульовані нормами законодавства про нотаріат². Близьким до визначення поняття С.Я. Фурси є визначення, надане авторами одного із підручників «Нотаріат в Україні». Вони визначають нотаріальні процесуальні відносини як суспільні відносини, що виникають між особами, які вчиняють нотаріальні дії, та особами, які звертаються за вчиненням нотаріальних дій у порядку, передбаченому законодавством про нотаріат³. В.В. Баранкова визначає нотаріальні процесуальні правовідносини як структурний компонент нотаріального провадження та вважає, що ними є суспільні відносини, що складаються між нотаріусами (нотаріальними органами), з одного боку, та іншими особами – суб'єктами нотаріального процесу з приводу посвідчення прав та фактів, які мають юридичне значення, а також вчинення інших нотаріальних дій з метою надання їм юридичної вірогідності⁴.

Окремими особливостями відзначається визначення відповідного поняття І.П. Лихолат, яка визначає поняття нотаріальних процесуальних правовідносин фактично через поняття нотаріальних правовідносин. Так, на її думку, нотаріальні правовідносини – це відносини, що виникають на основі норм нотаріального та нотаріального процесуального права, які здійснюються специфічними методами (посвідчення угод, видача свідоцтв, засвідчення справжності підписів і вірності копій документів, вчинення виконавчих написів тощо) і метою яких є охорона і захист безспірних прав заінтересованих осіб⁵.

Аналіз наведених положень свідчить про те, що комплексного визначення поняття нотаріальних процесуальних правовідносин, яке б повно враховувало притаманні нотаріальним процесуальним правовідносинам ознаки, у науці нотаріального процесу надано не було.

© О.О. Крижевська, 2021

* *Olena Kryzhevskya, Ph.D. in Law, Associate Professor of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

Так, наприклад, надаючи своє визначення нотаріальних процесуальних правовідносин, М.В. Бондарєва залишає поза увагою низку суттєвих їх ознак, а саме те, що вони виникають між нотаріусом (особою, яка вчиняє нотаріальні дії), з одного боку, та іншими особами, а також функціональне призначення цих правовідносин. Визначення відповідного поняття, надані іншими науковцями, також не містять суттєвих, на наш погляд, їх ознак, зокрема, диспозитивний їх характер, стадійність, системність тощо, про які буде йтися нижче.

Крім того, викликає несприйняття й позиція І.П. Лихолат щодо визначення поняття нотаріальних процесуальних правовідносин фактично через поняття нотаріальних правовідносин. Таке визначення містить логічну помилку та не враховує сформовану у науці позицію щодо структури нотаріальних правовідносин.

Так, з визначення І.П. Лихолат вбачається, що його автор розрізняє нотаріальне та нотаріальне процесуальне право, а тому, цілком очевидно, що за такого підходу нотаріальні відносини повинні були б бути такими, що виникають на підставі норм нотаріального права, а не нотаріального та процесуального, як про те зазначає І.П. Лихолат⁶. Для належного розуміння відповідної проблематики і співвідношення нотаріальних процесуальних правовідносин та нотаріальних правовідносин слід дослідити положення щодо структури нотаріальних правовідносин.

С.Я. Фурса зазначає, що під нотаріатом в Україні слід розуміти як організацію органів, які уповноважені державою на виконання нотаріальної функції, так і їх процесуальну діяльність. Тому необхідно сформулювати загальне поняття нотаріальних правовідносин, під якими розуміємо суспільні відносини, що виникають у сфері організації та діяльності нотаріату. Ці відносини мають дві складові: нотаріально-адміністративні правовідносини, які стосуються організаційної структури нотаріату; нотаріальні процесуальні правовідносини, які безпосередньо стосуються здійснення нотаріального процесу⁷. Загалом погодитися з таким підходом можна.

Об'єднання відносин організації та діяльності нотаріату в одне поняття «нотаріальних правовідносин» дає змогу комплексно розглянути та охарактеризувати відносини, що складаються у нотаріаті як правовому інституті, дослідити як відносини організації нотаріату, так і відносини його діяльності. Принагідно зазначимо, що аналогічну структуру мають й судові правовідносини – у них виокремлюються правовідносини з організації суду (відносини судоустрою) та відносини з діяльності суду (здійснення правосуддя у кримінальних, цивільних, господарських та адміністративних справах). Відносини з організації суду врегульовуються Законом України «Про судоустрій і статус суддів»⁸, а відносини з діяльності врегульовується відповідними кодексами – КПК⁹, ЦПК¹⁰, ГПК¹¹ та КАС¹².

Однак не можемо остаточно погодитися з висловленими у науці причинами об'єднання усіх зазначених відносин в комплексне поняття нотаріальних правовідносин.

Так, на думку науковців, можливість об'єднання цих правовідносин в одне поняття «нотаріальні правовідносини» мотивується в основному єдиною нормативною базою, що регулює їх, а саме: Законом України «Про нотаріат», специфікою нотаріальної діяльності, обов'язковим суб'єктом якої є нотаріус та інші, уповноважені на вчинення нотаріальних проваджень особи. На наш погляд, окремі з зазначених положень виглядають дискусійними.

Дійсно, на сьогодні положення як організації нотаріальної діяльності, так і власне нотаріального процесу врегульовуються одним нормативним актом – Законом України «Про нотаріат». Однак навряд чи причина об'єднання цих правовідносин у єдині нотаріальні правовідносини зумовлюється специфікою нотаріальної діяльності, обов'язковим суб'єктом якої є нотаріус та інші, уповноважені на вчинення нотаріальних проваджень особи. Зауважимо, що зазначена специфіка є характерною виключно для нотаріальних процесуальних правовідносин та не притаманна відносинам з організації нотаріату. У відносинах організації нотаріату досить часто взагалі немає такого суб'єкта правовідносин, як нотаріус, наприклад, при набутті особами права на здійснення нотаріальної діяльності, суб'єктами яких є особа, що має намір займатися нотаріальною діяльністю, та відповідно органи Міністерства юстиції України, які здійснюють допуск особи до такої діяльності. Таким чином, суб'єктний склад відносин з організації нотаріальної діяльності є значно ширшим та таким, що позбавлений обов'язкової участі в них нотаріуса.

Більш обґрунтованою виглядає думка С.Я. Фурси, що об'єднання відносин з організації нотаріату та нотаріальних процесуальних правовідносин у єдине поняття пояснюється, зокрема, єдиною функцією, зі здійсненням якої пов'язується існування нотаріату як певної структури, здатної не лише забезпечити вчинення нотаріальних дій у визначеному законом порядку, а й до самооновлення своєї структури, взаємодії з іншими правоохоронними та правозахисними державними органами тощо¹³. Зазначимо, що ці відносини повинні відображати як відносини з формування відповідних органів, так і відносини щодо діяльності вже сформованих органів.

Таким чином, узагальнивши наведене, робимо висновок про неможливість визначення нотаріальних процесуальних правовідносин через загальне поняття нотаріальних правовідносин, як це зробила І.П. Лихолат¹⁴, оскільки ці поняття співвідносяться між собою як частина та ціле.

При дослідженні поняття нотаріальних процесуальних правовідносин М.В. Бондарєва зауважила, що формулювати поняття нотаріального процесуального правовідношення слід, очевидно, з урахуванням двох моментів: загальних характеристик будь-якого правовідношення, які розглядаються в теорії права, а також особливостей виникнення та розвитку саме процесуальних правовідношень, як їх прийнято оцінювати в традиційних процесуальних галузях¹⁵. Вважаємо за необхідне погодитися з таким лише частково.

Звичайно, що оскільки нотаріальні процесуальні правовідносини є власне правовідносинами, їм повинні бути притаманними усі ті характеристики, притаманні усім правовідносинам. У цьому знаходить свій прояв співвідношення видового та загального понять. «Правовідносини» є загальним поняттям, в межах якого виокремлюємо й нотаріальні процесуальні правовідносини як їх частину. Аналогічне можна сказати і про поняття та співвідношення нотаріальних процесуальних правовідносин та процесуальних правовідносин. Останнє по відношенню до нотаріальних процесуальних правовідносин, як і поняття правовідношення загалом, є загальним поняттям. Однак з'ясувати сутність нотаріальних процесуальних правовідносин та сформулювати їх поняття одними лише загальними характеристиками, притаманними поняттям «правовідношення» та «процесуальне правовідношення», на наш погляд, не вдасться. У такому випадку наведене поняття не відобразить справжньої сутності нотаріальних процесуальних правовідносин. Це поняття має містити й істотні характеристики нотаріального процесуального правовідношення, які притаманні лише останнім та не притаманні іншим правовідносинам як загалом, так і процесуальним правовідносинам зокрема. Лише у цьому разі можна стверджувати про належне визначення відповідного поняття. У зв'язку з цим надзвичайно важливе значення має дослідження питання ознак нотаріальних процесуальних правовідносин, оскільки у відповідному визначенні поняття вони повинні відобразити сутність нотаріальних процесуальних правовідносин.

У науці окремі науковці при дослідженні поняття нотаріальних процесуальних правовідносин досліджують і їх ознаки. Так, наприклад, С.Я. Фурса визначає такі ознаки цих правовідносин: 1) мають правовий характер, який визначається як законодавством про нотаріат, так і нормами матеріального права; 2) обов'язковим суб'єктом цих правовідносин є нотаріус або інша особа, уповноважена на вчинення нотаріальних проваджень; 3) за загальним правилом, нотаріус при здійсненні своєї діяльності не може виходити за межі, санкціоновані йому державою або міжнародним правом, якщо його дії суперечать нормам закону або правам інших осіб; 4) багатосуб'єктність цих відносин, коли кількість сторін нотаріально посвідчуваного правочину не обмежується законодавством (наприклад, у правовідносинах, зумовлених спадкуванням) тощо¹⁶. В.В. Баранкова натомість визначає такі риси нотаріальних процесуальних правовідносин: 1) виникнення нотаріального процесу (звернення заінтересованої особи до нотаріуса) зумовлюється тією обставиною, що досягти бажаної правової мети особа – ініціатор процесу може лише в результаті здійснення процесуальних дій компетентною особою – нотаріусом; 2) тільки нотаріус може оцінити достовірність і повноту наданих доказів, зробити висновок про законність чи незаконність вчинюваних дій і з урахуванням цього прийняти владний акт застосування права; 3) нотаріальні процесуальні відносини слід характеризувати як владовідносини у тому сенсі, що діями нотаріусів реалізується державна влада, але не у сенсі влади над заінтересованими особами та іншими учасниками нотаріального провадження. Владний характер нотаріальних процесуальних правовідносин обмежується диспозитивністю методу їх регулювання, а також вимогами нотаріальної процесуальної форми; 4) обов'язковим суб'єктом нотаріального процесу є нотаріальний орган: нотаріус або інша особа, наділена правом вчинювати нотаріальні дії; 5) нотаріальні процесуальні правовідносини складаються у процесі нотаріальної діяльності між нотаріусом, з одного боку, і будь-яким іншим суб'єктом процесу – з іншого. Інакше кажучи, всі суб'єкти нотаріального процесу з моменту виникнення процесуальних правовідносин перебувають у правовому зв'язку з нотаріальним органом, мають щодо нього права та обов'язки; 6) нотаріус (інший нотаріальний орган) як суб'єкт нотаріальних процесуальних правовідносин має специфічну правосуб'єктність і особливий правовий статус¹⁷.

Загальний аналіз окреслених у науці ознак нотаріальних процесуальних правовідносин свідчить, що у них відображені як загальні ознаки, притаманні усім правовідносинам, так і ознаки, притаманні виключно нотаріальним процесуальним правовідносинам. Відтак, все залежить лише від підходу того чи іншого автора до рівня деталізації цих правовідносин. Однак, не зважаючи на те, що фактично з усіма наведеними ознаками нотаріальних процесуальних правовідносин слід погодитись, окреслена їх сукупність не виглядає досить повною для того, щоб комплексно їх охарактеризувати.

Так, наприклад, вбачається, що однією з основних ознак нотаріальних процесуальних правовідносин повинна бути та з них, яка характеризує їх сутність, призначення, виконувану нотаріусами функцію, і власне те, що відрізняє нотаріальні процесуальні правовідносини від інших правовідносин загалом. Таким чином, на наш погляд, однією з основних функцій нотаріальних процесуальних правовідносин є те, що вони спрямовані на охорону та захист прав суб'єктів правовідносин шляхом посвідчення фактів, що мають юридичне значення, та посвідчення прав з метою надання їм юридичної вірогідності. Однак ця ознака прямо не зазначається науковцями.

Крім того, окремі з наведених ознак є розпорошеними, що фактично свідчить про деталізацію одних ознак наведених правовідносин та не зазначення інших ознак, які мають істотне значення для комплексності аналізу нотаріальних процесуальних правовідносин.

Так, наприклад, В.В. Баранкова при формулюванні кола ознак нотаріальних процесуальних правовідносин виокремлює аж три ознаки, що стосується нотаріуса як суб'єкта нотаріальних процесуальних правовідносин. Однак усі ці три ознаки можуть бути об'єднані у одну і свідчити про особливість суб'єктного складу нотаріальних процесуальних правовідносин, а саме про обов'язкову участь у цьому правовідношенні нотаріуса.

На наш погляд, ознаки нотаріальних процесуальних правовідносин, які слід виокремлювати, зумовлені сутністю нотаріальної діяльності, специфікою відповідної галузі права, в межах якої вони виникають, мето-

дологію відповідної галузі тощо. Виходячи з цього, на наш погляд, слід виділити такі ознаки нотаріальних процесуальних правовідносин: 1) вони спрямовані на охорону та захист прав суб'єктів правовідносин шляхом посвідчення фактів, що мають юридичне значення, та прав з метою надання їм юридичної вірогідності; 2) виникнення нотаріальних процесуальних правовідносин відбувається на підставі норм нотаріального процесуального права; 3) їх виникнення відбувається виключно на диспозитивній основі; 4) обов'язковим суб'єктом нотаріальних процесуальних правовідносин є нотаріус (інша посадова особа, яка вчиняє нотаріальну дію); 5) за своєю правовою природою нотаріальні процесуальні правовідносини є публічними правовідносинами; 6) нотаріальні процесуальні правовідносини становлять систему правовідносин; 7) нотаріальні процесуальні правовідносини є динамічними, складаються із певних стадій, що послідовно змінюють одна одну.

Висновки. Дослідивши висловлені у науці визначення поняття нотаріальних процесуальних правовідносин, з урахуванням висловлених та досліджених їх ознак, вважаємо, що можна навести таке комплексне визначення нотаріальних процесуальних правовідносин. **Нотаріальні процесуальні правовідносини – це система публічних, динамічних правових відносин, які виникають на диспозитивній основі на підставі норм нотаріального процесуального права між обов'язковим їх суб'єктом нотаріусом (іншою посадовою особою, яка вчиняє нотаріальну дію), з одного боку, та іншими особами, і спрямовані на охорону та захист прав суб'єктів правовідносин шляхом посвідчення нотаріусом юридичних фактів і прав з метою надання їм юридичної вірогідності.**

¹ Бондарева М.В. Нотаріальне процесуальне правовідношення: теоретичний аспект. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 2010. Вип. 83. С. 51–53.

² Теорія нотаріального процесу: наук.-практ. посіб. / за заг. ред. С.Я. Фурси. Київ: Алерта; Центр учбової літератури, 2012. 920 с.

³ Сміян Л.С., Нікітін Ю.В., Хоменко П.Г. Нотаріат в Україні: навч. посіб. / за ред. Ю.В. Нікітіна. Київ: КНТ, 2008. 680 с.

⁴ Баранкова В.В. Нотаріальні процесуальні правовідносини. *Вісник Академії правових наук України*. 2000. № 3 (22). С. 117–125.

⁵ Лихолат І.П. Нотариальные правоотношения: понятие, характеристика и особенности. *Вісник Академії нотаріату України: зб. наук. статей*. Київ, 2013. № 1. С. 17–22.

⁶ Там само. С. 20.

⁷ Теорія нотаріального процесу: наук.-практ. посіб. / за заг. ред. С.Я. Фурси. Київ: Алерта; Центр учбової літератури, 2012. С. 110.

⁸ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2.06.2016 р. № 1402-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>

⁹ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>

¹⁰ Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>

¹¹ Господарський процесуальний кодекс України від 6.11.1991 р. № 1798-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>

¹² Кодекс адміністративного судочинства України від 6.07.2005 р. № 2747-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>

¹³ Теорія нотаріального процесу: наук.-практ. посіб. / за заг. ред. С.Я. Фурси. Київ: Алерта; Центр учбової літератури, 2012. С. 111.

¹⁴ Лихолат І.П. Нотариальные правоотношения: понятие, характеристика и особенности. *Вісник Академії нотаріату України: зб. наук. статей*. Київ, 2013. № 1. С. 21.

¹⁵ Бондарева М.В. Особливості нотаріального процесуального правовідношення. *Часопис Київського університету права*. 2010. № 4. С. 162–165

¹⁶ Теорія нотаріального процесу: наук.-практ. посіб. / за заг. ред. С.Я. Фурси. Київ: Алерта; Центр учбової літератури, 2012. 920 с.

¹⁷ Баранкова В. Система суб'єктів нотаріального процесу: теоретичні та практичні аспекти. *Мала енциклопедія нотаріуса*. 2013. № 6. С. 155–166.

Резюме

Крижевська О.О. Поняття нотаріальних процесуальних правовідносин.

У статті досліджуються наукові підходи щодо розкриття змісту поняття нотаріальних процесуальних правовідносин та робиться акцент на ознаках таких правовідносин. Дано авторське визначення поняття «нотаріальних процесуальних правовідносин» як системи публічних, динамічних правових відносин, які виникають на диспозитивній основі та на підставі норм нотаріального процесуального права між обов'язковим їх суб'єктом нотаріусом (іншою посадовою особою, яка вчиняє нотаріальну дію) з одного боку, та іншими особами, і спрямовані на охорону та захист прав суб'єктів правовідносин шляхом посвідчення нотаріусом юридичних фактів і прав з метою надання їм юридичної вірогідності.

Зазначено, що однією з основних функцій нотаріальних процесуальних правовідносин є те, що вони спрямовані на охорону та захист прав суб'єктів правовідносин шляхом посвідчення фактів, що мають юридичне значення, та посвідчення прав з метою надання їм юридичної вірогідності.

Ключові слова: правовідносини, нотаріальний процес, нотаріальні процесуальні правовідносини, суб'єкт нотаріальних процесуальних правовідносин, нотаріальна діяльність, нотаріус.

Резюме

Крижевская Е.А. Понятие нотариальных процессуальных правоотношений.

В статье исследуются научные подходы к раскрытию содержания понятия нотариальных процессуальных правоотношений и делается акцент на признаках таких правоотношений. Дано авторское определение понятия «нотариальных процессуальных правоотношений» как системы публичных, на динамических правоотношениях, возникающих на диспозитивной основе и на основании норм нотариального процессуального права между обязательным их субъектом нотариусом (другим должностным лицом, совершающим нотариальное действие), с одной стороны, и другими лицами, и направлены на охрану и защиту прав субъектов правоотношений путем удостоверения нотариусом юридических фактов и прав с целью предоставления им юридической достоверности.

Отмечено, что одной из основных функций нотариальных процессуальных правоотношений является то, что они направлены на охрану и защиту прав субъектов правоотношений путем удостоверения фактов, имеющих юридическое значение, и удостоверение прав с целью предоставления им юридической достоверности.

Ключевые слова: правоотношения, нотариальный процесс, нотариальные процессуальные правоотношения, субъект нотариальных процессуальных правоотношений, нотариальная деятельность, нотариус.

Summary

Olena Kryzhevska. The concept of notarial procedural legal relations.

The article investigates scientific approaches to the disclosure of the content of the concept of notarial procedural legal relations and emphasizes the features of such legal relations. The author's definition of the concept of "notarial procedural legal relations" as a system of public, dynamic legal relations that arise on a dispositive basis and on the basis of notarial procedural law between their obligatory subject notary (another official who performs a notarial act) on the one hand, and other persons, and aimed at protecting and defending the rights of the subjects of legal relations by notarizing legal facts and rights in order to provide them with legal credibility.

According to the author of the article, the features of notarial procedural legal relations that should be distinguished are due to the essence of notarial activity, the specifics of the relevant branch of law within which they arise, the methodology of the relevant field and so on. Based on this, in our opinion, the following features of notarial procedural legal relations should be distinguished: 1) they are aimed at protecting and defending the rights of subjects of legal relations by certifying facts of legal significance and rights in order to give them legal credibility; 2) the emergence of notarial procedural legal relations occurs on the basis of the norms of notarial procedural law; 3) their occurrence occurs exclusively on a dispositive basis; 4) the obligatory subject of notarial procedural legal relations is a notary (another official who performs a notarial act); 5) by their legal nature, notarial procedural legal relations are public legal relations; 6) a notary (another notarial body) as a subject of notarial procedural legal relations has a specific legal personality and a special legal status

It is noted that one of the main functions of notarial procedural legal relations is that they are aimed at protecting the rights of subjects of legal relations by certifying the facts of legal significance and certifying the rights in order to provide them with legal credibility.

Key words: legal relations, notarial process, notarial procedural legal relations, subject of notarial procedural legal relations, notarial activity, notary.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.36

УДК 340.1(477)

Н.А. ОПАНАСЮК, С.І. ПОПОВИЧ

*Наталія Анатоліївна Опанасюк, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Національного університету фізичного виховання і спорту України**

ORCID: 0000-0001-7418-8622

*Сергій Іванович Попович, кандидат історичних наук, доцент Національного університету фізичного виховання і спорту України***

ORCID: 0000-0002-6158-9782

ІСТОРИЧНІ ВИТОКИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТУРИЗМУ

Постановка проблеми. Сучасний туристичний ринок сформовано на основі вивчення та узагальнення історичного досвіду подорожей, враховуючи мотивацію мандрівників і сервісний супровід, що необхідний для задоволення їхніх потреб, у тому числі послуги розміщення, харчування, транспортного й екскурсійного обслуговування, а також природно-ресурсний потенціал окремих територій та їх історико-культурне значення. Подорожі за часів колоніальних завоювань і географічних відкриттів арабами (VIII ст. н.е.) та європей-

© Н.А. Опанасюк, С.І. Попович, 2021

* *Nataliia Opansiuk, Ph.D. in Law, Associate Professor of the National University of Ukraine on Physical Education and Sport*

** *Sergii Popovych, Ph.D. in History, Associate Professor of the National University of Ukraine on Physical Education and Sport*

цями (у т. ч. Марко Поло, XII ст. н.е.) мають велике наукове, історичне та пізнавальне значення й донині. Індивідуальні мандрівки з пізнавальними, релігійними, лікувальними, діловими (торговими) цілями завдяки промисловій революції та поділу праці стали доступні значним верствам населення як у контексті розбудови транспортних засобів і шляхів для вільного переміщення, так і внаслідок закріплення на державному рівні соціальних гарантій (надання працівникам оплачуваної відпустки). Оцінка економічного потенціалу туризму перетворила його на потужну галузь, що становить понад 10 % світового ВВП, 30 % експорту послуг і створює майже 10 % робочих місць у всьому світі. Відповідно, зростання обсягів організованого туристичного потоку й зумовило необхідність у його правовому регулюванні, а згодом – і підтримці розвитку на державному й міждержавному рівнях. У цьому контексті логічним і важливим вбачається дослідження історичних витоків правового регулювання туризму в Україні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідження з історії туризму І. Зоріна, В. Квартальнова, В. Кифяка, Г. Науменка, С. Поповича та ін. визначають етапи становлення світового туристичного ринку, типові причини подорожей, особливості їх організації у різні епохи та часи, історичні періоди розвитку туризму в окремих регіонах і країнах. Питання регламентування туризму досліджували такі вчені, як: М. Анан'єв, А. Бідненко, В. Мікадзе, Н. Опанасюк, О.Серьогін, Л. Шейнін та ін.

Відаючи належне науково-практичним дослідженням згаданих вище вчених, існує значне коло невідіслених питань даної проблематики та аспектів, що потребують розгляду й наукового обґрунтування. Зокрема, критичного переосмислення та оптимізації з урахуванням правозастосовної практики потребує сьгодні законодавство про туризм, що й актуалізувало дослідження генезису правового регулювання туризму.

Формулювання мети статті. Виходячи з цього, мета даної статті полягає в тому, щоб дослідити проблеми становлення правового регулювання туризму, а також запропонувати авторську класифікацію історичних етапів розвитку правового регулювання туризму в Україні.

Виклад основного матеріалу. Розвиток туризму відбувався під впливом змін у супутніх галузях економіки, в результаті реалізації системних науково-технічних рішень, дифузії інновацій тощо. Генеза поняття «туризм» трансформувалася відповідно до «струсів середовища»¹, що потребує детального вивчення. Через комплексність окресленої проблеми вважаємо за необхідне дослідити еволюцію туризму в контексті нормативно-правового регулювання.

Потреба у пізнанні світу належить до основних мотивів, притаманних людям. Подорожі є своєрідним природним прагненням до знань, духовного збагачення народів. Тому про широко розвинений сучасний туризм можна говорити як про один із видів найбільших завоювань людської культури. У науковій літературі виокремлюють декілька етапів і періодів розвитку туризму в Російській імперії, до складу якої до 1917 р. входила Україна, та СРСР², що й зумовило розвиток законодавства з питань туризму, яке налічує понад два століття. Історію його розвитку умовно можна розподілити на сім періодів: перший – просвітницький (до 90-х р. XVIII ст.); другий – організований (1890–1917 рр.); третій – централізований (1917–1950 рр.); четвертий – нормативний (1950–1980 рр.); п'ятий – лібералізаційний (1980–1991 рр.); шостий – перехідний (1992–2003 рр.); сьомий – глобалізаційний (з 2003 р.)³.

Так, розвиток туризму в *просвітницький період* та його правова регламентація характеризувалися наступними рисами: 1) закріплення за дворянами права на свободу пересування за межі країни й права повертатися до неї у будь-який час; 2) поява першого правового оформлення здійснення подорожей, зокрема, закордонних (запровадження спеціального проїзного документа та відповідної дозвільної процедури оформлення виїзду за межі країни тощо).

Зародження організованого туризму належить до початку 1890-х рр. (*організований період*). Саме тоді з'являються товариства туристичного спрямування, що заклали міцний фундамент розвитку туризму та його нормативно-правового врегулювання. Уперше почали видаватися путівники, мапи доріг, налагоджувалися зв'язки з туристичними організаціями в країнах Європи, було започатковано укладення партнерських угод з власниками готелів, в яких розроблено й запроваджено систему знижок на готельні послуги. Тобто правове забезпечення подорожей на цьому етапі мало насамперед приватноправовий характер. Поступово формуються каталоги подорожей за найбільш популярними маршрутами та пропонуються в якості кінцевого туристичного продукту, що містять вичерпну інформацію про готелі, комфортність номерів, ціни, екскурсійну програму тощо. Так з'являється найбільш прибутковий вид туристичної діяльності – турпоїздка із заздалегідь запланованим маршрутом і комплексом послуг. У подальшому практика укладання партнерських угод з власниками готелів і ресторанів, перевізниками, в т. ч. й на пільгове обслуговування, поширилася на закордонні організації. Десятки таких договорів було укладено з туркомпаніями Австрії, Бельгії, Німеччини, Італії, США та інших країн.

Натомість слід зазначити, що бурхливий розвиток туризму в дореволюційні часи не знайшов свого належного правового оформлення. Норми з питань туризму пов'язані насамперед з регламентуванням порядку супроводження Його Імператорської Величності під час подорожей і містяться в різних законодавчих актах⁴.

Отже, процеси розвитку туризму в країні не відповідали його правовому закріпленню, що було зумовлено, на нашу думку, відсутністю чіткої концепції щодо його розбудови в державі, а відтак – системних підходів у нормативно-правовому забезпеченні функціонування сфери туризму.

Централізований період. У перші роки Радянської влади (1917–1929 рр.) в основу створення ідеологічного підґрунтя для розвитку туристично-екскурсійної справи було покладено низку виданих декретів про заходи

у сфері культури. Більшість таких документів були спрямовані на охорону пам'яток культури й мистецтва радянського народу, архітектури як об'єктів відвідання й ознайомлення з ними туристів і екскурсантів.

З цього часу з'являються нормативно-правові акти у вигляді постанов партії, уряду, інших директивних матеріалів, що за юридичною силою є підзаконними актами та зміст яких яскраво віддзеркалює тогочасну політичну ідеологію країни. Наприклад, Положення про Бюро виробничої пропаганди при Головополітпросвіті, в якому окреслено основні завдання щодо призначення туризму в країні (1920 р.): активна пропаганда серед населення; організація туристів як носіїв громадської просвітницької роботи під час подорожей, мобілізація сил щодо активної їх участі у зміцненні обороноздатності країни; підвищення культурного рівня трудящих тощо.

Таким чином, туризм насамперед розглядається як засіб виховання класових борців і зміцнення обороноздатності СРСР, ознайомлення з досягненнями радянської влади, обміну виробничим досвідом між трудящими, а також важлива форма самоосвіти та зброя масової роботи партії з агітації й пропаганди.

Одночасно розпочинається пошук нових організаційних форм роботи в туризмі. Так, з 1919 р. підписується низка декретів, зокрема, «Про лікувальні місцевості загальнодержавного значення» (1919 р.), «Про використання Криму для лікування трудящих» (1920 р.), «Про організацію будинків відпочинку» (1921 р.) та «Про курортне лікування трудящих та про експлуатацію курортів» (24 січня 1922 р.)⁵. Дані документи створюють передумови для розвитку лікувального туризму та регулюють відносини, пов'язані з його організацією і наданням послуг, а також регламентують діяльність підприємств, що займаються цим видом туризму.

Приймаються «Декрет про землю» від 28 жовтня 1917 р., Декрети «Про ліси» від 27 травня 1918 р. (у подальшому було прийнято Лісовий кодекс 1923 р.) та «Про охорону пам'яток природи, садів і парків» від 16 вересня 1921 р.⁶

Декрет РНК від 22 (9) квітня 1918 р. «Про націоналізацію зовнішньої торгівлі» встановлював монополію зовнішньої торгівлі, у т.ч. й міжнародного туризму. «Торговельні угоди з купівлі-продажу будь-якої продукції з іноземними країнами й окремими торговельними підприємствами за кордоном здійснюються від імені Радянської республіки спеціально уповноваженими органами. Крім цих органів будь-які торговельні угоди з-за кордоном для ввезення і вивезення забороняються»⁷. Прийнято також низку нормативних документів, що встановлюють порядок в'їзду/виїзду іноземців, їх права, пільги, обмеження й обов'язки щодо перебування на території держави. Зокрема, Положення «Про іноземців в Українській РСР та про порядок набуття й втрати українського громадянства» (1922 р.), постанова РНК «Про виїзд закордон громадян Української РСР та іноземців» (7 липня 1922 р.) тощо.

Таким чином, у перші роки свого існування радянська влада досить значну увагу приділяла питанням розвитку туризму в державі, а її рішення мали яскраво виражене ідеологічне спрямування як у визначенні пріоритетів і завдань пролетарського туризму, так і в нормах і правилах, що містилися в правових актах партії й уряду. Але, попри серйозні спроби запровадити жорстку політику в сфері туризму, так і не було створено на даному етапі розвитку туризму в нашій державі належних правових умов для дальшої ефективної його розбудови.

Нормативний період характеризується більш системним розвитком законодавства про туризм, зокрема, у 50–90-х рр. сформувався тенденції щодо виокремлення туристичного законодавства як самостійного його напрямку. Перспективи розвитку туризму були визначені у спеціальній постанові Всесоюзної Центральної Ради професійних спілок (далі – ВЦРПС) з питань туризму від 26 вересня 1950 р., в якій особлива увага приділялася саме розвитку туризму. Туристичний рух в країні набирив обертів. Президія ВЦРПС, проаналізувавши роботу з розвитку туризму в СРСР, 20 липня 1962 р. прийняла постанову «Про дальший розвиток туризму»⁸, що стало підґрунтям для забезпечення подальшого динамічного розвитку галузі та її правового забезпечення.

Серйозним кроком у вдосконаленні правових основ провадження туристичної діяльності стало й прийняття постанов Пленуму ВЦРПС від 22 травня 1968 р. «Про завдання профспілок з організації літнього відпочинку трудящих» та ЦК КПРС, Ради Міністрів СРСР і ВЦРПС від 30 травня 1969 р. «Про заходи дальшого розвитку туризму і екскурсій в країні»⁹.

Положення згаданих постанов та інших директивних документів уряду (щодо необхідності дослідження правових проблем туризму), на нашу думку, були найбільш дієвими і перспективними з точки зору подальшого розвитку туристичної галузі, оскільки зобов'язували партійні й державні органи та профспілки створити належні передумови для поступового, стабільного, системного й прогнозованого функціонування радянського туризму шляхом формування належної законодавчої бази, створення дієвого й ефективного управлінського механізму.

Щодо регламентування питань розвитку міжнародного туризму, то прийняті нормативно-правові акти в даний період носили ідеологічний характер. Зокрема, значна увага приділяється питанням регулювання організації подорожей співвітчизників за кордон, встановлюється жорсткий «нагляд і контроль» з боку держави за в'їздом іноземних туристів, їх переміщенням і виїздом.

Продовжується робота щодо вдосконалення управлінської структури туризму в СРСР. Відповідно до Наказу Міністерства зовнішньої торгівлі в 1955 р. вносяться зміни до Статуту ВАТ «Інтурист», а в 1964 р. створюється Управління (з 1969 р. – Головне управління) та Рада з іноземного туризму при Раді Міністрів СРСР. Тобто питання координації процесів розбудови туристичної сфери покладаються на державний орган влади, тим самим підвищується роль і значення розвитку туризму для країни.

Управління молодіжним туризмом, у т. ч. й міжнародним, було виключною прерогативою Бюро молодіжного туризму «Супутник». Постановою «Про організацію туристичного обміну із зарубіжними молодіжними організаціями» від 24 червня 1958 р. засновано БММТ «Супутник» та створено правовий фундамент для розширення «політичних і культурних зв'язків радянської молоді з молоддю капіталістичних країн, створення додаткових сприятливих умов для розповсюдження серед іноземної молоді правдивої інформації про життя радянського народу»¹⁰.

Питання розвитку туризму в Радянській державі все частіше стає предметом обговорення на наукових конференціях, присвячених проблемам сфери туризму, створенню належної правової основи її функціонування та розробленню науково обґрунтованої теорії. Так, за результатами наукової конференції «Розвиток індустрії туризму в СРСР» (21–25 лютого 1968 р.) прийнято рекомендації, в яких підкреслюється необхідність розробки загальнодержавної Програми розвитку індустрії туризму для окреслення конкретних заходів і завдань.

Науково обґрунтовану ідею про необхідність розробки та прийняття Закону про туризм в СРСР, який би максимально вирішив правові проблеми туризму в країні, як результату всебічного теоретичного вивчення всіх аспектів нормативного забезпечення туризму, висловив радянський вчений, дослідник проблем правового регулювання туризму В. Мікадзе¹¹.

Загалом слід зазначити, що наукові розробки на даному етапі у своїй більшості мають ідеологічне спрямування, а тому можуть бути використані лише з метою всебічного дослідження історії розвитку та загальних підстав правового регулювання туризму.

У 1969 р. створюється Центр науково-дослідної лабораторії туризму і екскурсій ВЦРПС, який займається насамперед проблемами правового регулювання туристичної сфери, вперше обґрунтовується природа туристичних відносин як комплексний правовий інститут, що знаходиться на стику багатьох галузей радянського права (земельне, природоохоронне, адміністративне, цивільне, фінансове тощо).

Внаслідок стрімкого розвитку туризму у 80-х рр. став надзвичайно важливим процесом, випередивши по суті своє інституційне та правове оформлення. Подальша його розбудова здійснювалася відповідно до планів, що розроблялися на довгострокові періоди (5–10 років), затверджувалися вищими органами з туризму та були обов'язковими до виконання. Нормативні показники планів підлягали жорсткому контролю з боку партійних і державних органів.

З розвитком законодавства про туризм почали з'являтися перші дослідження проблем правового регулювання туризму в СРСР: правової природи туристичних відносин з точки зору теорії та практики їх регулювання, наукове обґрунтування необхідності кодифікації законодавства з питань туризму та визначення його місця в системі права тощо.

Водночас необхідно констатувати, що за весь період існування Радянської держави Закон про туризм так і не було прийнято. Не відбулося осмислення й виділення туризму в самостійний інститут правового регулювання. Радянські вчені досліджували правове регулювання туристичної діяльності початку 80-х рр., яке на сьогодні зазнало істотних змін, та стосувалося лише окремих аспектів правового регламентування питань туризму. Власне, саме тому висновки, яких дійшли дослідники, накопичений ними досвід безпосередньо не може бути використаним у сучасних умовах української правової дійсності. Однак всі автори погоджуються з тим, що туризм є надзвичайно динамічним, а відтак існує постійна потреба у вдосконаленні правових механізмів, врегулюванні нових форм, видів відносин, тому й дослідження проблем правового регулювання туризму мають продовжуватися та є надзвичайно актуальними.

Таким чином, можна зробити висновок, що формування українського законодавства про туризм являє собою доволі складний і суперечливий процес. Однією з причин цього, на нашу думку, є відсутність фундаментальних наукових основ туризму в СРСР і сучасній Україні.

Правове регулювання туризму за радянських часів здійснювалося в межах радянської правової системи й характеризувалося наступними особливостями: 1) роль закону практично зводилася нанівець, оскільки загальні принципи положення встановлювалися партійними директивами, а процесуальні питання правової регламентації вирішувалися у відомчих актах органів управління; 2) абсолютне домінування інтересів держави над інтересами особи. Сфера приватного права була штучно звужена. Публічно-правове регулювання, навпаки, стало переважним; 3) ідеологічним спрямуванням туристичних процесів. Це положення знайшло прояв у соціально-класовому, а не в суто юридичному підході до суб'єктів права, а також у прямому втручанні комуністичної партії в юридичну практику провадження туризму – правотворчість, правозастосування тощо; 4) туризм розглядався як складова частина культури, а не галузь економіки, що й зумовило в переважній більшості регулювання туризму в межах законодавства про культуру та освіту¹².

Лібералізаційний період характеризується тим, що правове регулювання туризму в СРСР було адекватне соціально-економічній перебудові й завданням, що ставили партійні органи. Слід визнати, що не зважаючи на це, а можливо й завдяки цьому, туризм в СРСР став дійсно масовим явищем з чіткою системою управління та відповідним розподілом функцій між ними.

З середини 80-х рр. у правовому регулюванні туризму починають відбуватися серйозні зміни. Вони пов'язані передусім з перебудовою в нашій державі та переходом на нові економічні умови господарювання в туризмі. Особливе місце серед нормативних актів того часу посідає Комплексна Програма розвитку виробництва товарів народного споживання і сфери послуг на 1986–2000 рр., що оцінювалася науковцями та фахівцями-правознавцями як новий напрям у радянській правотворчості й нормативно-правовий акт довгот-

ривалої дії, розрахований на перспективу. У зазначеній Програмі вперше в радянському законодавстві було закріплено розгорнуту систему послуг, серед яких передбачено й туристично-екскурсійні¹³.

Перехід від адміністративно-командної економіки до ринкової, підсилення приватноправових основ в регулюванні туризму призвели до серйозної дезорганізації туристичної галузі в державі. З 1989 по 1992 рр. нормативно-правові акти, що закріплювали й регулювали нові ринкові відносини в сфері туризму, практично не розроблялися. А з розпадом СРСР було порушено систему напрацьованих зв'язків, важливі складові частини інфраструктури галузі, у 1989 р. Держкомінтурист СРСР було ліквідовано, його матеріальну базу роздержавлено, знищено туристично-екскурсійні маршрути. За таких умов український туризм вийшов на ринок, що потребував встановлення чітких правил поведінки для всіх учасників цих відносин. Такими правилами в нових умовах господарювання міг бути лише Закон про туризм.

Таким чином, для лібералізаційного періоду характерні наступні тенденції розвитку туризму: 1) перехід до ринкових механізмів (створюються туристичні підприємства різних форм власності); виникнення великої кількості малих і середніх турпідприємств; 2) формування туристичного ринку на підставі нових законів; незбалансованість між об'єктивним розвитком відносин у сфері туризму та його правовим оформленням, характерною ознакою якого є значне «відставання» правового визначення й закріплення «правил гри» на ринку туристичних послуг.

Перехідний період – утвердження туризму як самостійної галузі стало можливим зі створенням у 1992 р. (постанова Кабінету Міністрів України від 10 листопада 1992 р. № 616) центрального органу виконавчої влади – Державного комітету України по туризму, що ознаменувало офіційне визнання державою його ролі в економічній і соціальній структурі суспільства¹⁴.

Правове закріплення процесів становлення українського туризму як самостійної високорентабельної галузі економіки відбулося з прийняттям Закону України «Про туризм», який набув чинності у 1995 р. У даному Законі закріплено найбільш важливі законодавчі положення про місце і роль туризму в державі, принципи державного регулювання туризму, основні цілі, пріоритетні напрями і шляхи (засоби) реалізації державної політики в галузі туризму тощо. На розвиток положень Закону прийнято цілу низку нормативно-правових актів (понад 200) як спеціалізованих, так і таких, що опосередковано стосуються туризму та створюють сьогодні певну систему законодавства про туризм.

Отже, перехідний етап розвитку законодавства про туризм в Україні охарактеризувався, з одного боку, досить інтенсивною правотворчістю з питань туризму, а з іншого – широкою розгалуженістю його норм, а звідси їх колізійністю, суперечливістю, безсистемністю, стихійністю, наявністю прогалин у правовому регулюванні деяких аспектів туристичних відносин, а в ряді випадків і «вимушеністю» законотворення в сфері туризму.

Головною причиною цього є відсутність сучасних фундаментальних комплексних наукових розробок у зазначеній сфері, а отже, пропозицій щодо законодавчого закріплення особливостей правового регулювання туризму. Все це, у свою чергу, й зумовило несприйняття його як самостійного інституту законодавства та відсутність чіткого уявлення про структуру туристичних норм і науково-практичну необхідність виділення їх в окрему підгалузь або галузь права.

Наступний період – *глобалізаційний*, коли зазнав перших суттєвих змін Закон України «Про туризм» та був викладений у новій редакції від 18 листопада 2003 р.¹⁵ Запропоновані положення передбачили ряд новацій у туризмі: визначення основних учасників відносин, що виникають при здійсненні туристичної діяльності, та їх правового статусу (ст. 5); запровадження фінансових гарантій відповідальності туроператорів і турагентів перед туристами (ст. 15); страхування туристів при здійсненні туристичних поїздок (ст. 16); ліцензування туроператорської діяльності (ст. 17); обмеження щодо провадження діяльності туроператорами й турагентами (ст. ст. 5 і 17); сертифікація і стандартизація у сфері туристичної діяльності (ст. 18); вимоги щодо укладення договорів у сфері туризму (ст. ст. 20–23); специфіка діяльності іноземних туркомпаній в Україні та порядок надання ними послуг (ст. 37) та ін.

Важливе значення Закону «Про туризм» полягає і в тому, що він, попри всі існуючі колізії та протиріччя, створив правові основи для реалізації людиною і громадянином гарантованих Конституцією України прав на свободу пересування, відпочинку, охорону здоров'я, безпечне для життя і здоров'я довкілля, задоволення духовних потреб та інших прав при здійсненні ними туристичних подорожей.

Серйозна увага питанням розвитку туризму в Україні та його нормативному врегулюванню приділяється органами державної влади різного рівня. Так, приймаються стратегії й програми розвитку туризму як на загальнодержавному, так і місцевому рівнях, а також заходи з підтримки розвитку окремих видів і форм туризму. Сучасний стан і перспективи розвитку туризму двічі розглядалися на парламентських слуханнях у Верховній Раді України (2001 р. і 2016 р.), за результатами яких прийнято відповідні Рекомендації¹⁶.

Упродовж досліджуваного періоду відбувалася перманентна реорганізація центрального органу з питань туризму. Так, питаннями розвитку туризму опікувалися наступні центральні органи виконавчої влади: Державний комітет України по туризму (1992–1999 рр.); Державний комітет молодіжної політики, спорту і туризму України (2000–2001 рр.); Державна туристична адміністрація України (2001–2005 рр.); Міністерство культури і туризму України (2005–2010 рр.); Державне агентство України з туризму та курортів (2011–2015 рр.), діяльність якого спрямовувалася та координувалася через Міністерство інфраструктури України; Міністерство економічного розвитку і торгівлі України, у складі якого було утворено структурний підрозділ – Департамент туризму та курортів (2016–2020 рр.); Державне агентство розвитку туризму України (з 2020 р. по теперішній час).

Активізується діяльність України щодо розвитку туризму й на міжнародному рівні, що зумовлено низкою об'єктивних чинників: проведення в Україні міжнародних заходів (чемпіонат з футболу Євро-2012, пісенний конкурс Євробачення), що також вплинуло на розвиток законодавства про туризм. Так, у контексті забезпечення сприятливих умов для організації та проведення Євро-2012 прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законів України щодо розвитку та підготовки готельної інфраструктури до проведення в Україні фінальної частини чемпіонату Європи 2012 року з футболу» від 8 липня 2010 р. № 2468-VI¹⁷. Даним Законом звільнено на 10 років від оподаткування прибуток підприємств, отриманий від надання готельних послуг у готелях категорій «5 зірок», «4 зірки» і «3 зірки» у разі, якщо такі готелі введені в експлуатацію до 1 вересня 2012 р. Це був перший в історії розвитку законодавства і туристичного бізнесу прецедент запровадження пільгового оподаткування у сфері туризму, що позитивно вплинуло на розвиток туристичної інфраструктури в Україні.

Протягом останніх років Україна також уклала й ряд двосторонніх договорів, що регулюють питання співпраці в сфері туризму, які умовно можна розподілити на дві основні групи: 1) договори із загальних питань співпраці в галузі науки, культури, освіти, спорту, які містять статті, що стосуються туризму; 2) договори про співпрацю безпосередньо в галузі туризму (в основному міжвідомчі). Зазначені двосторонні угоди створили правове підґрунтя для розвитку міжнародного туризму та забезпечення безпеки перебування туристів на території країн-учасниць, лібералізації туристичних формальностей, гармонізації законодавства в сфері туризму для уніфікованого застосування туристичної термінології, страхування, якості надання послуг тощо.

Значною віхою у визначенні правових засад подальшого розвитку туризму, зважаючи на глобалізаційні та інтеграційні виклики сучасності, стало підписання Угоди про асоціацію між Україною та ЄС, що відбулася в два етапи: 21 березня 2014 р. було підписано політичну частину Угоди та Заключний акт саміту, а 27 червня 2014 р. – економічну частину Угоди. 16 вересня 2014 р. Верховна Рада України та Європейський Парламент синхронно ратифікували Угоду про асоціацію між Україною та ЄС¹⁸. У цьому контексті в 2017 р. ЄС лібералізував візовий режим для громадян України, які мають біометричний закордонний паспорт та можуть підтвердити мету своєї поїздки, надавши відповідні документи.

Крім того, Україною для забезпечення якості та безпеки послуг у сфері туризму, уніфікації вимог з організації туристичної діяльності, розроблено й прийнято державні стандарти (далі – ДСТУ), гармонізовані з міжнародними. Зокрема, ДСТУ ISO 21101:2016 (ISO 21101:2014, IDT) «Туризм пригодницький. Системи менеджменту безпеки. Вимоги», що передбачає вимоги до системи управління безпекою для організаторів пригодницького туризму; ДСТУ ISO 13810:2016 (ISO 13810:2015, IDT) «Туристичні послуги. Промисловий туризм. Надання послуг», що встановлює загальні вимоги до промислового туризму; ДСТУ ISO 18065:2016 (ISO 18065:2015, IDT) «Туризм та пов'язані з ним послуги. Туристичні послуги, що надають на природоохоронних територіях», який запроваджує вимоги до турпослуг, що надаються безпосередньо на природоохоронних територіях, щоб задовольнити відвідувачів, надаючи пріоритетну увагу меті збереження цих територій, за винятком морських районів, які знаходяться під охороною та низка інших¹⁹.

Висновки. Незважаючи на швидкий і в цілому прогресивний розвиток нормативно-правової бази сфери туризму в Україні, сьогодні вона потребує свого переосмислення й оптимізації з урахуванням правозастосовної практики через низку об'єктивних причин. З одного боку, туристичний бізнес є надзвичайно динамічним, а отже, існує постійна потреба у вдосконаленні його правових механізмів, нормативному врегулюванні нових форм і видів відносин, що еволюціонують. З іншого боку, існує необхідність гармонізації українського законодавства про туризм з нормами міжнародного права та врахування досвіду більшості країн з розвиненим ринком туристичних послуг.

¹ Meyer, A., D. (1982). Adapting to environmental jolts. In: *Administrative Science Quarterly* 27, pp. 515–537.

² Квартальнов В. *Туризм как вид деятельности*. Москва, 2001.

³ Опанасюк Н.А. Конституційно-правові основи туризму в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Інститут держави та права імені В.М. Корецького НАН України. Київ, 2005. 19 с.

⁴ Добровольский А. и др., (1913). *Полный свод законов Российской Империи*: в 2 кн. Санкт-Петербург: Изд. юрид. кн. магазина И.И. Зубкова под фирмою «Законоведение», 1911.

⁵ Иванов В. и др. Сборник нормативных актов по вопросам иностранного туризма в СССР. Москва: Междунар. отношения, 1969.

⁶ Там само.

⁷ Там само.

⁸ Там само.

⁹ Там само.

¹⁰ Иванов В. Правовое регулирование иностранного туризма в СССР. Москва, 1972.

¹¹ Микадзе В. Правовые проблемы внутреннего туризма в СССР. *Тезисы докладов научн. конф., посвященной проблемам развития туризма*. Сухуми, 1972. С. 30–31.

¹² Опанасюк Н.А. Конституційно-правові основи туризму в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Інститут держави та права імені В.М. Корецького НАН України. Київ, 2005. 19 с.

¹³ Кабалкин А. Законодательство в сфере обслуживания населения. Москва, 1988.

¹⁴ Туризм в Україні. *Збірник нормативно-правових актів*: у 5 т. Ужгород: ІВА, 2000. Т. 2.

¹⁵ Про внесення змін до Закону України «Про туризм»: Закон України від 18.11.2003 р. № 1282-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 13.

¹⁶ Про Рекомендації парламентських слухань на тему: «Розвиток туристичної індустрії як інструмент економічного розвитку та інвестиційної привабливості України». Рекомендації від 13.07.2016 р. № 1460-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1460-19>

¹⁷ Про внесення змін до деяких законів України щодо розвитку та підготовки готельної інфраструктури до проведення в Україні фінальної частини чемпіонату Європи 2012 року з футболу: Закон України від 08.07.2010 р. № 2468-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/>

¹⁸ Угода про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (Угоду ратифіковано із заявою Законом № 1678-VII від 16.09.2014 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011

¹⁹ Український науково-дослідний і навчальний центр проблем стандартизації, сертифікації та якості (УкрНДНЦ). URL: <http://shop.uas.org.ua/>

Резюме

Опанасюк Н.А., Попович С.І. Історичні витoki правового регулювання туризму.

Стаття присвячена огляду ключових історичних віх правового регулювання туризму та його ретроспективному аналізу крізь призму політико-правових і суспільно-економічних процесів на певному історичному етапі. Визначено періодизацію історії розвитку законодавства про туризм, а також обґрунтовано еволюційну феноменологію формування правових засад туризму та його транзитивність в умовах сучасних глобалізаційних викликів. Запропоновано критичне переосмислення й оптимізацію чинного законодавства про туризм з урахуванням правозастосовної практики та вимог інтеграційних процесів.

Ключові слова: історія туризму, генеза, туристичний бізнес, правове регулювання, законодавство про туризм, нормативно-правовий акт.

Резюме

Опанасюк Н.А., Попович С.И. Исторические истоки правового регулирования туризма.

Статья посвящена обзору ключевых исторических вех правового регулирования туризма и его ретроспективному анализу через призму политико-правовых и общественно-экономических процессов на определенном историческом этапе. Выделены периоды в истории развития законодательства о туризме, а также обоснованно эволюционную феноменологию формирования правовых основ туризма и его транзитивность в условиях современных глобализационных вызовов. Предложено критическое переосмысление и оптимизация действующего законодательства о туризме с учетом правоприменительной практики и требований интеграционных процессов.

Ключевые слова: история туризма, генезис, туристический бизнес, правовое регулирование, законодательство о туризме, нормативно-правовой акт.

Summary

Nataliia Opanasiuk, Sergii Popovych. Historical highlights of legal regulation of tourism.

The need to review the key historical milestones of the legal regulation of tourism and the justification of the relationship between the declared norms and the declared concept of sustainable tourism development is conditioned, on the one hand, by the constant need for improvement of legal mechanisms and regulation of emerging forms of tourism and evolving tourism, and, on the other hand, by bringing norms of tourism legislation to international requirements and standards, taking into account the tendencies of development of the legal system in our state.

It is important to study and substantiate the genesis of legal regulation of tourism, which today needs its critical rethinking and optimization, taking into account law enforcement practices, modern political and legal and socioeconomic processes and globalization challenges.

Historical sources of tourism and the problems of tourism legislation development were highlighted in the works of such foreign and domestic scientists as: M. Ananiev, A. Bidnenko, I. Zorina, V. Kwartalnov, V. Kifiak, G. Naumenko, V. Mikadze, N. Opanasiuk, S. Popovych, O. Serogin, L. Shainin and others.

At the same time, paying tribute to the scientific and practical research of the aforementioned scientists, there is a significant range of unresolved issues of this problem and aspects that need to be considered and scientifically substantiated.

The article is also intended to identify the main historical stages, where special attention is paid to the legal regulation of tourism. After accumulating various types of activities for the creation, distribution, exchange and consumption of tourism products, as well as relevant resources, markets, public institutions, expanding the range of legal regulation and, as a consequence, the need for effective legislation on tourism containing special legal, organizational and economic levers of influence. Therefore, today's important scientific task is to study the evolution of tourism legislation and provide recommendations for its improvement.

It is determined that the strategic formation of the modern legislation on tourism should be based on the general tendencies of the development of society, requirements of the competitive environment, and also taking into account national and European (international) practices. All of this is intended to ensure the application of advanced technologies, harmonization of requirements for the conduct of tourism activities and the unification of service quality standards, which in general will result in the implementation of the concept of sustainable tourism development.

Key words: tourism history, genesis, tourism business, legal regulation, legislation on tourism, normative legal act.

О.П. ПЕЧЕНИЙ

Олег Петрович Печений, кандидат юридичних наук, доцент Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

ORCID: 0000-0003-0058-8572

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ НЕДІЙСНОСТІ ЗАПОВІТУ

Постановка проблеми. Актуальність дослідження кола питань, пов'язаних із недійсністю і нікчемністю заповіту, зумовлена необхідністю удосконалення відповідних норм цивільного законодавства, що визначають підстави та наслідки недійсності заповіту, моделюванням у судовій та нотаріальній практиці різних підходів до їх застосування на практиці, недостатнім розмежуванням як окремих підстав недійсності заповіту, так і самих категорій недійсності і нікчемності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблематика застосування конструкції заповіту зазнала уваги у наукових роботах і публікаціях Ю.О. Заїки, З.В. Ромовської, О.Є. Кухарєва, О.П. Печеного, С.Я. Фурси, Н.О. Міненкової. Але наразі потребує вирішення проблема формальних і сутнісних підстав недійсності заповіту, розширювального тлумачення їх визначеного законодавством переліку.

Мета даної статті полягає в дослідженні підстав недійсності заповіту, визначенні правової природи їх переліку, аналізу співвідношення нікчемності й недійсності заповіту.

Виклад основного матеріалу. Принцип свободи заповіту, з огляду на визнання пріоритету спадкування за заповітом перед спадкуванням за законом, потребує охорони і захисту не тільки на стадії складання і посвідчення заповіту, а й при подальшому здійсненні спадкових прав та набутті права на спадщину. У свободі заповіту втілені загальні уявлення про свободу як здатність і можливість людини діяти на власний розсуд, керуючись власними принципами, цінностями й інтересами, реалізуючи свої уявлення про сенс життя. Людині завжди притаманна свобода волі¹. Свобода заповіту виступає складовою комплексу основоположних прав і свобод людини. Дотримання принципу свободи заповіту має виключати свавільне ігнорування волі заповідача.

Підстави нікчемності (ч. 1 ст. 1257 ЦК) та недійсності (ч. 2 ст. 1257 ЦК) заповіту викладені законодавцем у самостійних частинах цієї статті. Заповіт, складений особою, яка не мала на це права, а також заповіт, складений з порушенням вимог щодо його форми та посвідчення, є нікчемним. Судом заповіт визнається недійсним, якщо буде встановлено, що волевиявлення заповідача не було вільним і не відповідало його волі. Це положення має безпосередній зв'язок із принципом свободи заповіту як ключовим положенням спадкового права, що формує окремий вид (підставу) спадкування (ст. 1217 ЦК), та з відповідними нормами законодавства про спадкування, якими визначена форма заповіту і порядок його посвідчення.

Особливості недійсності заповіту зумовлюють те, що всі правила про недійсність правочину до недійсності заповіту застосовуватись не можуть. Так, право на пред'явлення позову про недійсність заповіту виникає лише після смерті заповідача (п. 17 постанови Пленуму ВСУ від 30 травня 2008 р. № 7 «Про судову практику у справах про спадкування»). При цьому необхідно звернути увагу, що підстави недійсності заповіту повинні виникнути і стосуватись обставин, які виникли під час його посвідчення, а не після цього факту. Так, на підставі ч. 2 ст. 1257 ЦК заповіту визнається судом недійсним, якщо **під час його посвідчення** волевиявлення заповідача не було вільним і відповідало його волі. Це стосується, зокрема, недійсності заповіту на підставі ст. 225 ЦК, якщо заповідач вчинив його у момент, коли він не усвідомлював значення своїх дій та (або) не міг керувати ними.

При цьому специфічним є також коло позивачів і відповідачів у справах про визнання заповіту недійсним. Позивачем, як правило, виступає спадкоємець за законом, інтереси якого порушені заповітом, а відповідачем є спадкоємець за заповітом, хоча ним особисто права та інтереси позивача не порушені, тому залучення такого спадкоємця відповідачем виглядає суперечливим. У разі вирішення питання про суб'єктний склад спору про визнання заповіту недійсним суди мають вивчати питання про наявність у позивача права оскаржувати заповіт шляхом пред'явлення вимоги про визнання його недійсним. Незалежно від того, хто зазначений як відповідач у позовній заяві, залучення до участі у справі спадкоємця за заповітом є обов'язковим, хоч ним безпосередньо і не були порушені права позивача. Не можна не назвати певні особливості наслідків недійсності заповіту. Оскільки визнання заповіту недійсним можливе тільки після смерті його сторони – заповідача, загальні наслідки недійсності правочину, зокрема у формі реституції (абз. 1 ч. 1 ст. 216 ЦК), яка передбачає повернення сторін у первісний стан, не застосовуються. Але, з огляду на приписи ч. 3 ст. 216 ЦК, застосовуються особливі правові наслідки, які передбачені нормами книги шостої ЦК. Це, зок-

© О.П. Печений, 2021

* *Oleg Pecheniy, Associate Professor of the Department of Civil Law № 1 Yaroslav Mudryi National Law University*

рема, відновлення чинності попереднього заповіту (ч. 4 ст. 1254 ЦК), виникнення права на спадкування за законом (ч. 2 ст. 1223 ЦК), усунення від права на спадкування (ч. 2 ст. 1224 ЦК), перерозподіл спадщини (ч. 1 ст. 1280 ЦК), визнання недійсним свідоцтва про право на спадщину (ст. 1301 ЦК).

Відповідно до вимог книги шостої ЦК визначено вимоги до особи заповідача (ст. 1234 ЦК), змісту заповіту (ст. ст. 1236–1240, 1246 ЦК), загальні вимоги до форми заповіту (ст. 1247 ЦК), порядку його посвідчення нотаріусом (ст. ст. 1248, 1249, 1253 ЦК), для яких законодавцем визначено й наслідки їх порушення. Так, у ч. 1 ст. 1257 ЦК встановлено правило про нікчемність заповіту, складеного з порушенням вимоги ЦК щодо особи заповідача, а також заповіту, складеного з порушенням вимог щодо його форми та посвідчення. При цьому, враховуючи, що за розташуванням вказана стаття є останньою у главі 85 ЦК про спадкування за заповітом, за правилами архітектури правових норм ст. 1257 ЦК встановлює правові наслідки саме тих вимог до форми та посвідчення заповіту, які викладені у главі 85 ЦК. Недотримання будь-яких інших вимог не може мати наслідком недійсність заповіту на підставі ч. 1 ст. 1257 ЦК. Таким чином, контекстуальний аналіз ч. 1 ст. 1257 ЦК у смислового зв'язку з іншими нормами дає підстави вважати, що порушеннями вимог до форми і посвідчення заповіту є лише ті, які **прямо** зазначені у ст. ст. 1247–1249, 1253 глави 85 ЦК². Такий підхід, окреслений науковцями, поділяється у практиці ВС, у постанові ВП ВС від 25 травня 2021 р. вказано, що недотримання будь-яких інших вимог не може мати наслідком недійсність заповіту на підставі ч. 1 ст. 1257 ЦК України. Якщо нотаріус посвідчив заповіт особи не в межах свого нотаріального округу, це не впливає на форму правочину і не підпадає під ті вимоги про порядок його посвідчення, які містяться в ЦК України та тягнуть нікчемність заповіту відповідно до ч. 1 ст. 1257 ЦК України (п. 72 постанови ВП ВС від 25 травня 2021 р.). Порушення вимог до нотаріального округу не може вважатися вимогами до форми і посвідчення заповіту. Контекстуальний аналіз норми ст. 1257 ЦК у смислового зв'язку з іншими нормами дає підстави вважати, що порушеннями вимог до форми і посвідчення заповіту є лише ті, які прямо зазначені у гл. 85 ЦК України, її ст. ст. 1247–1249, 1253³. Висновок, сформульований Верховним Судом, дає підстави вважати, що перелік підстав нікчемності заповіту і визнання його недійсним є вичерпним і розширювальному тлумаченню не підлягає. Наприклад, не є підставою для нікчемності заповіту наявність у ньому технічних помилок. Помилкове зазначення у заповіті часу його складання з часом його власноручного підписання заповідачем, зазначеним нотаріусом у посвідчувальному написі, за встановлених у справі обставин, не впливає на волевиявлення заповідача щодо розпорядження власним майном та не свідчить про нікчемність вчиненого правочину, оскільки за своїм змістом є технічною помилкою, допущеною особою (приватним нотаріусом), яка склала заповіт за допомогою технічних засобів⁴.

Проблемним аспектом недійсності заповіту є можливість визнання його недійсним через наявність дефекту волі заповідача, зумовленого певними діями інших осіб (ст. ст. 230, 232, 233 ЦК). Стаття 230 ЦК визначає правові наслідки вчинення правочину під впливом обману, коли одна із сторін правочину навмисно ввела другу сторону в оману щодо обставин, які мають істотне значення. Законодавець вказує, що обман має місце, якщо сторона заперечує наявність обставин, які можуть перешкодити вчиненню правочину, або якщо вона замовчує їх існування. Інші статті визначають правові наслідки правочину, який вчинено у результаті зловмисної домовленості представника однієї сторони з другою стороною та вчинення правочину під впливом тяжкої обставини (ст. ст. 232, 233 ЦК). У заповіті зазвичай присутня лише одна сторона – заповідач, і вести мову про дії іншої сторони, які спричинили його недійсність, навряд чи правильно. Крім того, ст. 1257 ЦК, яка як спеціальна норма визначає певні підстави нікчемності та недійсності заповіту, таких підстав, про які йдеться у ст. ст. 230, 232, 233 ЦК, не передбачає.

Виникає питання про визнання недійсним, як вчиненого під впливом тяжкої для особи обставини, що сприймається у теоретичних дослідженнях і судовій практиці неоднозначно. Стаття 233 ЦК, як і аналогічні статті цивільних кодексів інших держав, передбачає, що правочин може бути визнаний недійсним за наявності сукупності трьох умов: правочин вчинено особою під впливом тяжкої для особи обставини (1), на вкрай не вигідних умовах (2) і незалежно від того, хто був ініціатором такого правочину (3). Цей правочин отримав назву кабального. Отже, на відміну від обману (ст. 230 ЦК), не має значення статус у правочині особи, яка створила ці обставини або сприяла їх настанню. Верховний Суд зазначив, що заповіт є одностороннім правочинном, який може створювати обов'язки лише для особи, яка його вчинила, а тому посилання на те, що заповіт вчинено під впливом тяжкої обставини на вкрай не вигідних для заповідача умовах є безпідставними⁵.

Аналіз судової практики у спадкових справах свідчить, що найчастіше нотаріусами та іншими особами, які наділені повноваженнями посвідчувати заповіті, порушуються саме вимоги щодо порядку посвідчення заповіту. До типових помилок слід віднести посвідчення заповіту без участі свідків при необхідності їх обов'язкової участі; неправильне визначення свідків та особи, яка підписує заповіт замість заповідача за його дорученням відповідно до ч. 4 ст. 207 ЦК; недостатнє з'ясування дійсної волі заповідача, нечіткість, розпливчатість окремих положень заповіту. Нормативно-правовими актами Міністерства юстиції України встановлюються додаткові вимоги до порядку посвідчення заповітів, які прямо не передбачені ЦК, але які мають виконуватися при посвідченні заповіту. Наприклад, якщо заповідач унаслідок фізичної вади, хвороби або інших причин (приміром, неграмотність заповідача) не може власноручно підписати заповіт, за дорученням заповідача він може бути підписаний іншою особою, але особа, на користь якої заповідається майно, не має права підписувати його за заповідача (п.п 1.9 п. 1 гл. 3 розділу II Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 22.02.2012 р. № 296/5, абз. 9 п.п. 1.4 п. 1 гл. 3 Порядку вчинення нотаріальних дій посадовими особами органів місцевого самоврядуван-

ня затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 11.11.2011 р. № 3306/5). У Порядку посвідчення заповітів і довіреностей, що прирівнюються до нотаріально посвідчених додатково зазначено, що фізична особа, на користь якої заповідається майно, навіть не може бути присутньою під час підписання заповіту, а також підписувати його за заповідача (абз. 3 п. 7 Порядку посвідчення заповітів і довіреностей, що прирівнюються до нотаріально посвідчених, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 15.06.1994 № 419). Порушення цього правила, спрямованого на забезпечення волі заповідача від тиску, може розглядатися як порушення вимоги до посвідчення заповіту (ч. 1 ст. 1257 ЦК).

Особливої уваги потребує питання про суб'єктний склад і процесуальний статус осіб, які беруть участь у процедурі посвідчення заповіту (свідки, особи, які підписують заповіт за дорученням заповідача). Якщо свідки своєю присутністю підтверджують достовірність вчинюваного правочину (заповіту), то рукоприкладник доповнює відсутню у заповідача можливість самостійно підписати заповіт, роблячи це за нього і за його дорученням. Рукоприкладник – нібито продовження особистості заповідача.

Якщо до процесу посвідчення заповіту залучено свідків, слід ретельно підходити до їх вибору, оскільки при виникненні спору їх пояснення матимуть доказове значення. При виборі свідків не слід обмежуватися лише визначеними ЦК формально-юридичними критеріями (ч. 4 ст. 1253 ЦК), важливим є морально-етичний аспект, сумлінність свідків, їх неупередженість. Наприклад, за правилами звичаєвого права України XIX – поч. XX ст. хоча процедура складення заповітів у селян була простою, задля уникнення сімейних суперечок, на неї запрошувалися кілька осіб з числа сусідів, які відрізнялися моральністю⁶.

Висновки. Проведене дослідження дає змогу вказати на вичерпний характер підстав недійсності і нікчемності заповіту, неприпустимості розширювального та довільного розуміння кола таких підстав, визначених цивільним законодавством. Технічні помилки, які не впливають на волевиявлення заповідача, не можуть бути підставою для недійсності й нікчемності заповіту.

¹ Міненкова Н.О. Свобода заповіту та її обмеження за цивільним законодавством України та деяких європейських країн. *Право України*. 2013. № 8. С. 280.

² Спасибо-Фатєєва І.В., Печений О.П. Недійсність заповіту: пошук оптимальної моделі збереження останньої волі заповідача (щодо юридичних наслідків посвідчення заповіту за межами нотаріального округу). *Вісник Верховного Суду України*. 2016. № 3 (187). С. 43–48.

³ Постанова ВП ВС від 25.05.2021 р. у справі № 522/9893/17. *ЄДРСР*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98235794>.

⁴ Постанова КЦС ВС від 09.07.2020 р. у справі № 520/11797/16-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень України*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90349649>

⁵ Постанова КЦС ВС від 01.04.2019 р. Справа № 487/1316/18: *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/80888769>

⁶ Гримич М.В. Звичаєве цивільне право українців XIX – поч. XX століття. Київ, 2008. С. 367.

Резюме

Печений О.П. Деякі проблеми недійсності заповіту.

У статті репрезентовано теоретичний аналіз підстав недійсності заповіту. Заповіт може бути визнаний недійсним або нікчемним не з будь-яких підстав, а лише з тих підстав, які визначені законом саме як підстави недійсності або нікчемності. Автор аналізує судову практику з питань визнання заповітів недійсними. Досліджено суб'єктний склад спорів у справах про недійсність заповітів, коло позивачів та відповідачів. Автор звернув увагу на суб'єктний склад і процесуальний статус осіб, які беруть участь у процедурі посвідчення заповіту (свідки, особи, які підписують заповіт за дорученням заповідача).

Ключові слова: спадкове право, заповіт, недійсність, нотаріус, свобода заповіту.

Резюме

Печений О.П. Некоторые проблемы недействительности завещания.

В статье осуществлен теоретический анализ оснований недействительности завещания. Завещание может быть признано недействительным или ничтожным не по каким-либо основаниям, а только по тем, которые определены законом именно как основания недействительности или ничтожности завещания. Автор анализирует судебную практику по вопросам признания завещаний недействительными. Исследован субъектный состав споров по делам о недействительности завещаний, круг истцов и ответчиков.

Автор обратил внимание на субъектный состав и процессуальный статус лиц, участвующих в процедуре удостоверения завещания (свидетели, лица, которые подписывают завещание по поручению завещателя).

Ключевые слова: наследственное право, завещание, недействительность, нотариус, свобода завещания.

Summary

Oleg Pecheniy. Some problems with the invalidity of the testament.

The principle of freedom of will requires protection and defense not only at the stage of drawing up and certifying the testament, but also in the further exercise of inheritance rights and the acquisition of the right to inheritance.

In the article presents a theoretical analysis of the grounds for invalidity of the testament. A testament may be declared invalid or null and void not on any grounds, but only on those grounds that are defined by law as grounds for invalidity or nullity. The author analyzes the case law on the invalidation of testament. The subject composition of disputes in cases of invalidity of wills, the range of plaintiffs and defendants.

All the rules on the invalidity of the transaction cannot be applied to the invalidity of the will. The right to sue for the invalidity of testament arises only after the death of the testator.

The author drew attention to the subjective composition and procedural status of persons who participate in the procedure of certification of the testament (witnesses, persons who sign the testament on behalf of the testator).

The author analyzes the legal opinion of the Supreme Court on the nullity of the testament. If a notary has certified a will of a person not within his notarial district, it does not affect the form of the transaction and does not fall under the requirements of the order of his certificate, which are contained in Civile Code of Ukraine and invalidate the will in accordance. Violation of the requirements for the notarial district cannot be considered requirements for the form and certificate of the will

The grounds for the nullity of the will and its invalidation are exhaustive and not subject to broad interpretation. For example, the presence of technical errors in the testament is not a ground for the invalidity of the testament.

The author points to the exhaustive nature of the grounds for invalidity and nullity of the will, the inadmissibility of an expanding and arbitrary understanding of the range of such grounds, defined by civil law.

Key words: inheritance law; will; invalidity; notary; freedom of testament.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.38

УДК 349.2:351.713(477)

О.В. СТАСІВ, Р.Я. БУТИНСЬКА

*Оксана Василівна Стасів, кандидат юридичних наук, доцент Львівського національного університету імені Івана Франка**

ORCID: 0000-0002-4846-7035

*Роксолана Ярославівна Бутинська, кандидат юридичних наук, старший викладач Львівського державного університету внутрішніх справ***

ORCID: 0000-0001-8492-2077

ПОНЯТТЯ ТА ЗАВДАННЯ КАДРОВОЇ СЛУЖБИ ПІДПРИЄМСТВА: ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Вступ. Розвиток ринкової економіки, а також політичні особливості розвитку законодавства нашої держави в сторону євроінтеграції посприяли появі на ринку праці нових роботодавців, які намагаються організувати свою роботу якомога ефективніше. При цьому здебільшого ефективність їхньої діяльності напряму залежить від працівників, а також організації роботи управління персоналом.

Основним структурним підрозділом з управління персоналу на підприємстві сьогодні є відділи кадрів, що перейшли нам у спадок з радянських часів. На них покладено функції прийняття та звільнення працівників, їхнього переведення; організації навчання, підвищення кваліфікації та перепідготовки. Проте відділи кадрів не виконують методичних, а також інформаційних чи координуючих функцій з управління персоналом. Крім того, вони структурно роз'єднані з відділами організації праці і бухгалтерії, відділами охорони праці, юридичними відділами та іншими підрозділами, які також у свою чергу виконують функцію управління персоналу¹. Тому виникає необхідність наукового дослідження структурного підрозділу, який має організувати роботу з персоналом.

Вагомий внесок у дослідження поняття, змісту, а також особливостей правового регулювання кадрової служби зробили такі науковці, як В.Я. Буряк, В.С. Венедиктов, В.В. Жернаков, М.І. Іншин, С.М. Прилипка, А.Р. Мацюк, Н.М. Хуторян та інші. Разом із тим, нещодавно була захищена дисертація С.В. Селівановим, пов'язана із досліджуваною темою, але дискусії стосовно особливостей правового регулювання діяльності кадрової служби тривають.

Відтак **метою** статті є дослідження правового регулювання діяльності кадрової служби підприємства.

1. Поняття та завдання відділу кадрів.

Традиційно відділом кадрів вважається структурний підрозділ загальної системи управління, на який покладаються обов'язки реалізації кадрової політики підприємства. При цьому його працівники проводять аналітичну, а також оперативну роботу, здійснюючи виконавчі, розпорядчі та контролюючі функції та координацію управління персоналом підприємства².

Варто також зазначити, що термін «відділ кадрів» для національного роботодавця є не випадковий, адже це – спадщина радянського періоду. А значна частина роботодавців, особливо у державній сфері, не поспішає із запровадженням новацій, що пояснюється, зокрема, недостатнім фінансуванням.

© О.В. Стасів, Р.Я. Бутинська, 2021

* *Oksana Stasiv, Ph.D. in Law, Associate Professor of Lviv National University named after Ivan Franko*

** *Roksolana Butynska, Ph.D. in Law, Senior lecturer of Lviv State University of Internal Affairs*

Основними завданнями таких відділів кадрів зазвичай є дотримання трудового законодавства у їхній діяльності; організація працевлаштування, яка здебільшого полягає у формальному оформленні на роботу працівника, інколи в їх підборі, а також знайомство з робочим місцем, інструктаж щодо умов праці та техніки безпеки на виробництві, перехід з одного робочого місця (посади) на інше, звільнення працівника тощо. Крім того, цей відділ займається розробкою форми та системи заробітної плати, систем преміювання, визначення розміру соціальних пільг; проводить контроль умов праці, а також оформляє дисциплінарні порушення, стежить за технікою безпеки. Разом із тим одним із основних завдань відділу кадрів є розробка положення та проведення атестації персоналу, організація конкурсів на заміщення вакантних посад. Важливість діяльності цього відділу також полягає у правильній організації підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації працівників. Особлива роль інколи виражається у активній участі щодо розробки проекту колективного договору³.

З огляду на завдання, які ставить перед собою відділ кадрів, робимо висновок, що він є самостійним структурним підрозділом підприємства, який підлеглий керівникові підприємства або його заступникові з кадрових питань. При цьому саме від виду й галузевої приналежності підприємства, а також кількості та структури кадрового потенціалу залежать структура й чисельний склад кадрової служби.

Наприклад, у Львівському національному університеті теж є відділ кадрів, який діє на підставі Положення про відділ кадрів Львівського національного університету імені Івана Франка від 2015 р.⁴, що є у свою чергу локальним актом цього університету. Як зазначено у цьому акті, він забезпечує документообіг з кадрових питань: здійснює прийняття, переведення, переміщення, звільнення з роботи науково-педагогічних працівників, працівників навчально-допоміжного та господарсько-обслуговуючого персоналу відповідно до трудового законодавства та наказу ректора. Веде особові справи працівників, докторантів, аспірантів, магістрантів і студентів денної та заочної форм навчання, обчислює трудовий і науково-педагогічний стаж роботи працівників, здійснює контроль за встановленням доплат (надбавок) за вислугу років, складає графік відпусток та облікує їх, проводить прийом працівників з питань, що належать до компетенції відділу кадрів.

При цьому відділ кадрів ЛНУ ім. Івана Франка очолює начальник відділу кадрів, який має двох заступників, які за посадами – інженер I категорії НДЧ та старший інспектор. Разом із тим у структуру цього відділу входять наступні сектори:

- 1) Студентський сектор;
- 2) Сектор науково-педагогічних працівників;
- 3) Сектор навчально-допоміжного та господарського складу⁵.

З цього приводу також зазначимо, що в Положенні про відділ кадрів визначена дещо інша структура, аніж на офіційній сторінці цього вузу, а саме: група інспекторів по роботі з науково-педагогічними працівниками; група інспекторів по роботі з навчально-допоміжними та адміністративно-господарськими працівниками та група інспекторів по роботі з контингентом студентів⁶. З цього робимо висновок про невідповідність Положення про відділ кадрів із наявною його структурою.

Поділ відділу кадрів на сектори пов'язаний зі значною кількістю як адміністративних, так і науково-педагогічних працівників, які працюють в університеті, а також величезною кількістю студентів, що в ньому навчаються. Для прикладу: станом на 2019 р. в Університеті налічувалися 1881 штатний науково-педагогічний працівник та 209 штатних наукових працівників НДЧ⁷.

Відділ кадрів у своїй діяльності керується чинним законодавством України та Статутом Університету, Правилами внутрішнього трудового розпорядку, колективним договором та Положенням про відділ кадрів. При цьому завданнями відділу кадрів Університету є:

1. Забезпечення діяльності Університету з питань виконання чинного законодавства України, постанов та розпоряджень Кабінету Міністрів України, наказів Міністерства освіти та науки України, інших нормативно-правових актів з питань кадрової роботи.
2. Забезпечення Університету необхідною кількістю кваліфікованих науково-педагогічних, адміністративно-господарських та навчально-допоміжних і працівників необхідних професій, спеціальностей та кваліфікації.
3. Проведення заходів щодо документального оформлення трудових взаємовідносин Університету та працівників.
4. Ведення та зберігання особових справ студентів під час їхнього навчання в Університеті.
5. Виконання інших завдань, покладених на нього Положенням про відділ кадрів.
6. Покладення на відділ кадрів завдань, які не передбаченні Положенням про відділ кадрів нормами чинного законодавства⁸.

Отже, з огляду на завдання, які покладені Положенням про відділ кадрів ЛНУ ім. Івана Франка, робимо висновок про типовість завдань, які виконує цей відділ.

Зазначимо, що все ж таки до основних завдань в роботі з кадрами потрібно віднести питання підвищення наукової обґрунтованості та практичної реалізації кадрової політики, професійного розвитку персоналу, модернізації кадрових служб та освоєння світового досвіду в управлінні працівниками.

2. Доцільність застосування терміна кадрової служба підприємства.

Очевидно, що всі дії цього відділу мають бути спрямовані на підвищення ефективності управління персоналом на підприємстві. Проте відділ кадрів, в обов'язки якого фактично входить прийом і звільнення працівників, навчання і підвищення їх кваліфікації тощо, повинен реорганізуватися, оскільки має досить

низький рівень ефективності, а тому є слабким у професійному відношенні, і через це не може бути ані методичним, ані координуючим центром кадрової роботи підприємства. Крім того, у такого вже звиклого до сприйняття працівниками відділу кадрів відсутня єдина система роботи з кадрами, яка полягає у обґрунтованому та системному вивченні навиків кваліфікованих працівників, а також підстав і можливостей їхнього майбутнього професійного росту.

Реформування цього відділу розпочалося на державному рівні із державної служби. Так, на законодавчому рівні визначено службу управління персоналом⁹ та розроблено типові положення щодо її завдань, функцій, прав та обов'язків¹⁰ в частині управління персоналом органів влади. У зв'язку із прийняттям цих нормативно-правових актів з'явилася ще одна назва: Служба управління персоналом.

Відповідно до Типового положення про службу управління персоналом державного органу саме у державному органі залежно від чисельності персоналу утворюється самостійний структурний підрозділ або вводиться посада спеціаліста з питань персоналу.

При цьому основними завданнями служби управління персоналом є:

- 1) реалізація державної політики з питань управління персоналом у державному органі;
- 2) забезпечення здійснення керівником державної служби своїх повноважень з питань управління персоналом;
- 3) забезпечення організаційного розвитку державного органу;
- 4) добір персоналу державного органу;
- 5) прогнозування розвитку персоналу, заохочення працівників до службової кар'єри, підвищення рівня їх професійної компетентності;
- 6) здійснення аналітичної та організаційної роботи з кадрового менеджменту;
- 7) організаційно-методичне керівництво та контроль за роботою з персоналом у підпорядкованих територіальних органах;
- 8) документальне оформлення вступу на державну службу, її проходження та припинення¹¹.

Як бачимо, окрім традиційних завдань, які виконував відділ кадрів, появились такі інноваційні завдання, як прогнозування розвитку персоналу, заохочення працівників до службової кар'єри, підвищення рівня їх професійної компетентності, а також забезпечення організаційного розвитку державного органу.

Як з цього приводу слушно зазначає А.П. Рачинський, служби управління персоналом на сьогодні мають стати учасником постійних перетворень, формуючи культуру, що сприяє позитивним організаційним змінам. При цьому висока якість їхньої діяльності має досягатися шляхом встановлення партнерських відносин з вищими керівними кадрами і керівниками структурних підрозділів, насамперед в питаннях, що стосуються реалізації загальної організаційної стратегії, вдосконалення процесів планування діяльності¹².

Проте на даний час необхідно зазначити, що все ж таки служби управління персоналом (ті, що створені, діють відповідно до згаданого вище Типового положення) мають досить низький організаційний статус, що привело, у свою чергу, до того, що вони не виконують низку завдань щодо управління персоналом, а також забезпечення нормативних умов його роботи.

Поряд із терміном «служба управління персоналом» застосовується також як на практиці, так і у наукових доробках термін «кадрова служба».

Поняття кадрової служби наразі відсутнє у законодавстві, проте містилося в Типовому положенні про кадрову службу органу виконавчої влади, затвердженому ПКМ України, яка була скасована у 2016 р. Там кадрова служба визначалася як відповідний структурний підрозділ – департамент, управління, відділ, сектор, служба кадрів або вводиться посада спеціаліста з цих питань, яка утворюється у міністерстві, іншому центральному та місцевому органі виконавчої влади залежно від чисельності працівників апарату, підпорядкованих органів, підприємств, установ і організацій, що належать до сфери його управління, а також від обсягу, характеру та складності кадрової роботи.

Також у цьому акті зазначається, що кадрова служба як відділ організаційної та кадрової роботи утворюється в обласних, Київській та Севастопольській міських державних адміністраціях у складі апарату утворюється відділ кадрової роботи та з питань державної служби, в районних, районних у містах Києві та Севастополі державних адміністраціях¹³.

Завданнями таких кадрових служб згідно із вищезазначеним Типовим положенням, визначалися:

- 1) реалізація державної політики у сфері державної служби та з питань кадрової роботи;
- 2) здійснення аналітичної та організаційної роботи з кадрового менеджменту;
- 3) потреби в кваліфікованих кадрах та їх ефективне використання;
- 4) прогнозування розвитку персоналу, заохочення працівників до службової кар'єри, забезпечення їх безперервного навчання;
- 5) документальне оформлення проходження державної служби та трудових відносин.

Очевидно, що Типове положення про службу управління персоналом державного органу мало замінити Типове положення про кадрову службу органу виконавчої влади і, в свою чергу, удосконалити з огляду на вимоги сучасного ринку праці службу управління персоналом. Проте низка завдань, які додатково мала виконувати остання, аж ніяк не вказують на якісь додаткові можливості служби управління персоналом. Зокрема, таке завдання, як прогнозування розвитку персоналу, заохочення працівників до службової кар'єри, підвищення рівня їх професійної компетентності, навряд чи може повноцінно сама виконувати. Адже заохочення працівників до кадрової служби може здійснювати винятково роботодавець, а прогнозування розвитку пер-

соналу залежить від економічних потужностей роботодавця, хоча такі прогнози за участі інших компетентних відділів може здійснювати.

Тому вважаємо за доцільне запропонувати наступні завдання, які має виконувати структурний підрозділ щодо управління кадрами:

- 1) дотримання реалізації кадрової політики підприємства з питань роботи з кадрами;
- 2) здійснення організаційної та аналітичної роботи щодо підбору персоналу;
- 3) добір персоналу підприємства з огляду на вимоги роботодавця;
- 4) підвищення кваліфікації та проведення атестації працівників з огляду на розвиток та потреби підприємства;
- 5) документальне оформлення руху кадрів на підприємстві;
- 6) оформлення документації щодо призначення пенсій.

З приводу назви структурного підрозділу, який здійснює управління кадрами, зазначимо, що варто виходити із значення самих термінів. Вважаємо за доцільне розглянути поняття «служба управління персоналом» та «кадрова служба». При цьому назву «відділ кадрів» не розглядаємо, оскільки він все ж таки асоціюється із радянськими пережитками.

Так, «служба» означає саме праця, заняття як засіб існування або місце, де хто-небудь працює, служить¹⁴. Отже, можна застосовувати у назві усіх підприємств, а також щодо визначення назви структурного підрозділу державного органу. Натомість слово «управління» потрібно розуміти як адміністративну установу або відділ якоїсь установи, організації, що відає певною галуззю господарської, наукової, військової та іншої діяльності. Управління відрізняється від менеджменту¹⁵. Отже, застосовувати його доцільно тільки до назви структурного підрозділу державного органу.

Поняття слова «персонал» означає (від лат. *persona* – особистість) – особовий склад, колектив працівників якої-небудь установи, підприємства тощо¹⁶. А слово «кадри» – це основний склад працівників якої-небудь організації, підприємства, установи тощо¹⁷.

З огляду на аналіз значення цих слів робимо висновок про доцільність застосування поняття кадрова служба, оскільки він може застосовуватися як на державних органах, так і на будь-якому підприємстві.

Висновки. Кадрова служба – це структурний підрозділ системи управління, яка з огляду на поставлені перед нею завдання реалізує кадрову політику підприємства щодо питань роботи з кадрами; здійснює організаційну та аналітичну роботу щодо підбору персоналу, добір персоналу підприємства з огляду на вимоги роботодавця та документальне оформлення руху кадрів, а також забезпечує вчасне проведення підвищення кваліфікації працівників з огляду на розвиток та потреби підприємства.

Завданнями кадрової служби мають бути: дотримання реалізації кадрової політики підприємства з питань роботи з кадрами; здійснення організаційної та аналітичної роботи щодо підбору персоналу; добір персоналу підприємства з огляду на вимоги роботодавця; підвищення кваліфікації та проведення атестації працівників з огляду на розвиток та потреби підприємства; документальне оформлення руху кадрів на підприємстві; оформлення документації щодо призначення пенсій.

¹ Рачинський А.П. Служби управління персоналом: особливості створення та функціонування. *Державне будівництво*. 2008. № 2. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/DeBu_2008_2_47

² Сучасні проблеми розвитку національної економіки і шляхи їх розв'язання: колективна наукова монографія / М.М. Єрошенко, Л.А. Азьмук, М.О. Александрова та ін.; за наук. ред. М.М. Єрошенка; Нац. акад. упр. Київ: Нац. акад. упр., 2008. 452 с. С. 34.

³ Тяннікова К.П., Березюк С.В. Соціально-економічна сутність персоналу підприємства. *Економічні проблеми розвитку аграрного виробництва в регіоні*. 2010. Вип. 6. С. 78–82.

⁴ Положення про відділ кадрів Львівського національного університету імені Івана Франка від 2015 р. URL: https://www.lnu.edu.ua/wp-content/uploads/2019/07/reg_staff-office.pdf

⁵ Офіційна сторінка Львівського національного університету імені Івана Франка. URL: <https://www.lnu.edu.ua/about/sub-divisions/general-university-units/>

⁶ Про державну службу: Закон України від 10.12.2015 р. № 889-VIII. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/889-19>

⁷ Офіційна сторінка Львівського національного університету імені Івана Франка. URL: <https://www.lnu.edu.ua/about/sub-divisions/general-university-units/>

⁸ Положення про відділ кадрів Львівського національного університету імені Івана Франка від 2015 р. URL: https://www.lnu.edu.ua/wp-content/uploads/2019/07/reg_staff-office.pdf

⁹ Про державну службу: Закон України від 10.12.2015 р. № 889-VIII. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/889-19>

¹⁰ Про затвердження Типового положення про службу управління персоналом державного органу: наказ НАДС від 03.03.2016 р. № 47. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0438-16/paran13#n13>

¹¹ Про затвердження Типового положення про службу управління персоналом державного органу: наказ НАДС від 03.03.2016 р. № 47. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0438-16/paran13#n13>

¹² Рачинський А.П. Служби управління персоналом: особливості створення та функціонування. *Державне будівництво*. 2008. № 2. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/DeBu_2008_2_47

¹³ Про затвердження Типового положення про кадрову службу органу виконавчої влади: Постанова Кабінету Міністрів України (втратила чинність від 22.07.2016 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/912-96-%D0%BF#Text>

¹⁴ Великий тлумачний словник сучасної української мови : 250000 / уклад. та голов. ред. В.Т. Бусел. Київ; Ірпінь: Перун, 2005. 1426 с. С. 1424.

¹⁵ Великий тлумачний словник сучасної української мови : 250000 / уклад. та голов. ред. В.Т. Бусел. Київ; Ірпінь: Перун, 2005. 1426 с. С. 1300.

¹⁶ Великий тлумачний словник сучасної української мови : 250000 / уклад. та голов. ред. В.Т. Бусел. Київ; Ірпінь: Перун, 2005. 1426 с. С. 754.

¹⁷ Великий тлумачний словник сучасної української мови : 250000 / уклад. та голов. ред. В.Т. Бусел. Київ; Ірпінь: Перун, 2005. 1426 с. С. 409.

Резюме

Стасів О.В., Бутинська Р.Я. Поняття та завдання кадрової служби підприємства: правовий аспект.

Стаття присвячена дослідженню доцільності застосування поняття «кадрова служба», а також завданням, які вона має виконувати. Авторами обґрунтовується доцільність застосування терміна кадрова служба підприємства, оскільки саме така назва відображає сучасні вимоги ринку праці. Також у статті пропонується наділити такий структурний підрозділ низкою завдань, зокрема, найактуальнішими та затребуваними є добір персоналу підприємства з огляду на вимоги роботодавця, підвищення кваліфікації та проведення атестації працівників з огляду на розвиток та потреби підприємства тощо.

Ключові слова: відділ кадрів, служба управління персоналом, кадрова служба, працівник.

Резюме

Стасив О.В., Бутинская Р.Я. Понятие и задачи кадровой службы предприятия: правовой аспект.

Статья посвящена исследованию целесообразности применения понятия «кадровая служба», а также задачам, которые она должны выполнять. Авторами обосновывается целесообразность применения термина кадровая служба предприятия, поскольку именно такое название отображает современные требования рынка труда. Также в статье предлагается наделить такое структурное подразделение рядом задач, в частности, наиболее актуальными и затребуванными является отбор персонала предприятия, учитывая требования работодателя, повышение квалификации и проведение аттестации работников, учитывая развитие и потребности предприятия и т.п.

Ключевые слова: отдел кадров, служба управления персоналом, кадровая служба, работник.

Summary

Oksana Stasiv, Roksolana Butynska. Concept and tasks of the personnel service of an enterprise: legal aspect.

The article deals with the investigation of the expediency of application of the concept of “personnel service”, as well as its tasks. It is noted that the application of the term “personnel department” for the name of the structural unit working with the staff is an outdated Soviet heritage and does not reflect those tasks that this department should perform.

It is also noted that the reform of the public service that began at the state level is ineffective. Thus, at the legislative level there is a personnel management service, which is no different from the established personnel department in its activities. Such personnel departments have a rather low organizational status, which led to the fact that they do not carry out a number of tasks for personnel management, as well as ensuring the normative conditions of its work.

The authors substantiate the expediency of using the term personnel service of an enterprise, since this name reflects the current labor market requirements. The personnel service is a structural unit of management system, which implements the personnel policy of the enterprise on the issues of the staff. It carries out organizational and analytical work on recruitment, the selection of employer personnel in view of the requirements of the employer and the documentary registration of the movement of personnel, as well as provides timely training of employees in view of the development and needs of the enterprise. The tasks of the personnel service are: to comply with the implementation of the personnel policy of the enterprise on issues of personnel; implementation of organizational and analytical work on recruitment; selection of the staff of the enterprise in view of the requirements of the employer; advanced training and certification of employees in view of the development and needs of the enterprise; documentary design of the movement at the enterprise; registration of documentation for the purpose of pensions.

Key words: personnel department, personnel management service, personnel service, employee.

Н.Т. ДУБИЦЬКА

*Наталія Тарасівна Дубицька, адвокат, дослідник
Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника**
ORCID: 0000-0001-7585-5431

РИЗИК ТА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ У ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Постановка проблеми. Дослідження приватної відповідальності та з'ясування її місця в системі юридичної є неповним без виявлення її особливостей. Це стосується і професійного ризику як малодослідженої теоретичної конструкції у цивільному праві. У доктрині поняття ризику досить часто ототожнюють з поняттям вини, що не завжди можна вважати виправданим. Причому порівняльний аналіз цих юридичних конструкцій доводить, що потрібно чітко розмежовувати діяльність, пов'язану з ризиком для життя, від діяльності, що вважається підвищено небезпечною для оточуючих внаслідок експлуатації відповідних «ризикових» об'єктів (використання яких спричиняє чи може завдати шкоди суспільству чи окремим громадянам).

Формулювання мети. З метою більш чіткої уніфікації термінів і понять доцільно звернутися до розмежування таких термінів, як: «цивільне право», «приватне право», «цивільне законодавство». З цього приводу варто звернути увагу на позиції науковців. Так, Є.О Харитонов зазначає: «Отже, цивільне право, що розглядається під таким кутом зору, є проявом приватного права на рівні національних правових систем, виступаючи тут як галузь національного права (цивільне право у об'єктивному сенсі, позитивне цивільне право)»¹.

Але, з іншого боку, професор пише: «Поділ права на приватне і публічне є науковою абстракцією, яка дозволяє в найбільш загальних рисах характеризувати два головних напрями правового регулювання суспільних відносин. Саме тому аналіз категорії приватного права, як правило, супроводжується характеристикою і права публічного». На нашу думку, така позиція має важливе фундаментальне підґрунтя поділу права на природне і позитивне, яке визначальним фактором регулювання правового суспільства ставить Людину, її честь і гідність, визначає Гуманність (людяність) як найвищий прояв добра і справедливості. Тому і справді не варто розглядати концепцію, парадигму «відповідальності» лише з точки зору її місця чи це право «приватне» чи «цивільне», адже йдеться про ті ж самі явища, тільки з різних класифікаційних критеріїв. Ми визнаємо дихотомію права, але галузева приналежність того чи іншого права не виключає дуалізму відповідальності (адже, на нашу думку, у сфері тих чи інших правовідносинах лежить поєднання і приватного, і публічного начал). Основою, визначальною метою має бути охорона і захист Людини як найвищої соціальної цінності в суспільстві. Це і є основною метою та слугувати результатом виявом ефективності правового регулювання відповідних правовідносин.

Адже, як видається, немає діяльності, яка була б не пов'язаною із небезпечними об'єктами, всякий процес використання відповідних технічних об'єктів може бути підвищено небезпечним для оточення. З цього приводу варто проаналізувати підстави та специфіку відповідальності за професійну діяльність, яка є небезпечною для того, хто її виконує чи щодо кого вона здійснюється.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. На нашу думку, варто погодитися з тими науковцями, які стверджують, що у разі заподіяння шкоди за умови здійснення такої діяльності слід кваліфікувати за ст. 1166 ЦК України, а не за ст. 1187, яка передбачає відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки.

Для того, щоб вирішити проблему, треба первинно дефініціювати поняття. Отже, спробуємо сформулювати поняття ризику як правової категорії, а звідси з'ясувати, як він співвідноситься з відповідальністю у цивільному праві. В правничій науці вже утвердилася точка зору про те, що категорія ризику визначає ймовірність настання небажаних подій і наслідків, але із врахуванням специфіки предмета й метода відповідних галузей права. У чинному законодавстві передбачено визначення поняття ризику, зокрема, у відповідних нормативно-правових актах. Скажімо, у Законі України «Про об'єкти підвищеної небезпеки» під ризиком слід розуміти «ступінь ймовірності настання певної негативної події, яка може відбутися в певний час або за певних умов на території відповідного об'єкта підвищеної небезпеки і(або) за його межами» (ст. 1). Але, як видається, досить цікавим є розуміння ризику у цивільному праві. Так, він розглядається цивілістами як можливість виникнення негативного чи позитивного результату, що викликано професійним чи іншим характером діяльності особи або поєднанням із відповідним зобов'язанням випадкових юридичних фактів.

Поняття ризику у цивільному праві має й законодавче підґрунтя. Згідно зі ст. 50 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) однією з умов визнання діяльності підприємницькою є ризик. Що стосується, скажімо, ст. ст. 924 і 947 ЦК України, то передбачено дещо протилежне формулювання – головним чином

йдеться про ризик «втрати, нестачі, псування або пошкодження». І цим, звичайно, не вичерпуються випадки застосування цього терміна у цивільному законодавстві.

На сьогодні виникають колізії у правозастосуванні поняття «ризик» внаслідок неоднозначного його тлумачення у нормах, які застосовують цей термін. Окреслена проблема зумовлена й відсутністю нормативного визначення даної категорії у цивільному праві, як і у будь-якій іншій галузі права.

Потрібно проблему ризику у таких різних її аспектах: зокрема, з погляду виконання зобов'язань, з огляду на підстави відшкодування збитків та у межах цивільної відповідальності. Не зовсім правильно ототожнювати поняття ризику із настанням невігідних несприятливих наслідків, а також розглядати як несприятливий результат. У такому розумінні даний термін пов'язується із приватною відповідальністю.

Така позиція безперечно заслуговує на увагу, але вона не позбавлена окремих недоліків. Адже ризик (як правова категорія) характеризується багатоаспектним характером, тому треба дослідити всі прояви даного явища. Специфіка співвідношення ризику та інтересу у цивільному праві теж, звичайно, заслуговує на увагу.

У науці висловлювалася думка про те, що відповідальність лише «за вину» є несправедливою стосовно потерпілого, тому що його право на відшкодування шкоди стає залежним від обставин, для нього байдужих.

Видається достатньо висвітленою в працях В.А. Ойгензіхта теорія суб'єктивного ризику, згідно з якою відсутність вини при виникненні відповідальності не означає, що взагалі відсутній який-небудь суб'єктивний чинник, умови цивільної відповідальності. Таким суб'єктивним фактором є ризик правопорушника. Ризик – це такий суб'єктивний стан особи, коли вона усвідомлено допускає з більшою чи меншою ймовірністю можливість заподіяння шкоди у майбутньому, при цьому особа не повинна передбачати неминучість їхнього заподіяння. В.А. Ойгензіхт² вважає, що свідоме допущення шкідливих наслідків наближає ризик до вини. У зв'язку з цим він виділяє категорію «винного ризику», який об'єднує протиправність і психічне ставлення суб'єкта до негативних наслідків, неминучість яких не повинна і не може бути передбачена. Ризик не виключає суб'єктивно-дуалістичний характер відповідальності, що стосується, зокрема, і вини. Адже остання і ризик досить різноманітні та самостійні за своєю юридичною природою. Сутність вини – вільний вибір суб'єктом негативного варіанта поведінки, ризик є радше необхідністю. Ризик передбачає лише усвідомлену альтернативу вибору роду діяльності, аж ніяк не характеризує відношення особи до своїх протиправних дій.

Відповідно, Ю. Фогельсон³, скажімо, слушно акцентує увагу на тому, що «інтерес і ризик невіддільні один від одного: де є інтерес, там існує і ризик». В унісон з даною позицією абсолютно обґрунтовано те, що ідея ризику властива концепції дихотомії приватної відповідальності: інтерес є метою та причиною відповідальності, протилежний бік і альтернатива реалізації якого зумовлені ступеням настання ризику. Видається, слід дослідити й такий елемент ризику у цивільному праві, як «можливість загрози збитків», а також зумовлену цим потребу її детальної аналізу. На сьогодні привертають особливу увагу подані у правничій літературі погляди про правомірний професійний ризик, згідно з якими звільняється від відповідальності працівник за відсутності з його боку неналежного догляду «упущення», натомість за умови неналежного використання «достатніх шансів» на успіх передбачається й відповідальність за необережність.

Отже, можна говорити про те, що відповідальність за ризик у цивільному праві має всі достатні підстави вважатися відповідальністю у її власному розумінні. Це пояснюється тими особливостями цивільного права, яке «знає» презумпцію вини, тобто заперечення останньої доводиться відповідачем у суді. На нашу думку, це зумовлює специфіку ризику як своєрідної категорії у правовій науці та її вплив на формування концепції цивільної відповідальності.

У науці цивільного права визнаються дві самостійні передумови виникнення «цивільної відповідальності за ризик»:

1) особливий вид діяльності, пов'язаний із використанням техніки (що є небезпечним для оточення);

2) через неможливість людини контролювати настання відповідних шкідливих наслідків); неналежна (яка може передбачати альтернативу настання несприятливих майнових наслідків для особи делінквента) поведінка суб'єкта правопорушення, яка визначається на засадах вини.

Вважається, що встановлення у договірних відносинах більш високої відповідальності за професійну діяльність організацій із збереження майна безпідставно до деякої міри визнавати «несправедливим і позбавленим виховного значення», оскільки останнє зумовлено особливим характером відповідних суспільних відносин. Разом із тим визначальним фактором цивільного правопорушення вважається поведінка, що не поєднується із законним регулюванням відповідних суспільних відносин⁴. У такому розумінні правовий вплив здійснюється через покладення відповідальності на засадах вини. Між тим, покладення відповідальності на «невинних осіб» слід розглядати в якості захисту на засадах ризику, причому аж ніяк не міру відповідальності. Видається небезпідставною критику теорії «ризик» у цивільному праві, відповідно до якої «відшкодування шкоди в окремих випадках професійної діяльності відбувається не на засадах відповідальності (вини), а також спеціальної форми відновлення майнового стану потерпілого, обґрунтованого засадами локалізації шкоди на особі, яка її завдала». Що стосується сутності відповідальності, у даному випадку все ж таки мається на увазі відповідальність «за відсутності протиправності» як наслідок винної відповідальності.

Протилежної точки зору з цього приводу дотримувався В.А. Ойгензіхт⁵, який стверджував, що «ризик може поряд з виною бути суб'єктивною підставою цивільної відповідальності за наявності одних лише об'єктивних підстав є безпідставними, зокрема, з огляду на їх необґрунтованість».

Безумовно, така точка зору заслуговує на увагу. Але вона відображає лише один бік проблеми кваліфікації цивільної відповідальності. Серед прихильників теорії ризику слід виділити й позицію С.М. Братуся⁶,

який вважав, що суб'єктивною підставою виникнення юридичного обов'язку відшкодувати шкоду і відповідальності, що випливає із невиконання зазначеного обов'язку, є ризик як допущення «ймовірних», випадкових умов, що спричиняють негативні наслідки для інших осіб. І це твердження є небезпідставним, воно не втратило своєї актуальності й сьогодні. Адже відповідальність за загальним правилом настає в результаті правопорушення – протиправного і винного заподіяння шкоди. Що ж стосується інших законних підстав з відшкодування шкоди, які називають у літературі відповідальністю (законодавче положення), то автори теорії «ризик» пропонують говорити не про відповідальність, а про обов'язок відшкодувати шкоду чи сплатити штраф. Таким чином, з огляду на загально визнану доктрину цивільного права та передбачену в чинному законодавстві вже усталену термінологію, можемо зробити висновок про те, що за умов наявності неповного складу правопорушення так звана «відповідальність» виникає не з правопорушення, а із спеціальних, передбачених законодавцем, юридичних фактів. Між тим, як видається, заперечення ризику як підстави цивільної відповідальності за загальним правилом має визначитися на засадах вини. Хоча дане твердження, на нашу думку, слід розглядати лише в одній площині (теорії «заподіяння»). Як випливає з контексту теорії «відповідальності», що ґрунтується на розумінні прихильників концепції «вини з обмеженнями», пояснюється це тим, що, як правило, відповідальність за заподіяну шкоду настає за наявності вини заподіювача шкоди, а в окремих випадках, які передбачені в чинному законодавстві, і навіть без вини, що є небезпідставним. Незважаючи на ці сталі концепції, не враховано колізії теорій відповідальності та ризику, який не визначає і не виключає відповідальності, а тим більше й протиправності чи винності. Це також можна пояснити наступними аргументами: по-перше, цивільне, як і будь-яке інше законодавство використовує поняття ризику не в розумінні покладення їх на іншу особу, а щодо залишення збитків на носії ризику; по-друге, відповідальність за обґрунтований ризик виключає як протиправність, так і саме притягнення особи до відповідальності, адже «обґрунтований ризик» свідчить про факт наявності вини заподіювача і тому не виключає ні протиправності, ні відповідальності, що й треба було довести. Треба згадати і позицію з цього приводу В.Д. Примака, який вважає, що «ризик як підстава або суб'єктивна умова відповідальності не здатний спростувати повною мірою обставин, що викликають саму відповідальність»⁷. На нашу думку, з підходом співвідношення ризику та цивільної відповідальності як не однопорядкових, а отже, й не поєднуваних понять, важко погодитися, зокрема, з огляду на те, що в деяких випадках відсутності однієї із форм вини (умислу чи необережності) законодавець визначає склад правопорушення залежно від наявності чи відсутності виправданого ризику як самостійної підстави відповідальності⁸. Зокрема, виходячи із законів формальної логіки, поняття, які порівнюються, повинні перебувати в одній теоретичній площині (суміжні явища). Тому професійний ризик має бути пов'язаний все-таки з протиправністю і виною як умовами цивільної відповідальності.

Погляди тих вчених, які безвинну відповідальність не вважають цивільною відповідальністю, є небезпідставними. Це можна аргументувати тим, що цивільній відповідальності, головним чином і без вини, притаманна насамперед компенсаційна функція, на відміну від кримінальної, яка виконує карально-виховну й обґрунтовано пов'язана з виною. Для цивільної відповідальності важливим є не кара, а відшкодування шкоди потерпілому в повному обсязі, тому вина в деяких випадках не має жодного юридичного значення для притягнення правопорушника до цивільної відповідальності. Суттєвим є те, що фактична шкода і порушене чуже суб'єктивне право, яке повинно бути відновлене будь-яким способом за рахунок заподіювача, хоча і невинуватого.

В сучасних умовах постійного оновлення судової практики можна дійти висновку про те, що неоднозначне застосування судами одних і тих самих норм про цивільну відповідальність призводить до відсутності чітких критеріїв правильної кваліфікації цивільного правопорушення.

Чи може настати відповідальність за правомірне діяння, за умови, якщо в результаті виникають негативні несприятливі обтяження (ущемлення), позаяк вже у іншій правовій площині, в інших правовідносинах, які виникають, скажімо, у формі позбавлення певного права (але це вже є відповідальність). Тобто, чи можуть одні правовідносини породжувати закономірно інші? І чи можна говорити про відповідальність за правомірне діяння. А, можливо, все-таки, в цьому і полягає особливість саме цивільної (або приватної відповідальності)? Видається, специфіка останньої полягає якраз в її поліфонічному характері.

Якщо ж можливість притягнути суб'єкта цивільного правовідносин до цивільної відповідальності зумовлюватиметься нічим іншим, як відсутністю відповідної норми права (чи прогалиною в українському законодавстві), скажімо, про рекламу чи маркування продукції, то навіть за умов наявності потенційної можливості двозначного сприйняття розповсюджені інформації елемент протиправності буде відсутній (точніше – недобросовісності). Але ж така законодавча техніка є малоефективною. Бо право особи має бути захищено! Якщо ж всупереч відсутності даного елемента буде винесений правозастосовний акт, то він буде вступати в конфлікт з тією початковою задачею, яку все ж таки ставив законодавець у статті Закону «Про захист від недобросовісної конкуренції»⁹.

Висновки. Як видається, цілком обґрунтованим є те, що застосування терміна «відповідальність без вини» є некоректним, правильніше говорити про відповідальність за ризик, оскільки дійсною умовою притягнення до відповідальності є дія випадку як зворотна сторона юридичного ризику. З цим твердженням можна погодитися, але лише щодо деліктної відповідальності. З урахуванням існування в цивільних відносинах двох видів зобов'язань – договірних і недоговірних, цілком виправдано поділяти відповідальність без вини на договірну і недоговірну-деліктну. При цьому під договірною відповідальністю без вини слід розумі-

ти відповідальність, підставою виникнення якої є порушення договірних зобов'язань або норм цивільного законодавства, що регулюють договірні правовідносини (наприклад, ст. 614, ч. 2, 3 ст. 950 ЦК України). Позадоговірна відповідальність без вини виникає не з порушення договору, а внаслідок завдання шкоди, тобто з деліктів (ст. ст. 1173–1176, 1187, 1209 ЦК України). На відміну від деліктної, договірної відповідальності без вини виникає в рамках уже існуючих правовідносин, де вже чітко визначені боржник і кредитор, їхні права і обов'язки.

Підставою виникнення договірної відповідальності є порушення відносного суб'єктивного права, конкретного обов'язку. За загальним правилом, договірні зобов'язання сторони приймають на себе добровільно. Боржник, укладаючи договір, порівнює або принаймні має порівнювати свої можливості зі змістом прийнятих на себе обов'язків; він усвідомлює характер узятих обов'язків і цілком конкретно передбачає можливість настання відповідальності в разі їхнього порушення.

Отже, ризик – це виправдана необхідність, обґрунтована потребою у залученні шкідливих об'єктів у конкретній сфері діяльності. У зв'язку з цим настання договірної відповідальності в переважній більшості випадків позбавлене ступеня раптовості, а отже, і ризику.

Таким чином, можна зробити висновок, що в системі особливостей відповідальності у приватному праві концепція ризику потребує більш ґрунтовного і глибокого наукового дослідження, адже впливає на формування теорії приватної відповідальності зокрема.

¹ Харитонов Є.О. Проблеми питання визначення співвідношення понять «приватне право», «цивільне право» та «цивільне законодавство». *Часопис цивілістики*. 2013. Вип. 14. С. 7–14. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chac_2013_14_2

² Ойгензихт В.А. Проблема риска в гражданском праве: монография. Душанбе: Ирфон, 1972. 225 с.

³ Фогельсон Ю.Б. Страховые убытки. Некоторые проблемы правового регулирования. *Убытки и практика их возмещения*: сб. статей / под ред. Рожковой М.А. Москва: Статут, 2006.

⁴ Петрицин Н.Т. Ризик та цивільна відповідальність. *Часопис Академії адвокатури України*. 2012. № 14. С. 1–5.

⁵ Ойгензихт В.А. Воля и волеизъявление. Душанбе: Дониш, 1983. 256 с.

⁶ Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность (Очерк теории). Москва, 1976. 85 с.

⁷ Примак В. Відповідальність за порушення грошового зобов'язання: гарантії. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2017. № 3. С. 34–47. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/uazt_2017_3_6

⁸ Петрицин Н.Т. Ризик та відповідальність у цивільному праві. *Часопис Академії адвокатури України*. 2012. № 14. С. 1–5.

⁹ Про захист від недобросовісної конкуренції : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 36. Ст. 164. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/236/96-%D0%B2%D1%80#Text>

Резюме

Дубицька Н.Т. Ризик та відповідальність у приватному праві.

У даній статті здійснено теоретико-правовий аналіз особливостей приватної відповідальності за ризик, а також проаналізовано та систематизовано існуючі точки зору щодо концепцій вини у приватному праві, досліджено алеаторний характер приватної відповідальності

Ключові слова: приватна відповідальність, ризик, вина, протиправна поведінка, причиновий зв'язок.

Резюме

Дубицькая Н.Т. Риск и ответственность в частном праве.

В данной статье осуществлен теоретико-правовой анализ особенностей частной ответственности за риск, а также проанализированы и систематизированы существующие точки зрения концепций вини в частном праве, исследованный алеаторный характер частной ответственности

Ключевые слова: частная ответственность, риск, вина, противоправное поведение, причинная связь.

Summary

Natalia Dubytska. Risk and responsibility in private law.

Our purpose of this article is already to present some of the details of a new approach to professional's liability within the private field, adapted to the problems law drafting are currently proposed

In the article forms of risks in private law are investigated in combination with original author's methods of legal practice. The doctrinal and normative suggestions for updating civil legislation and improving the practice of regulating the studied relations in Ukraine are formulated.

The research considers author's scientific approaches to understanding risk as a social category and the formation of risk category in legal doctrine. The signs of risk are singled out and characterized and the author's definition of the term «risk» is given.

The legal vision of the risk is determined and the relationship of risk with such categories as legal fact, interest, subjective law and legal relationship is revealed. It is argued that the risk has a complex structure and can be considered as a legal fact, a condition for the emergence of civil legal relations or an element of their content. As a legal fact, there is a risk in the case of a direct reference in the law or contract to its ability to cause the emergence, change or termination of subjective civil rights directly, their individual empower, legal responsibilities or change civil relations. As a condition for the emergence of civil legal relations, risk is a circumstance that contributes to the emergence, change or termination of certain legal relations, is their precondition and indispensable condition of existence, but it does not generate legal consequences directly. As an element of the content of civil law, risk is manifested through the category of «right to risk», which is an independent opportunity to make risky decisions, which follows from the provisions of the law or contract.

The author's classification of risks is proposed in the article. According to traditional criteria is given, namely: types of civil legal relations in which risk may arise – property, personal non-property, corporate risks. It is defined to divide legal risks into: a) professional risks; b) legal risks; c) medical legal risks. Since, risks in some areas of private law have not been analyzed comprehensively. As a result of the research, new scientific provisions are obtained; they enrich the theory of private law and the doctrine of private law regulation of relations in the field of private law care.

Key words: risk, private law, functions of risk, features of risk, risk management, absolute legal relations, aleatory obligations, contract, non-contractual obligations, and private liability.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.40

УДК 347.466

О.О. ЛІПАТНІКОВА

*Ольга Олександрівна Ліпатнікова, аспірантка
Національного юридичного університету імені
Ярослава Мудрого**

ORCID: 0000-0003-0058-8572

ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА ЗАСТАВИ КРЕДИТОРОМ

Постановка проблеми. Актуальність дослідження особливостей реалізації прав кредитора у разі застави посилюється зростанням попиту на використання конструкції застави у різних варіаціях у цивільно-правовому обороті, необхідністю удосконалення механізму регулювання заставних відносин у площині зростаючої кількості судових спорів у сфері застави. Окрім суто прикладного існує також і теоретичний бік проблеми, пов'язаний із узгодженням сутності реалізації права застави із загальнотеоретичними підходами до поняття реалізації права.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми права застави та його реалізації активно досліджували такі вчені, як Ч.Н. Азімов, І.І. Пучковська, В.В. Скворцов, В.Н. Ковальов, Ю.П. Пацурківський, О.А. Старостіна, С.П. Гришаєв, С.В. Сарбаш, О.О. Шапошніков, Т.С. Шкрум, О.С. Кізлова, Є.О. Харитонов, Л.С. Леонова; цієї тематики торкалися й практичні працівники, зокрема Н.В. Саутенко. Втім, наразі значне коло питань залишаються невирішеними, зокрема потребує свого вирішення проблема реалізації права застави кредитором.

Мета. Виходячи з цих міркувань, мета даної статті полягає в тому, щоб запропонувати результат теоретичного моделювання у вигляді формулювання особливостей реалізації прав кредитора у разі застави, у тому числі в площині співвідношення із реалізацією права як теоретичною категорією.

Виклад основного матеріалу. Аналіз визначень застави, закріплених у ст. 572 ЦК України, ст. 1 Закону України «Про заставу», свідчить про виокремлення законодавцем **права застави** як самостійної категорії у відносинах, що складаються у зв'язку із застосуванням цього виду забезпечення виконання зобов'язання. Історичний розвиток інституту застави показує, що існує кілька підстав виникнення права застави, зокрема: договір; закон; судові рішення та заповіт. При цьому дві останні підстави не притаманні національній правовій системі, тому і цивільне законодавство, і доктрина цивільного права до підстав виникнення права застави частіше відносять договір і закон. Хоча за приписами ст. 574 ЦК України застава виникає з договору, закону або рішення суду. Акцентуємо, що у цій нормі йдеться про виникнення застави, а не права застави. Головним джерелом виникнення права застави лишається договір, коли для виникнення застави між заставодержателем і заставодавцем має бути досягнуто згоду про встановлення застави. При цьому договір застави відокремлюється від договору, за яким виникає забезпечене заставою зобов'язання (кредитний договір, договір позики), але може існувати у вигляді умови про заставу, бути включений до основного договору (кредитний договір, договір позики).

Застава, як і будь-який інший вид забезпечення, має акцесорний характер, який знаходить свій прояв у наявності зв'язку із основним зобов'язанням. Так, за загальним правилом, застава може збільшуватися або зменшуватися у сумі залежно від зміни суми основної вимоги. Залежність застави від основної вимоги підтверджується також тим, що визнання недійсності основного зобов'язання тягне за собою і недійсність застави. Крім того, акцесорність застави тісно пов'язана з тим, що застава завжди слідує долі основного зобов'язання і не має самостійного існування щодо забезпеченої нею вимоги. Задоволення основного зобов'язання припиняє його належним виконанням і стає підставою для припинення застави. Характерно, що норми ЦК про припинення зобов'язань (гл. 50 ЦК України) не містять такої підстави, як припинення акцесорного внаслідок припинення з виконанням основного, що слід визнати певним упущенням законодавця.

У науковій літературі висловлюється думка про заставу як спосіб захисту, встановлений договором або законом в інтересах кредитора на випадок можливого порушення боржником договірною зобов'язання. Цим

© О.О. Ліпатнікова, 2021

* *Olga Lipatnikova, Postgraduate student of Yaroslav Mudryi National Law University*

самим істотно зміщуються акценти від виконання функції забезпечення належного виконання обов'язків боржником до забезпечення прав кредитора шляхом надання йому виконання за порушенням боржником зобов'язанням у порядку захисту його прав за рахунок забезпечувального джерела – певного майна – предмета застави¹. Таким чином, заставу слід вважати не способом забезпечення належного виконання зобов'язання, а насамперед можливістю захисту кредитора у разі порушення зобов'язання, і лише тоді й відбувається реалізації прав заставодержателя (кредитора). Тут доцільно визначити, що являє собою реалізація права у загально-теоретичному аспекті. В.В. Лазарев писав, що реалізація права, будучи діяльністю, відповідною йому, позиціонується і як певний процес, і як результат. Причому реалізація права оцінюється з об'єктивного і суб'єктивного боків. З об'єктивного – це певна чітка послідовність правомірних дій, включаючи застосування правових засобів і способів здійснення правових приписів. Суб'єктивна ж сторона реалізації права охоплює відношення суб'єкта до правових вимог і стан його волі у момент вчинення відповідних дій у визначеній формі². Такий підхід повністю пов'язує реалізацію права із його застосуванням і правозастосовною діяльністю, що характерні для публічного права. Водночас стосовно реалізації права застави такі розробки можуть бути застосовані за умов певної «адаптації» до сфер приватного права і пристосування до заставних правовідносин.

Реалізація права застави пов'язується із порушенням основного зобов'язання, тому захист прав кредитора при реалізації застави відбувається шляхом звернення стягнення на спеціально виокремлене для цього майно боржника або майнового поручителя. Право застави виникає з моменту укладення договору застави, а у випадках, коли договір підлягає нотаріальному посвідченню, – з моменту його нотаріального посвідчення, крім випадків, установлених законом.

Заставне право передбачає **два етапи реалізації права заставодержателя**: а) звернення стягнення на майно; б) реалізація заставленого майна. В цьому плані можна стверджувати певну схожість реалізації права застави як сукупність певних дій із реалізацією права в загальному виді.

Заставодержатель набуває право звернення стягнення на предмет застави, яке здійснюється за рішенням суду, якщо інше не встановлено договором або законом (ст. 590 ЦК України). Закони України «Про заставу» та «Про іпотеку» встановлюють додаткову форму стягнення – на підставі виконавчого напису нотаріуса.

Слід зауважити, що звернути стягнення на заставлене майно є правом заставодержателя, а не його обов'язком, який залежно від обставин вирішує питання щодо реалізації права або зупинення звернення стягнення на предмет застави. З метою запобігання зверненню стягнення на заставлене майно та припиненню даної процедури боржник або заставодавець (якщо ним є особа, відмінна від боржника) мають право виконати основне зобов'язання, а якщо таке виконання передбачається частинами – шляхом виконання простроченої частини зобов'язання.

Вартість предмета застави, як правило, перевищує розмір боргу за забезпеченим зобов'язанням, а страхування заставленого майна на випадок його загибелі дозволяє кредитору отримати задоволення своєї вимоги за рахунок страхового відшкодування у разі настання страхового випадку. При заставі вимоги кредитора як заставодержателя задовольняються переважно перед іншими кредиторами боржника в повному обсязі, що визначається на момент фактичного задоволення, включаючи сплату процентів, неустойки, відшкодування збитків, завданих порушенням зобов'язання, необхідних витрат на утримання заставленого майна, а також витрат, понесених у зв'язку з пред'явленням вимоги, якщо інше не встановлено договором.

Звернення стягнення на предмет застави відбувається: а) у судовому порядку (на підставі рішення суду); б) у нотаріальному порядку (на підставі виконавчого напису нотаріуса); в) у договірному порядку (на підставі договору про задоволення вимог іпотекодержателя). При застосуванні перших двох варіантів застосовується примусова процедура, що виконується державним виконавцем. При застосуванні третього варіанта сторони в договорі про задоволення вимог заставодержателя передбачають один із двох способів: перехід права власності на предмет застави до кредитора або надання заставодержателю можливості продати предмет застави (укласти договір купівлі-продажу).

Так, Закон України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» встановлює наступні способи звернення стягнення на заставлене рухоме майно: 1) у позасудовому порядку відповідно до ст. 26 зазначеного Закону: а) передача предмета застави у власність заставодержателя в рахунок виконання забезпеченого заставою основного зобов'язання; б) продаж заставодержателем предмета застави шляхом укладення договору купівлі-продажу з іншою особою-покупцем або на публічних торгах (ст. 30 зазначеного Закону); в) відступлення заставодержателю права задоволення забезпеченої заставою вимоги у разі, якщо предметом застави є право грошової вимоги (наприклад, застава майнових прав за договором банківського вкладу або за будь-яким іншим договором, відповідно до якого заставодавець має отримати грошові кошти за поставлений товар, надану послугу, виконану роботу, надання речі в користування, комісія тощо).

На думку О.В. Дзери, вказаний позасудовий спосіб звернення стягнення на предмет застави кореспондується з вимогою, передбаченою ст. 23 Закону України «Про заставу», і його реалізація передбачає заміну кредитора у зобов'язанні відповідно до вимог гл. 47 Цивільного кодексу України. Якщо взяти до уваги, наприклад, порядок відступлення права вимоги за договором банківського вкладу, майнові права за яким передані в заставу банку, то внаслідок звернення стягнення на такий предмет застави у вищевказаний спосіб права кредитора (тобто заставодавця) перейдуть до боржника (тобто заставодержателя) у разі невиконання заставодавцем або боржником основного зобов'язання, забезпеченого такою заставою. Проте право звернути стягнення на майнові права за договором банківського вкладу може бути реалізовано заставодержателем лише після виконання останнім необхідних відповідно до закону дій (ст. ст. 27, 28 Закону України «Про

забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень») та спливу відповідного строку. Внаслідок цього відбудеться поєднання кредитора і боржника за договором банківського вкладу в одній особі (тобто в особі заставодержателя), що, відповідно, призведе до припинення зобов'язання за договором банківського вкладу на підставі ст. 606 ЦК України, а отже, й до припинення застави у зв'язку з припиненням права вимоги, яке становило предмет застави (ст. 593 ЦК України). За рахунок коштів банківського вкладу внаслідок звернення стягнення на нього відбудеться погашення заборгованості боржника за основним зобов'язанням (наприклад, за отриманим кредитом, гарантією) і в разі його виконання таким чином у повному обсязі зобов'язання боржника припиниться відповідно до ст. 599 ЦК України. Внаслідок недостатності суми банківського вкладу для виконання основного зобов'язання воно залишається невиконаним і може бути припинене на підставах, передбачених гл. 50 ЦК України³.

Реалізація заставленого майна як складова реалізації права застави здійснюється виконавцем на підставі виконавчого документа – виконавчого листа суду, виконавчого напису нотаріальних органів, якщо інше не передбачене законом чи договором. Заставодержатель, маючи нотаріально посвідчений договір, не може самостійно вчинити стягнення, він повинен звернутися до нотаріуса за вчиненням виконавчого напису, якщо ж договір не нотаріальний, то необхідне судове провадження, рішення суду, виконавчий лист. Тобто, реалізація права застави передбачає послідовність дій не тільки кредитора, а й інших органів і осіб у межах судової чи нотаріальної юрисдикції.

Відповідно до ст. 591 ЦК України реалізація предмета застави, на який звернене стягнення, проводиться шляхом його продажу з публічних торгів. Порядок реалізації заставленого майна передбачений Положенням про порядок проведення аукціонів (публічних торгів) з реалізації заставленого майна, що затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 22 грудня 1997 р. № 1448.

Реалізація майна здійснюється організатором аукціону (публічних торгів), а майна державних підприємств та відкритих акціонерних товариств, створених у процесі корпоратизації, всі акції яких перебувають у державній власності, відповідним органом приватизації. Фізична або юридична особа, що виявила бажання зареєструватись як учасник аукціону (далі – покупець), сплачує за реєстрацію її як учасника аукціону реєстраційний внесок, розмір якого встановлюється організатором аукціону і не може перевищувати одного неоподаткованого мінімуму доходів громадян, а також вносить кошти шляхом безготівкового перерахування на вказаний в інформації про аукціон рахунок у розмірі 10 відсотків початкової вартості реалізації майна. Відшкодування витрат, пов'язаних з реалізацією майна, покладається на заставодавця.

Наведені нормативні приписи, як і в цілому Положення про порядок проведення аукціонів (публічних торгів) з реалізації заставленого майна, не відповідають реаліям сьогодення і потребують істотного оновлення. До того ж вони не узгоджені із приписами актів вищої юридичної сили, зокрема Законом України «Про виконавче провадження». Відповідно до ч. 4 ст. 51 Закону реалізація заставленого майна здійснюється в порядку, встановленому цим Законом, а не постановою Кабінету Міністрів України. Таким чином, назріла необхідність реформування законодавства, що визначає порядок реалізації заставленого майна.

Висновки. За своєю сутністю реалізація права застави кредитором має схожість із реалізацією права у загальнотеоретичному плані, але вимагає певного пристосування теоретичної моделі до права застави. Можливість реалізації прав кредитора (заставодержателя) за договором застави завжди пов'язується з моментом порушення (невиконання чи неналежного виконання) основного зобов'язання та передбачає два етапи: звернення стягнення на майно та реалізацію заставленого майна.

¹ Пучковська І.Й. Теоретичні проблеми забезпечення зобов'язань: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Харків, 2018. 42 с. С. 4. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/download/diss/Puchkovska/a_Puchkovska.pdf

² Лазарев В.В. Применение советского права / науч. ред.: Волков Б.С. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1972. 200 с. С. 62.

³ Цивільне право України. Особлива частина: підручник. 3-є вид. / за ред. О.В. Дзери. Київ: Юрінком Інтер, 2010. 1176 с.

Резюме

Ліпатнікова О.О. Особливості реалізації права застави кредитором.

У статті представлено результат теоретичного аналізу сутності реалізації права застави кредитором. Визначено співвідношення реалізації права застави із теоретичною моделлю реалізації права. Автор вказав на необхідність пристосування загальної моделі реалізації права до права застави, яке включає звернення стягнення на майно і реалізацію заставленого майна. Момент виникнення права застави пов'язується із укладанням договору застави, реалізація права застави кредитором зумовлюється порушенням боржником основного зобов'язання. Порядок реалізації заставленого майна визначається законом, а не підзаконними актами.

Ключові слова: зобов'язання, право застави, іпотека, реалізація права застави, звернення стягнення на майно.

Резюме

Ліпатнікова О.А. Особенности реализации права залога кредитором.

В статье представлен результат теоретического анализа сущности реализации права залога кредитором. Определено соотношение реализации права залога с теоретической моделью реализации права. Автор указал на необходимость адаптации общей модели реализации права к праву залога, которое включает обращение взыскания на имущество и реализацию заложенного имущества. Момент возникновения права залога связывается с заключением договора залога, реализация права залога кредитором обусловлена нарушением должником основного обязательства.

Порядок реализации заложенного имущества определяется законом, а не подзаконными актами.

Ключевые слова: обязательство, право залога, ипотека, реализация права залога, обращение взыскания на имущество.

Summary

Olga Lipatnikova. Peculiarities of the exercise of the right of pledge by the creditor.

The article presents the result of a theoretical analysis of the essence of the realization of the right of pledge by the creditor. The correlation of the realization of the right of pledge with the theoretical model of realization of the right is determined. The author pointed out the need to adapt the general model of realization of the right to the right of pledge, which includes the application of foreclosure on the property and the sale of the pledged property. The moment of occurrence of the right of pledge is connected with the conclusion of the pledge agreement, realization of the right of pledge by the creditor is caused by violation by the debtor of the basic obligation. The procedure for the sale of mortgaged property is determined by law, not bylaws. The article points to the need to reform the legislation governing the sale of mortgaged property.

The author points out that the exercise of the right of pledge is associated with a breach of the principal obligation. The protection of the creditor's rights in the implementation of the pledge is carried out by applying for foreclosure on the specially designated property of the debtor or property guarantor. The right of pledge arises from the moment of concluding the pledge agreement, and in cases when the agreement is subject to notarization – from the moment of its notarization, except for the cases established by law.

The right of pledge arises from the moment of concluding the pledge agreement or from the moment of its certification by a notary. The exercise of the right of pledge involves a sequence of actions not only of the creditor, but also of other bodies and persons within the judicial or notarial jurisdiction.

In essence, the realization of the right of pledge by the creditor is similar to the realization of the right in general theoretical terms, but requires a certain adaptation of the theoretical model to the right of pledge. The possibility of exercising the rights of the creditor (pledgee) under the pledge agreement is always associated with the moment of violation (non-performance or improper performance) of the main obligation and involves two stages: foreclosure on the property and the sale of the pledged property.

Key words: obligations; right of pledge; mortgage; realization of the right of pledge; foreclosure on property.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.41

УДК 346.3

М.Ю. МОЖАРОВСЬКИЙ

*Микита Юрійович Можаровський, аспірант
ПрАТ «Вищий навчальний заклад «Міжрегіональна
Академія управління персоналом»**

ORCID ID: 0000-0001-5548-9710

КОМПЛАЄНС СУБ'ЄКТА ГОСПОДАРЮВАННЯ: ПОНЯТТЯ, ВИДИ ТА ПРИНЦИПИ

Постановка проблеми. Зміни, що постійно відбуваються у світовій економіці, об'єктивно впливають на стан суб'єктів господарювання як в усьому світі так і в Україні. До таких змін можна віднести не лише ті, що лежать в основі геополітичних потрясінь та економічних санкцій а й ті, що виникають на фондових і сировинних ринках та можуть мати прямий причинно-наслідковий зв'язок з першими. Загальновідомим фактом у прогнозуванні середньо- та довгострокових показників діяльності суб'єктів господарювання є пряма залежність очікуваної рентабельності та можливих ризиків при впровадженні господарської діяльності.

Наявність як суб'єктивних так і об'єктивних чинників, що безпосередньо впливають на бізнес та існують в сучасних умовах у світі і в Україні, мають враховуватись при визначенні такого співвідношення. До таких чинників, що насамперед впливають на алеаторність ведення господарської діяльності, належить нестабільність політичної ситуації, вплив корупційних ризиків, кризові явища в економіці (у тому числі вплив пандемії, спричиненої Covid-19), девальвація національної валюти та триваюча війна на сході України.

Крім зазначеного, слід звернути увагу на доволі розповсюджену позицію заінтересованих осіб (стейкхолдерів), що велике значення має і недосконалість правового забезпечення функцій внутрішнього контролю суб'єктів господарювання, на який може бути покладено суттєве нівелювання ризиків, яке спричинено вищезазначеними факторами.

Зневілювати негативні фактори впливу мають комплаєнс-заходи, що широко застосовуються упродовж тривалого часу компаніями економічно-розвинутих країн, і ці заходи починають впроваджуватись вітчизняними суб'єктами господарювання у своїй діяльності та слугують важливим елементом інтеграції українських компаній у світову економіку.

Так, дослідження основних напрямів впровадження правових засад комплаєнс у сферу господарювання очікувано дасть змогу віднайти шляхи подолання вищезазначених факторів. Розв'язання цього комплексу завдань на національному рівні стане суттєвим внеском в забезпечення прагнення України бути рівноправним суб'єктом міжнародного співтовариства, зокрема вступити до Європейського Союзу.

© М.Ю. Можаровський, 2021

* *Mykyta Mozharovskiy, Postgraduate student of the Interregional Academy of Personnel Management PJSC*

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Поняття «комплаєнс», без перебільшення, є новим для української наукової думки. Спробам надати визначення поняттю комплаєнсу та його видам були присвячені роботи ряду вітчизняних та зарубіжних вчених, таких як: Ю. Беляєв, Ж. Іванова, Л. Калініченко, Д. Малихін, О. Морковкіна, Н. Рубцова, Річард Фієна, О. Франкевич, М. Шарамко, Т. Щерба та ін.

Формування мети статті. З огляду на зазначене, у даній статті ми ставимо за мету дослідити понятійно-категоріальний апарат економіко-правових складових «комплаєнсу», в контексті видової приналежності як найбільш розповсюджених та широко застосовуваних механізмів внутрішнього контролю суб'єкта господарювання в сучасних умовах в Україні та виробити принципи організації системи комплаєнс у сфері господарювання.

Виклад основного матеріалу. Термін «комплаєнс» (compliance) походить від англійського «to comply» (виконувати, відповідати певним вимогам, стандартам тощо). Відповідність законам, правилам і стандартам у сфері комплаєнсу зазвичай стосується таких питань, як дотримання належних стандартів поведінки на ринку, управління конфліктами інтересів, справедливе ставлення до клієнтів і забезпечення сумлінного підходу при консультуванні клієнтів. До сфери комплаєнсу належать також специфічні області, такі як: протидія легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом, і фінансуванню тероризму; розробка документів та процедур, що забезпечують відповідність діяльності компанії з чинним законодавством; захист інформаційних потоків, протидія шахрайству і корупції, встановлення етичних норм поведінки співробітників та ін.¹

Оксфордський словник англійської мови наводить наступне визначення зазначеного терміна: «комплаєнс» – діяльність, що відповідає встановленим вимогам чи вказівкам, або ж покора (англійською – compliance is an action in accordance with a request or command, obedience)².

Кембріджський словник англійської мови наводить таке визначення цього терміна: комплаєнс – «дія у відповідності до запиту, правила чи вказівки»³.

В юридичній літературі по-різному визначаються поняття комплаєнсу, його цілі, функції, потенційні сфери застосування, наслідки впровадження та ін. Одні автори роблять акцент на здатності підприємця діяти відповідно до публічних вимог⁴ і визначають комплаєнс як форму саморегулювання, яка базується на державному регулюванні суспільних відносин⁵, що відповідає встановленому керівництву, порядку, набору правил, вимогам, специфікаціям або законодавству⁶; інші – на внутрішньому контролі (самоконтролі) підприємця, який визначається власними інтересами, що, зрозуміло, не виключає також облік вимог законодавства та наглядових органів⁷, як безперервну і специфічну діяльність з виявлення випадків та фактів невідповідності законам та вимогам, нормативно-правовим актам, ринковим стандартам і внутрішнім документам організації⁸ або як систему захисту бізнесу та його акціонерів від зовнішньої корупції, зловживань і неефективного управління організацією з боку її топ-менеджерів, а також здатність діяти відповідно до інструкцій, правил і спеціальних вимог⁹.

Як бачимо, із вищезазначеного комплаєнс нерідко застосовується у вузькому розумінні як функція внутрішнього контролю відповідної структурної одиниці суб'єкта господарювання щодо виявлення фактів порушення нормативних приписів¹⁰, як внутрішній механізм¹¹, або як система організаційно-правових або корпоративних заходів¹². Більш розширене розуміння, проте яке, на нашу думку, не повністю охоплює розуміння комплаєнсу, пропонується Н.В. Рубцовою та визначається як попередження виникнення порушень антимонопольного законодавства, забезпечення відповідності діяльності суб'єкта підприємницької діяльності вимогам, обов'язковим для виконання, які встановлені чинним законодавством і локальними актами цього суб'єкта, з метою забезпечення безпеки держави і суспільства, а також підвищення конкурентоспроможності господарюючого суб'єкта¹³.

У цілому слід зазначити, що базисом, який опосередковує організаційно-правові та методологічні вимоги до впровадження комплаєнсу, є як законодавчі акти загальної дії так і регуляторні (наприклад, Сарбайнс-Окслі, Базель II, НІРАА), стандартів та кодексів практики (наприклад, SCOR, ISO9000), договорів з діловими партнерами¹⁴, а також корпоративних (внутрішніх) правил локальної дії (наприклад, етичних норм поведінки, що є усталеною та відповідає певній сфері діяльності).

Таке дотримання правових норм і вимог законодавства, стандартів та етичних норм (кодексів поведінки) може стосуватися, зокрема: протидії корпоративному шахрайству та корупції (антикорупційний комплаєнс), антимонопольного регулювання (антимонопольний комплаєнс), захисту персональних даних, корпоративних відносин тощо.

Вищезазначені нами погляди щодо визначення комплаєнсу утворюють нашу позицію стосовно виділу «уніфікованих» видів комплаєнсу які необхідні для будь-якої організації (антикорупційний, податковий, корпоративний, трудовий комплаєнс) та інших вузькопрофільних видів комплаєнсу, що знаходяться у безпосередній залежності від специфічних особливостей діяльності суб'єкта господарювання (комплаєнс у сфері протидії легалізації (відмиванню) доходів, що одержані злочинним шляхом, комплаєнс у сфері протидії фінансування тероризму, комплаєнс у сфері фінансової та банківської діяльності, комплаєнс у сфері інтелектуальної власності й інновацій та ін.).

Так, пропонуємо виділити наступні **види комплаєнсу**, поділивши їх на два типи:

1. *Види комплаєнсу, необхідні для будь-якого суб'єкта господарювання:* антикорупційний комплаєнс; податковий комплаєнс; корпоративний комплаєнс; трудовий комплаєнс.

2. *Види комплаєнсу залежно від специфіки здійснення підприємницької діяльності:* комплаєнс у сфері протидії легалізації (відмиванню) доходів, що одержані злочинним шляхом; комплаєнс у сфері протидії фінансування тероризму; комплаєнс у сфері фінансової та банківської діяльності; комплаєнс у сфері інтелек-

туальної власності та інновацій; екологічний комплаєнс; антимонопольний комплаєнс; страховий комплаєнс; комплаєнс у сфері ринку цінних паперів; комплаєнс у сфері лістингу та бірж; інші види залежно від специфіки здійснення підприємницької діяльності.

Передбачаючи можливість імперативного відображення в законі застосування комплаєнс-заходів кожним суб'єктом господарювання, слід погодитись з тим, що виключний перелік таких комплаєнс-заходів навряд чи буде міститись в законі, адже їх деталізація все одно буде обов'язком суб'єкта господарювання. Це є логічним з огляду на те, що така деталізація можливих імперативних комплаєнс-заходів необхідна з огляду на особливості внутрішньої організації, статутних документів та специфіки діяльності.

Здійснення організації системи комплаєнс або комплаєнс-заходів мають відповідати загальним принципам, які відповідно до відправних положень права мають виражати найбільш важливі закономірності розвитку права взагалі, його головні риси та характеризуватись найбільш об'єктивними рівнями імперативної значимості поряд із необхідним ступенем диспозитивного забезпечення волевиявлення суб'єктів господарювання. Зазначене знаходиться у важливому взаємозв'язку із необхідністю їх побудови так, аби вони сприяли зміцненню суспільного ладу та господарського правопорядку в країні. Таким чином, принципи організації системи комплаєнс мають відображати провідну ідею, а також керівні засади правового регулювання відносин, що виникають у сфері здійснення цієї діяльності. Не будемо забувати, що сфера господарювання, а також відносини, що виникають між суб'єктами, які здійснюють господарську діяльність, базуються насамперед на загальних засадах цивільного права як права приватного, а також на загальних засадах господарського права як права частково публічного. *Тож вважаємо за важливе відмітити, що принципи організації системи комплаєнс у сфері господарювання мають відображати сутність і характер правового регулювання господарських відносин, особливість яких має поєднувати цінності приватного та публічного права.*

Принципам організації системи комплаєнс має бути притаманна й інша особливість, яка характерна загальноправовим принципам та полягає у тому, що вони мають бути допоміжним засобом тлумачення змісту норм права при їх практичному застосуванні. Останнє дуже важливо, на наш погляд, не лише в контексті комплаєнс-заходів як нової для українського законодавства форми контролю, а й тим, що ці принципи насамперед мають обумовлювати правила поведінки як керівну ідею, що закладена в основу норми права. Таким чином, застосування конкретної норми із врахуванням принципів регулювання дає змогу найбільш ефективно та спрямовано застосовувати будь-яку норму права.

Ще однією особливістю тієї уваги, яку ми приділяємо принципам організації системи комплаєнс, є їх важливість, коли у чинному законодавстві, внаслідок існування прогалів, виникає необхідність застосування аналогії закону чи аналогії права. Таким чином, відсутність конкретного положення, яке могло б бути застосовано для вирішення тієї чи іншої конкретної проблеми, може бути розв'язано з урахуванням принципів правового регулювання, в нашу випадку – *принципів організації системи комплаєнс.*

Наше останнє застереження має практичну цінність у контексті того, що правові принципи відрізняються від інших засобів правового регулювання своєю лаконічністю, але, разом із тим, мають нести більш широкий спектр правової інформації, ніж конкретна правова норма. Так і принципи організації системи комплаєнс мають, на нашу думку, відігравати роль стислої за своєю синергетичною сутністю квінтесенцією, що має збільшувати цілеспрямованість і точність дії конкретної норми або навіть норм права у їх поєднанні.

Розвиваючи нашу спробу визначити головні принципи організації комплаєнс, ми насамперед пам'ятаємо, що їх формулювання має відображати та відповідати основним положенням Конституції України, Господарського та Цивільного кодексів. Саме тому ті принципи організації системи комплаєнс, що будуть запропоновані нами нижче, досліджувались у тісному взаємозв'язку із загальними принципами господарювання (ст. 6 Господарського кодексу України), а також із загальними засадами цивільного законодавства (ст. 3 Цивільного кодексу України).

Віддаючи належне, а також керуючись тією послідовністю загальних принципів господарювання в Україні, що містяться у Господарському кодексі України, нашу *систему принципів організації системи комплаєнс* буде започатковано у взаємозв'язку з першим принципом господарювання (забезпечення економічної багатоманітності та рівний захист державою усіх суб'єктів господарювання). Цей принцип є основоположним для організації системи комплаєнс не лише тому, що відповідає головній ідеї комплаєнс як системи контролю, а й відбиває основні положення, закріплені у ч. 4 ст. 13 і ч. 1 ст. 15 Конституції України.

Таким чином, перший принцип організації комплаєнс ми визначаємо як *принцип забезпечення економічної рівноправності*. Це означає, що створена суб'єктом господарювання система комплаєнс має спрямовувати свої зусилля на функціонування та забезпечення таких важелів комплаєнс-заходів, що мають бути спрямовані на захист економічної рівноправності усіх суб'єктів господарювання шляхом унеможливлення зловживань та використання незаконних методів ведення конкурентної боротьби, зловживання монопольним становищем і застосуванням незаконних методів додаткового стимулювання задля отримання більшої вигоди.

Наступним зальним принципом господарювання Господарський кодекс України визначає принцип свободи підприємницької діяльності в межах, визначених законом. Цей принцип безпосередньо пов'язується із загальними принципами цивільного законодавства як свобода договору, а також свобода підприємницької діяльності яка не заборонена законом. Взаємопов'язаними і такими, що відповідають природі вищезазначених принципів, є запропоновані нами принципи, що визначаються як *принцип незалежності комплаєнс* та *принцип відповідності вимогам корпоративної культури*.

Принцип незалежності комплаєнс має сприйматись як додатковий засіб тлумачення та оцінки діяльності органів управління підприємства щодо невтручання в діяльність комплаєнс департаментів при здійсненні ними своїх функцій. Таким чином, принцип незалежності комплаєнс не розглядається як виключна індульгенція працівників комплаєнс департаменту при здійсненні ними своєї діяльності, адже останні можуть підпасти під зовнішній аудит, а також відповідними органами, що здійснюють контроль та нагляд за господарською діяльністю. Принцип незалежності комплаєнс має «працювати» виключно у внутрішньому середовищі.

Принцип відповідності вимогам корпоративної культури має враховувати, на нашу думку, стандарти корпоративної культури суб'єкта господарювання, що відображають необхідність дотримання кожним працівником тих комунікативних якостей та цінностей етико-морального спрямування, що унеможливають навіть гіпотетичне порушення закону та сприяють виявленню таких порушень і його осуду в межах трудового колективу.

Наступний загальний принцип господарювання визначається як принцип вільного руху капіталів, товарів і послуг на території України. На нашу думку, йому має відповідати та, відповідно, забезпечувати, *принцип взаємозалежності ресурсного забезпечення*. Цей принцип знаходиться в основі встановлення та практичного застосування таких правил поведінки, коли ідея заснування комплаєнс департаменту має передбачати забезпечення його роботи з урахуванням обсягу капіталів, напрямів їх рухів та товарообігу на території України.

Наступний загальний принцип господарювання, який є четвертим у послідовності, що визначає Господарський кодекс України, це обмеження державного регулювання економічних процесів у зв'язку з необхідністю забезпечення соціальної спрямованості економіки, добросовісної конкуренції в підприємстві, екологічного захисту населення, захисту прав споживачів і безпеки суспільства й держави. На нашу думку, він частково співвідноситься із принципом цивільного законодавства, що формулюється як «справедливість, добросовісність, розумність». Відповідно, пропонуємо *принцип ризик-орієнтованості*, як принцип організації системи комплаєнс, що має передбачати прорахунок алеаторних складових, які можуть мати місце в економічних процесах забезпечення соціальної спрямованості ризик-орієнтованих напрямів при забезпеченні екологічних вимог захисту прав споживачів, а також добросовісної конкуренції у підприємстві внаслідок запровадження, здебільшого, етико-емоційних чинників як-то дотримання справедливості, добросовісності, розумності.

Наступні загальні принципи господарювання визначаються Господарським кодексом України як захист національного товаровиробника та заборона незаконного втручання органів державної влади й органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб у господарські відносини. Знаходяться вони у прямій залежності із принципом «судовий захист цивільного права та інтересу» які у своїй сукупності відповідають принципу, що пропонується нами як *принцип багатоаспектності*. Цей принцип передбачає, що функція комплаєнс-заходів має бути спрямована на багатоаспектність забезпечення внутрішнього контролю суб'єкта господарювання, починаючи від кожного працівника суб'єкта господарювання та дій, спрямованих на відповідність законодавства щодо захисту національного товаровиробника і закінчуючи (але не обмежуючись) діями, спрямованими на унеможливлення незаконного втручання органів державної влади й органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб у діяльність суб'єкта господарювання та, відповідно, превентивними діями, які можуть знаходитись в основі гіпотетичних судових проваджень.

Висновки. На даний момент слід мати на увазі серйозне упущення законодавця який не визначив обов'язкове застосування комплаєнс-заходів на імперативному рівні. Відповідно, будь-який суб'єкт господарювання може на диспозитивному рівні визначати необхідність застосування комплаєнс-заходів залежно від сфери своєї діяльності та брати на себе відповідальність щодо виявлення потенційно небезпечних можливих ризиків та наслідку їх проявів.

Нами запропоновано ввести до наукового обігу поняття «комплаєнс суб'єкта господарювання» як збірної правової категорії, задля досягнення взаємодоповнювального ефекту, що базується на внутрішніх приписах суб'єкта господарювання з метою забезпечення відповідності його діяльності вимогам чинного законодавства та спрямований на попередження і нівелювання ризиків, що можуть бути наслідком вчинення посадовими особами відповідного суб'єкта господарювання правопорушень широкого спектру

Пропонуємо ввести до наукового обігу дефініцію «загальні засади (принципи) комплаєнс» як керівні засади побудови комплаєнс-заходів, що базуються на загальноправових принципах, є допоміжним засобом тлумачення змісту норм права при їх практичному застосуванні шляхом тлумачення цілеспрямованості та точності дії конкретної норми або норм права у їх поєднанні. Зокрема, пропонуємо виділити наступні принципи організації системи комплаєнс у сфері господарювання: принцип забезпечення економічної рівноправності; принцип незалежності комплаєнс; принцип відповідності вимогам корпоративної культури; принцип взаємозалежності ресурсного забезпечення; принцип ризик-орієнтованості; принцип багатоаспектності.

¹ Вікіпедія. URL: <https://uk.wikipedia.org/wiki/Комплаєнс>

² Оксфордський словник англійської мови. URL: <https://oxforddictionaries.com>

³ Compliance. Cambridge Dictionary Online. URL: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/compliance>

⁴ Мальхін Д.В. Особенности организации комплаєнс-контроля в российских банках. *Внутренний контроль в кредитной организации*. 2009. № 2. URL: <https://www.lawmix.ru/bux/26031>

⁵ Франкевич О.П. Комплаєнс как форма саморегулирования. *Юрист*. 2018. № 1. С. 20–25.

⁶ Шарамко М.М. Институциональный комплаєнс-контроль: монография. Москва: РУСАЙНС, 2016. 138 с. С. 10.

⁷ Морковкина Е.Б. Комплаєнс-функция в кредитных организациях. *Бухгалтерия и банки*. 2005. № 12. С. 47–49.

⁸ Беляев Ю.К. Применение инструментов комплаєнс-контроля для оптимизации корпоративного управления фармацевтическими компаниями. *Известия УрГЭУ*. 2013. № 1 (45). С. 45–50. С. 45.

⁹ Калініченко Л.Л. Теоретичні аспекти функціонування комплаєнсу у вітчизняних банках. *Наук. вісн. Херсон. держ. ун-ту. Серія «Економічні науки»*. Вип. 6. Ч. 4. 2014. С. 242–245. С. 242.

¹⁰ Иванова Ж.Б. Комплаєнс и отношения права собственности субъектов предпринимательства на объекты культурного наследия. *Юрист*. 2017. № 18. С. 4–8.

¹¹ Щерба Т.Э. 2018. Антимонопольный комплаєнс в России. Понятие. Виды. СПС «КонсультантПлюс». Из информационного банка «Юридическая пресса». URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=СП&n=114259#06979309333207595>

¹² Что такое антимонопольный комплаєнс? *Конкуренция и право*. 2014. URL: <http://www.cljournal.ru/vibor/118>

¹³ Рубцова Н.В. Комплаєнс как модель нормативного регулирования предпринимательской деятельности. *Юрист*. 2017. № 18. С. 30–33.

¹⁴ Fiene, Richard (2016), Theory of Regulatory Compliance. DOI: 10.13140/RG.2.2.34971.67360.

Резюме

Можаровський М.Ю. Комплаєнс суб'єкта господарювання: поняття, види та принципи.

У статті представлений теоретико-правовий аналіз поняття «комплаєнс» залежно від його видових ознак, що лежать в основі галузевої приналежності як найбільш розповсюджених та широко застосовуваних механізмів внутрішнього контролю суб'єкта господарювання в сучасних умовах в Україні. Виділено «уніфіковані» види комплаєнсу, які необхідні для будь-якої організації та вузькопрофільні види комплаєнсу, що знаходяться у безпосередній залежності від специфічних особливостей діяльності суб'єкта господарювання. Запропоновано принципи організації системи комплаєнс, що мають відобразити провідну ідею, а також керівні засади правового регулювання відносин, що виникають у сфері комплаєнс-діяльності.

Ключові слова: комплаєнс, комплаєнс-ризик, комплаєнс-процедури, комплаєнс-норми, комплаєнс-контроль, комплаєнс-принципи, суб'єкти господарювання.

Резюме

Можаровский Н.Ю. Комплаєнс субъекта хозяйствования: понятия, виды и принципы.

В статье представлен теоретико-правовой анализ понятия «комплаєнс» в зависимости от его видовых признаков, лежащих в основе отраслевой принадлежности как наиболее распространенных и широко применяемых механизмов внутреннего контроля предприятия в современных условиях в Украине. Выделены «унифицированные» виды комплаєнс, необходимые для любой организации, и узкопрофильные виды комплаєнс, находящиеся в непосредственной зависимости от специфических особенностей деятельности предприятия. Предложены принципы организации системы комплаєнс, которые должны отражать ведущую идею, а также руководящие принципы правового регулирования отношений, возникающих в сфере комплаєнс-деятельности.

Ключевые слова: комплаєнс, комплаєнс-риски, комплаєнс-процедуры, комплаєнс-нормы, комплаєнс-контроль, комплаєнс-принципы, субъекты хозяйствования.

Summary

Mykyta Mozharovskiy. Business entity's compliance: concepts, types and principles.

Ukraine's European integration processes determine not only the harmonization of national and European legislation, but also the implementation of certain standards of doing business and its development. One such legal instrument is compliance.

At the moment, it should be borne in mind the serious omission of the legislator that did not determine the mandatory application of compliance measures at the mandatory level. Accordingly, any entity may determine at a dispositive level the need for compliance measures depending on the scope of its activities and take responsibility for identifying potentially dangerous potential risks and the consequences of their realization.

Formally, the Ukrainian legislator has made attempts to introduce the mentioned sub-institution in certain sectors of the economy, but due to the imperfection of legal regulation it is not perceived by business entities as a productive way to manage risks.

It should also be noted that in Ukraine there are no common approaches to the scientific substantiation of “compliance” definition, which certainly has a negative impact on the further implementation of this sub-institution.

But it should be noted that theorists-researchers distinguish three different approaches which are based on an attempt to reveal the essence of compliance the first is to understand that the entity has to comply with the provisions of international and national laws, established rules and standards (in a broad sense); the second, in the sense of compliance of business entities with anti-corruption legislation (in the narrow sense); third, as a systematic internal comprehensive audit of business entity's own initiative on a regular basis (methodological aspect).

The above allows us to conclude that compliance is a practice-oriented form of control aimed at minimizing risks of financial and economic activities (both existing and hypothetical), which allows us to expect positive results from its implementation as a form of internal control.

The article represents theoretical and legal analysis of “compliance” concept depending on its specific characteristics, which underlie industry affiliation as the most common and widely used mechanisms of internal control of enterprise in modern conditions in Ukraine. Highlighted “unified” types of compliance that are necessary for any organization and narrow-profile types of compliance, which are directly dependent on the specific features of enterprises activity. The principles of compliance system organization are proposed, which should reflect the leading idea, as well as guidelines for legal regulation of relations arising in the field of compliance activities.

Key words: compliance, compliance risks, compliance procedures, compliance standards, compliance control, compliance principles, business entities.

Т.О. НІКІТІНА

Тетяна Олегівна Нікітіна, аспірантка Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

ORCID: 0000-0002-6091-0597

СПЕЦИФІКА МЕДИЧНИХ ПОСЛУГ (ДОПОМОГИ) В КОНТЕКСТІ РЕФОРМУВАННЯ СИСТЕМИ МЕДИЧНОГО ОБСЛУГОВУВАННЯ НАСЕЛЕННЯ

Постановка проблеми. Реформування системи медичного обслуговування населення, що активно розпочалося ще у 2017 р. та досі продовжується, призвело до кардинальних змін у механізмах реалізації й захисту прав громадян на охорону здоров'я та медичну допомогу. Концептуально змінився правовий статус закладів медичного обслуговування населення в тому числі і у сфері господарювання. Головною метою діяльності таких закладів є надання саме медичних послуг, основним змістом яких є надання медичної допомоги. Зазначене зумовлює актуальність дослідження медичної послуги, яка, фактично, є об'єктом відносин з медичного обслуговування населення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Сфера охорони здоров'я у всі часи була однією із провідних, виходячи із її значущості та пріоритетності. Механізми реалізації й захисту права на охорону здоров'я та медичну допомогу досліджуються науковцями в межах різних галузей права, комплексно, в тому числі економістами та науковцями медичної сфери. Оскільки медична допомога виступає основним змістом медичної послуги, то жодне наукове дослідження медичних відносин не відбувається без дослідження або використання категорії «медична послуга». Протягом останніх років провідними дослідниками відносин у сфері надання та споживання медичних послуг є: С.В. Антонов, А.А. Герц, Р.Ю. Гревцова, Т.В. Заварза, Р.А. Майданик, М.М. Самофал, І.Я. Сенюта, М.Ю. Щирба та багато інших.

Формулювання мети статті. Основною метою даного дослідження є визначення місця медичної послуги у системі інших видів послуг, з'ясування її юридичної сутності після реформування системи медичного обслуговування, встановлення її предмета, дослідження основного змісту та виявлення характерних рис.

Виклад основного матеріалу. Більшість дослідників медичних відносин так і не сформулювали однозначних висновків щодо змісту поняття «медична послуга». І.Я. Сенюта у своєму монографічному дослідженні медичних правовідносин зазначила, що жодне нормативне визначення «медичної послуги» так і не розкрило її природи¹. Але однозначно можна вказати, якщо звернути увагу на етимологію поняття «послуга», що у більшості випадків послуга розглядається через її споживчий характер.

Цілком підтримуємо такий погляд на характер медичних послуг, тобто пацієнт є споживачем відповідних послуг, в процесі отримання медичної допомоги він отримує корисні для себе блага, так би мовити сприймає їх, пропускає через свій організм та отримує певною мірою якісно оновлений фізіологічний (психічний) стан. При цьому не зважаючи на зміст медичної допомоги та, відповідно, характер послуги (діагностика, лікування, профілактика) її споживчий характер не втрачається.

Вивчаючи медичні послуги, А.А. Герц виокремила наступні ознаки послуги: по-перше, її неуречевлений характер (це певне благо, спрямоване на задоволення потреб одержувача послуги), по-друге, вона споживається у процесі її надання і, по-третє, споживання послуги завжди повинна передувати певна дія або діяльність її виконавця. А.А. Герц в процесі дослідження ознак медичних послуг вказувала, що «замовнику не передається якийсь існуючий товар або існуюче право, а обов'язок виконавця полягає саме в наданні медичної послуги (комплексу послуг) і, саме на ці і тільки ці дії у замовника і виникає право вимоги»². Таким чином, з позиції А.А. Герц, медична послуга – це визначена договором або законом дія чи комплекс дій медичної установи (лікаря) – послугодавців, спрямований на діагностику, лікування або профілактику захворювання, які є самостійним виокремленим об'єктом і мають вартісну оцінку³.

Визначення вартості медичної послуги породжує низку проблем, що зумовлюються специфікою таких послуг, державною політикою у сфері охорони здоров'я та ринковою економікою. Так, наприклад, дослідники ринку медичних послуг з економічної точки зору відзначають, що медична послуга, будучи товаром ринку, різко відрізняється від якого-небудь іншого товару або послуги і характеризується рядом власних ознак: не існує до початку виробництва; трудомістка і не має чіткої вартості до закінчення виконання; не матеріальна; важко піддається розрахунку; персоналізована; інтелектуально залежить від виробника послуги; якість послуги мінлива навіть при виконанні її одним і тим самим лікарем; є суб'єктивною і залежить від особливостей споживача та ін.⁴

Наприклад, на кожний рік приймається Програма державних гарантій медичного обслуговування та розробляється Порядок реалізації програми державних гарантій медичного обслуговування населення, що визначають тарифи за надання різного виду медичних послуг.

І.В. Венедіктова вказала, що для медичних послуг характерна непостійність якості та можливість ненастання бажаного результату, навіть при належному наданні й споживанні послуги. Так, «пацієнт може і не отримати корисного ефекту від належного лікування (в силу прогресу розвитку захворювання, індивідуального сприйняття ліків тощо), проте медична діяльність лікаря має бути оплаченою». В результаті дослідження медична послуга визначена як «корисна діяльність послугодавця, яка спрямована на задоволення потреб щодо здоров'я фізичної особи і має нематеріальний характер»⁵.

Як бачимо, медична послуга розглядається як корисна діяльність, у результаті якої може і не настати корисного ефекту, при цьому відсутність корисного ефекту не завжди є результатом неналежної діяльності послугодавця. Медицина є складною сферою практичної діяльності, результати якої залежать не тільки від рівня накопичених знань у відповідній сфері та професійності медичних працівників, а також від індивідуальних особливостей кожного окремого організму, загального стану здоров'я конкретного пацієнта, часу звернення за допомогою тощо. У зв'язку з цим у результаті професійної, належної якості медичної практичної діяльності може не настати бажаного результату. Слід також звернути особливу увагу, що на відсутність корисного ефекту суттєво впливає неналежне споживання послуги пацієнтом, наприклад, неналежне виконання чи невиконання ним приписів лікаря.

Таким чином, зазначені характерні риси медичних послуг впливають на питання наявності або відсутності підстав для притягнення медичних працівників за шкоду, заподіяну пацієнтові. Адже в деяких випадках медичні послуги надані в повному обсязі та належної якості, при цьому, наприклад, настає негативний ефект від лікування, що сприймається як шкода, завдана медичним працівником у процесі надання медичної допомоги. У таких випадках часто відсутній причинний зв'язок між поведінкою лікаря і шкідливими наслідками (відсутністю бажаного ефекту від лікування).

На наш погляд, І.В. Венедіктова досить чітко окреслила сутність та галузеву належність правовідносин, пов'язаних із наданням медичних послуг пацієнтові та наданням медичної допомоги медичними працівниками. Науковець зазначила, що «маючи економічний зміст, медичні послуги набувають форми майнових відносин, а, отже, стають предметом регулювання цивільного права. Принципами такого регулювання є свобода волевиявлення і юридична рівність сторін. У разі оплатного надання послуг все просто: пацієнт і лікар (медична установа) укладають договір про вчинення певних дій. Пацієнт виконанням цього договору задовольняє немайновий інтерес, лікар (медична установа) – майновий. Якщо з боку послугодавця виступає державна або комунальна установа, пацієнт задовольняє все той же немайновий інтерес, а медичний заклад виконує свою функцію по безкоштовному наданню послуги, при цьому послуга не перестає бути послугою і не перетворюється в медичну допомогу. Механізм відшкодування можливих збитків буде той же самий, що і при оплатному наданні послуг, застосовуючи норми деліктного цивільного законодавства»⁶.

Надання медичних послуг та, відповідно, здійснення медичного обслуговування різними за організаційно-правовою формою медичними установами на оплатній або безоплатній основі викликало значну кількість наукових спорів та дискусій. Предметом таких спорів стало з'ясування юридичної природи відповідних відносин та їх поділ на цивільно-правові та відносини соціально-забезпечувального характеру. Надання медичних послуг комерційними (приватними) медичними закладами на підставі цивільно-правових договорів із пацієнтом (наприклад, договору про надання тих чи інших медичних послуг) на платній основі прямо вказує на цивільно-правову природу таких відносин. Однак, враховуючи визнання охорони здоров'я пріоритетним напрямом діяльності суспільства і держави та закріплення у чинному законодавстві основних складових права на охорону здоров'я, слід звернути увагу на наявність соціально-забезпечувального аспекту відносин з надання медичних послуг та отримання медичної допомоги. Так, відповідно до ч. 1 п. «в» ст. 7 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я», держава згідно з Конституцією України гарантує всім громадянам реалізацію їх прав у сфері охорони здоров'я шляхом фінансування надання всім громадянам та іншим визначеним законом особам гарантованого обсягу медичних і реабілітаційних послуг та лікарських засобів. Держава гарантує громадянам України та іншим визначеним законом особам надання необхідних медичних послуг та лікарських засобів за рахунок коштів Державного бюджету України на умовах та в порядку, встановлених законодавством.

Одним із основних законодавчих актів у відповідній сфері є Закон України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення». Відповідно до цього Закону держава гарантує повну оплату згідно з тарифом за рахунок коштів Державного бюджету України надання громадянам необхідних їм медичних послуг та лікарських засобів, що передбачені програмою медичних гарантій. Відповідно до ст. 4 зазначеного Закону у межах програми медичних гарантій держава гарантує громадянам, іноземцям, особам без громадянства, які постійно проживають на території України, та особам, яких визнано біженцями або особами, які потребують додаткового захисту, повну оплату за рахунок коштів Державного бюджету України необхідних їм медичних послуг та лікарських засобів, пов'язаних з наданням: екстреної, первинної, вторинної (спеціалізованої), третинної (високоспеціалізованої) та паліативної медичної допомоги, а також реабілітації у сфері охорони здоров'я, медичної допомоги дітям до 16 років, допомоги у зв'язку з вагітністю та пологами. Як бачимо, вказані види медичної допомоги, що надаються в межах соціально-забезпечувальних правовідносин, практично охоплюють всі необхідні випадки її надання. Фінансування гарантованого соціального медичного

обслуговування здійснюється на підставі договорів про медичне обслуговування населення за програмою медичних гарантій, який укладається між закладом охорони здоров'я, реабілітаційним закладом незалежно від форми власності чи фізичною особою – підприємцем, яка у встановленому законом порядку одержала ліцензію на провадження господарської діяльності з медичної практики та (або) має право на надання реабілітаційної допомоги згідно із законодавством та Уповноваженим органом (Національною службою здоров'я України) (ст. 8 Закону України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення»).

Таким чином, можна стверджувати, що в контексті забезпечення основних прав людини медична допомога є складовою частиною соціально-забезпечувальних правовідносин, що цілком відповідає положенням міжнародних актів, які визначають основні стандарти надання медичної допомоги. Деякі, переважно російські науковці зазначають, що для права соціального забезпечення ключовим у частині медичної допомоги є забезпечення кожній людині доступу до отримання необхідної медичної допомоги того обсягу і якості, які гарантуються державою. Тільки держава може гарантувати та забезпечити реалізацію прав громадян на безоплатне надання медичної допомоги⁷.

Наявність та необхідність застосування поряд із приватноправовими публічно-правових механізмів регулювання відносин з надання медичних послуг зумовлюється їх природою та сутністю. Г.О. Сироткіна, російська дослідниця медичних послуг, на наш погляд, досить вдало визначила специфічні риси медичних послуг та вказала на необхідність публічного врегулювання відповідних правовідносин. До таких рис належать: 1) конституційний характер відповідних відносин; 2) особливий об'єкт, на який спрямована діяльність з надання медичних послуг, – організм людини; 3) особлива мета послуги – відновлення і підтримання здоров'я людини; 4) висока соціальна значущість; 5) публічність; 6) необхідний високий професіоналізм лікарів; 7) використання сучасних досягнень науки і техніки⁸.

Надання медичних послуг у контексті соціально-забезпечувальних правовідносин зумовлено законодавчим закріпленням системи стандартів у сфері охорони здоров'я, що складаються із державних соціальних нормативів та галузевих стандартів. Державні соціальні нормативи у сфері охорони здоров'я встановлюються відповідно до Закону України «Про державні соціальні стандарти та державні соціальні гарантії». Завдяки таким нормативам визначаються рівні основних державних соціальних гарантій. Галузеві стандарти насамперед визначають показники (індикатори) якості надання медичної допомоги відповідного виду, які розробляються з урахуванням сучасного рівня розвитку медичної науки і практики (ст. 14¹ Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я»).

Таким чином, наявність у відносинах із надання медичних послуг соціально-забезпечувального аспекту не змінює основного призначення та сутності таких відносин для пацієнта – отримання пацієнтом залежно від фізіологічних потреб та необхідності якісної медичної допомоги. Але, враховуючи споживчий характер медичних послуг, різноманітність видів медичної допомоги, суб'єктивність в оцінці якості медичної допомоги та інші фактори, надання медичних послуг в розрізі соціально-забезпечувальних правовідносин може обмежувати обсяги надання медичних послуг та медичної допомоги, впливати на якість і можливість вільного вибору клініки, лікарів та методів лікування тощо. Відповідні обмежувальні норми можуть бути як прямо закріплені законодавством, так і впливати із суті відносин із надання медичних послуг державними (комунальними) медичними закладами.

Незважаючи на те, хто виступає замовником медичних послуг (держава, органи місцевого самоврядування, пацієнт та інші суб'єкти права), та на підстави для виникнення відносин з надання медичних послуг в Україні, у ст. 4 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» визначені основні принципи охорони здоров'я до яких, в тому числі, належать: багатоканальність економіки охорони здоров'я і багатоканальність її фінансування, поєднання державних гарантій з демонополізацією та заохоченням підприємництва і конкуренції, а також орієнтація на сучасні стандарти здоров'я, медичної та реабілітаційної допомоги, поєднання вітчизняних традицій і досягнень із світовим досвідом в сфері охорони здоров'я. Таким чином, якість медичних послуг та медичної допомоги підлягає стандартизації. Розроблення галузевих стандартів у сфері охорони здоров'я, проведення державної оцінки медичних технологій здійснюються в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України. Так, відповідно до «Порядку проведення державної оцінки медичних технологій» встановлено процедуру, за якою здійснюється оцінка медичних технологій з метою можливості їх подальшого застосування в медичній практиці.

Додержання стандартів медичної допомоги (медичних стандартів), клінічних протоколів, протоколів надання реабілітаційної допомоги, табелів матеріально-технічного оснащення є обов'язковим для всіх реабілітаційних закладів, закладів охорони здоров'я, їх відділень, підрозділів, а також для фізичних осіб – підприємців, які провадять господарську діяльність з медичної практики та (або) мають право на надання реабілітаційної допомоги згідно із законодавством.

Виходячи із вищевикладеного, можна зробити висновок, що надання медичних послуг та, відповідно, медичної допомоги зумовлюється існуючими галузевими стандартами у сфері охорони здоров'я. Незважаючи на домовленості та побажання сторін договору про надання медичних послуг, у багатьох випадках порушення затверджених стандартів при наданні медичної допомоги є недопустимим. При укладенні договору про надання медичних послуг сторони можуть визначити за взаємною домовленістю ціну договору, предмет договору, обрати лікаря, але що стосується медичних технологій, то сторони договору повинні дотримуватися медичних та інших стандартів у сфері охорони здоров'я. Лікар повинен надавати медичну допомогу відповідно до затверджених стандартів, що є його професійним обов'язком, а пацієнт, відповідно, не має

права вимагати від лікаря застосування не стандартизованих методів лікування або недотримуватися стандартизованих приписів лікаря, що є методами лікування конкретного пацієнта.

Таким чином, коли виникають спори у правовідносинах щодо надання медичних послуг, особливо, якщо йдеться про заподіяння шкоди пацієнтові, ключовим у визначенні ступеня професійності надання медичної допомоги є не тільки вміння лікаря, а також дотримання ним затверджених галузевих стандартів у сфері охорони здоров'я. Невиконання пацієнтом приписів лікаря, що може стати причиною заподіяння шкоди, причому як самому пацієнтові, так і, наприклад, закладу охорони здоров'я, може стати підставою для звільнення від відповідальності надавача медичних послуг та притягнення до відповідальності пацієнта.

Наявність стандартів у сфері охорони здоров'я все ж-таки відіграє значну роль у наданні якісної медичної допомоги тільки в процесі професійного виконання своїх обов'язків кваліфікованим медичним працівником. Законодавством визначено, що медична послуга надається пацієнту закладом охорони здоров'я (або фізичною особою – підприємцем), однак надання послуги здійснюється шляхом надання того чи іншого виду медичної допомоги саме професійно підготовленими медичними працівниками, що повинно забезпечувати якість, ефективність та надійність лікування, профілактики, діагностики й реабілітації.

Більшість дослідників медичних послуг насамперед акцентували увагу на такій їх рисі, як надання на професійній основі. Так, З.О. Надюк вказує, що медична послуга є різновидом професійних послуг, що зумовлює підвищені вимоги до кваліфікації виконавця такої послуги. Професійний характер медичної послуги породжує проблеми та труднощі у визначенні якості наданої послуги та кваліфікації дій виконавця. Незважаючи на здійснення виконавцем медичної послуги професійних дій, їх аналіз залишається правовим⁹. С.В. Михайлов зазначає, що медична послуга – це професійна діяльність медичних закладів (організацій) чи фізичних осіб – підприємців, які займаються приватною практикою, відповідно до існуючих медичних стандартів працівників¹⁰.

Як відомо, підтримання професійності здійснюється шляхом надання медичної допомоги кваліфікованими медичними працівниками, які працюють на підставі трудового договору. Так, трудове право відіграє ключову роль у сфері підтримання та забезпечення виконання роботи на професійній основі. У межах трудових правовідносин здійснюється правове регулювання оцінювання професійних якостей працівників, їхнього професійного (кар'єрного зростання), визначення та забезпечення професійно-кваліфікаційного рівня виконання роботи у різних сферах економічної діяльності. Трудове право виступає тим правовим інструментом, за допомогою якого підтримується та забезпечується належний професійний рівень виконання тієї чи іншої роботи у різних сферах економічної й іншої діяльності, що уможливорює отримання споживачами якісного матеріального або інтелектуального продукту¹¹.

Професійність надання медичної допомоги формує уявлення про якість медичної послуги, за яку несе відповідальність заклад охорони здоров'я, що здійснює медичне обслуговування. Професійні якості медичного працівника – це і статус такого медичного працівника, і характерна риса медичної послуги, що проявляється через надання медичної допомоги виключно на професійній основі.

Висновки.

1. Закріплене нещодавно в законодавстві, зокрема в Основах законодавства України про охорону здоров'я, визначення медичної послуги не відображає основні її риси та юридичні ознаки, окрім таких, як її надання закладом охорони здоров'я (або фізичною особою – підприємцем) та її оплатний характер. Однак впевнено можна сказати, що реформування медичного законодавства, основні етапи якого тривали протягом 2017–2021 рр., кардинально змінили концепцію медичного обслуговування населення та надання медичних послуг в Україні, особливо – у сфері гарантованого їх фінансування державою та порядку надання.

2. Предметом медичної послуги є домовленість про надання медичної допомоги, що може включати профілактику, діагностику, лікування та реабілітацію. Надання медичних послуг та, відповідно, медичної допомоги здійснюється в процесі медичного обслуговування, яке реалізується шляхом організації належного функціонування всієї системи охорони здоров'я та її закладів. Медична допомога є основним змістом медичної послуги, але має при цьому свої характерні властивості: 1) індивідуальний підхід до лікування кожного окремого пацієнта (індивідуальність) – така властивість медичної допомоги не завжди надає можливість чітко наперед визначити майнові, часові та інші витрати; 2) неможливість наперед гарантувати позитивний результат (непередбачуваність), що наділяє договори про надання медичних послуг ризиковим характером; 3) невіддільність від конкретної особи – пацієнта (особистісний характер); 4) у зв'язку із невіддільністю, виникає така риса, як безповоротність; 5) можливість застосування різних підходів до профілактики, діагностики та лікування (альтернативність) та інші.

3. Характерними рисами медичних послуг є: 1) медична послуга передбачає надання корисних благ, яке перетворює її на об'єкт споживання у якості отримання медичної допомоги, що вказує на її споживчий характер; 2) медична послуга є товаром на ринку інших видів різноманітних послуг, і всі відносини, пов'язані із наданням та споживанням медичних послуг (незалежно від правового статусу суб'єктів та виду (специфіки) послуг), мають майновий (вартісний) характер; 3) надання медичних послуг (відповідно, медичної допомоги) у розрізі соціально-забезпечувальних правовідносин може бути для пацієнта безоплатним (частково платним) та може обмежувати й звужувати обсяг медичних маніпуляцій, дій, медичного сервісу, що зумовлюється рівнем гарантованого державного фінансування медичного обслуговування населення; 4) надання медичних послуг та здійснення медичної допомоги повинно відповідати галузевим стандартам, що діють у сфері охорони здоров'я (стандарти медичної допомоги, клінічні протоколи, протоколи надання

реабілітаційної допомоги, табелі матеріально-технічного оснащення, лікарські формуляри тощо); медичні технології повинні відповідати державній оцінці спеціально-уповноваженими органами; надання медичних послуг фізичними особами – підприємцями здійснюється на підставі ліцензії на провадження господарської діяльності з медичної практики; **5)** надання медичних послуг виключно на професійній основі, що забезпечується шляхом надання медичної допомоги виключно професіоналами (фахівцями), які виконують свої обов'язки на підставі трудового договору та, відповідно, є учасниками трудо-правових відносин; **б)** правове регулювання відносин з надання медичних послуг здійснюється шляхом застосування поряд із приватно-правовими публічно-правових механізмів, що зумовлено важливістю та соціальною значущістю сфери охорони здоров'я.

¹ Сенюта І.Я. Цивільно-правове регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги: питання теорії і практики: монографія. Львів: Вид-во ЛЮБФ «Медицина і право», 2018. С. 30.

² Герц А.А. Медична послуга як об'єкт правового регулювання. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція»*. 2015. № 15. Т. 2. С. 11.

³ Герц А.А. Договірні зобов'язання у сфері надання медичних послуг: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Львівський національний університет імені Івана Франка. 2016. С. 73–74.

⁴ Марова С.Ф., Вовк С.М. Медична послуга як товар медичного. *Державне управління: удосконалення та розвиток*. 2017. № 4. С. 34.

⁵ Венедіктова І.В. Правова природа медичних послуг. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2014. № 5. С. 46.

⁶ Там само. С. 46.

⁷ Миронова Т.К. Международные стандарты оказания медицинской помощи в порядке социального обеспечения. *Вопросы российского и международного права*. 2016. № 4. С. 108.

⁸ Сироткина А.А. Договор оказания медицинских услуг: особенности правового регулирования: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Российский государственный торгово-экономический университет. Москва. 2004. С. 7.

⁹ Надюк З.О. Механізми державного регулювання ринку медичних послуг в Україні: дис. ... д-ра наук: 25.00.02. Запоріжжя, 2009. С. 61.

¹⁰ Михайлов С.В. Цивільно-правова відповідальність в сфері надання медичних послуг: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Національний університет внутрішніх справ. Харків, 2010. С. 7.

¹¹ Вахонєва Т. Підтримання виникнення трудової діяльності на професійній основі як функція трудового права. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка*. 2020. № 4 (115). С. 12.

Резюме

Нікітіна Т.О. Специфіка медичних послуг (допомоги) в контексті реформування системи медичного обслуговування населення.

У статті визначено основні ознаки медичної послуги та її місце серед інших понятійних категорій у сфері реалізації правовідносин з охорони здоров'я населення в Україні. З'ясовано юридичний зміст медичної послуги, її предмет та виявлено її характерні риси.

Охарактеризовано юридичну сутність медичної послуги в межах соціально-забезпечувальних правовідносин після реформування системи медичного обслуговування населення. Досліджено медичну послугу як об'єкт відносин з медичного обслуговування населення.

Ключові слова: медична послуга, медична допомога, медичне обслуговування, об'єкт медичного обслуговування, охорона здоров'я.

Резюме

Нікітіна Т.О. Специфіка медичних послуг (допомоги) в контексті реформування системи медичного обслуговування населення.

В статье определены основные признаки медицинской услуги и ее место среди других понятийных категорий в сфере реализации правоотношений по охране здоровья населения в Украине. Определено юридическое содержание медицинской услуги, ее предмет и выявлены ее характерные черты.

Охарактеризована юридическая сущность медицинской услуги в пределах социально-обеспечительных правоотношений после реформирования системы медицинского обслуживания населения. Исследована медицинская услуга как объект отношений по медицинскому обслуживанию населения.

Ключевые слова: медицинская услуга, медицинская помощь, медицинское обслуживание, объект медицинского обслуживания, охрана здоровья.

Summary

Tetiana Nikitina. Special features of medical services (assistance) in the context of the system of medical service of the population reforms.

The reform of the public health care system in Ukraine began in 2017 and has led to radical changes in the mechanisms for implementing and protecting the rights of citizens to health care and medical assistance. Conceptually, the legal status of health care facilities has changed, including in the field of management. The main purpose of such institutions is to provide medical services, the main content of which is the provision of medical care. This determines the relevance of the study of medical services, which, in fact, is the object of relations in medical care.

Having this in regard, in this article the main features of medical services and its place among other conceptual categories in the field of implementation of legal relations on public health in Ukraine were identified. The legal content of the medical service, its subject and its characteristic features are clarified.

The legal essence of medical service within the framework of social security legal relations after the reform of the system of medical care is described. Medical service as an object of public health relations has been studied.

It is established that the subject of medical service is an agreement on the provision of medical care, which may include prevention, diagnosis, treatment and rehabilitation. The provision of medical services and the provision of medical care is carried out in the process of medical care, which is implemented through the organization of the proper functioning of the entire health care system and its facilities. Medical care is the main content of medical service but has its own characteristics: individual approach to the treatment of each individual patient (individuality); inability to guarantee a positive result in advance (unpredictability); inseparability from a specific person – the patient (a person); irrevocability; the possibility of applying different approaches to prevention, diagnosis and treatment (alternative) and others.

The subject of the medical service is an agreement on the provision of medical care, which may include prevention, diagnosis, treatment and rehabilitation. The provision of medical services and, accordingly, the provision of medical care is carried out in the process of medical care, which is implemented through the organization of the proper functioning of the entire health care system and its facilities. Medical care is the main content of medical service, but it has its own characteristics, which the author has highlighted in this article.

Key words: medical service, medical care, object of medical care, health care law.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.43

УДК 346.9

О.С. СТЕПАНЧЕНКО

*Олена Сергіївна Степанченко, аспірантка
Інституту держави і права імені В.М. Корецького
НАН України**

ORCID: 0000-0003-4589-109X

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН ЗА УЧАСТЮ СПОЖИВАЧІВ У СФЕРІ ЕЛЕКТРОННОЇ ТОРГІВЛІ

Постановка проблеми. Сучасний стан цивільного обороту в Україні характеризується розвитком договірних відносин за участю споживачів у сфері електронної торгівлі. Застосування електронних засобів у договірних відносинах сприяє зростанню не тільки кількості правочинів за участю споживачів, а й поширенню нових видів порушень їх прав, що зумовлює необхідність вдосконалення правового регулювання та створення додаткових механізмів захисту прав споживачів в сфері електронної купівлі-продажу із застосуванням інтернет-технологій. Однак в законодавстві України в сфері регулювання електронною торгівлею існують певні суперечливі нормативні положення, недостатньо повні визначення основних категорій, а іноді й їх відсутність.

Необхідним виглядає аналіз базових законодавчих положень цивільного законодавства України. Одним із аспектів вирішення цієї проблеми є насамперед приведення законодавства про захист прав споживачів та законодавства у сфері електронної комерції у відповідність до нормативних положень європейського законодавства з урахуванням проблем здійснення та захисту прав споживачів в Україні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Важливі питання досліджуваної проблеми розглядалися в багатьох працях вітчизняних учених, зокрема, Н.С. Блажівської, К.В. Єфремової, В.С. Мілаш, Є.О. Ружицької, Н.Ю. Філатової, О.Ю. Черняк, Г.В. Яновицької та ін. Важливе значення мають також економічні дослідження, які проводяться міжнародними та вітчизняними інституціями у сфері захисту прав споживачів. Водночас зазначимо, що деякі важливі питання правового регулювання договірних відносин за участю споживачів у сфері електронної торгівлі залишаються дискусійними і потребують додаткового вивчення.

Формулювання мети статті. Виходячи з цих міркувань, мета даної статті полягає в тому, щоб проаналізувати основні положення законодавства про електронну торгівлю за участю споживачів, міжнародні нормативні акти, вітчизняні та зарубіжні дослідження з метою формулювання обґрунтованої концепції та пропозицій стосовно вдосконалення правового регулювання договірних відносин за участю споживачів у сфері електронної торгівлі, приведення базових законодавчих положень у відповідність один одному, формулювання їх змісту та обґрунтування структури.

Виклад основного матеріалу. Належне правове регулювання договірних відносин за участю споживачів у сфері електронної торгівлі є важливим для будь-якої держави, оскільки сприяє залученню інвестицій до торгівельної діяльності, що значною мірою поповнює бюджет, сприяє розвитку економіки та соціальної діяльності держави. Тому питання правового регулювання договірних відносин електронної купівлі-продажу за участю споживачів мають стати значущими у процесі вдосконалення чинного законодавства України.

У дослідженні Державної установи Інститут економіко-правових досліджень НАН України «Роль українського споживача в економіці та важливість використання РРО для простежуваності продукції на ринку та захисту споживчих прав» (2021 р.) було встановлено, що частка споживачів у формуванні ВВП за витратами становила у 2020 р. 73,4 %. Частка споживачів у наповненні бюджету була вирахована, базуючись на частці споживачів у об'ємі основних податків, які сплачуються споживачами; це податок на додану вартість, та акцизний податок. За результатами проведених розрахунків було встановлено, що безпосередньо українськими споживачами, сплачено до державного бюджету у 2020 р. 416 млрд грн, що становить 37,6 % всіх надходжень до державного бюджету, або 47,4 % всіх сплачених податків¹.

Однак права споживачів саме у договірних відносинах електронної купівлі-продажу є надто уразливі завдяки недосконалості законодавчих гарантій їх захисту, про що свідчать результати перевірок. Наприклад, на підставі проведеного Громадською організацією «Союз споживачів України» дослідження ринку електронної комерції в Україні протягом останніх років було звернуто увагу на той факт, що «на перший план для покупця виходить питання співвідношення ціни і якості, а також особистої безпеки, як фізичної, так і моральної», було перевірено багато відомих інтернет-магазинів і зроблено висновок, що «рівень дотримання законодавства надзвичайно низький»².

Договірні відносини електронної купівлі-продажу є тотожними відносинам електронної торгівлі згідно з чинним законодавством України.

Відповідно до п. 2 ст. 3 Закону України «Про електронну комерцію» від 3 вересня 2015 р. № 675-VIII «електронна торгівля – господарська діяльність у сфері електронної купівлі-продажу, реалізації товарів дистанційним способом покупцю шляхом вчинення електронних правочинів із використанням інформаційно-телекомунікаційних систем».

Слід підкреслити, що електронну торгівлю прийнято розглядати як один з видів електронної комерції. Деякі автори звертають увагу на те, що електронну комерцію (e-commerce) можна розглядати у двох аспектах: як торгівлю через мережу Інтернет – e-commerce у вузькому розумінні, а також у широкому розумінні, як ведення бізнесу в глобальних інформаційних мережах. E-commerce у широкому розумінні, на думку авторів, включають електронну торгівлю (E-Trade), а також наступні види електронної комерції: електронний обмін інформацією (Electronic Data Interchange, EDI), електронний рух капіталу (Electronic Funds Transfer, EFS), електронну торгівлю (E-Trade), електронні гроші (E-Cash), електронний маркетинг (E-Marketing), електронний банкінг (E-Banking), електронні страхові послуги (E-Insurance) тощо³.

Разом із тим у міжнародних документах поняття «електронна торгівля» використовується і у широкому розумінні. Зокрема, відповідно до Резолюції 51/162 Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних націй у Типовому законі про електронну торгівлю Комісії Організації Об'єднаних націй по праву міжнародної торгівлі (United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL) зазначено наступне: «термін «торгівля» слід тлумачити широко, з тим щоб він охоплював питання, що впливають з усіх відносин торгового характеру, які договірних, так і недоговірних. Відносини торгового характеру включають такі угоди, не обмежуючись ними: будь-які торгові угоди на поставку товарів або послуг або обмін товарами або послугами; дистрибуторські угоди; комерційне представництво і агентські відносини; факторинг; лізинг; будівництво промислових об'єктів; надання консультативних послуг; інжиніринг; купівля/продаж ліцензій; інвестування; фінансування; банківські послуги; страхування; угоди про експлуатацію або концесії; спільні підприємства та інші форми промислового або підприємницького співробітництва; перевезення товарів і пасажирів повітряним, морським, залізничним або автомобільним транспортом»⁴.

У сучасній науковій літературі виділяють різні категорії електронної комерції. Втім, з метою удосконалення спеціального правового регулювання у сфері договірних відносин доцільно зосередити увагу на виокремленні певних видів електронної комерції у залежності від суб'єктного складу. Відомий американський вчений-дослідник суспільних відносин електронної комерції Гарі Шнайдер достатньо аргументовано визначив основні види електронної торгівлі: «Вважається за доцільне класифікувати електронну торгівлю за типами суб'єктів, що беруть участь в транзакції або бізнес-процесах. П'ять основних категорій електронної комерції наступні: бізнес-споживач, бізнес-бізнес, бізнес-процеси від споживача до споживача і від бізнесу до уряду»⁵. Їх також прийнято скорочено позначати таким чином: 1) *Business-to-Consumer* або *бізнес-споживачеві (B2C)*; 2) *Business-to-Business* або *бізнес-бізнесу (B2B)*; 3) *Consumer-to-Consumer* або *споживач-споживачеві (C2C)*; 4) *Business-to-Government* або *бізнес-уряду (B2G)*.

На нашу думку, застосування відповідних правових норм для регулювання електронної торгівлі залежить саме від виду суб'єктів, які укладають відповідний правочин, і це є важливим критерієм або підставою класифікації видів електронної торгівлі. Для врегулювання відносин електронної торгівлі за участю споживачів (бізнес-модель B2C) слід застосовувати наступні законодавчі норми: 1) про договір роздрібною купівлі-продажу (ст. ст. 698–711 ЦК України) 2) про захист прав споживачів, зокрема положення Закону України «Про захист прав споживачів» від 12 травня 1991 р. № 1023-XII Законодавча регламентація відносин електронної торгівлі між суб'єктами підприємницької діяльності, (B2B) здійснюється на підставі норм цивільного та господарського законодавства, що регулюють відчуження майна у власність, за винятком роздрібною купівлі-продажу. Відносини B2G між суб'єктами підприємницької діяльності та державою, у свою чергу, підпадають під регламентацію норм про публічні закупівлі в Україні, зокрема положень Закону України «Про публічні закупівлі» від 25 грудня 2015 р. № 922-VIII, який визначає «правові та економічні засади здійснення закупівель товарів, робіт і послуг для забезпечення потреб держави, територіальних громад та

об'єднаних територіальних громад»⁶. До відносин купівлі-продажу між фізичними особами застосовуються загальні положення про купівлю-продаж (ст. ст. 655–697 ЦК України).

Суспільні відносини за участю споживачів розглядаються сучасними цивілістами у достатньо широкому розумінні з визначеною деталізацією. Зокрема, на думку Г.Б. Яновицької, «цивільні правовідносини за участю споживачів – це суспільні відносини, врегульовані нормами цивільного права, договірними умовами та правовими звичаями, які виникають між фізичною особою (споживачем), що має намір придбати товар (роботу, послуг), або придбаває товари (роботи, послуги), для задоволення побутових, особистих, сімейних і інших потреб, не пов'язаних із здійсненням підприємницької діяльності, і її потенційним чи реальним контрагентом (продавцем, виконавцем, виробником, імпортером, уповноваженою виробником (продавцем) організацією або уповноваженим виробником (продавцем) суб'єктом підприємницької діяльності, що забезпечується державно-примусовим захистом споживача як слабкої сторони за допомогою цивільно-правових форм, засобів і методів юридичного впливу»⁷.

Втім, сьогодні диктує необхідність врахування всієї специфіки трансформації прав споживачів та їх захисту саме у сфері електронної торгівлі.

Слід звернути увагу, що найбільш динамічно розвивалась електронна торгівля в Україні саме у сфері роздрібною торгівлі за участю споживачів, тобто бизнес-модель B2C в умовах пандемії коронавірусу. Останнім часом були проведені статистичні дослідження обсягів електронної торгівлі за участю споживачів. Зокрема «Soul Partners, Baker Tilly Україна и Aequo за підтримки програми USAID «Конкурентоздатна економіка України» представили дослідження ринку e-commerce в Україні за 2020 г. Згідно з результатами, з початку пандемії коронавірусу, обсяг ринку виріс на 41 %». Як показало дослідження, ринок e-commerce у 2020 р. виявився одним із найдинамічніших в Україні. Він досяг \$ 4 млрд, що становить 8,8 % від загального обсягу роздрібною торгівлі. При цьому за останні п'ять років ринок виріс майже в три рази. Протягом наступних п'яти років прогнозується зростання в два рази»⁸.

Однак «держжава має сприяти розвитку електронної комерції не лише у патових ситуаціях, а й за звичайних умов на постійній основі», справедливо підкреслюють вчені-економісти Т.В. Сак та Д.О. Ховхалюк. Автори також підкреслюють, що «показник електронної комерції на ринку роздрібною торгівлі в світі значно вищий, ніж в Україні, що пояснюється недосконалою нормативно-правовою базою з цього питання, відсутністю забезпечення Інтернетом, навичок користування чи, елементарно, довіри споживачів до купівлі-продажу товарів через Інтернет»⁹.

Разом із тим слід звернути увагу на факт відставання ринку електронної торгівлі в Україні від багатьох розвинутих країн. Л.Л. Кондрус та О.А. Дзивицька у своєму дослідженні «Проблеми розвитку електронної комерції в Україні» зазначають, що причиною відставання ринку електронної торгівлі в Україні є певний ряд проблем, серед яких автори виділяють наступні: недостатня безпека даних; недостатня якість комунікацій; нестабільність національної грошової одиниці у відношенні до долара, що призводить до завищення цін в електронних магазинах; слабе поширення систем безготівкового розрахунку; ненадійні системи платежів; високі ціни на доставку. Також автори звертають увагу на недосконалість законодавчо-нормативної бази»¹⁰.

Одним із недоліків законодавчої бази є, на наш погляд, певна неузгодженість у визначенні важливих правових категорій і термінів та відсутність змістовного розкриття сутності деяких з них.

Вважаємо, що стосовно договірних відносин електронної купівлі-продажу за участю споживачів в законодавстві повинні бути однакові правові визначення. Однак в основних нормативних актах, норми яких покликані регулювати вказані відносини, вони відрізняються, містять суперечливі визначення, що викликає недостатнє розуміння в їх тлумаченні і негативно відбивається на практичному застосуванні даних норм.

Слід наголосити, що в Законі України «Про захист прав споживачів» від 12 травня 1991 р. № 1023-ХІІ застосовується правова категорія «договір, укладений на відстані», а не «електронний договір», передбачений у Законі України «Про електронну комерцію» від 3 вересня 2015 р. № 675-VIII.

Деякі автори, зокрема М.М. Кузьміна, також звертають увагу на проблему застосування різної термінології у нормах, які регулюють договірні відносини електронної торгівлі за участю споживачів. «Визначення поняття Інтернет-торгівля в законодавстві не міститься, але зазначається, що між продавцем та споживачем за допомогою засобів дистанційного зв'язку, зокрема Інтернет, може укладатися договір на відстані. При цьому дистанційна торгівля – це форма продажу товарів поза торговельними або офісними приміщеннями, за якої вибір товару та його замовлення не збігаються у часі з безпосереднім передаванням вибраного товару споживачу»¹¹.

Вважаємо, що вже сама відсутність схожих правових конструкцій вносить плутанину у правозастосовну діяльність. Тому виникає питання, наскільки відповідають одна одній зазначені нормативні положення, як вони співвідносяться між собою.

Достатньо суперечливим виглядає визначення електронного договору, електронної торгівлі за участю споживачів у нормативних актах. Електронний договір – домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків та оформлена в електронній формі (п. 5 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про електронну комерцію»). Навпаки, у Законі України «Про захист прав споживачів» категорія «електронний договір» не використовується, а поняття договору, укладеного на відстані між споживачем та суб'єктом підприємницької діяльності, визначається у широкому розумінні як «договір, укладений продавцем (виконавцем) із споживачем за допомогою засобів дистанційного зв'язку» (п. 8 ст. 1 Закону України «Про захист прав споживачів»). Далі у тексті Закону розкривається поняття «засобів дистанційного

зв'язку: «засоби дистанційного зв'язку – телекомунікаційні мережі, поштовий зв'язок, телебачення, інформаційні мережі, зокрема Інтернет, які можуть використовуватися для укладення договорів на відстані» (п. 11 ст. 1 Закону України «Про захист прав споживачів»). Тобто, тільки на підставі аналізу вищезазначених нормативних положень можна дійти висновку, що електронний договір можна вважати тотожним не всім договорам споживачів, укладеним ними на відстані, а тільки тим, що укладаються за допомогою інформаційних мереж «зокрема Інтернет».

У свою чергу, в Законі України «Про електронну комерцію» від 3 вересня 2015 р. № 675-VIII ставиться акцент при визначенні електронної торгівлі використанні поняття «інформаційно-телекомунікаційні системи» без вказівки на Інтернет. Втім, все ж таки майже всі електронні правочини, в тому числі міжнародні, укладаються у глобальній мережі Інтернет. Тому вважаємо, що слід погодитися з твердженням О.В. Юрасова, що саме Інтернет забезпечив суттєве скорочення витрат, пов'язаних із веденням підприємницької діяльності (на рекламу, на оренду приміщень, персонал та ін.). Нарешті, саме транскордонна природа мережі Інтернет дозволяє вести діяльність у світовому масштабі і отримувати вихід на закордонні ринки, а споживачам – отримувати вибір глобального масштабу¹².

У зв'язку з цим, на нашу думку, поняття електронного договору потребує уточнення у законодавстві, тому виглядає доцільним доповнення Закону України «Про захист прав споживачів» визначенням наступного змісту: *електронний договір – домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків, здійснена з використанням інформаційно-телекомунікаційної мережі Інтернет та відповідне внесення змін у визначення Закону України «Про електронну комерцію» від 3 вересня 2015 р. № 675-VIII.*

Втім, аналіз положень діючого законодавства не дає відповіді стосовно правової природи електронного договору як механізму правового регулювання договірних відносин за участю споживачів. З цього приводу слушним виглядає зауваження А.А. Митника, Ю.В. Єльчанінова, що «законодавством не визначено характер співвідношення понять «електронний договір» – «електронна форма договору» – «письмова форма договору»¹³.

Можна виокремити наступні теоретичні концепції стосовно правової природи електронного договору, у тому числі за участю споживачів.

Одні вчені визначають електронний договір як окремий типу договору¹⁴. Інші ставлять акцент на тому, що це особлива форма укладення договору¹⁵, або слід спростити вимоги до письмової форми, щоб вона відповідала вимогам сучасного електронного обігу¹⁶. Треті підкреслюють, що цей договір слід кваліфікувати не за предметом, а за методом укладення¹⁷. Четверті, не погоджуючись з таким класифікаційним критерієм, як метод укладення, пропонують враховувати особливості цих договорів у вигляді обтяження одним або декількома електронними елементами¹⁸, зокрема розглядати електронні договори у якості моделі відносин у сфері електронної комерції, яка функціонує за допомогою договірної угруповання¹⁹.

Таким чином, можна стверджувати про неоднозначність доктринального підходу стосовно правової природи електронного договору і суті договірних відносин у сфері електронної торгівлі за участю споживачів.

Висновки. Відсутність базових правових категорій, невідповідність та неповнота існуючих норм у цивільному законодавстві України, необхідних для повного та досконалого регулювання договірних відносин електронної купівлі-продажу за участю споживачів, відсутність чітких та відповідних один одному правових категорій негативно впливають на формування й розвиток законодавчої бази у сфері захисту прав споживачів та правозастосовчої діяльності.

Положення цивільного законодавства, які мають регулювати надто важливі для сучасного українського суспільства договірні відносини у сфері електронної торгівлі, є надто недосконалими, що негативно впливає на розвиток електронної торгівлі за участю споживачів та захист їх прав.

¹ Дослідження ДУ «ІЕПД ім. В.К. Мамутова НАНУ» «Роль українського споживача в економіці та важливість використання РРО для ростежуваності продукції на ринку та захисту споживчих прав». URL: <https://www.iepd.kiev.ua/?p=12653>

² Дослідження щодо ситуації на ринку електронної комерції в Україні. SMART споживач. Національна інформаційна платформа для SMART споживачів. URL: <https://www.consumers.support/?p=7149>

³ Мельник О.В. Електронна комерція як складова частина електронного бізнесу. Рубрика: Сучасні інформаційні технології. URL: <http://intkonf.org/melnik-ov-elektronna-komertsiya-yak-skladova-chastina-elektronnogo-biznesu/>

⁴ Типовой закон ЮНСИТРАЛ об електронной торговле и Руководство по принятию 1996 год с дополнительной статьей 5 бис, принятой в 1998 году. Издание Организации Объединенных Наций, Нью-Йорк, 2006. С. 3. 74 с.

⁵ Schneider Gary. P. Electronic Commerce. Course Technology. 9th Edition. Course Technology, Cengage Learning. Boston MA, USA, 2011. P. 4–5. 643 p.

⁶ Про публічні закупівлі: Закон України від 25.12.2015 р. № 922-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19#n621>

⁷ Яновицька Г.Б. Цивільно-правові засоби захисту прав споживачів в Україні: автореф. ... д-ра юрид. наук. 12.00.03. Львів, 2021. С. 19. 32 с.

⁸ Большое исследование рынка e-commerce в Украине. AIN.UA. 04.07.2021 г. URL: <https://ain.ua/2021/07/04/bolshoe-issledovanie-rynka-e-commerce-v-ukraine/>

⁹ Сак Т.В., Ховхалюк Д.О. Електронна торгівля в Україні: Стан, тенденції та перспективи розвитку. *Маркетинг і цифрові технології*. 2020. Т. 4. № 3. С. 73–85.

¹⁰ Кондрус Л.Л., Дзивицька О.А. Проблеми розвитку електронної комерції в Україні. Сімнадцяті економіко-правові дискусії. 2017. URL: <http://www.spilnota.net.ua/ua/article/id-1885/>

¹¹ Кузьміна М.М. Правове регулювання захисту прав споживачів в інтернет-торгівлі. *Право та інновації*. 2014. № 3(7). С. 36–42.

¹² Юрасов А.В. Основы электронной коммерции: учебник. Москва, 2008. : Горячая линия-Телеком. С. 27–28. 480 с.

¹³ Митник А.А., Сельчанінов Ю.В. Правові аспекти договірних відносин у мережі Інтернет. *Право і суспільство*. 2019. № 5. С. 101–106.

¹⁴ Гоголіна Г.В. Місце електронного договору купівлі-продажу в системі договорів торгівлі. *Часопис Київського університету права*. 2017. № 3. С.158–161.

¹⁵ Міловська Н. Електронна форма укладення договорів страхування. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 11. С. 34–41.

¹⁶ Філатова Н.Ю. Правочини з використанням електронної форми представлення інформації. *Проблеми законності*. 2017. Вип. 136. С. 40–55.

¹⁷ Зажигалкин А.В. Международно-правовое регулирование электронной торговли : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Санкт-Петербург, 2005. 189 с. С. 126.

¹⁸ Макарова Д.Д., Єфремова К.В. Договірні відносини в мережі Інтернет. *Цифрові трансформації України 2020: виклики та реалії*: зб. наук. пр. НДІ ПЗІР НАПрН України № 1 за матеріалами круглого столу, 18 вересня 2020 р. Харків: НДІ ПЗІР НАПрН України, 2020. С. 114–119.

¹⁹ Мілаш В.С. Правові аспекти виникнення та реалізації договірних відносин у мережі Інтернет. *Правове регулювання відносин у мережі Інтернет* : кол. монографія / кол. авторів : А.П. Гетьман та ін. ; за ред. С.В. Глібко, К.В. Єфремова. Харків, 2016. Розд. 2, підр. 2.1. С. 52–91.

Резюме

Степанченко О.С. Деякі проблеми правового регулювання договірних відносин за участю споживачів у сфері електронної торгівлі.

У статті представлено дослідження проблем правового регулювання та законодавчої регламентації у сфері електронної торгівлі за участю споживачів. Доведено необхідність застосування нових, більш конкретизованих, законодавчих положень, зокрема поняття електронного договору, у законодавстві про захист прав споживачів та електронну комерцію та Цивільному кодексі України.

Ключові слова: електронна комерція, електронна торгівля, електронний договір, договірні відносини, споживач.

Резюме

Степанченко О.С. Некоторые проблемы правового регулирования договорных отношений с участием потребителя в сфере электронной торговли.

В статье представлено исследование проблем правового регулирования и законодательной регламентации в сфере электронной торговли с участием потребителей. Доказана необходимость применения новых, более конкретизированных, законодательных положений, в частности понятие электронного договора в законодательстве о защите прав потребителей и электронную коммерцию и Гражданском кодексе Украины.

Ключевые слова: электронная коммерция, электронная торговля, электронный договор, договорные отношения, потребитель.

Summary

Olena Stepanchenko. Some problems of legal regulation contractual relations with customer participation in the field of electronic commerce.

The article is devoted to the study of the problems of improving the legal regulation of contractual relations with the participation of consumers in the field of e-commerce in order to create the main basic legislative categories to strengthen the mechanisms for protecting consumer rights in the context of the rapid development of information technologies. It should be emphasized that the legislation of Ukraine contains certain contradictory regulatory provisions, insufficiently complete definitions of the main categories, and sometimes there is a lack of relevant legislative definitions.

It seems expedient to analyze the basic legislative provisions of the civil legislation of Ukraine / One of the aspects of solving this problem is, first of all, bringing the legislation on consumer protection and legislation in the field of e-commerce in line with the normative provisions of European legislation in this area, taking into account the problems of implementation and protection of rights consumers in Ukraine.

Analysis of the provisions of the current legislation does not provide an answer regarding the legal nature of an electronic contract as a mechanism for the legal regulation of contractual relations with the participation of consumers.

The author, based on a deep study of various theoretical constructions, comes to the conclusion that the contradictory doctrinal approach regarding the legal nature of an electronic contract and the essence of contractual relations in the field of electronic commerce with the participation of consumers. The lack of basic legal categories, the inconsistency and incompleteness of the existing norms in the civil legislation of Ukraine, necessary for the complete and perfect regulation of contractual relations of electronic purchase and sale with the participation of consumers, the lack of clear and consistent legal categories negatively affects the formation and development of the legislative framework in the field of protection consumer rights and law enforcement.

Key words: e-commerce, e-commerce, e-contract, contractual relationship, consumer.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.44

УДК 347.77

Ю.Л. БОШИЦЬКИЙ

*Юрій Ладиславович Бошицький, професор, ректор Київського університету права НАН України**

ORCID: 0000-0002-1569-8857

ЩОДО ПІДВИЩЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ КРИМІНАЛЬНОЇ ЮСТИЦІЇ У СФЕРІ ОХОРОНИ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В УКРАЇНІ

Вступ. Підвищення рівня соціально-економічного розвитку країн значною мірою залежить від ефективного використання різноманітних об'єктів інтелектуальної власності. Ці об'єкти виникають завдяки інтелекту людини, її знань та досвіду і зазвичай цінуються надзвичайно високо й коштують дорого. Україна має «піонерські» винаходи і новітні розробки у сфері електрозварювання, матеріалознавства, лазерної, криогенної, аерокосмічної техніки, суднобудування, засобів зв'язку і телекомунікацій, програмних продуктів. З'явилося багато нових сфер інтелектуальної діяльності, результати якої потребують правової охорони і регулювання. Так, виникла потреба в охороні біологічних досягнень, включаючи селекційні, так само як і інтелектуальних результатів, що пов'язані з появою нових технічних засобів. З появою електронно-обчислювальних машин створювалися нові групи технічних досягнень, які отримали матеріальне втілення, виникла й потреба програмного забезпечення баз даних. Поява звуко- і відеозаписуючої апаратури поставила питання охорони прав на записи артистів-виконавців, прав організацій, що здійснюють такі записи, а розповсюдження радіо й телебачення поставило питання про права студій на передачі, що ними транслюються. Перелік таких нових сфер стрімко поширюється, зокрема, актуальним є надання охорони досягненням генетики, новим різновидам комп'ютерних програм, наприклад, Інтернет-сайтів, наукових відкриттів тощо. Зростає значення такого об'єкта права інтелектуальної власності, як нерозкрита інформація, включаючи секрети виробництва. Це не тільки знання і досвід виробничо-технічного характеру, а й різноманітна нетехнічна інформація – дані про організацію і економіку виробництва, маркетинг, комерційні знання, джерела фінансування, бізнес-плани та інша інформація.

1. Удосконалення законодавства в сфері інтелектуальної діяльності – динаміка процесу. На сьогодні наука розвивається настільки бурхливо й швидко, що перелічити всі об'єкти інтелектуальної власності навряд чи вдасться. Проте законодавець надає орієнтовний перелік. Зокрема, приблизний список «інтелектуальних» об'єктів наведено у ст. 420 ЦКУ¹. Їх можна умовно розбити на чотири групи.

Перша група – об'єкти авторського права (сюди також входять об'єкти суміжних прав). До цієї групи можна віднести літературні та художні твори; комп'ютерні програми; компіляції даних (бази даних); виконання; фонограми, відеограми, передачі (програми) організацій мовлення. Більш детальний перелік наведено у ст. 433 ЦКУ² і ст. 8 Закону № 3792³. До нього включають: літературні письмові твори белетристичного, публіцистичного, наукового, технічного або іншого характеру (книги, брошури, статті тощо); виступи, лекції, промови, проповіді та інші усні твори; комп'ютерні програми; компіляції даних (бази даних), якщо вони за добором або впорядкуванням їх складових частин є результатом інтелектуальної діяльності; музичні твори з текстом і без тексту; драматичні, музично-драматичні твори, пантоміми, хореографічні та інші твори, створені для сценічного показу, та їх постановки; аудіовізуальні твори; твори образотворчого мистецтва; твори архітектури, містобудування і садово-паркового мистецтва; фотографічні твори, у тому числі твори, виконані способами, подібними до фотографії; твори ужиткового мистецтва, у тому числі твори декоративного ткацтва, кераміки, різьблення, ливарства, твори з художнього скла, ювелірні вироби тощо; ілюстрації, карти, плани, креслення, ескізи, пластичні твори, що стосуються географії, геології, топографії, техніки, архітектури та інших сфер діяльності; сценічні обробки літературних творів, обробки фольклору, придатні для сценічного показу; похідні твори, збірки творів, збірники обробок фольклору, енциклопедії та антології, збірники звичайних даних, інші складені твори за умови, що вони є результатом творчої праці за добором,

© Ю.Л. Бошицький, 2021

* *Yuriy Boshytskyi, Ph.D. in Law, Professor, Rector of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

координацією або впорядкуванням змісту без порушення авторських прав на твори, що входять до них як складові частини; тексти перекладів для дублювання, озвучення, субтитрування українською та іншими мовами іноземних аудіовізуальних творів; інші твори.

До об'єктів суміжних прав відносять (ст. 449 ЦКУ⁴ і ст. 35 Закону № 3792)⁵: виконання літературних, драматичних, музичних, музично-драматичних, хореографічних, фольклорних та інших творів; фонограми; відеограми; програми (передачі) організацій мовлення.

Слід зазначити, що ознаками, якими має бути наділений результат діяльності людини, щоб він міг бути визнаний об'єктом авторського права, є його творчий характер і об'єктивна форма, що забезпечує відтворюваність твору. На ідеї, процеси, методи діяльності або математичні концепції як такі авторське право не поширюється (ч. 3 ст. 433 ЦКУ)⁶. Для виникнення прав на об'єкт авторського права достатньо одного факту його створення, не потрібно проходження будь-яких формальних процедур, реєстрації або іншого оформлення права на нього. Хоча для спрощення процесу захисту прав на «авторський» об'єкт можна отримати «охоронні» документи в результаті державної реєстрації авторського права в порядку, затвердженому постановою КМУ від 27 грудня 2001 р. № 1756)⁷.

Друга група – об'єкти патентного права, тобто винаходи, корисні моделі та промислові зразки. Об'єднання цих об'єктів в одну групу пояснюється тим, що всі вони охороняються шляхом видачі патенту.

Третя група – засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту і продукції, яка ними виробляється: комерційні (фірмові) найменування, торговельні марки (знаки для товарів і послуг), географічні зазначення. Загальною для цих об'єктів інтелектуальної власності функцією є забезпечення індивідуалізації виробників та їх товарів (робіт, послуг). Їх цінність як об'єктів інтелектуальної власності не в тому, що вони є результатом інтелектуальної праці, а в тому, що вони прив'язані до конкретного суб'єкта господарювання або товару. Так, товарний знак виокремлює товари певного госпсуб'єкта на ринку і допомагає відрізнити їх від товарів його конкурентів. Комерційне (фірмове) найменування дає змогу відрізнити самого суб'єкта господарювання від його конкурентів, а зазначення географічного походження товару слугує для позначення існуючих місцевостей, міст, районів або країн, у тісному зв'язку з якими перебуває товар, що виробляється.

Четверта група – це «нетрадиційні» об'єкти інтелектуальної власності. До них належать: наукові відкриття; компонування (топографії) інтегральних мікросхем; раціоналізаторські пропозиції; сорти рослин, породи тварин; комерційні таємниці.

Ці об'єкти об'єднуються в одну групу не тому, що вони схожі за правовим регулюванням. Просто наукові відкриття та решту «нетрадиційних» об'єктів не можна віднести до груп, які ми зазначали вище, через їх яскраво виражені особливості порівняно з усіма іншими об'єктами інтелектуальної власності.

Стосовно проблем удосконалення законодавства в сфері інтелектуальної діяльності, слід наголосити на аспекті підвищення якості нормативної бази, посилення наукової обґрунтованості й демократизації правотворчості та правозастосування. В умовах ринкових відносин правове регулювання в сфері інтелектуальної і творчої діяльності людини передбачає зміну кордонів правового впливу. Повнота правового регулювання диктує створення таких правових гарантій, які можуть забезпечити розвиток і реалізацію різних форм власності як у сфері науково-технічної творчості, так і творчості в цілому. Тому сучасне законодавство в цій галузі повинно бути повним, системним і обґрунтованим. Це означає урегульованість у законодавстві всіх видів і форм відносин, які виникають в процесі винахідницького пошуку.

Створення в Україні відповідної правової охорони інтелектуальної власності, в умовах глобалізації наукових досягнень, новітніх технологій, Інтернет тощо не може вже розцінюватися сьогодні тільки як внутрішня справа нашої країни. Тому розвиток національного законодавства у сфері інтелектуальної власності відображає й перетворення в суспільстві. Це відповідна логічна і зрозуміла реакція на зміни, що відбуваються в економічному житті держави, намагання створити умови для реалізації передбачених Конституцією України прав громадян на творчу діяльність. Економічне, політичне, культурне чи будь-яке інше цивілізоване співіснування нашої держави із Європейською спільнотою, країнами цілого світу передбачає врахування міжнародних стандартів у галузі інтелектуальної власності, що їх світова цивілізація створювала століттями, але надзвичайна активізація яких спостерігається в останні десятиліття. Згадані стандарти передбачають певні правила поведінки в аспекті міжнародної торгівлі, захисту прав та інтересів авторів і власників охоронних документів у галузі інтелектуальної власності. Принципи та основні положення цих правил насамперед встановлені Угодою СОТ про торгові аспекти прав інтелектуальної власності (далі – Угода ТРІПС), директивами Ради ЄС. Курс на інтеграцію до ЄС і членство в Світовій організації торгівлі потребує забезпечення захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності на рівні, який існує в економічно розвинених країнах.

Курс України на інтеграцію з європейською спільнотою, активне членство та співпраця зі Світовою організацією торгівлі потребують забезпечення належної охорони та захисту прав на всі об'єкти інтелектуальної власності на рівні, який існує в економічно розвинених країнах. Надзвичайно велика або навіть і провідна роль у цьому належить правовій культурі наших громадян. Її рівень стосується в цілому всіх об'єктів інтелектуальної власності, однак для конкретизації достатньо обирати один із об'єктів.

Посилення правової охорони інтелектуальної власності необхідне ще й тому, що інтелектуальна діяльність, як показує досвід країн з розвинутою економікою, здебільшого буде визначати стратегію і тактику соціально-економічного розвитку країни.

Слід враховувати і той фактор, що сучасне законодавство у сфері інтелектуальної власності не є уста-

леним нормативно-правовим масивом, а навпаки, постійно перебуває у процесі змін, пов'язаних, у тому числі, з процесами гармонізації норм національного законодавства з нормами міжнародного права.

Розвиток національної системи охорони інтелектуальної власності в контексті інтеграції України у європейську спільноту вбачається складовою міжнародної системи її охорони. Національна стратегія розвитку сфери інтелектуальної власності в Україні на період до 2020 року⁸ визначила загальні положення пріоритетів та перспектив розвитку вітчизняної системи інтелектуальної власності, зокрема, мету, стратегічні напрями та основні завдання, на використання яких має бути спрямована діяльність щодо реалізації державної політики в сфері інтелектуальної власності. Забезпечення надійних гарантій правової охорони інтелектуальної власності є невід'ємним атрибутом державності будь-якої цивілізованої країни. Для того є достатнє правове підґрунтя: положення Конституції України (ст. ст. 41, 54), норми Цивільного кодексу України (Книга IV «Право інтелектуальної власності»), Господарського, Кримінального, Митного кодексів України, Кодексу України про адміністративні правопорушення. У нашій країні діють спеціальні закони у сфері інтелектуальної власності: «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі»⁹, «Про охорону прав на промислові зразки»¹⁰, «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг»¹¹, «Про охорону прав на сорти рослин»¹², «Про охорону прав на зазначення походження товарів»¹³, «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем»¹⁴, «Про авторське право і суміжні права»¹⁵, «Про захист економічної конкуренції»¹⁶, «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів та фонограм»¹⁷, «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаних з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування»¹⁸. Є також низка підзаконних актів.

Сьогодні вже сформовано організаційну структуру органів, які забезпечують діяльність у сфері охорони інтелектуальної власності; діє потужна нормативно-правова база, яка в цілому відповідає міжнародним нормам і стандартам, розбудовано відповідну інфраструктуру, запроваджено механізми реалізації правових норм.

Однак попри те, що значно підвищився рівень захисту прав інтелектуальної власності, зросла координація зусиль правоохоронних та контролюючих органів по боротьбі з піратством у сфері інтелектуальної власності, діє система патентно-інформаційного забезпечення, національна система підготовки, перепідготовки й підвищення кваліфікації фахівців у сфері інтелектуальної власності, заспокоюватися зарано.

Як свідчать сучасна практика та масові порушення прав на об'єкти інтелектуальної власності, ця система має вразливі місця. Вони добре відомі фахівцям, потрібне лише дотримання непогано виписаних норм чинного законодавства як володільцям майнових прав, так і користувачам та державним посадовцям.

Національна стратегія інтелектуальної власності України передбачає удосконалення законодавства України у сфері інтелектуальної власності з урахуванням набутого досвіду, у тому числі й іншими країнами, а також останніх змін і сучасних тенденцій в окресленій галузі, з метою створення максимально сприятливих правових, організаційних та економічних умов для юридичних і фізичних осіб щодо набуття, здійснення й захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності. Також удосконалення охорони прав на об'єкти інтелектуальної власності з метою покращення ефективності процедур, спрямованих на попередження, виявлення та припинення порушень прав на об'єкти інтелектуальної власності; зміцнення технічної бази й розвиток науково-технічного потенціалу заінтересованих міністерств і відомств; посилення ролі інтелектуальної власності в усіх сферах діяльності, яка здійснюється на території України. Дуже важливим є й формування правової культури з питань інтелектуальної власності серед населення України.

Необхідні також і ґрунтовні дослідження з комплексним аналізом основних тенденцій і напрямів розвитку світового співтовариства, частиною якого є Україна, самого українського суспільства, у сфері державного будівництва, економіки, науки й освіти.

Інноваційним перспективам нашої країни в сфері інтелектуальної власності сприятиме і Закон України «Про наукову і науково-технічну діяльність»¹⁹, який має стати запорукою ефективного використання державою свого інтелектуального потенціалу. Даний закон має створити дієве правове поле для розвитку наукової та науково-технічної сфери і перетворення її на рушійну силу інноваційного прогресу України.

2. Проблеми кримінально-правового захисту прав інтелектуальної власності в Україні. Нинішня економічна ситуація в Україні сприяє зростанню попиту на товари із заниженими цінами, тому найбільш інтенсивно в Україні реалізуються контрафактні носії інформації, одяг, побутова техніка, фармацевтичні препарати, продукти харчування, алкогольні напої тощо.

Кримінально-правова відповідальність передбачена Кримінальним кодексом України (далі – ККУ) за порушення авторських та суміжних прав, які досягають рівня суспільної небезпечності. Стаття 176 Кримінального кодексу України є загальною щодо порушень авторського і суміжних прав і передбачає відповідальність за незаконне відтворення, розповсюдження творів науки, літератури і мистецтва, комп'ютерних програм і баз даних, а так само незаконне відтворення, розповсюдження виконань, фонограм, відеограм і програм мовлення, їх незаконне тиражування та розповсюдження на аудіо- та відеокасетах, дискетах, інших носіях інформації, камкординг, кардшейрінг або інше умисне порушення авторського права і суміжних прав, а також фінансування таких дій, якщо це завдало матеріальної шкоди у значному розмірі.

На відміну від адміністративних правопорушень авторського і суміжного прав кримінальним правопорушенням визнається таке порушення, яке завдало матеріальної шкоди у значному розмірі. Крім того, ст. 203-Кримінального кодексу України передбачена відповідальність за незаконне виробництво, експорт, імпорт, зберігання, реалізацію та переміщення дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виробництва, якщо ці дії вчинені у значних розмірах.

Під значним розміром слід розуміти вартість дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання чи сировини для їх виробництва, що у двадцять разів і більше перевищує рівень неоподаткованого мінімуму доходів громадян; під великим розміром слід розуміти вартість дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання чи сировини для їх виробництва, що у сто разів і більше перевищує рівень неоподаткованого мінімуму доходів громадян.

Статтю 216 Кримінального кодексу України передбачена відповідальність за незаконне виготовлення, підроблення, використання або збут незаконно виготовлених, одержаних чи підроблених контрольних марок для маркування упаковок примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних чи голографічних захисних елементів.

Слід констатувати, що у Кримінальному кодексі України відсутній розділ, який був би присвячений посяганням на інтелектуальну власність. Є тільки дві статті – ст. 176 і ст. 177 ККУ, які відрізняються об'єктами регулювання. Так, ст. 176 націлена на захист творів науки, літератури і мистецтва, комп'ютерних програм і баз даних, фонограм, відеограм і програм мовлення, а ст. 177 захищає інші об'єкти інтелектуальної власності, які не належать до авторського права. До таких об'єктів інтелектуальної власності відносять винаходи, корисні моделі, промислові зразки, топографії інтегральних мікросхем, сорти рослин, раціоналізаторські пропозиції тощо.

Якщо ст. 176 забороняє незаконне відтворення, розповсюдження, тиражування зазначених об'єктів, а також «будь-яке умисне порушення авторського права і суміжних прав», то ст. 177 забороняє «незаконне використання або інше умисне порушення права на зазначені об'єкти».

Для цих статей кваліфікуючою ознакою їх перших частин є заподіяння шкоди у розмірі понад 12 180 грн, для других частин – вчинення діянь повторно, або за попередньою змовою групою осіб, або заподіяння шкоди у розмірі понад 121 800 грн. А для третіх частин – вчинення діянь службовою особою з використанням службового становища або організованою групою, чи спричинення збитку понад 609 тис. грн. Санкції цих статей однакові за суттю, а відрізняються виключно формулюваннями.

Як вже зазначалося вище, кримінально-правовий захист інтелектуальної власності забезпечується ще і іншими нормами Кримінального кодексу. Зокрема, це ст. 203-1 щодо незаконного обігу дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виробництва; ст. 229 – незаконне використання знаку для товарів і послуг, фірмового найменування; ст. 216 – незаконне виготовлення, підроблення, використання або збут незаконно виготовлених, одержаних чи підроблених марок акцизного збору чи контрольних марок. А ст. 231 регулює незаконне збирання з метою використання або використання відомостей, що становлять комерційну таємницю. Стаття 232 включає санкції за розголошення комерційної таємниці, ст. 203 – за зайняття забороненими видами господарської діяльності. І насамкінець ст. 228 стосується примушування до антиконкурентних узгоджених дій.

Кримінально-правовий захист прав інтелектуальної власності ускладнюють деякі розбіжності та різночитання в площині відмінностей у термінології як Кримінального, так і Цивільного кодексів України. Наприклад, «знак для товарів і послуг» / «торгова марка», «фірмове / комерційне найменування», «топографія / компоновка інтегральної мікросхеми» відповідно. Також це питання кваліфікації кримінально-карних порушень інтелектуальної власності, орієнтація не тільки на ознаки значного збитку, а й на ознаку повторності. А що стосується практичної площини питання, то проблемними залишаються документування злочинів, скоєних не з фізичними носіями, коли ККУ передбачена необхідність конфіскації усієї контрафактної продукції, реалізованої сумлінним покупцем, який не знав про порушення прав інтелектуальної власності. У цілому, правопорушення в сфері інтелектуальної власності вимагають певних специфічних знань і високої кваліфікації працівників правоохоронних та судових органів.

Саме з цих причин значно мало виноситься вироків за ст. 177 КК (порушення прав на винахід, корисну модель, промисловий зразок, топографію інтегральної мікросхеми, сорт рослин, раціоналізаторську пропозицію) і за ст. 176 КК. Проте, незважаючи на посилення санкцій за посягання на інтелектуальну власність, особливої значущості набуває саме кримінально-правовий захист відповідних прав як найбільш ефективний.

Так, для здійснення координації процесів щодо функціонування і розвитку системи правової охорони інтелектуальної власності в Україні Кабінет Міністрів України 7 лютого 2018 р., згідно з постановою № 90, утворив Раду з питань інтелектуальної власності як урядовий консультативно-дорадчий орган. Метою Ради є забезпечення вивчення та подолання проблемних питань, пов'язаних із формуванням та реалізацією державної політики у сфері інтелектуальної власності. Її завдання – це визначення шляхів та механізмів вирішення проблемних питань, що виникають під час формування та реалізації державної політики у сфері інтелектуальної власності; розробка пропозицій у сфері інтелектуальної власності, зокрема щодо розвитку цієї сфери, забезпечення інтеграції України у міжнародний та європейський інтелектуальний простір з урахуванням національних інтересів тощо.

Відповідно до наказу № 718 Міністра економічного розвитку і торгівлі у 2018 р. було утворено державну організацію «Національний офіс інтелектуальної власності» (далі – НОІВ) – орган державної системи правової охорони інтелектуальної власності, визначений на національному рівні здійснювати повноваження у сфері інтелектуальної власності. Також слід констатувати, що в нашій країні діють понад 10 спеціальних законів у сфері інтелектуальної власності, правова охорона інтелектуальної власності регулюється понад сотнею підзаконних нормативних актів. А захист прав інтелектуальної власності відбувається у межах цивільного, адміністративного, кримінального, митного та антимонопольного законодавства. Однак засоби

кримінально-правової охорони є найбільш дієвими для обмеження поширення протиправних дій щодо об'єктів інтелектуальної власності. Водночас аналіз злочинів у сфері захисту інтелектуальної власності, порушень авторських і суміжних прав у мережі Інтернет вказують на такі недоліки, як відсутність статистичної звітності в офіційних звітах Генеральної прокуратури України, Офісу Генерального прокурора та Державної судової адміністрації України. Так, протягом 2019 р. Генеральною прокуратурою України обліковано 148 кримінальних правопорушень, передбачених ст. 176 КК України. Порівняно із 2018 р. їхня кількість збільшилася на 17,5 % (у 2018 р. – 126). Кримінальних правопорушень, передбачених ст. 229 КК України, у 2019 р. обліковано 62. Це на 44,1 % менше порівняно з 2018 р. (у 2018 р. – 111). Відповідно до Звіту судів першої інстанції про розгляд матеріалів кримінального провадження за 2019 р. в Україні кількість проваджень, що перебували на розгляді судів за ст. 176 КК України, становить 43, із них 19 надійшло у 2019 р. За 2019 р. розглянуто 15 проваджень, з постановленням вироку – дев'ять (із них два – за примиренням і два – визнання винуватості), шість – із закриттям провадження у справі. Кількість осіб у справах із закінченим провадженням становить 15, із них сім засуджено, двох виправдано і шість – щодо яких кримінальне провадженням закрито²⁰.

Аналіз кримінальних правопорушень у сфері захисту інтелектуальної власності ст. ст. 176, 229 КК України вчинених із використанням високих інформаційних технологій, показує, що кримінальні правопорушення, вчинені з використанням високих інформаційних технологій, незначні. Так, за результатами даних Національної поліції України за 2019 р. з використанням мережі Інтернет скоєно 68 кримінальних правопорушень, передбачених ст. 176 КК України, що на 15,2 % більше порівняно з 2018 р. (у 2018 р. – 59) і їхня питома вага становить 46,0 % від усіх облікованих кримінальних правопорушень у 2019 р., передбачених ст. 176 КК України²¹.

Як зазначають дослідники цієї проблеми, кількість кримінальних проваджень, у яких особам повідомлено про підозру в учиненні кримінального правопорушення, передбаченого ст. 176 КК України, становить 64, що на 36,2 % більше порівняно з 2018 р. (у 2018 р. – 47). А кількість осіб, яким повідомлено про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, збільшилася на 17,6 % (20 у 2019 р. проти 17 у 2018 р.). Кількість осіб, яким пред'явлені обвинувальні акти у 2019 р. – 18. У 2019 р. кримінальними правопорушеннями, передбаченими ст. 176 КК України, з використанням мережі Інтернет завдано матеріальних збитків на суму 10675 тис. грн, відшкодовано 1196 тис. грн. З використанням мережі Інтернет у 2019 р. зареєстровано вісім кримінальних правопорушень, передбачених ст. 229 КК України²². Це в три рази менше порівняно з 2018 р. (у 2018 р. – 24). Дослідники вважають, що специфіка вирішення питань про притягнення до кримінальної відповідальності за злочини, що посягають на інтелектуальну власність, зумовлена недосконалістю законодавства про кримінальну відповідальність. Це і проблеми із недосконалістю законодавства; труднощі під час розкриття, розслідування цих злочинів у зв'язку з недоліками, прогалинами, суперечностями в законі тощо.

Відсутні методичні рекомендації, якими можна б було керуватися в процесі розкриття, розслідування цих злочинів. Також є й інші труднощі під час розслідування злочинів у сфері ІВ. Це відсутність роз'яснень вищих судових інстанцій. Є потреба, щоб Верховним Судом було видано відповідні документи про порядок застосування зазначених норм для усунення судових і слідчих помилок, які є характерними при застосуванні ст. ст. 176, 229 КК України.

Для ефективного проведення досудового розслідування злочинів у сфері ІВ доцільним є посилення взаємодії правоохоронних органів різних країн, громадських організацій, координації при проведенні спільних операцій Інтерполом та Європолом.

Підвищення ефективності роботи правоохоронних органів потребує впровадження дієвого моніторингу за піратським програмним забезпеченням та іншими цифровими продуктами. На часі – впровадження дієвого механізму впливу на порушників авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет, зокрема посилення відповідальності за злочини у цій сфері. Відомо, що поширення контрафактної продукції і піратського контенту в мережі Інтернет відбувається через відсутність ефективного механізму впливу на порушників

Неефективними є санкції стосовно правопорушень, передбачених ст. 176 Кримінального кодексу України. Адаже розмір застосованих штрафів до правопорушників є, як правило, в декілька разів меншим, ніж прибутки Інтернет-ресурсів. Тому необхідно внести зміни до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за злочини у сфері авторського права та суміжних прав, щоб більш жорсткі санкції підвищили ефективність боротьби та рівень профілактики правопорушень, а правопорушникам було складно уникати покарання за порушення законодавства у сфері захисту авторських прав.

Необхідно також розробити і впровадити єдину методику визначення розміру матеріальної шкоди, завданої порушенням прав на об'єкти інтелектуальної власності. Проблемним залишається і тривалий період проведення комп'ютерно-технічних експертиз та експертиз у сфері інтелектуальної власності, що призводить до значного затягування строків досудового розслідування та неможливості прийняття обґрунтованого рішення у кримінальному провадженні, незважаючи на те, що вказані експертизи фактично є обов'язковими під час розслідування злочинів зазначеної категорії.

Серед причин розвитку та поширення Інтернет-піратства чільне місце належить ставленню громадян до порушення авторських прав, що певним чином зумовлено менталітетом та погіршенням загального економічного стану. Більшість користувачів не замислюються про негативні наслідки безкоштовного користування Інтернет-контентом, тому інформування громадськості про шкоду Інтернет-піратства та формування правильного розуміння цього питання сприятимуть підвищенню ефективності боротьби з такими порушеннями.

Боротьба з підробками і піратством буде результативною у тому разі, коли активно урядові структури об'єднають зусилля з приватним сектором; підвищуватиметься обізнаність суспільства щодо ролі інтелектуальної власності та економічних і соціальних наслідків від споживання контрафактних товарів і піратства. Необхідно розвивати національні й міжнародні системи санкцій, співмірних зі збитками, завданими обігом підробок.

Для ефективної боротьби з розповсюдженням контрафактної та піратської продукції потребують удосконалення правозастосовні заходи. З метою ефективної протидії поширенню підробок і піратству необхідне об'єднання урядових структур з приватним сектором. Доцільно постійно проводити інформаційно-роз'яснювальні кампанії з метою підвищення обізнаності суспільства щодо ролі інтелектуальної власності та економічних наслідків від поширення й споживання контрафактних товарів та Інтернет-піратства. Необхідно приділяти більше уваги підвищенню правової культури населення і проводити різні освітні заходи.

3. Удосконалення правової культури суспільства як засіб підвищення ефективності кримінальної юстиції. Правова культура суспільства – це позитивна якість розвитку правового життя суспільства, що забезпечує його стабільність, подальший прогрес і якість розвитку та обов'язково має бути пов'язаною з такими його атрибутами, як правова ідеологія, правотворчість, законодавство, законність, правопорядок, інститут прав людини, правозастосовна діяльність тощо. Правова культура суспільства містить усі досягнення правового життя суспільства, характеризує його ціннісне зростання, рівень розвитку, досконалість у загальному контексті соціального прогресу. Стосовно вищезазначеного правова культура особистості – це позитивна якість розвитку правового життя особистості, що забезпечує необхідний рівень знання права, розуміння його соціальної цінності, вміння користуватися своїми юридичними правами, усвідомлене виконання своїх юридичних обов'язків. Одним із основних засобів удосконалення культури в сфері права інтелектуальної діяльності є підвищення якості нормативної бази, посилення наукової обґрунтованості та демократизації правотворчості й правозастосування.

В умовах ринкових відносин правове регулювання інтелектуальної творчої діяльності людини передбачає розширення меж правового регулювання. Наприклад, правове регулювання винахідництва передбачає розширення суспільних відносин, які сприяли б позитивному впливу зовнішніх чинників на темпи прискорення та оптимізації винахідницької справи, на соціальну спрямованість винахідництва, реалізацію та координування інтересів учасників інноваційного циклу між собою та з інтересами суспільства, поєднання механізмів управління економікою й винахідництвом, досягнення єдності соціально значущої мети науково-технічного циклу тощо.

Повнота правового регулювання передбачає створення таких правових гарантій, які можуть забезпечити розвиток і реалізацію різних форм власності в сфері як науково-технічної творчості, так і творчості в цілому. Тому законодавство в цій галузі обов'язково має відповідати певним умовам. По-перше, воно має бути повним, системним і обґрунтованим. Це означає урегульованість законодавством усіх видів і форм відносин, які виникають у процесі винахідницького пошуку й потребують правової регламентації. Водночас повнота законодавства не має зводитися до збільшення кількості нормативних актів. Уніфікація законодавства повинна відбуватися на основі інтеграції, підвищення рівня системності та обґрунтованості правового регулювання. По-друге, правове регулювання творчої діяльності має стати органічною складовою правового регулювання як науково-технічного прогресу, так і всього господарського механізму.

Торговельні відносини нашої країни з європейськими економічними структурами в правовому аспекті сприяли приєднанню практично до більшості універсальних міжнародних конвенцій і договорів у сфері охорони інтелектуальної власності. Однак сьогодні залишається низка питань щодо приєднання та виконання ряду міжнародних конвенцій і договорів. А стосовно реалізації в національному законодавстві принципів Угоди ТРІПС слід зазначити, що їх ключові положення спрямовано на застосування процедур захисту прав інтелектуальної власності, які не мають створювати бар'єри законній торгівлі.

Цілком природно, що законодавство у будь-якій сфері суспільних відносин не може бути ідеальним. Тому торкаючись прогалин, недоліків, суперечливих положень у чинному національному законодавстві в сфері інтелектуальної власності, фактів невідповідності міжнародним, зокрема європейським стандартам, їх потрібно вирішувати комплексно, продумано, враховуючи доцільність, і негайно.

Стаття 13 Конституції України проголошує: «Держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання...». Відповідно до конституційного принципу забезпечення доступності судового захисту прав і свобод людини (ст. 55 Конституції України) кожен суб'єкт має право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, посадових і службових осіб. Норми Конституції України є нормами прямої дії, тому для захисту прав людини в сфері інтелектуальної (промислової) власності можна звертатися до суду навіть безпосередньо, спираючись тільки на норми Конституції України.

4. Кримінальна юстиція та проблеми оптимізації освіти у сфері інтелектуальної власності. У контексті удосконалення освіти в сфері інтелектуальної власності Україна поки не досягла суттєвих позитивних результатів. Це пов'язується передусім з недостатньою кількістю фахівців у галузі, відсутністю спеціальних знань окремих державних службовців, співробітників органів слідства, суду, прокуратури, митних органів, що потребує вирішення проблеми насамперед через удосконалення освіти у сфері інтелектуальної власності, розширення її можливостей, введення відповідних курсів до обов'язкової програми системи вищої освіти в Україні.

Протягом тривалого часу увага до поглиблення освіти у сфері інтелектуальної власності спонукала вищі навчальні заклади вводити додаткові спецкурси і запровадити відповідні спеціалізації для спеціалістів та магістрів серед економічних та правових спеціальностей. Перспективи розвитку такого напрямку освіти безпосередньо пов'язуються з інноваційним потенціалом української економіки, правовий захист в цій сфері повинен удосконалюватись настільки швидко і бути настільки універсальним, щоб відповідати новим сучасним вимогам розвинутої, наукомісткої економіки, що є одним із пріоритетних напрямів діяльності держави.

Освіта в сфері інтелектуальної власності стикається з проблемою недостатньої інформаційної роботи на державному та регіональному рівнях щодо важливості, актуальності та практичної потреби у фахівця цієї кваліфікації. Відповідна роз'яснювальна робота за допомогою круглих столів, конференцій, інформаційне забезпечення діяльності правоохоронних органів щодо розкриття злочинів у сфері інтелектуальної власності, повідомлення про економічну вигоду від такої діяльності привернули би увагу абітурієнтів, школярів випускних класів, студентів та широких громадських кіл до важливості й перспективності цього напрямку. Разом із тим запровадження відповідних ознайомчих курсів у спеціалізованих школах гуманітарного спрямування, у професійно-технічних навчальних закладах, наприклад, «Введення в інтелектуальну власність», сприятиме ідеї пропагування цього напрямку освіти та залучення більш широких кіл до удосконалення своїх знань з означеної спеціальності.

Сьогодні вища освіта в сфері інтелектуальної власності користується попитом серед тих, хто в своїй практичній діяльності зіткнувся з необхідністю таких знань. Студентами відповідних магістерських програм стають переважно працівники митних органів, слідчих управлінь, судів, прокуратури, міліції, тобто представники державної служби, на яких безпосередньо покладено обов'язки захисту таких прав від порушень і протиправних посягань. Серед дисциплін, які пропонуються для вивчення цим категоріям працівників, є такі: особливості кваліфікації злочинів у сфері інтелектуальної власності, методика розслідування справ у сфері інтелектуальної власності, порушення правил перетину об'єктів інтелектуальної власності через митний кордон, процедура адміністративного розгляду порушень, основи криміналістичних досліджень злочинів у сфері інтелектуальної власності, основи судової експертизи у сфері інтелектуальної власності, інтелектуальна власність в інноваційній діяльності, набуття прав інтелектуальної власності, міжнародне співробітництво в сфері охорони прав інтелектуальної власності, порівняльне право інтелектуальної власності.

З наведеного вище випливає, що перед вищим навчальним закладом, який запроваджує навчання фахівців з питань інтелектуальної власності, стоїть важливе завдання з розробки навчально-методичного забезпечення, яке повинно відповідати як основним напрямкам розвитку інтелектуальної власності, так і мати чітке розуміння про навички і вміння, якими повинен володіти спеціаліст, отримавши таку освіту. Формування переліку професійних навичок випускників дає змогу відповідно сформулювати перелік дисциплін навчального плану, що забезпечили б їх опанування студентами. Незважаючи на такий стрімкий розвиток та однозначно позитивні наслідки від поглибленого вивчення інтелектуальної власності у вищих навчальних закладах, така діяльність стикається і з певними проблемами, що мають як об'єктивний, так і суб'єктивний характер. Однією з важливих проблем у цьому зв'язку є відсутність достатньої кількості кваліфікованих кадрів, які здатні забезпечити викладання спеціальних дисциплін, особливо спецкурсів. На сьогодні таку потребу задовольняють спеціалісти цивільного та господарського напрямів, однак із викладеного вище слід зробити однозначний висновок про доцільність розвитку наукових досліджень та підвищення кваліфікації викладачів, зокрема через стажування у профільних національних і міжнародних установах.

Для підвищення рівня освіти у сфері інтелектуальної власності необхідне уточнення змісту освітньо-кваліфікаційних характеристик випускників вищих навчальних закладів з позиції формування в державі творчих особистостей, здатних до створення об'єктів інтелектуальної власності; підтримання високого професійного рівня працівників державної системи правової охорони інтелектуальної власності, навчання суддів, співробітників правоохоронних та контролюючих органів; поглиблення міжнародного й регіонального співробітництва, двостороннього співробітництва з ВОІВ; зміцнення співробітництва з установами ЄС у сфері інтелектуальної власності.

Питання поширення знань про інтелектуальну власність є актуальними для України, що пов'язано з існуючою ситуацією стосовно захисту та дотримання прав інтелектуальної власності і проблемами, які інколи виникають унаслідок ще недостатнього рівня знань і низького рівня культури у суспільстві. Серед них – не завжди ефективне застосування механізмів охорони, захисту та дотримання прав інтелектуальної власності; досить високий рівень контрафакції та піратства, у тому числі широке використання неліцензійних комп'ютерних програм; значна кількість випадків недобросовісної конкуренції із залученням прав інтелектуальної власності; не завжди добросовісна подача заявок на реєстрацію об'єктів інтелектуальної власності; недостатнє освоєння об'єктів інтелектуальної власності, особливо впровадження винаходів у межах інноваційного процесу; низька активність ділових кіл щодо залучення існуючого в країні потенціалу інтелектуальної власності тощо.

Діяльність із навчання і розповсюдження знань у сфері інтелектуальної власності орієнтована на формування необхідного рівня знань і виховання поваги до інтелектуальної праці та її результатів, які втілені в інтелектуальній власності, а також на інформування суспільства про можливі збитки та існуючі загрози для добробуту і здоров'я людей, що їх можуть викликати контрафактні та піратські товари.

Висновки. Підсумовуючи викладене вище, слід зазначити, що на підвищення ефективності кримінальної юстиції в Україні впливає багато чинників. Насамперед потрібно постійно удосконалювати чинне зако-

нодавство і ККУ. Так, необхідно посилення взаємодії правоохоронних органів різних країн, провайдерів, громадських організацій, координації при проведенні спільних операцій Інтерполом та Європолом; підвищення ефективності роботи правоохоронних органів у відповідному напрямі; варто збільшити вплив на порушників авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет, зокрема посилення відповідальності за злочини у цій сфері; необхідно оперативно проводити експертизи у сфері інтелектуальної власності та створити єдину методичку визначення розміру матеріальної шкоди, завданої порушенням права інтелектуальної власності; слід також оптимізувати процес витребування інформації про власника Інтернет-контенту, який зареєстрований та має адміністрування за межами України.

Також вважаємо за доцільне створення єдиної системи кримінально-правової охорони прав інтелектуальної власності, яка б включала норми кримінального законодавства, що визначають склад злочинів проти прав інтелектуальної власності та міри покарання, що застосовуються до осіб, які вчинили такі злочини.

Також необхідно підвищення відповідальності юридичних осіб за злочини проти прав інтелектуальної власності та проведення реформування базового законодавства про охорону прав інтелектуальної власності і вже згодом – внесення системних змін в Кримінальний кодекс України.

До проблем, що стримують ефективну реалізацію прав інтелектуальної власності в наукових установах, слід віднести відсутність державних програм фінансування трансферу технологій з установ науки, освіти до промисловості; фінансової підтримки утворення господарських товариств для використання ОІВ; відсутність системи венчурного фінансування комерціалізації об'єктів права інтелектуальної власності, податкових, кредитних пільг, спрямованих на посилення інноваційної діяльності.

Вважаємо також за необхідне проводити відповідні заходи, спрямовані на посилення правової культури широких верств населення України для захисту прав інтелектуальної власності, підвищення загального рівня підготовки кваліфікованих фахівців з цих питань.

Слід постійно проводити координацію роботи різних органів державної влади, недержавних установ та громадських організацій для визначення подальших шляхів розвитку національної системи правової охорони інтелектуальної власності.

Доцільним є створення відповідних умов державою, для популяризації та сприяння розвитку творчої інтелектуальної діяльності інженерів, винахідників, науковців, для розвитку цивілізованого ринку результатів їх діяльності, комерціалізації широкого кола різних об'єктів інтелектуальної власності, ведення ефективного та чесного бізнесу.

Стосовно оптимізації діяльності кримінальної юстиції в системі Національної академії наук України з метою захисту та охорони об'єктів права інтелектуальної власності, які створюються в академічних установах, науково-дослідних центрах та інститутах, вважаємо за доцільне посилити комунікаційну та координаційну співпрацю підрозділів з питань трансферу технологій, інноваційної діяльності та інтелектуальної власності з відповідними структурами правоохоронних органів, які за своїм функціональним призначенням забезпечують захист інтелектуальної власності від правопорушень у цій сфері.

¹ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № № 40–44. Ст. 420.

² Там само. Ст. 433.

³ Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23 грудня 1993 р. № 3792-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 16. Ст. 8.

⁴ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № № 40–44. Ст. 449.

⁵ Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23 грудня 1993 р. № 3792-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 16. Ст. 35.

⁶ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № № 40–44. Ст. 433.

⁷ Про державну реєстрацію авторського права і договорів, які стосуються права автора на твір: постанова Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2001 р. № 1756. *Офіційний вісник України*. 2002. № 52. Ст. 2369.

⁸ Національна стратегія розвитку сфери інтелектуальної власності в Україні на період до 2020 року. URL: <http://sips.gov.ua/ua/project-ip-strategy28082014>

⁹ Про охорону прав на винаходи і корисні моделі: Закон України. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/3687-12>

¹⁰ Про охорону прав на промислові зразки: Закон України. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3688-12>

¹¹ Про охорону прав на знаки для товарів і послуг: Закон України. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/3689-12>

¹² Про охорону прав на сорти рослин: Закон України. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/3116-12>

¹³ Про охорону прав на зазначення походження товарів: Закон України. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/752-14>

¹⁴ Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем: Закон України. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/621/97-%D0%B2%D1%80>

¹⁵ Про авторське право і суміжні права: Закон України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3792-12>

¹⁶ Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів та фонограм: Закон України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2210-14>

¹⁷ Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів та фонограм: Закон України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2210-14>

¹⁸ Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаних з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування: Закон України. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2953-14>

¹⁹ Про наукову і науково-технічну діяльність Закон України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/848-19>

²⁰ Науковий журнал «Інформація і право». № 4(35)/2020 77. URL: <http://www.ippi.org.ua/>

²¹ Науковий журнал «Інформація і право». № 4(35)/2020 77. URL: <http://www.ippi.org.ua/>

²² Науковий журнал «Інформація і право». № 4(35)/2020 77. URL: <http://www.ippi.org.ua/>

Резюме

Бошицький Ю.Л. Щодо підвищення ефективності кримінальної юстиції у сфері охорони інтелектуальної власності в Україні.

Стаття присвячена ролі і значенню кримінальної юстиції у сфері інтелектуальної власності, інтелектуальної діяльності в соціально-економічному розвитку сучасної України, посиленню правової охорони інтелектуальної власності, аналізу чинного законодавства у даній сфері та розвитку національної системи охорони інтелектуальної власності в контексті інтеграції України у європейську спільноту. Також дається аналіз основних положень кримінального кодексу України, які забезпечують охорону об'єктів інтелектуальної власності в Україні, аналізуються питання щодо необхідності підвищення правової культури населення з питань інтелектуальної власності, удосконалення правової освіти в сфері інтелектуальної власності, охорони та захисту об'єктів інтелектуальної власності в системі НАН України, захисту конституційних прав інтелектуальної власності в Україні. Надано пропозиції щодо оптимізації шляхів подальшого вдосконалення законодавства, спрямованого на забезпечення конституційних прав громадян на захист інтелектуальної власності, сприятливих умов для підвищення ефективності кримінальної юстиції в Україні в сфері інтелектуальної власності.

Ключові слова: кримінальна юстиція, інтелектуальна власність, правова охорона інтелектуальної власності, національна система охорони інтелектуальної власності, кримінальний кодекс України, правова культура населення, правова освіта в сфері інтелектуальної власності, інтелектуальна власність в системі НАН України, захист конституційних прав інтелектуальної власності.

Резюме

Бошицький Ю.Л. Относительно повышения эффективности криминальной юстиции в сфере охраны интеллектуальной собственности в Украине.

Статья посвящена роли и значению криминальной юстиции в сфере интеллектуальной собственности, интеллектуальной деятельности в социально-экономическом развитии современной Украины, усилению правовой охраны интеллектуальной собственности, анализу действующего законодательства в данной сфере и развитию национальной системы охраны интеллектуальной собственности в контексте интеграции Украины в европейское сообщество. Также дается анализ основных положений уголовного кодекса Украины, которые обеспечивают охрану объектов интеллектуальной собственности в Украине, анализируются вопросы относительно необходимости повышения правовой культуры населения по вопросам интеллектуальной собственности, усовершенствования правового образования в сфере интеллектуальной собственности, охраны и защиты объектов интеллектуальной собственности в системе НАН Украины, защиты конституционных прав интеллектуальной собственности в Украине. Предоставлено предложения относительно оптимизации путей дальнейшего усовершенствования законодательства, направленного на обеспечение конституционных прав граждан на защиту интеллектуальной собственности, благоприятных условий для повышения эффективности криминальной юстиции в Украине в сфере интеллектуальной собственности.

Ключевые слова: криминальная юстиция, интеллектуальная собственность, правовая охрана интеллектуальной собственности, национальная система охраны интеллектуальной собственности, уголовный кодекс Украины, правовая культура населения, правовое образование в сфере интеллектуальной собственности, интеллектуальная собственность в системе НАН Украины, защита конституционных прав интеллектуальной собственности.

Summary

Yuriy Boshytskyi. About the increase of the efficiency of criminal justice in intellectual property protection in Ukraine.

The article is devoted to the role and significance of criminal justice of intellectual property, intellectual activity in the social and economic development of today's Ukraine, strengthening the legal protection of intellectual property, analysis of the effective legislation in this area and the development of the national system of intellectual property protection in the context of Ukraine's integration into the European community. It analysis the main provisions of the Criminal Code of Ukraine ensuring protection of intellectual property in Ukraine, the necessity to increase the legal culture of the population on intellectual property issues, improvement of legal education of intellectual property, protection of intellectual property of intellectual property of the system of the National Academy of Sciences of Ukraine, the protection of constitutional rights of intellectual property in Ukraine. It proposes the ways to optimize further improvement of the legislation aimed at ensuring the constitutional rights of citizens on protection of the intellectual property, favorable conditions for increasing the efficiency of criminal justice in Ukraine of intellectual property.

Key words: criminal justice, intellectual property, legal protection of intellectual property, national system of intellectual property protection, Criminal Code of Ukraine, legal culture of the population, legal education of intellectual property, intellectual property in the system of the National Academy of Sciences of Ukraine, protection of constitutional rights on intellectual property.

M. PONOMARENKO

*Mykhailo Ponomarenko, Postgraduate student of
Kyiv University of Law the NAS of Ukraine**

ORCID: 0000-0001-7509-5516

THEORY AND PRACTICE OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS PROTECTION IN SOFTWARE

Formulation of the problem.

Intellectual property was until recently the domain of specialists and producers of intellectual property rights. The TRIPS Agreement concluded during the Uruguay Round negotiations has signaled a major shift in this regard. The incorporation of intellectual property rights into the multilateral trading system and its relationship with a wide area of key public policy issues has elicited great concern over its pervasive role in people's lives and in society in general. Developing country members of the World Trade Organization (WTO) no longer have the policy options and flexibilities developed countries had in using IPRs to support their national development. Despite this, TRIPS is not the end of the story. Significant new developments are taking place at the international, regional and bilateral level that build on and strengthen the minimum TRIPS standards through the progressive harmonization of policies along standards of technologically advanced countries. The challenges ahead in designing and implementing IP-policy at the national and international levels are considerable¹.

It is urgent, therefore, to ask the question: How can developing countries use IP tools to advance their development strategy? What are the key concerns surrounding the issues of IPRs for developing countries? What are the specific difficulties they face in intellectual property negotiations? These are essential questions that policy makers need to address in order to design IPR laws and policies that best meet the needs of their people and negotiate effectively in future agreements.

Recent research and publications. Important issues of the researched problem were considered in the works of Ukrainian scientists, in particular Y.L. Boshytskyi, A.O. Kodynets, K.O. Zerov, Y.V. Nosik, M. V. Kotenko, L.L. Tarasenko, I. Tomarov and others.

Researches made by international institutions, such as the World Intellectual Property Organization (WIPO), the Network of Technology and Innovation Centers (TISCs), World Trade Organization (WTO), United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) etc., plays an important role.

At the same time, the lack of combination in a single scientific work practical knowledge of programming with legal theories and practices of software protection creates a field for reasoning and research on this topic.

Purpose of the article. The purpose of this article will be a theoretical and methodological justification of the impact of reliable protection of intellectual property rights on software and some of its elements aimed at the Europeanization of public administration in Ukraine.

Presenting main material.

Intellectual property law secures all the types of programs, including distribution programs, applications and scripts that can be run on computer, smartphone or any other device. Name of the program or application can be protected by Trade mark. Code (its textual form) secured by author's law. The technology gets the protection with utility patent. Unique visual qualities are protected by design patent. Also IP Law provides special forms of contracts for different types of relations. One can save and regulate the distribution of commercial secrecy by signing the nondisclosure agreement. By the time, the company decides to get investment or f.e. gets involved into M&A process, it must consolidate established distribution of shareholders agreement, which requires all the IP rights should be registered and included in the final evaluation report, determined by special procedure called «due diligence».

The concept of "software" is the broadest in scope term, which includes both a computer program, which is a code written in a programming language that drives the algorithms of the computer and leads it to perform its functions and algorithms that are ideas, the principles of solving a specific problem and on the basis of which you can create programs designed for implementation on a computer.

The main requirements for the protection of computer programs are originality and objective form of expression. The main form of expression of computer programs is electronic. The requirement of originality can be considered complied with if the computer program is a product of mental, intellectual creativity of its author, his creative choices. In addition, in Ukraine there is a presumption of originality: until proven otherwise, the result of intellectual activity is considered to be made by creative work.

The most comprehensive multilateral agreement on intellectual property is the WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS). It plays a central role in facilitating trade in knowledge and

creativity, in resolving trade disputes over IP, and in assuring WTO members the latitude to achieve their domestic policy objectives. It frames the IP system in terms of innovation, technology transfer and public welfare. The Agreement is a legal recognition of the significance of links between IP and trade and the need for a balanced IP system.

In accordance with Part 1 of Article 10 of the TRIPS Agreement², computer programs as literary works are protected in source and object codes:

Source code is any set of commands written in a computer programming language in a form that can be read and modified by an individual.

An object code is a sequence of statements or instructions in a computer language, usually a machine code language or an intermediate language, such as a register language.

It is also important that Article 180 of the Association Agreement provides for the legal protection of preparatory documentation, if such documentation allows for the further creation of a computer program.

Copyright protects ONLY the form of expression of a computer program, symbolic record of operators and actions on them. Ideas and principles of building a computer program are not subject to legal protection by copyright.

Software can also be protected as inventions (utility models), if such an object meets the conditions of patentability (novelty, inventive step, industrial applicability) and the achievement of a technical result – the so-called “computer implemented inventions” or “software patent”.

It is possible to patent a computer program in connection with its device, if its main purpose is to control the operation of the device. In this case, the device is patented, and the computer program is displayed in the claims (utility model).

The graphical interface of computer programs – can be protected as an industrial design, provided that the requirements of novelty and individual character are met.

Infringement of the rights of the owner of a patent for an invention (utility model), in particular, is recognized as:

– Unauthorized manufacture of a product using a patented invention (utility model), use of such a product, offering for sale, including via the Internet, sale, import (import) and other introduction into civil circulation or storage of such a product for these purposes;

– Unauthorized use of the process protected by the patent, or offering it for use in Ukraine, if the person proposing this process knows that its use is prohibited without the consent of the patent owner or, given the circumstances, it is already obvious.

A product is considered to be manufactured using a patented invention (utility model) if it uses each feature included in the independent claim (utility model), or a feature equivalent to it.

The process protected by the patent is considered to be applied if each feature included in the independent claim or an equivalent is used.

Therefore, the principle applies in patent law: the more generally described the claims (utility model) – the wider the scope of legal protection.

Violation of the rights of the owner of a registered industrial design, in particular, is recognized as unauthorized manufacture of a product using a registered industrial design, use of such a product, offer for sale, including via the Internet, sale, import (import), export (export) and other civil turnover or storage of such a product for these purposes.³

An article shall be deemed to have been manufactured using a registered industrial design if the appearance of such product or part thereof makes the same general impression on the informed user as the protected industrial design.

Infringement of copyright on computer programs, in particular, are:

– illegal actions of a person encroaching on the property rights of copyright subjects, taking into account the restrictions of copyright provided for in Articles 21–25 [1, p. 328] of the Law of Ukraine “On Copyright and Related Rights”;

– conscious actions to circumvent the technical means of copyright protection.

An important aspect in resolving the issue of recognizing certain acts as copyright infringement on computer programs is to determine the literal or non-verbal use (copying) of the source or object code of computer programs in other computer programs.

To do this, you need to determine you:

“Literal copying” is the borrowing of copyrighted sequences of source / object code without making any changes to the code, including certain spelling and syntax errors, similar commands of command operators, redundant and incomprehensible parts of the code. The conclusion about the use of the source code of a computer program as part of another computer program can be made on the basis of comparing the source codes (listings) of both computer programs, which requires special knowledge and, consequently, forensic examination.

“Non-literal copying” – borrowing elements other than the source code of the original computer program: borrowing its structure, sequence and organization, as well as program elements, which are products generated by the interaction of code with computer hardware. and the various steps that a programmer uses to actually write instructions and source code.

“Non-verbal copying” is recognized as a copyright infringement in the United States, but is not recognized in the EU. And given that Ukraine has made a commitment to bring copyright law into line with EU standards, “non-verbal copying” cannot be considered copyright infringement in Ukraine either.

If a person creates the source code of a computer program that is functionally and structurally similar to the source code of another person's existing computer program, having access to the source code of an existing computer program, and the result of such operations is creative code processing or creative translation another programming language – the person is likely to violate the exclusive property right to processing.

A computer program distribution is a specially created form of computer program distribution that contains programs for system initialization, an installer, and a set of special files that together form the system (core) of a program. A distribution is nothing more than a separate, stand-alone computer program that helps you install another. Therefore, the distribution of distributions is possible even through third-party websites that do not belong to the developers, but this does not preclude the use of the installed program is clearly under the conditions specified by the developer.

Unauthorized distribution of “broken” versions of computer programs.

According to the law, any actions for knowingly circumventing the technical means of protection of copyright and (or) related rights, such as the manufacture, distribution, import for the purpose of distribution and use of means for such circumvention are recognized as illegal. Such actions constitute an independent type of copyright infringement without any additional conditions and depending on the ways of using the work, in particular making changes to the source code and creating a derivative work. This situation is due to the implementation of Ukraine's obligation to provide for the technical means used by authors in connection with the exercise of their rights under the provisions of Article 11 of the World Intellectual Property Organization Copyright Treaty.

Therefore, the elimination of technical means of protection of a computer program may entail liability for two separate violations:

- violation of the property rights of the subject of copyright;
- actions for conscious circumvention of technical means of copyright protection.

In the United States, for example, there is a clearly defined list of cases of permissible bypass of technical means (for example, the so-called jailbreak for smartphones). Similar rules are also typical for the EU. It should be clarified that such rules are also reflected in Part 4 of Art. 176 of the Association Agreement: “right holders have the right to grant an exception or restriction to a person who enjoys this exception or restriction, to benefit from this exclusion or limitation to the extent necessary for such exclusion or restriction, and that this person has lawful access to the work”. Thus, such a clearly regulated possibility, but with the caveat of not extending such a right to the possibility of bringing the work to the public's knowledge, may be appropriate for implementation in Ukraine.

Conclusions.

The concept of “software” is the broadest in scope term, which includes both a computer program, which is a code written in a programming language that drives the algorithms of the computer and leads it to perform its functions and algorithms that are ideas, the principles of solving a specific problem and on the basis of which you can create programs designed for implementation on a computer.

The most comprehensive multilateral agreement on intellectual property is the WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS). It plays a central role in facilitating trade in knowledge and creativity, in resolving trade disputes over IP, and in assuring WTO members the latitude to achieve their domestic policy objectives. It frames the IP system in terms of innovation, technology transfer and public welfare. The Agreement is a legal recognition of the significance of links between IP and trade and the need for a balanced IP system.

The main requirements for the protection of computer programs are originality and objective form of expression. The main form of expression of computer programs is electronic. The requirement of originality can be considered complied with if the computer program is a product of mental, intellectual creativity of its author, his creative choices. In Ukraine there is a presumption of originality: until proven otherwise, the result of intellectual activity is considered to be made by creative work.

¹ Intellectual Property and Computer Software / ALAN STORY, Lecturer in Intellectual Property Law, University of Kent, United Kingdom // *UNCTAD-ICTSD project on IPRs & Sustainable Development: Publications*, Issue Paper No. 10, p. 5, 29.

² AGREEMENT ON TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS / Access mode: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf

³ Dostupno pro ohoronu prav na programne zabezpechenia na kompyuterni program / K. Zerov // Access mode: <https://blog.liga.net/user/kzerov/article/40514>

Резюме

Пономаренко М.В. Теорія та практика захисту прав інтелектуальної власності у програмному забезпеченні.

У статті представлено актуальне наукове завдання, яке полягає в необхідності встановлення впливу надійного захисту права інтелектуальної власності на програмне забезпечення та окремі його елементи, спрямовані на європеїзацію державного управління в Україні, поліпшення інвестиційного клімату, збереження трудових ресурсів, пришвидшення роботи державних та приватних підприємств, установ, організацій та прискорення темпів росту економіки.

Найповнішою багатосторонньою угодою з питань інтелектуальної власності є Угода СОТ про торгові аспекти прав інтелектуальної власності (ТРИПС). Вона відіграє центральну роль у сприянні торгівлі знаннями та творчістю, у вирішенні торговельних суперечок щодо ІВ та у забезпеченні членів СОТ можливості для досягнення цілей внутрішньої політики. Вона формує систему ІВ з точки зору інновацій, передачі технологій та суспільного добробуту. Угода є юридичним визнанням важливості зв'язків між ІВ та торгівлею та необхідності збалансованої системи ІВ.

Основними вимогами до захисту комп'ютерних програм є оригінальність та об'єктивна форма вираження поглядів. Основна форма вираження комп'ютерних програм – електронна. Вимогу оригінальності можна вважати виконаною, якщо комп'ютерна програма є продуктом розумової, інтелектуальної творчості її автора, його творчого вибору. В Україні існує презумпція оригінальності: доки не доведено протилежне, результат інтелектуальної діяльності вважається результатом творчої праці.

Ключові слова: програмне забезпечення, право інтелектуальної власності, патент, авторське право, торгівельна марка, комерційна таємниця, ТРИПС, СОТ, дистрибутив, європеїзація державного управління, європейське врегулювання.

Резюме

Пономаренко М.В. Теория и практика защиты прав интеллектуальной собственности в программном обеспечении.

В статье представлена актуальная научная задача, которая заключается в необходимости установления влияния надежной защиты права интеллектуальной собственности на программное обеспечение и отдельные его элементы, направленные на европеизацию государственного управления в Украине, улучшение инвестиционного климата, сохранение трудовых ресурсов, стабилизацию работы государственных и частных предприятий, учреждений, организаций и ускорение темпов роста экономики.

Наиболее всеобъемлющим многосторонним соглашением по интеллектуальной собственности является Соглашение ВТО по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС). Он играет центральную роль в содействии торговле знаниями и творчеством, в разрешении торговых споров по ИС и в обеспечении членам ВТО свободы для достижения целей своей внутренней политики. Он формирует систему ИС с точки зрения инноваций, передачи технологий и общественного благосостояния. Соглашение является юридическим признанием важности связей между ИС и торговлей и необходимости сбалансированной системы ИС.

Основными требованиями к защите компьютерных программ являются оригинальность и объективная форма выражения. Основная форма выражения компьютерных программ – электронная. Требование оригинальности можно считать выполненным, если компьютерная программа является продуктом умственного, интеллектуального творчества ее автора, его творческого выбора. В Украине существует презумпция оригинальности: пока не доказано обратное, результатом интеллектуальной деятельности считается творческий труд.

Ключевые слова: программное обеспечение, право интеллектуальной собственности, патент, авторское право, торговая марка, коммерческая тайна, ТРИПС, СОТ, дистрибутив, европеизация государственного управления, европейское управление.

Summary

Mykhailo Ponomarenko. Theory and practice of intellectual property rights protection in software.

The article presents an urgent scientific task, which is to establish the impact of reliable protection of intellectual property rights on software and some of its elements aimed at Europeanization of public administration in Ukraine, improving the investment climate, saving labor, accelerating public and private enterprises, institutions, organizations and fasten economic growth.

The lack of combination in a single scientific work of practical knowledge of programming and legal theories and practices of software protection creates a field for reflection and research on this topic.

The term “software” is the broadest term, which includes as a computer program, which is code written in a programming language that controls the algorithms of the computer and leads it to perform its functions and algorithms, which are ideas, principles solution to a specific problem and on the basis of which you can create programs designed for implementation on a computer.

The most comprehensive multilateral agreement on intellectual property is the WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS). It plays a central role in promoting the trade in knowledge and creativity, in resolving trade disputes over IP, and in providing WTO members with opportunities to achieve domestic policy goals. It shapes the IP system in terms of innovation, technology transfer and public welfare. The agreement is a legal recognition of the importance of the links between IP and trade and the need for a balanced IP system.

The main requirements for the protection of computer programs are originality and an objective form of expression. The main form of expression of computer programs is electronic. The requirement of originality can be considered fulfilled if the computer program is a product of mental, intellectual creativity of its author, his creative choice. In Ukraine, there is a presumption of originality: until proven otherwise, the result of intellectual activity is considered the result of creative work.

Key words: software, intellectual property law, patent, copyright, trademark, trade secret, TRIPS, WTO, distribution, Europeanization of public administration, European administration.

К.С. ПОТУРАЙ

*Катерина Сергіївна Потурай, аспірантка Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України**

ORCID: 0000 0002 4670 4295

ЄВРОПЕЙСЬКИЙ СОЮЗ ЯК СУБ'ЄКТ ОХОРОНИ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ НА КІНЕМАТОГРАФІЧНИЙ ТВІР

Постановка проблеми. Останнім часом спостерігається активізація розвитку правової системи ЄС у галузі приватного права, зокрема у сфері правової охорони інтелектуальної власності. Водночас ані універсальні міжнародні договори, ані виключно національно-правове регулювання у сфері інтелектуальної власності не можуть забезпечити ефективність правової охорони результатів інтелектуальної творчої діяльності. У зв'язку з цим дедалі більшого значення набуває новий регіональний інтеграційний правовий механізм регулювання зазначених відносин в розрізі нормативно-правових актів Європейського парламенту та Ради Європейського Союзу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Частково дане питання досліджувалося Ю.М. Капіцюю, І.В. Кравчуком, О.В. Лабою, А.І. Абдулліним, водночас є необхідність ґрунтовного аналізу аспектів, які не були досліджені у даних працях.

Формулювання мети статті. Мета даної статті полягає в тому, щоб дослідити основні положення нормативно-правових актів Європейського парламенту та Ради Європейського Союзу, що визначають положення охорони творів кінематографії, їх вплив на розвиток законодавства країн ЄС і законодавства України.

Виклад основного матеріалу. Останнім часом спостерігається активізація розвитку правової системи ЄС у галузі приватного права, зокрема, у сфері правової охорони інтелектуальної власності. Наразі відбувається формування європейського приватного права («європеїзація» приватного права країн-членів ЄС), що зумовлено метою створення та функціонування спільного ринку.

Говорячи про сьогоднішній день, необхідно, як нам здається, зупинитися на досвіді Європейського Союзу в сфері правової охорони інтелектуальної власності, оскільки все більше міцніють зв'язки у найрізноманітніших сферах співробітництва між ЄС і Україною, одним із яскравих прикладів чого є підписана у 1992 р. Європейська конвенція про спільне кінематографічне виробництво¹, яка застосовується: а) до продуктів спільного виробництва, до створення яких залучено принаймні трьох співвиробників, розташованих на території трьох різних Сторін Конвенції; та б) до продуктів спільного виробництва, до створення яких залучено принаймні трьох співвиробників, розташованих на території трьох різних Сторін Конвенції, та одного чи більше співвиробників, які не розташовані на території цих Сторін. Однак загальний внесок співвиробників, які не розташовані на території Сторін Конвенції, не може перевищувати 30 % загальної собівартості².

Важливим етапом на шляху гармонізації та уніфікації права інтелектуальної власності в рамках ЄС стало прийняття 19 листопада 1992 р. Радою ЄС Директиви 2006/115/ЄС від 12 грудня 2006 р. «Про право на надання в прокат і право на надання в позичку та про деякі суміжні права у сфері інтелектуальної власності»³.

Можна виділити кілька досить вагомих причин, які слугували прийняттю цієї Директиви. Насамперед законодавство держав-членів ЄС, що стосується питань авторського права і суміжних прав, відрізнялося щодо підходів до правового регулювання таких специфічних категорій, як право здавати в оренду і передавати в безоплатне користування твори кінематографії, а також щодо цілої категорії правовласників у сфері суміжних прав, таких як режисер-постановник, кіносценарист та ін. Все це створювало певні труднощі в досягненні єдиного внутрішнього ринку в цій галузі відносин, що, як відомо, є однією з головних цілей Європейських Співтовариств⁴.

Саме по собі авторське право і суміжні права у законодавстві країн-членів ЄС на момент прийняття Директиви вже об'єктивно не відображали тих реалій і тенденцій, що явно почали переважати в сфері включення творів кінематографії до ринкових відносин постіндустріальної епохи. Вагому роль почали відігравати інші суб'єкти – виробники аудіовізуальних творів. Крім того, виникали і виникають нові форми використання та експлуатації об'єктів авторського і суміжних прав, які не могли бути відомі на момент прийняття раніше діючого в країнах-членах ЄС авторсько-правового законодавства⁵.

Усі зазначені вище обставини і слугували причиною прийняття Директиви Ради ЄС «Про право здавати в оренду (прокат) і передавати в безоплатне користування і про деякі суміжні права у сфері інтелектуальної

власності». На думку ряду авторитетних дослідників, дана Директива багато в чому суперечлива, є наслідком компромісу, досягнутого шляхом узгодження різних позицій і концептуальних підходів⁶. Необхідно зазначити, що нею було введено цілу низку правових новел, які раніше взагалі були невідомі законодавству деяких країн ЄС. Так, право здавати в оренду і передавати в безоплатне користування твори літератури, науки і мистецтва було своєрідною *terra incognita* для країн Південної Європи, а введення чогось нового (особливо в сфері державно-правових явищ) завжди є процесом болючим і суперечливим. Проте більшість авторів оцінюють Директиву як дуже важливу і своєчасну для успішного продовження процесів уніфікації і гармонізації права інтелектуальної власності в ЄС.

Безумовно, важливим положенням Директиви є те, що вона вперше встановлює для держав-членів ЄС необхідність включення до авторсько-правового законодавства право здавати в оренду (прокат) і передавати в безоплатне користування твори кінематографії, що охороняються за нормами авторського і суміжних прав⁷. Європейський законодавець, бажаючи уніфікувати законодавчо-категоріальний апарат в даній галузі й внести необхідну ясність, дає визначення термінам «здавати в оренду» і «передавати в безоплатне користування». Так, у розумінні цієї Директиви під терміном «здавати в оренду» розуміється надання примірника твору в тимчасове користування з метою отримання прямої або опосередкованої комерційної вигоди. Під терміном «надання в безоплатне користування» розуміється надання примірника твору в тимчасове користування без мети одержання прямої чи опосередкованої комерційної вигоди, коли це здійснюється через організації, що доводять їх до загального відома (ст. 1 Директиви).

Принципово значимим є положення й про те, що право здавати в оренду і передавати в безоплатне користування не припиняється (не вичерпується) у випадках продажу або іншого акта розповсюдження примірників твору. Таким чином, зазначене право виводиться з-під дії так званого «принципу вичерпання права на розповсюдження», який застосовується по відношенню до всіх інших форм розповсюдження примірників твору, будучи нині загальним правилом (п. 4. ст. 1 Директиви).

Директива визначає саме право здавати в оренду і надавати в безоплатне користування примірники твору, розкриваючи зміст цього права за допомогою вказівки на його суб'єктний склад (правовласників) і форму реалізації ними їх права. Відповідно до положень Директиви право здавати в оренду і надавати в безоплатне користування належить: автору твору; виконавцю щодо записів його виконання; виробнику першого примірника кінофільму стосовно його ж фільму. Слід враховувати ту обставину, що Директива під терміном «фільм» розуміє (що більш відомо і уживається в нашому авторському праві) кінематографічний або інший аудіовізуальний твір, який складається з зафіксованої серії пов'язаних між собою кадрів (з супроводом або без супроводу їх звуком).

Директива закріплює надзвичайно важливе положення і щодо авторства на аудіовізуальні твори шляхом компромісу⁸. Проблема тут полягала в наступному. Як відомо, законодавство країн-членів ЄС стояло на різних позиціях у питанні про визнання тих чи інших осіб, які беруть участь у створенні аудіовізуального твору, його авторами. У країнах загального права єдиним автором аудіовізуального твору визнавався його продюсер (виробник), у той час як країни континентальної Європи відносили до авторів аудіовізуального твору осіб, які зробили реальний творчий внесок у створення цього твору, визначаючи лише презумпцію передачі їх майнових прав продюсеру (виробнику) аудіовізуального твору. ЄС обрав компромісне рішення: п. 2 ст. 2 Директиви передбачає, що з метою реалізації Директиви режисер-постановник аудіовізуального твору визнається його автором або одним із його авторів (співавторів). Але держави-члени можуть передбачити в своєму законодавстві, що й інші особи, поряд з режисером-постановником, можуть бути віднесені до числа авторів (співавторів) аудіовізуального твору. На думку відомого європейського дослідника в галузі авторського права, професора Амстердамського університету Г.Дж. Когена, зазначене положення Директиви слід віднести до одного із її вдалих рішень, що дозволили обійти відомий бар'єр на шляху подальшого поглиблення процесу уніфікації та гармонізації авторського права в ЄС⁹.

Директива вводить презумпцію, відповідно до якої укладення договору на створення аудіовізуального твору (індивідуального або колективного) між виконавцем і виробником аудіовізуального твору тягне за собою передачу виробнику виконавцем його права здавати в оренду, якщо інше не передбачено в договорі, відповідно до положень ст. 4 Директиви, яка передбачає виплату за це справедливої винагороди.

Безумовно, що одним із найбільш важливих і значимих положень Директиви, які стосуються реалізації права здавати в оренду, є введене нею так зване невідчужуване право автора або виконавця на отримання справедливої винагороди. Так, у випадках, коли автор або виконавець передають відповідно до договору своє право здавати в оренду примірники аудіовізуального твору, виробнику аудіовізуального твору, то цей автор або виконавець все ж зберігає за собою право на отримання справедливої винагороди за передані в подальшому в оренду аудіовізуальні твори. Важливим є те, що дане право не може бути переуступлено автором або виконавцем. Це прямо закріплено в п. 2 ст. 4 Директиви¹⁰.

Управління правом на одержання справедливої винагороди може бути покладено на колективні організації (товариства), що представляють інтереси авторів або виконавців.

Крім того, держави-учасники мають певні рамки для здійснення і реалізації в їх законодавстві виняткового права на передачу в безоплатне публічне користування, що закріплюється в аналізованій Директиві¹¹.

Настільки обережний підхід до введення права на передачу в безоплатне користування пояснюється тим, що для багатьох європейських держав вказане право щодо творів кінематографії, а також об'єктів суміжних прав є новим. Законодавству країн Південної Європи воно не було відомо взагалі.

Не можна не відзначити ту обставину, що Директива Ради ЄС «Про право здавати в оренду і передавати в безоплатне користування і про деякі суміжні права у сфері інтелектуальної власності» являє собою значну віху і на шляху успішного здійснення в ЄС уніфікації та гармонізації суміжних прав. До прийняття цієї Директиви законодавство і судова практика держав-учасників ЄС були різними. Усе це, природно, заважало досягненню головної мети ЄС – створення єдиного, ефективно функціонуючого внутрішнього ринку товарів, робіт, послуг, капіталів тощо. Зараз зазначені бар'єри в сфері правової охорони суміжних прав в ЄС головним чином зняті.

З прийняттям Радою ЄС Директиви від 29 жовтня 1993 р. «Про гармонізацію строків правової охорони авторського права і деяких суміжних прав» (93/98 ЕЕС)¹² зазначені вище строки правової охорони були значно збільшені.

Відповідно до положень зазначеної Директиви права автора за змістом ст. 2 Бернської конвенції будуть охоронятися протягом усього життя автора і 70 років після його смерті. При цьому не береться до уваги дата, коли твір було правомірно оприлюднено і він став доступний загальному загалу. У разі ж співавторства на твір вказаний строк буде обчислюватися з дати смерті останнього автора, який пережив інших співавторів.

Виникає цілком справедливе питання про те, а чому ж був обраний саме 70-річний *post mortem auctoris* термін правової охорони авторських прав, а не який-небудь інший. Хоча, наприклад, Економічний і Соціальний комітет ЄС у своїх пропозиціях до проекту Директиви взагалі пропонував зберегти 50-річний термін охорони авторських прав, що, на перший погляд, звучить навіть парадоксально¹³.

Як відомо, в абсолютній більшості європейських держав спочатку закріплювався 50-річний термін правової охорони, і лише тільки в одній ФРН термін становив 70 років з моменту правомірного оприлюднення твору науки, літератури і мистецтва. Природно, що і в науковій літературі це питання викликало відомі труднощі до розуміння^{14,15,16}. На наш погляд, таке пояснення цього факту ми можемо знайти в самому тексті аналізованої нами Директиви. Так, наприклад, п. 5 Преамбули закріплює, що термін правової охорони творів творчості, передбачений Бернською конвенцією, як основною, був спочатку визначений як мінімальний термін правової охорони і спрямований на «інкорпорацію» в нього, якщо можна так висловитися, усього життя автора і перших двох поколінь його спадкоємців. Зрозуміло, що до кінця ХХ ст. середня тривалість життя людського індивіда в державах ЄС значно збільшилася, а отже, правова охорона, що надається раніше протягом життя автора і 50 років після його смерті, вже перестала задовольняти своє основне призначення, як така, що не охоплює перші два покоління його спадкоємців. Однак це положення викликало значну дискусію в середовищі фахівців, які досить неоднозначно сприйняли це пояснення Директиви. Тому було запропоновано «шукати» істину в п. 9 Преамбули Директиви, яка закріплює один із головних принципів правової системи всього ЄС – принцип усіякої охорони так званих «придбаних» прав. Суть його полягає в тому, що придбані будь-ким (юридичними або фізичними особами) на території держави-члена права не можуть бути іншими, менш охоронюваними на території будь-якої держави ЄС. Це означає, що, наприклад, авторські права, які виникли на території Німеччини, на території будь-якої іншої держави будуть відрізнятися від свого оригіналу, в нашому випадку – за терміном. Причина цьому проста – у ФРН термін правової охорони кінематографічних творів становить все життя автора і 70 років після його смерті, а в інших державах ЄС – 50 років. Ця проблема, власне кажучи, виникла в рішенні Суду Європейських Співтовариств у справі ЕМ¹⁷, викликаному різницею строків правової охорони творів кінематографії в країнах Європейського Союзу.

Ухвалення 17 квітня 2019 р. Директиви 2019/790/ЄС про авторське право в єдиному цифровому ринку, та яка доповнює Директиви 96/9/ЄС та 2001/29/ЄС¹⁸, стало одним з заходів Європейської комісії з запровадження сучасного законодавства з авторського права і суміжних прав в умовах цифрового ринку.

Стаття 18 Директиви визначає, що автори та виконавці, які надали ліцензію або передали виключні права для використання своїх творів та інших об'єктів (виконань, фонограм), мають отримувати належну та пропорційну винагороду (*appropriate and proportionate remuneration*). При цьому держави-члени мають забезпечити, щоб вказані особи регулярно та не менше одного разу на рік отримували точну, вичерпну, актуалізовану інформацію про використання творів та виконань від сторін, яким вони надали ліцензію або уклали договір про передавання прав, або від правонаступників таких сторін, субліцензіатів, зокрема, що стосується способів використання, всіх отриманих доходів та відповідної винагороди (*all revenues generated and remuneration due* (ст. 19). У разі необхідності в отриманні додаткової інформації сторона, з якою автором чи виконавцем було укладено договір, має повідомити інформацію про осіб, яким були надані субліцензії на використання творів та інших об'єктів. Стаття 20 визначає обов'язок держав-членів забезпечити право авторів та виконавців, їх представників вимагати від сторони, з якою було укладено договір, або від правонаступників такої сторони додаткової, належної та справедливої винагороди, якщо спочатку узгоджена винагорода виявляється непропорційно низькою порівняно з усіма наступними відповідними доходами, отриманими від використання творів та виконань¹⁹.

Істотним чинником, який привів до ініціації процесів уніфікації правової охорони інтелектуальної власності в ЄС, стала діяльність Суду Європейських Співтовариств, що у своїх рішеннях щодо цілої низки справ, пов'язаних з охороною прав на інтелектуальну власність в рамках ЄС (комунітарна дихотомія права інтелектуальної власності), фактично і юридично «вивів» право інтелектуальної власності зі сфери внутрішньодержавного регулювання на орбіту комунітарного порядку, використовуючи при цьому в цілому ряді випадків елементи наднаціональності в його компетенції і загальнообов'язковість рішень Суду ЄС.

На даний момент у виборі напрямів і методів уніфікації правової охорони інтелектуальної власності в ЄС проглядається чітка тенденція, суть якої зводиться до того, що вона (тобто уніфікація) більшою мірою спрямована на так звані «нові» або «нетрадиційні» об'єкти творчої діяльності і нові способи використання й експлуатації результатів творчої діяльності людського генія, до числа яких можна віднести право здавати в оренду (прокат) і передавати в безоплатне користування твори кінематографії.

На нашу думку, в даний момент можна вести мову про так звану двосторонній вектор розвитку процесів уніфікації правової охорони інтелектуальної власності в ЄС.

¹ Європейська конвенція про спільне кінематографічне виробництво: підписана 2 жовтня 1992 р. *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_136#Text

² Лаба О.В. Право Європейського Союзу та право України: теоретико-правові проблеми співвідношення та гармонізації (1991–2004 рр.): автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2005. 21 с.

³ Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property (codified version).

⁴ Reinbothe J., Lewinski S. The EC directive on rental and lending rights and on piracy. London: SWEET and MAXWELL, 1993. 408 p.

⁵ Cohen H.J. The EC copyright directives, economics and authors' rights. *International review of industrial property and copyright law*. 2004. № 6. Vol. 25. P. 830–841. P. 832.

⁶ Vinje T.C. Harmonising intellectual property laws in the European Union: past, present and future. *European intellectual property review*. 2015. № 8. P. 370.

⁷ Govaere I. The use and abuse of intellectual property rights in EC law. London: SWEET and MAXWELL, 1996. 150 p. P. 92.

⁸ Gendreau I. Copyright harmonisation in the European Union and in North America. *European intellectual property review*. 2015. № 10. 491 p. P. 59.

⁹ Cohen H.J. The EC copyright directives, economics and authors' rights. *International review of industrial property and copyright law (IIC)*. 2014. № 6. Vol. 25. P. 829–840.

¹⁰ Cohen H.J. The EC copyright directives, economics and authors' rights. *International review of industrial property and copyright law (IIC)*. 2014. № 6. Vol. 25. P. 829–840. P. 834.

¹¹ Абдуллин А.И. Унификация правовой охраны интеллектуальной собственности в Европейском Союзе: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03: Казань, 1997. 223 с. С. 163.

¹² Council Directive of October 29, 1993 harmonising the term of protection of copyright and certain related rights. *Official Journal of the EC*. L 290. 1993. November 24. P. 9 et seq.

¹³ Roman Petrov, Peter Van Elsuwege Legislative Approximation and Application of EU Law in the Eastern Neighbourhood of the European Union: Towards a Common Regulatory Space? *Routledge Research in European Union Law*. 2014. 298 p.

¹⁴ Кравчук І.В., Парапан М.В. Гармонізація національних правових систем з правом ЄС / Центр європейського та порівняльного права. Київ: Слово, 2005. 320 с.

¹⁵ Механізми гармонізації законодавства України з європейським та міжнародним правом: наук. доп. / за заг. ред. Ю.С. Шемшученка. Київ, 2011. 107 с.

¹⁶ Право Європейського Союзу: підручник / за ред. О.К. Вишнякова. Одеса: Фенікс, 2013. 883 с.

¹⁷ Татам А. Право Європейського Союзу. Київ: Абрис, 1998. 196 с. С. 29.

¹⁸ Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC. (Text with EEA relevance.). OJ L 130. 17.5.2019. P. 92–125.

¹⁹ Капіца Ю.М. Директива 2019/790/ЄС про авторське право в єдиному цифровому ринку та питання адаптації законодавства України. *Інформація і право*. 2019. № 3(30). URL: http://ippi.org.ua/sites/default/files/10_14.pdf

Резюме

Потурай К.С. Європейський Союз як суб'єкт охорони прав інтелектуальної власності на кінематографічний твір.

Проведено дослідження положень нормативно-правових актів Європейського парламенту та Ради Європейського Союзу. Зазначається істотність положень для розвитку національного законодавства та законодавства країн ЄС у напрямі охорони творів кінематографії.

Ключові слова: автор, авторське право, охорона, кінематографічний твір, право ЄС.

Резюме

Потурай Е.С. Европейский Союз как субъект охраны прав интеллектуальной собственности на кинематографическое произведение.

Проведено исследование положений нормативно-правовых актов Европейского парламента и Совета Европейского Союза. Отмечается существенность положений для развития национального законодательства и законодательства стран ЕС в направлении охраны произведений кинематографии.

Ключевые слова: автор, авторское право, охрана, кинематографическое произведение, право ЕС.

Summary

Kateryna Poturai. The European Union as a subject of protection of intellectual property rights to the cinematographic work.

The author done a research of the provisions of regulations of the European Parliament and the Council of the European Union. The significance of the provisions for the development of national and EU legislation in the direction of protection of cinematographic works is noted.

It is emphasized that Directive 2006/115/EC of 12.12.2006 addressed a number of important issues: the concept of “film” was defined, a new subject of related rights was identified – “producer of the first film recording”, the right of subjects of related rights to distribution, etc. The provision of the directive on the impossibility of waiving the right to a fair remuneration in connection with the rental is important. The Directive stipulates that the right to receive a fair remuneration may be transferred to collective organizations (societies) representing the interests of authors or performers.

An important provision of the Directive is that it establishes for the first time for EU Member States the need to include in copyright law the right to rent (rent) and transfer free of charge cinematographic works protected by copyright and related rights. The implementation of the Directive has not led to full harmonization of national rental and loan legislation.

The harmonization of the legislation of the EU Member States by Directive 93/98 / EEC of 29.10.1993 had two objectives: to define the same term of protection for different categories of copyright and related rights, taking into account excellent practice in the EU, and to extend the term of protection copyright up to 70 years, compared to the basic term of protection established by the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works.

The author emphasizes that the adoption of Directive 2019/790/EC on copyright in the digital single market, which complements Directives 96/9/ EC and 2001/29/EC, has become one of the measures of the European Commission to develop national legislation on the payment of fair remuneration to authors and performers for the use of works and performances.

Key words: author, copyright, protection, cinematographic work, EU law.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.47

УДК 349.41

Д.В. БУСУЙОК

*Діана Вікторівна Бусуйок, доктор юридичних наук, доцент Інституту права Київського національного університету Тараса Шевченка**

ORCID: 0000-0001-9701-9135

ПРАВОВИЙ РЕЖИМ ЗЕМЕЛЬНИХ ЧАСТОК (ПАЇВ): СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ

Земельна частка (пай) – один із об'єктів земельного права. Він з'явився як спосіб реорганізації колгоспів та радгоспів, появи на їх основі приватних господарюючих суб'єктів на селі, передачі сільськогосподарських земель державної власності у приватну власність громадян.

На сучасному етапі правового регулювання земельних відносин об'єктивно існує проблема з нерозподіленими та невитребуваними земельними ділянками і земельними частками (паями). Законодавець прийняв для цього Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вирішення питання колективної власності на землю, удосконалення правил землекористування у масивах земель сільськогосподарського призначення, запобігання рейдерству та стимулювання зрошення в Україні» від 10 липня 2018 р.¹ У зв'язку з прийняттям цього Закону постає питання про можливі шляхи вирішення спірних питань, які можуть виникнути між власниками земельних часток (паїв) та органами місцевого самоврядування на його підставі.

Відповідно до Указу Президента України «Про невідкладні заходи щодо прискорення земельної реформи у сфері сільськогосподарського виробництва» від 10 листопада 1994 р.² було проголошено, що приватизація земель, які перебувають у користуванні сільськогосподарських підприємств і організацій, є невідкладним першочерговим заходом у здійсненні земельної реформи в Україні.

Передачу земель у колективну та приватну власність для виробництва сільськогосподарської продукції потрібно проводити на добровільних засадах, виходячи з того, що земля повинна належати тим, хто її обробляє.

Було рекомендовано місцевим Радам народних депутатів за участю Державного комітету України по земельних ресурсах ужити заходів щодо прискорення передачі відповідно до земельного законодавства безплатно у колективну власність земель колективним сільськогосподарським підприємствам, сільськогосподарським кооперативам, сільськогосподарським акціонерним товариствам, у тому числі створеним на базі радгоспів та інших державних сільськогосподарських підприємств, трудові колективи яких виявили бажання одержати землю у власність.

Організаціям землеустрою здійснювати у якомога коротші строки поділ земель, які передано у колективну власність, на земельні частки (паї) без виділення їх у натурі (на місцевості).

Кожному члену підприємства, кооперативу, товариства мав видаватися сертифікат на право приватної власності на земельну частку (пай) із зазначенням у ньому розміру частки (паю) в умовних кадастрових гектарах, а також у вартісному виразі.

Було встановлено, що право на земельну частку (пай) могло бути об'єктом купівлі-продажу, дарування, міни, успадкування, застави.

Було також встановлено, що кожний член колективного сільськогосподарського підприємства, сільськогосподарського кооперативу, сільськогосподарського акціонерного товариства має право безперешкодно вийти з нього та одержати безкоштовно у приватну власність свою частку землі (пай) у натурі (на місцевості), що засвідчується державним актом на право приватної власності на землю.

Власники земельних ділянок могли добровільно створювати на базі належних їм земельних ділянок спільні сільськогосподарські підприємства, асоціації, спілки, акціонерні товариства, інші кооперативні під-

© Д.В. Бусуйок, 2021

* *Diana Busuiok, Dr. hab. in Law, Associate Professor, Associate Professor of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

приємства і організації, передавати ці ділянки у спадщину, дарувати, обмінювати, здавати під заставу, надавати в оренду і продавати громадянам України без зміни цільового призначення земельних ділянок.

Указ Президента України «Про порядок паювання земель, переданих у колективну власність сільськогосподарським підприємствам і організаціям» від 8 серпня 1995 р.³ деталізував положення попереднього Указу в частині розуміння правової природи земельної частки (паю).

У цьому нормативно-правовому акті було встановлено, що паюванню підлягають сільськогосподарські угіддя, передані у колективну власність колективним сільськогосподарським підприємствам, сільськогосподарським кооперативам, сільськогосподарським акціонерним товариствам, у тому числі створеним на базі радгоспів та інших державних сільськогосподарських підприємств.

Паювання земель радгоспів та інших державних сільськогосподарських підприємств здійснювалось після перетворення їх на колективні сільськогосподарські підприємства.

Паювання земель передбачало визначення розміру земельної частки (паю) у колективній власності на землю кожного члена колективного сільськогосподарського підприємства, сільськогосподарського кооперативу, сільськогосподарського акціонерного товариства без виділення земельних ділянок в натурі (на місцевості).

Право на земельну частку (пай) мали члени колективного сільськогосподарського підприємства, сільськогосподарського кооперативу, сільськогосподарського акціонерного товариства, в тому числі пенсіонери, які раніше працювали в ньому і залишались членами зазначеного підприємства, кооперативу, товариства, відповідно до списку, що додавався до державного акта на право колективної власності на землю.

При паюванні вартість і розміри в умовних кадастрових гектарах земельних часток (паїв) всіх членів підприємства, кооперативу, товариства були рівними.

Вартість земельної частки (паю) для кожного підприємства, кооперативу, товариства визначалась, виходячи з грошової оцінки переданих у колективну власність сільськогосподарських угідь, що обчислювалась за методикою грошової оцінки земель, затвердженою Кабінетом Міністрів України, та кількості осіб, які мали право на земельну частку (пай).

Розміри земельної частки (паю) в умовних кадастрових гектарах визначались, виходячи з вартості земельної частки (паю) та середньої грошової оцінки одного гектара сільськогосподарських угідь для даного підприємства, кооперативу, товариства.

Видача громадянам сертифікатів на право на земельну частку (пай) єдиного в Україні зразка та їх реєстрація провадилася відповідною районною державною адміністрацією.

У разі виходу власника земельної частки (паю) з колективного сільськогосподарського підприємства, сільськогосподарського кооперативу, сільськогосподарського акціонерного товариства за його заявою здійснювалось відведення земельної ділянки в натурі в установленому порядку і видавався державний акт на право приватної власності на цю земельну ділянку.

Після видачі громадянину державного акта на право приватної власності на земельну ділянку сертифікат на право на земельну частку (пай) повертався до районної державної адміністрації.

Так з'явився такий об'єкт земельного права, як земельна частка пай. Право приватної власності на земельну частку (пай) мало посвідчуватися сертифікатом. Розмір земельної частки (паю) обчислювався в умовних кадастрових гектарах, місцезнаходження та межі її були невідомі. При цьому було встановлено, що право на земельну частку (пай) могло бути об'єктом купівлі-продажу, дарування, міни, успадкування, застави.

Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вирішення питання колективної власності на землю, удосконалення правил землекористування у масивах земель сільськогосподарського призначення, запобігання рейдерству та стимулювання зрошення в Україні» від 10 липня 2018 р. були внесені зміни у ст. 13 Закону України «Про порядок виділення в натурі (на місцевості) земельних ділянок власникам земельних часток (паїв)» від 5 червня 2003 р.⁴ У цій статті знайшли своє закріплення поняття нерозподіленої земельної ділянки та невитребуваної земельної частки (паю).

Законодавець під нерозподіленою земельною ділянкою пропонує розуміти земельну ділянку, яка відповідно до проекту землеустрою щодо організації території земельних часток (паїв) увійшла до площі земель, що підлягають розподілу, але відповідно до протоколу про розподіл земельних ділянок не була виділена власнику земельної частки (паю).

Невитребуваною є земельна частка (пай), на яку не отримано документа, що посвідчує право на неї, або земельна частка (пай), право на яку посвідчено відповідно до законодавства, але яка не була виділена в натурі (на місцевості).

Нерозподілені земельні ділянки, невитребувані частки (паї) після формування їх у земельні ділянки за рішенням відповідної сільської, селищної, міської ради можуть передаватися в оренду для використання за цільовим призначенням на строк до дня державної реєстрації права власності на таку земельну ділянку, про що зазначається у договорі оренди земельної ділянки, а власники земельних часток (паїв) чи їх спадкоємці, які не взяли участі у розподілі земельних ділянок, повідомляються про результати проведеного розподілу земельних ділянок у письмовій формі цінним листом з описом вкладення та повідомленням про вручення або шляхом вручення відповідного повідомлення особисто, якщо відоме їх місцезнаходження. З моменту державної реєстрації права власності на таку земельну ділянку договір оренди припиняється, а державна реєстрація припинення права оренди проводиться одночасно з державною реєстрацією права власності. У разі якщо

договір оренди невитребуваної (нерозподіленої) земельної ділянки, переданої в оренду в порядку, визначеному цією статтею, закінчився у зв'язку з набуттям права власності на неї до збирання врожаю, посіяного орендарем на земельній ділянці, орендар має право на збирання такого врожаю. Власник земельної ділянки має право на відшкодування збитків, пов'язаних із тимчасовим зайняттям земельної ділянки колишнім орендарем, у розмірі пропорційно до орендної плати з дня припинення договору до дня збирання врожаю.

Якщо визначення поняття нерозподіленої земельної ділянки, невитребуваної земельної частки (паю), переліку суб'єктів, хто може ними розпоряджатися, порядку збору урожаю, моменту припинення договору оренди сприймається позитивно, оскільки сприяє чіткому правовому регулюванню обороту нерозподілених земельних ділянок, невитребуваних земельних часток (паїв), то встановлення строку, до якого власник невитребуваної земельної частки (паю) або його спадкоємець має оформити право власності на земельну ділянку та наслідки такого не оформлення викликають дискусію та великі сумніви щодо правомірності прийняття такого рішення, його конституційності.

Зокрема у ст. 13 Закону України «Про порядок виділення в натурі (на місцевості) земельних ділянок власникам земельних часток (паїв)» від 5 червня 2003 р. проголошено, що у разі якщо до 1 січня 2025 р. власник невитребуваної земельної частки (паю) або його спадкоємець не оформив право власності на земельну ділянку, він вважається таким, що відмовився від одержання земельної ділянки.

Така невитребувана земельна частка (пай) після формування її у земельну ділянку за рішенням відповідної сільської, селищної, міської ради (у разі необхідності формування) за заявою відповідної ради на підставі рішення суду передається у комунальну власність територіальної громади, на території якої вона розташована, у порядку визнання майна безхазяйним.

За позовом власнику невитребуваної земельної частки (паю) або його спадкоємцю у разі пропуску строку для оформлення права власності на земельну ділянку з поважної причини суд може визначити додатковий строк, достатній для такого оформлення. У разі відсутності земель сільськогосподарських угідь колективної власності така земельна частка (пай) може бути виділена в натурі (на місцевості) за рахунок земель запасу комунальної власності відповідної територіальної громади (за наявності таких земель).

Протягом семи років з дня державної реєстрації права комунальної власності на земельну ділянку, сформовану з невитребуваної земельної частки (паю), забороняється передача її у приватну власність (крім передачі її власнику невитребуваної земельної частки (паю) або його спадкоємцям).

Аналіз приписів нормативно-правових актів, які характеризують земельну частку (пай), визначає, що:

- 1) на земельну частку (пай) виникає право приватної власності, яке є безстроковим правом;
- 2) право на земельну частку (пай) було визнано об'єктом купівлі-продажу, дарування, міни, успадкування, застави.

Виходячи з цих обставин, встановлений у Законі України «Про порядок виділення в натурі (на місцевості) земельних ділянок власникам земельних часток (паїв)» від 5 червня 2003 р. строковий характер права власності на земельну частку (пай) викликає запитання про його законність. Це може стати підставою для розгляду таких спорів у Європейському Суді з прав людини.

Земельному праві відомо достатньо випадків, коли були встановлені відповідні права на землю попереднім законодавством та які перестали узгоджуватися з новими соціально-економічними умовами, вони стали незручними для правого регулювання і їх законодавець або не передбачив у чинному Земельному кодексі України, або встановив строк для обов'язкового переоформлення. У першому випадку ми маємо справу з правом довічного успадкованого володіння, яке було передбачено ст. 6 Земельного кодексу Української РСР від 18 грудня 1990 р.⁵ Це право у чинному законодавстві не закріплено і не регулюється. Втім, воно все ще чинне для осіб, яке його набули і не переоформили. У зв'язку з цим постає питання про можливий механізм урегулювання цього питання у чинному законодавстві. Досі такі питання вирішуються у судах.

Щодо другого випадку та права постійного користування у Земельному кодексі України від 25 жовтня 2001 р.⁶, то Конституційний Суд визнав вимогу в частині зобов'язання переоформити право постійного користування земельною ділянкою на право власності або право оренди такою, що не відповідає Конституції України.

Законодавець лише в загальних рисах у Законі України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення системи управління та дерегуляції у сфері земельних відносин» від 29 квітня 2021 р.⁷ передбачив, що права постійного користування та довічного успадкованого володіння земельними ділянками державної та комунальної власності зберігаються за суб'єктами відповідного права, які не здійснили викуп таких ділянок. З моменту введення в дію 1 січня 2002 р. чинного Земельного кодексу України до цього моменту пройшло більше 18 років. Сподіваюсь, що проголошення аналогічного права за власниками земельних часток (паїв) також не забариться.

¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вирішення питання колективної власності на землю, удосконалення правил землекористування у масивах земель сільськогосподарського призначення, запобігання рейдерству та стимулювання зрошення в Україні: Закон України від 10 липня 2018 р. № 2498-VIII. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: <http://www.zakon.rada.gov.ua> (дата звернення: 10.06.2021).

² Про невідкладні заходи щодо прискорення земельної реформи у сфері сільськогосподарського виробництва: Указ Президента України від 10 листопада 1994 р. № 666/94. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: <http://www.zakon.rada.gov.ua> (дата звернення: 10.06.2021).

³ Про порядок паювання земель, переданих у колективну власність сільськогосподарським підприємствам і організаціям: Указ Президента України від 8 серпня 1995 р. № 720/95. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: <http://www.zakon.rada.gov.ua> (дата звернення: 10.06.2021).

⁴ Про порядок виділення в натурі (на місцевості) земельних ділянок власникам земельних часток (паїв): Закон України від 5 червня 2003 р. № 899-IV. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: <http://www.zakon.rada.gov.ua> (дата звернення: 10.06.2021).

⁵ Земельний кодекс Української РСР від 18 грудня 1990 р. № 561-XII. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/ed_0000_00_00/T056100.html (дата звернення: 10.06.2021).

⁶ Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р. № 2768-III. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: <http://www.zakon.rada.gov.ua> (дата звернення: 10.06.2021).

⁷ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення системи управління та дерегуляції у сфері земельних відносин: Закон України від 29 квітня 2021 р. № 1423-IX. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: <http://www.zakon.rada.gov.ua> (дата звернення: 10.06.2021).

Резюме

Бусуйок Д.В. Правовий режим земельних часток (паїв): сучасний стан та перспективи розвитку.

Аналіз приписів нормативно-правових актів, які характеризують земельну частку (пай), визначає, що: на земельну частку (пай) виникає право приватної власності, яке є безстроковим правом; право на земельну частку (пай) було визнано об'єктом купівлі-продажу, дарування, міни, успадкування, застави.

Виходячи з цих обставин, встановлений у Законі України «Про порядок виділення в натурі (на місцевості) земельних ділянок власникам земельних часток (паїв)» від 5 червня 2003 р. строковий характер права власності на земельну частку (пай) викликає запитання про його законність. Це може стати підставою для розгляду таких спорів у Європейському суді з прав людини.

Земельному праві відомо достатньо випадків, коли були встановлені відповідні права на землю попереднім законодавством та які перестали узгоджуватися з новими соціально-економічними умовами, вони стали незручними для правого регулювання і їх законодавець або не передбачив у чинному Земельному кодексі України (право довічного успадкованого володіння), або встановив строк для обов'язкового переоформлення (право постійного користування).

Законодавець лише в загальних рисах у Законі України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення системи управління та дерегуляції у сфері земельних відносин» від 29 квітня 2021 р. передбачив, що права постійного користування та довічного успадкованого володіння земельними ділянками державної та комунальної власності зберігаються за суб'єктами відповідного права, які не здійснили викуп таких ділянок. З моменту введення в дію 1 січня 2002 р. чинного Земельного кодексу України до цього моменту пройшло більше 18 років. Сподіваємось, що проголошення аналогічного права за власниками земельних часток (паїв) також не забариться.

Ключові слова: земельна частка (пай), право довічного успадкованого володіння, право постійного користування, право власності, земельна ділянка.

Резюме

Бусуйок Д.В. Правовой режим земельных долей (паев) современное состояние и перспективы развития.

Анализ предписаний нормативно-правовых актов, которые характеризуют долю (пай), определяет, что: на земельную долю (пай) возникает право частной собственности, которое является бессрочным правом; право на земельную долю (пай) было признано объектом купли-продажи, дарения, мены, наследования, залога.

Исходя из этих обстоятельств установленный в Законе Украины «О порядке выделения в натуре (на местности) земельных участков владельцам земельных долей (паев)» от 5 июня 2003 г. срочный характер права собственности на земельную долю (пай) вызывает вопросы о его законности. Это может стать основанием для рассмотрения таких споров в Европейском суде по правам человека.

Земельному праву известно достаточно случаев, когда были установлены соответствующие права на землю предыдущим законодательством и которые перестали согласовываться с новыми социально-экономическими условиями, они стали неудобными для правового регулирования и их законодатель не предусмотрел в действующем Земельном кодексе Украины (право пожизненного наследуемого владения), или установил срок для обязательного переоформления (право постоянного пользования).

Законодатель лишь в общих чертах в Законе Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно совершенствования системы управления и дерегуляции в сфере земельных отношений» от 29 апреля 2021 г. предусмотрел, что права постоянного пользования и пожизненного наследуемого владения земельными участками государственной и коммунальной собственности сохраняются за субъектами соответствующего права, которые не осуществили выкуп таких участков. С момента введения в действие 1 января 2002 г. действующего Земельного кодекса Украины до этого момента прошло более 18 лет. Надеемся, что провозглашение аналогичного права за владельцами земельных долей (паев) тоже не за горами.

Ключевые слова: земельная доля (пай), право пожизненного наследуемого владения, право постоянного пользования, право собственности, земельный участок.

Summary

Diana Busuiok. Legal regime of land plots (shares): current situation and prospects of development.

Land share (share) is one of the objects of land law. It appeared as a way to reorganize collective and state farms, the emergence of private economic entities in the countryside, the transfer of state-owned agricultural land to the private ownership of citizens.

At the present stage of legal regulation of land relations, objectively, there is a problem with unallocated and unclaimed land plots and land shares (units). To do this, the legislator adopted the Law of Ukraine «On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine

to Address Collective Land Ownership, Improving Land Use Rules in Agricultural Land, Preventing Raids and Stimulating Irrigation in Ukraine» of July 10, 2018. In connection with the adoption of this Law, the question arises about possible ways to resolve disputes that may arise between the owners of land shares (units) and local governments on the basis of this Law.

This is how an object of land law, such as a land share, appeared. The right of private ownership of the land share (share) had to be certified by a certificate. The size of the land share (share) was calculated in conditional cadastral hectares, its location and boundaries were unknown. It was established that the right to a land share (share) could be the object of sale, gift, exchange, inheritance, pledge.

If the definition in the current legislation of the concept of unallocated land, unclaimed land share (share), the list of entities that can dispose of them, the order of harvest, the termination of the lease is perceived positively, as it contributes to clear legal regulation of unallocated land plots, unclaimed land shares (units), the establishment of the period by which the owner of the unclaimed land share (unit) or his heir must issue ownership of the land and the consequences of such non-registration cause discussion and great doubts about the legality of such a decision, its constitutionality.

Analysis of the prescriptions of normative legal acts that characterize the land share (share) determines that:

1) The land share (share) has the right of private property, which is an indefinite right.

2) The right to land share (share) was recognized as the object of sale, gift, exchange, inheritance, pledge.

Based on these circumstances, established by the Law of Ukraine «On the procedure for allocation in kind (on the ground) of land plots to the owners of land shares (units)» of June 5, 2003, the term nature of the ownership right to the land share (share) raises questions about its legality. This may give rise to such disputes before the European Court of Human Rights.

Land law is aware of enough cases when the relevant land rights were established by previous legislation and which ceased to comply with the new socio-economic conditions, they became inconvenient for legal regulation and their legislator or did not provide in the current Land Code of Ukraine (lifelong inherited possession), or set a deadline for mandatory re-registration (right of permanent use).

The legislator only in general terms in the Law of Ukraine «On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine to Improve the System of Management and Deregulation in the Sphere of Land Relations» of April 29, 2021 provided that the rights of permanent use and lifelong inheritable ownership of land state and communal property are retained by the subjects of the relevant law who have not purchased such plots. More than 18 years have passed since the entry into force of the current Land Code of Ukraine on January 1, 2002. I hope that the proclamation of a similar right for the owners of land shares (shares) will not be delayed either.

Key words: land share, right of lifelong inherited possession, right of permanent use, right of ownership, land plot.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.48

УДК 349.422

Х.А. ГРИГОР'ЄВА

*Христина Антонівна Григор'єва, доктор юридичних наук, доцент Національного університету «Одеська юридична академія»**

ORCID: 0000-0001-7659-2178

МАЛА ГІДРОЕНЕРГЕТИКА В УКРАЇНІ: ЮРИДИЧНІ ПРОБЛЕМИ РОЗВИТКУ (НА МАТЕРІАЛАХ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ)**

Постановка проблеми. Проблеми, породжені активними змінами клімату, дали потужний імпульс розвитку альтернативної енергетики – системі отримання енергії, що супроводжується мінімальними або нульовими викидами парникових газів в атмосферу. Україна, як і більшість інших країн світу, декларує потребу в якнайшвидшому енергетичному переході, у т. ч. за рахунок активізації розвитку альтернативної енергетики.

Однією з найбільш поширених та добре відомих людству технологій отримання «зеленої» енергії є використання енергії вод. При цьому гідроенергетика дуже неоднорідна. Оскільки водні об'єкти (переважно річки) суттєво відрізняються своїми розмірами, водністю, швидкістю течії та іншими характеристиками, гідроелектростанції, розташовані на них, теж диференціюються на великі, малі, міні- та мікрогідроелектростанції. Цей поділ є важливим у рамках нашого дослідження, оскільки відповідно до вітчизняного законодавства до об'єктів альтернативної енергетики відносяться лише малі, міні- та мікрогідроелектростанції (для зручності у рамках цього дослідження ми використовуватимемо об'єднуюче поняття «мала гідроенергетика»). Незважаючи на принципову спірність обраного підходу, великі гідроелектростанції, які займають значне місце в енергобалансі України, належать до об'єктів традиційної енергетики.

Масштабування малої гідроенергетики є важливою складовою сталого розвитку, але водночас становить суттєву загрозу безпеці навколишнього природного середовища, продовольчій безпеці тощо. Саме тому

© Х.А. Григор'єва, 2021

* *Khrystyna Hryhorieva, Dr. hab. in Law, Associate Professor of the National University «Odessa law academy»*

** Дослідження здійснене в межах виконання проекту «Альтернативна енергетика в Україні: шляхи системного законодавчого стимулювання», за фінансової підтримки Національного фонду досліджень України (договір № 30/02/0360 від 28.04.2021 року)

доцільність розвитку малої гідроенергетики в Україні досі є предметом запеклих академічних та практичних дискусій. Однак при цьому наше дослідження не має на меті відповісти на питання, а чи потрібна Україні мала гідроенергетика – це питання не юридичне. Нашим завданням є виявлення правових проблем, які супроводжують відродження вітчизняної малої гідроенергетики. А такі проблеми явно існують, адже Законом України «Про альтернативні джерела енергії» наголошується на тому, що розвиток малої гідроенергетики підлягає державному стимулюванню. Однак при цьому, незважаючи на деякі позитивні тенденції відродження малої гідроенергетики, бурхливого розвитку (на кшталт сонячної енергетики) не спостерігається. Отже, протягом майже двадцяти років, незважаючи на задекларовану державну підтримку, цей процес є уповільненим. Така ситуація вимагає наукового аналізу з метою виявлення її основних юридичних причин.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питаннями правового забезпечення розвитку альтернативної енергетики в Україні займалися такі учені, як С.Д. Білоцький, О.В. Гафурова, Х.А. Григор'єва, Г.Д. Джумагельдієва, К.М. Караханян, О.Б. Кишко-Єрлі, Р.С. Кірін, М.В. Краснова, О.І. Кулик, С.А. Оболенська, А.В. Павлига, А.В. Пастух, Є.О. Платонова, Е.Ю. Рибнікова, Ю.М. Рудь, О.М. Савельєва, М.В. Чіпко, І.Є. Чумаченко, Т.Є. Харитоновна, Г.І. Шматько та інші. Проблемні питання використання водних ресурсів, у т.ч. для потреб енергетики, вивчалися у працях А.Г. Боровицької, С.М. Власюка, А.П. Гетьмана, В.О. Джуган, А.С. Євстігнеєва, І.І. Каракаша, Н.Р. Кобецької, Ю.А. Красної, Н.Р. Малишевої, В.В. Носіка, А.К. Соколової, А.І. Черемної, М.К. Черкашиної, О.М. Шуміло та інших. При цьому проблематика розвитку малої гідроенергетики в Україні залишилася без належної уваги з боку вітчизняної юридичної науки.

Формулювання мети статті. З огляду на це метою даної статті є виявлення типових правових проблем становлення і розвитку малої гідроенергетики в Україні, а також обґрунтування пропозицій щодо їх усунення.

Виклад основного матеріалу. Становлення української малої гідроенергетики має власні особливості: а) досить довга історія існування порівняно із деякими іншими видами альтернативної енергетики; б) хвилюватий розвиток (підйом, занепад, відновлення інтересу); в) одночасне поєднання та протистояння економічних, екологічних і соціальних інтересів. Декларування державної зацікавленості у розвитку альтернативної енергетики, тривале пропонування високого «зеленого» тарифу зумовили стійке підвищення інтересу бізнесу до такого напряму інвестування, як мала гідроенергетика. Це потягло за собою багато конфліктів, в яких зіткнулися публічні та приватні інтереси; позиції представників влади, бізнесу та громадськості; потреби та пріоритети економічного, екологічного й соціального розвитку. Багато з цих конфліктів переросли у судові спори.

Саме тому правові складнощі, з якими стикається мала гідроенергетика в Україні, найкраще проглядаються на матеріалах накопиченої судової практики. Аналіз багатьох судових справ, які розглядалися судами протягом останніх п'ятнадцяти років, дає змогу виокремити деякі типові юридичні проблеми та згрупувати їх наступним чином: суб'єктні, об'єктні та реалізаційні.

Суб'єктні проблеми – ця група юридичних складнощів, пов'язана передусім із правовим статусом та діями суб'єктів – учасників гідроенергетичних відносин. До складу цієї групи входять, зокрема, такі правові проблеми:

1) інституційно-правова системна неузгодженість як збірна категорія, що має багато конкретних типових проявів. По-перше, указана неузгодженість яскраво проглядається у прикрях *різновекторних діях місцевих органів публічної влади*. Надзвичайно гостро це проявляється у випадках, коли спостерігається протистояння місцевих рад та державних адміністрацій різних рівнів. В якості прикладу можна навести справу, в якій інвестор – ТОВ «Укртрансрейл» постраждав через принципову неузгодженість позицій органів публічної влади. Так, з 2011 р. Житомирською обласною державною адміністрацією здійснювалася активна робота щодо залучення інвесторів, які б у рамках програми підвищення енергоефективності побудували та запустили у роботу об'єкти малої гідроенергетики. У результаті проведених заходів було підписано кілька меморандумів про співпрацю із ТОВ «Укртрансрейл», відповідно до яких обласна державна адміністрація зобов'язувалася усебічно сприяти інвестиційній діяльності цього суб'єкта, зокрема, щодо отримання ним земельної ділянки. Через кілька років, ігноруючи усі юридичні та фактичні дії, зроблені ТОВ «Укртрансрейл» у напрямі будівництва гідроелектростанції, Житомирська міська рада оголосила конкурс на визначення кращих інвестиційних проектів будівництва гідроелектростанцій на річці Тетерів у місті Житомир та селі Дениші Житомирського району Житомирської області (рішення виконавчого комітету Житомирської міської ради від 16 грудня 2015 р. № 888). Унаслідок цього склалася ситуація, коли потенційно одразу два суб'єкти можуть отримати дозволи на будівництво гідроелектростанції на одному і тому ж місці. Цікаво, що незважаючи на кількарічні спори та проходження усіх судових інстанцій, ТОВ «Укртрансрейл» так і не вдалося відстояти свої інтереси¹. Цей приклад добре ілюструє, як неузгодженість дій обласної адміністрації та міської ради – навіть за умов формальної правомірності – завдали збитків інвестору.

Подібна за своєю суттю проблема виникла і на Закарпатті, де ТОВ «Альтернатив Електрик» отримало належні дозвільні документи та розпочало будівництво малої гідроелектростанції на підставі розпоряджень голови Рахівської районної державної адміністрації «Про розроблення детального плану території для будівництва гідроелектростанції, за межами населеного пункту» № 138 від 22 травня 2017 р., «Прото затвердження детального плану території для будівництва гідроелектростанції, за межами населеного пункту» № 243 від 14 вересня 2017 р. Однак розпорядженнями голови Закарпатської обласної державної адміністрації «Про недопущення порушень прав та інтересів територіальних громад і громадян, впливу на навколишнє природне середовище під час вирішення питань, пов'язаних із розміщенням малих гідроелектростанцій» № 35 від

24 січня 2019 р., указані вище розпорядження голови Рахівської районної державної адміністрації були скасовані. Після довгих судових розглядів було визнано, що розпорядження голови облдержадміністрації у цій частині було неправомірним з огляду на те, що спірне розпорядження голови райадміністрації мало ознаки індивідуального акта, дія якого повністю вичерпалася з моменту його виконання². Схожі ситуації протистояння органів публічної влади стали передумовами виникнення й інших спорів. Заручниками таких неузгоджених дій публічної влади стають передусім представники бізнесу та жителі територіальної громади.

По-друге, інституційна неузгодженість має прояв також у такому явищі, як *знецінення офіційних екологічних висновків*. Законом України «Про оцінку впливу на довкілля» передбачено, що гідроелектростанції на річках незалежно від потужності відносяться до другої категорії видів планованої діяльності та об'єктів, які можуть мати значний вплив на довкілля та підлягають оцінці впливу на довкілля. Однак отримання позитивних висновків не гарантує вичерпання екологічних питань. Це доводиться, зокрема, численними судовими справами, в яких такі висновки ставляться під сумнів³. Окреслена тенденція свідчить про зростання недовіри до органів влади у цілому та до інституційно-функціональної системи охорони довкілля зокрема. В умовах недосконалого та неефективного нормативно-правового, організаційного та технічного регулювання відносин малої гідроенергетики будівництво нових та експлуатація існуючих малих ГЕС здійснюється з численними порушеннями норм екологічного законодавства. Це призводить до виникнення соціальних конфліктів, знищення річок, деградації біоресурсів і водних екосистем⁴.

2) проблема забезпечення участі громадськості теж акумулює кілька типових проявів, що заслуговують на увагу.

По-перше, спостерігається значна кількість випадків фальсифікації результатів громадських слухань. Участь жителів територіальної громади у безпосередньому вирішенні питань місцевого значення теж дискредитується. З одного боку, негативні рішення щодо розміщення гідроелектростанцій на території легко «ламаються» через процесуальні порушення і неточності. Наприклад, так було визнано недійсним рішення загальних зборів жителів села Великий Бичків Рахівського району Закарпатської області, відповідно до якого громада висловила проти будівництва гідроелектростанції на річці Шопурка⁵. З другого боку, існують випадки фабрикавання позитивних рішень місцевих рад, незважаючи на небажання населення.

По-друге, важливим складником цієї проблеми слід визнати участь громадських організацій. Варто відзначити досить активну участь екологічних організацій у вирішенні питань розвитку малої гідроенергетики в Україні. Зокрема, вони активно виступають третіми особами під час розгляду та вирішення судових спорів щодо вказаних питань. Однак при цьому досить проблемним виявилася участь екологічних організацій в ролі ініціаторів таких спорів. Хорошим прикладом може стати справа за позовом Міжнародної благодійної організації «Екологія-Право-Людина» до Бистрецької сільської ради, приватного підприємця Миронюк В.В., ТОВ «Гідропауер», основною вимогою за яким було визнання недійсним договору оренди земельної ділянки, що була передана в користування для будівництва та обслуговування малої гідроелектростанції в Івано-Франківській області. Цікаво, що судовий розгляд звернення екологічної організації більшою мірою звівся до вирішення питання про правомірність такого звернення, а не до вирішення правової проблеми із укладеним договором оренди земельної ділянки⁶.

Оскільки правові механізми, передбачені законодавством, не спрацьовують належним чином, інтереси територіальної громади у питаннях розміщення об'єктів малої гідроенергетики залишаються незахищеними. Цілком закономірним наслідком стало проведення низки протестних заходів населення у різних куточках України, які мали на меті привернути увагу до категорично негативної позиції місцевого населення стосовно розміщення деяких малих гідроелектростанцій.

Об'єктні проблеми – ця група об'єднує проблемні питання, які стосуються об'єктів гідроенергетичних правовідносин. Найбільшою проблемою в цьому аспекті слід визнати своєрідне *«розщеплення» правового режиму гідроенергетичного об'єкта*, а саме: на практиці відсутній єдиний правовий режим гідроелектростанції як цілісного об'єкта – існує комплекс різнорідних правових режимів окремих частин, з яких складається така гідроелектростанція. Це явище відбувається у результаті того, що законодавство не передбачає формування єдиного правового режиму для гідроенергетичного об'єкта – натомість передбачається механічна сукупність правових режимів: а) земельних ділянок, на яких розташована електростанція, б) споруд, в) гідротехнічних об'єктів, г) обладнання тощо. Усі ці невід'ємні складові єдиного комплексного об'єкта – гідроелектростанції – можуть перебувати у різних формах власності, на різних правових титулах, на балансі у різних суб'єктів тощо.

Ця проблема дуже добре ілюструється на прикладі спору між ТОВ «Укратрансрейл» та Житомирською міською радою. Заплановане будівництво малої гідроелектростанції на річці Тетерів стало предметом довгих та складних судових розглядів, оскільки: а) інвестор, підписавши меморандуми про співпрацю з облдержадміністрацією, отримав в оренду земельну ділянку від районної державної адміністрації для будівництва гідроелектростанції; б) земельна ділянка, на якій розміщена гідротехнічна споруда (водосховище з водорозливною греблею), перебуває на праві постійного землекористування у КП «Житомирводоканал»; в) гідротехнічна споруда перебуває у складі комунального майна м. Житомир, хоча і знаходиться на території села Дениші. Тобто майбутня гідроелектростанція є своєрідним пазлом, в якому кожен елемент має різного власника та різний правовий режим.

Додатково виявлену проблему «розщеплення» правового режиму гідроенергетичного об'єкта ілюструє справа за позовом СГК «Губинський» до Ладигівської сільської ради Хмельницької області. Відповідно до

обставин цієї справи кооператив, вважаючи себе власником малої гідроелектростанції, продав її як цілісний майновий комплекс ТОВ «РесурсЕкоЕнерго». Однак після цього виконавчий комітет Ладигівської сільської ради ухвалив рішення про оформлення права комунальної власності на земляну дамбу з водоскидом і водозабором для гідроелектростанції. Тобто споруду гідроелектростанції було успішно відчужено, а гідротехнічні споруди, необхідні для її функціонування за призначенням, – ні. Судами було підкреслено, що перебування майна на балансі підприємства не є достатнім доказом набуття права власності на таке майно⁷. Розрив правового режиму гідроенергетичного об'єкта спровокував багаторічний спір, затримав функціонування електростанції та підкреслив незахищеність інвестора у цій сфері.

Ще однією проблемою, яка входить до групи об'єктних проблем, слід вказати проблему відновлення занедбаних малих гідроелектростанцій. У зв'язку з цим бувають випадки, коли такий об'єкт проходить процедуру визнання безхазяйним майном та переходить до комунальної власності. Часто це відбувається як підготовчий етап для наступної приватизації або передачі у користування приватному інвестору.

Проблеми реалізації об'єднують ті юридичні складнощі, які супроводжують безпосередній процес втілення гідроенергетичних проектів:

1) вибір оптимальної договірної конструкції для оформлення відносин щодо будівництва чи реконструкції гідроелектростанцій. Аналіз практики демонструє значну палітру варіантів, які використовуються в Україні з цією метою: наприклад, договори суперфіцію, оренди, сервітуту тощо. Неоднозначність використання сервітутної договірної конструкції навіть викликала судовий спір. Житомирська міська рада передала гідротехнічну споруду, власником якої вона є (при цьому дана споруда перебуває на балансі комунального підприємства «Експлуатації штучних споруд»), у користування ТОВ «Свободна енергія» шляхом встановлення сервітуту для використання цього об'єкта з метою будівництва та експлуатації малої гідроелектростанції. Справді, доцільність такого вибору викликає питання. Прокурор, вважаючи, що Житомирська міська рада та ТОВ «Свободна енергія» порушили вимоги закону та уклали удаваний правочин – договір сервітуту, який за своєю природою насправді є договором концесії, і це призводить до незаконного користування комунальним майном та водними ресурсами, а тому підлягає визнанню недійсним, звернувся до суду із позовом. Судами було визнано, що хоч оспорюваний договір містить невідповідність назви його змісту, однак з урахуванням положення ч. 2 ст. 628 ЦК України містить елементи різних договорів і є змішаним договором, що не є порушенням⁸;

2) бюрократичні складнощі, адміністративно-процедурна тяганина як типова проблема має одночасно нормативно-правові та суб'єктивні передумови, часто демонструє високий корупційний фактор. Для ілюстрації можна навести приклад спору між ТОВ «Гідроенергоресурс» та Щербанівською сільською радою Полтавської області. Отримавши усі необхідні дозвільні документи на будівництво мінігідроелектростанції, успішно оформивши право користування земельною ділянкою для здійснення відповідної діяльності, товариство отримало технічні умови для забезпечення приєднання до лінії електропередач, а саме: трасу прокладання (будівництва) ЛЕП-10 кВт по земельній ділянці орієнтовною площею 0,6960 га в с. Нижні Млини на території Щербанівської сільської ради. Для виконання цих технічних умов ТОВ «Гідроенергоресурс» звернулося до сільради з питанням щодо прийняття рішення про формування земельних ділянок, надання дозволу на виготовлення технічної документації із землеустрою та здійснення її державної реєстрації в Державному земельному кадастрі України, а також прийняття рішення про визнання права комунальної власності на зареєстровані земельні ділянки за Щербанівської громадою в особі Щербанівської сільської ради з наданням права платного сервітуту на ці земельні ділянки на користь ТОВ «Гідроенергоресурс». Тобто для виконання технічних умов під'єднання до лінії електропередач гідроелектростанції необхідно було спочатку оформити сервітут на земельні ділянки, які ще навіть не були сформовані. Незважаючи на те, що інвестор пропонував взяти усі витрати щодо формування та реєстрації земельних ділянок на себе, розгляд його питання кілька разів відкладався, а згодом він отримав відмову. Це змусило підприємство запропонувати сільраді проект угоди про участь у комплексному економічному та соціальному розвитку території Щербанівської сільської об'єднаної територіальної громади, відповідно до якої було запропоновано виділити на розвиток соціальної сфери села 20 000 грн без ПДВ. Однак ця пропозиція теж була відкинута. Вичерпавши усі можливості для мирного врегулювання конфлікту, інвестор звернувся до суду. У результаті судового розгляду було визнано протиправними відмови сільради, а також зобов'язано її повторно розглянути по суті клопотання ТОВ «Гідроенергоресурс» з урахуванням висновків, сформульованих судом⁹. Однак безпідставне затягування процедури породило вимушені затримки у нормальній роботі електростанції.

На тлі виявлених вітчизняних юридичних проблем розвитку малої гідроенергетики цікаво звернути увагу на той факт, що досвід зарубіжних країн демонструє як схожі, так і абсолютно інші проблеми. Наприклад, подібні складнощі з подоланням бюрократичних перешкод фіксуються у Сербії, Італії, Словенії, Іспанії. Захист культури або ландшафту та гірських районів є перешкодами для розвитку малих гідроенергетичних ресурсів у Хорватії та Греції. Водночас з іншими складнощами стикаються Молдова і Білорусь: перша – через брак коштів, доступних для приватних компаній, остання має неповну законодавчу базу для незалежних виробників електроенергії. У розвинених країнах ЄС таж існують власні труднощі. Наприклад, впровадження Рамкової директиви ЄС про води зменшує потенціал європейської малої гідроенергетики, адже суттєво підвищує екологічні вимоги щодо охорони вод. В Австрії, Бельгії та Німеччині спостерігається суттєве протистояння розвитку гідроенергетики з боку потужних адміністрацій, неурядових організацій та рибного лобі, головним чином через екологічні й риболовецькі проблеми. Значна протидія малій гідроенергетиці фік-

сується в Польщі, де у 2009 р. було подано меморандум з вимогою ввести мораторій на зведення малих гідроелектростанцій у Польщі; однак, хоча меморандум був підтриманий низкою установ та засобів масової інформації, заборона на малі гідроенергетики не була запроваджена¹⁰.

Таким чином, як в Україні, так і у світі, мала гідроенергетика – непроста і сповнена конфліктів сфера альтернативної енергетики. Основний юридичний парадокс, який можна виявити під час її дослідження, полягає у тому, що вищі органи публічного управління (на рівні міжнародних організацій, національних держав, регіональних органів влади) у процесі своєї нормотворчості стимулюють розвиток малої гідроенергетики як складової альтернативної енергетики (це знаходить свій прояв у сприятливому законодавстві, державній підтримці, обласних програмах розвитку тощо), тоді як територіальні громади, представники екологічних організацій, місцеві органи влади – частіше демонструють супротив розміщенню об'єктів малої гідроенергетики. В умовах України цей принциповий конфлікт підживлюється багатьма додатковими юридичними факторами, про які зазначалося вище.

Висновки. Отже, за результатами проведеного дослідження можна зробити деякі висновки. Так, повільний розвиток малої гідроенергетики в Україні спричинений зокрема низкою юридичних перепон. На підставі аналізу матеріалів судової практики було виявлено типові проблеми, з якими стикаються представники малої гідроенергетики під час свого утворення і функціонування. Відповідні правові проблеми були класифіковані на три групи: суб'єктні (інституційно-правова системна неузгодженість, проблема забезпечення участі громадськості), об'єктні («розщеплення» правового режиму гідроенергетичного об'єкта) та реалізаційні (невизначеність оптимальної договірної конструкції, бюрократичні складнощі та адміністративно-процедурна тяганина).

При більш детальному розгляді усіх виявлених проблем можна стверджувати, що вони мають єдиний знаменник у полісуб'єктності та поліоб'єктності правовідносин у сфері малої гідроенергетики. Першу складову цієї проблеми, на наш погляд, можна вирішити шляхом укладення багатосторонніх договорів між усіма головними учасниками таких відносин на підготовчому етапі утворення (відновлення) об'єктів малої гідроенергетики. Збільшення часу на підготовку та підписання таких договорів виправдовується зменшенням ризику виникнення затяжних спорів на наступних етапах розвитку гідроенергетичних відносин. Другу складову проблеми, на наш погляд, слід вирішувати шляхом закріплення у законодавстві єдиного правового режиму гідроелектростанції як комплексного об'єкта. Це дасть змогу використовувати продуктивний методологічний підхід щодо цілісності гідроелектростанції, на відміну від поточного юридичного «розщеплення» її правового режиму на режими її окремих складових частин.

¹ Постанова Верховного Суду від 18 березня 2021 р. у справі № 296/3836/16-а. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95616289> (дата звернення: 25.06.2021).

² Рішення Закарпатського окружного адміністративного суду від 12 травня 2021 р. у справі № 260/1082/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97136818> (дата звернення 25.06.2021).

³ Там само.

⁴ Платонова Є.О. Правові проблеми та перспективи використання енергії малих річок в Україні. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. № 7.

⁵ Рішення Закарпатського окружного адміністративного суду від 3 вересня 2019 р. у справі № 260/219/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84260581> (дата звернення 25.06.2021).

⁶ Постанова Львівського апеляційного господарського суду від 17 червня 2015 р. у справі № 909/1421/14. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/45367600#> (дата звернення 25.06.2021).

⁷ Постанова Вищого господарського суду України від 30 листопада 2016 р. у справі № 924/1319/14. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/63318491> (дата звернення 25.06.2021).

⁸ Постанова Північно-західного апеляційного господарського суду від 16 березня 2021 р. у справі № 906/494/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95672902> (дата звернення 25.06.2021).

⁹ Постанова Другого апеляційного адміністративного суду від 2 червня 2020 р. у справі № 440/4827/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89683053> (дата звернення 25.06.2021).

¹⁰ Liu H., Masera D., Esser L., eds. World Small Hydropower Development Report 2013. United Nations Industrial Development Organization; International Center on Small Hydro Power. URL: https://www.academia.edu/40392672/World_Small_Hydropower_Development_Report_2013 (дата звернення 25.06.2021).

Резюме

Григор'єва Х.А. Мала гідроенергетика в Україні: юридичні проблеми розвитку (на матеріалах судової практики).

У статті на підставі аналізу матеріалів судової практики було виявлено типові проблеми, з якими стикається мала гідроенергетика: суб'єктні (інституційно-правова системна неузгодженість, проблема забезпечення участі громадськості), об'єктні («розщеплення» правового режиму гідроенергетичного об'єкта) та реалізаційні (невизначеність оптимальної договірної конструкції, бюрократичні складнощі та адміністративно-процедурна тяганина). Запропоновано шляхи вирішення цих проблем, які мають єдиний знаменник у полісуб'єктності та поліоб'єктності правовідносин. По-перше, пропонується укладення багатосторонніх договорів між усіма головними учасниками таких відносин на підготовчому етапі утворення об'єктів малої гідроенергетики. По-друге, обґрунтовується доцільність закріплення у законодавстві єдиного правового режиму гідроелектростанції як комплексного об'єкта.

Ключові слова: гідроенергетика, альтернативна енергетика, відновлювана енергетика, енергетичне право, природоресурсне право, альтернативні джерела енергії, енергетика.

Резюме

Григорьева К.А. *Малая гидроэнергетика в Украине: юридические проблемы развития (на материалах судебной практики).*

В статье на основании анализа материалов судебной практики были выявлены типичные проблемы, с которыми сталкивается малая гидроэнергетика: субъектные (институционально-правовая системная несогласованность, проблема обеспечения участия общественности), объектные («расщепление» правового режима гидроэнергетического объекта) и реализационные (неопределенность оптимальной договорной конструкции, бюрократические сложности и административно-процедурная волокита). Предложены пути решения этих проблем, которые имеют единый знаменатель в полисубъектности и полиобъектности правоотношений. Во-первых, предлагается заключение многосторонних договоров между всеми главными участниками таких отношений на подготовительном этапе образования объектов малой гидроэнергетики. Во-вторых, обосновывается целесообразность закрепления в законодательстве единого правового режима гидроэлектростанции как комплексного объекта.

Ключевые слова: гидроэнергетика, альтернативная энергетика, возобновляемая энергетика, энергетическое право, природоресурсное право, альтернативные источники энергии, энергетика.

Summary

Khrystyna Hryhorieva. *Small hydropower in Ukraine: legal problems of development (on the materials of judicial practice).*

The article examines the legal problems they cause slow development of small hydropower in Ukraine. The Law of Ukraine “On Alternative Energy Sources” emphasizes that the development of small hydropower is considered as a direction of alternative energy and is subject to state incentives. However, despite some positive trends in the revival of small hydropower, rapid development (such as solar energy) is not observed. Thus, for almost twenty years, despite the declared state support, this process has been slow. Based on the analysis of case law, typical problems encountered by representatives of small hydropower during their formation and operation were identified. Relevant legal issues were classified into three groups: subjective (institutional and legal system inconsistency, the problem of public participation), objective (“splitting” the legal regime of the hydropower facility) and implementation (uncertainty of the optimal contractual design, bureaucratic difficulties and administrative and procedural red tape). Upon closer examination of all identified problems, it can be argued that they have a common denominator in the polysubjectivity and polyobjectivity of legal relations in the field of small hydropower. The first component of this problem, in our opinion, can be solved by concluding multilateral agreements between all the main participants in such relations at the preparatory stage of the formation (restoration) of small hydropower facilities. Increasing the time for the preparation and signing of such agreements justifies the reduction of the risk of protracted disputes in the subsequent stages of development of hydropower relations. The second component of the problem, in our opinion, should be solved by enshrining in law a single legal regime for a hydroelectric power plant as a complex object. This will allow the use of a productive methodological approach to the integrity of the hydropower plant, in contrast to the current legal “splitting” of its legal regime into the regimes of its individual components.

Key words: hydropower, alternative energy, renewable energy, energy law, natural resource law, alternative energy sources, energy.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.49

УДК 341.641

В.А. ЮСУПОВ, Н.В. ЧЕНШОВА

*Валерій Андрійович Юсупов, доктор юридичних наук, завідувач кафедри Криворізького національного університету**

ORCID: 0000-0003-3028-8845

*Наталія Володимирівна Ченшова, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Криворізького національного університету***

ORCID: 0000-0001-7819-4640

МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД СУДОВОГО ЗАХИСТУ ЕКОЛОГІЧНИХ ПРАВ ГРОМАДЯН: СУЧАСНИЙ СТАН

Постановка проблеми. Через зростання наукового прогресу та збільшення масштабності виробництва людство все більше залежить від якості середовища, в якому живе. Накопичення глобальних екологічних проблем, які впливають на якість життя, все більше привертають до себе увагу з боку населення. Чисте та безпечне навколишнє середовище є невід’ємним правом людини, що пов’язано передусім з правом на життя та здоров’я. Нині питання захисту екологічних прав людини набуває глобального характеру, адже стан екологічної безпеки навколишнього середовища є кризовим: погіршення стану атмосферного повітря, забруд-

© В.А. Юсупов, Н.В. Ченшова, 2021

* *Valerii Yusupov, Dr. hab. in Law, Head of the Department of Kryvyi Rih National University*

** *Nataliia Chenshova, Ph.D. in Law, Associate Professor, Associate Professor of Kryvyi Rih National University*

нення вод, проблеми, що виникають через байдуже ставлення органів влади до екологічного добробуту населення та ін. Протягом останніх років питання екології все більше включаються до світового порядку денного на всіх рівнях: Генеральна Асамблея ООН, новий Зелений Курс Євросоюзу тощо. За цих умов проблема дослідження захисту екологічних прав людини набуває архіважливого значення на міжнародному рівні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Аспекти судового захисту екологічних прав громадян досліджували такі вчені, як: А.С. Тімошенко, П.А. Калиниченко, Дж. Маршалл, І. Ценевська, Е. Фолксон, С. Кравченко, Б. Кларк, Н. А. Соколова та інші.

Формулювання мети статті. Дослідження правового механізму діяльності міжнародних та національних судів у практиці вирішення спорів внаслідок порушення екологічних прав громадян. Висвітлення проблем судового захисту екологічних прав та практичних заходів щодо їх зменшення.

Виклад основного матеріалу. На сьогодні екологічні права людини є одними із вищих соціальних цінностей. Міжнародне співтовариство все більше привертає увагу не тільки до збереження й ефективного використання ресурсів природи, а й до створення безпечного життя та екологічно чистого навколишнього середовища. З огляду на це у багатьох країнах екологічні права визнаються не лише як самостійні, а й такі, що є життєво необхідними.

Основним документом, який чітко визначає права людини в галузі екології, є Конвенція про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються навколишнього середовища, яка була прийнята в 1998 р. в м. Орхусі (Данія) на IV Конференції міністрів охорони навколишнього середовища під назвою «Довкілля для Європи», так само відома як Орхуська конвенція.

Орхуська конвенція є обов'язковою для дотримання та закріплює фундаментальні екологічні права, що поширюються як на громадян, так і на юридичних осіб без винятків. Тож, вона передбачає:

– *Право на екологічну інформацію.* Має бути надана будь-яка інформація в письмовій, аудіовізуальній, електронній чи будь-якій іншій матеріальній формі про: стан складових навколишнього середовища; фактори; стан здоров'я та безпеки людей.

– *Право на участь громадськості в прийнятті екологічно значимих рішень.*

– *Право на доступ до правосуддя з питань, що стосуються навколишнього середовища.* Це право надає не для зміцнення доступу до екологічної інформації та до прийняття рішень з питань, що стосуються навколишнього середовища, за допомогою надання можливості вдатися до сили закону, а також забезпечити право вимагати в судовому порядку компенсації заподіяної шкоди та оскаржити винесені державні рішення¹.

Гарантування й реалізація цих прав Орхуською конвенцією формує цілісну систему міжнародної екологічної політики та є частиною міжнародного екологічного законодавства й полягає в дійсному прагненні міжнародної спільноти до підвищення рівня безпечності життя населення, підвищення ступеня охорони навколишнього середовища, та покращення його якості в цілому.

Так, у справі *Di Sarno and others vs Italy* (рішення ЄСПЛ від 10 січня 2012 р.) Європейський суд з прав людини використав положення Орхуської конвенції, тим самим розширивши область зобов'язання з надання інформації про загрози, і включивши туди не тільки небезпечну діяльність людини, а й стихійні лиха². Суд послався на цей договір як на джерело міжнародного права в сфері охорони здоров'я і в справі *Taşkin and others vs. Turkey* (рішення ЄСПЛ від 10 листопада 2004 р.), незважаючи на те, що Туреччина не є учасницею цієї угоди³.

Використання міжнародного екологічного законодавства не обмежується застосуванням Орухівської конвенції. Так, при зверненні суб'єкта порушеного екологічного права до Європейського суду з прав людини судом також можуть застосовуватися положення Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – ЄКПЛ). Наприклад:

1) ст. 2 (право на життя) в контексті небезпечної промислової діяльності, впливу радіації, впливу промислових викидів на здоров'я, природних катастроф;

2) ст. 3 (свобода від катувань, нелюдського та такого, що принижує гідність, поведження) в контексті пасивного куріння в місцях позбавлення волі;

3) ст. 6 (право на справедливий суд) в контексті доступу до суду і на виконання остаточного рішення суду;

4) ст. 8 (право на повагу до приватного, сімейного життя, захисту кореспонденції і житла) в контексті доступу до інформації про екологічні ризики, промислового забруднення навколишнього середовища, впливу шуму на людину, міського розвитку, збору і переробки відходів тощо;

5) ст. 10 (право на отримання і поширення інформації) в контексті вчинення процесуальних дій, необхідних для захисту своїх законних інтересів;

6) ст. 11 (свобода зібрань та об'єднань) у контексті реалізації права на захист прав людини і протест;

7) ст. 1 протоколу 1 до ЄКПЛ (захист власності) в контексті відкликання дозволу на будівництво⁴.

Тобто, можна зробити висновок про те, що для забезпечення екологічних прав громадян міжнародні судові інстанції використовують усі можливі джерела міжнародного права навколишнього середовища, де закріплені будь-які принципи, умови чи гарантії для судового захисту екологічних прав.

На відміну від міжнародних судів, національні суди України мають більше бар'єрів у доступі до правосуддя у сфері захисту екологічних прав людини. Проаналізувавши практику національних судів, можна дійти висновку, що існують певні перешкоди до забезпечення доступу українців до правосуддя з питань захисту навколишнього середовища. Такими перешкодами є:

– відсутність закріплення в законодавстві деяких екологічних термінів та їх змісту, що має важливе значення для окреслення меж екологічних прав громадян;

– відсутність відокремлення екологічних прав від інших прав;

– недотримання термінів розгляду судових справ;

– значні судові витрати, що пов'язані з оплатою експертиз та експертних послуг;

– відсутність можливості отримати кваліфіковану експертну допомогу;

– недостатня обізнаність суддів про законодавство в галузі охорони довкілля (особливо міжнародних угод) і про права громадян та неурядових організацій у цій сфері;

– «вузька» процесуальна правоздатність громадськості в контексті можливостей оскарження громадськістю в судовому порядку порушень природоохоронного законодавства та звернень з позовами на захист інтересів необмеженого кола осіб⁵.

З огляду на наявність таких перешкод доречним буде акцентувати увагу на тому, щоб національні суди враховували практику ЄСПЛ для вирішення спорів щодо захисту екологічних прав людини на національному та місцевому рівнях. Завдяки цим діям повинні зменшитися певні прогалини в законодавстві щодо попередження проблем, пов'язаних із захистом прав людини на безпечне навколишнє середовище.

Висновки. Визнання екологічних прав громадян на міжнародному рівні та в Україні стає істотним чинником розвитку законодавства, однак захист цих прав в судовому порядку, наразі, вимагає певного удосконалення в силу важливості екологічних інтересів людства.

Відповідно до ст. 50 Конституції України кожен має право на безпечне для життя і здоров'я довкілля та на відшкодування завданої порушенням цього права шкоди⁶. Деякі положення зазначені у ст. 11 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища». Так, порушені права громадян у галузі охорони навколишнього природного середовища можуть бути поновлені, а їх захист відбувається в судовому порядку відповідно до законодавства України⁷. Однак конкретний механізм захисту екологічних прав громадян у національному законодавстві, їх систематизація та межі відсутні.

Органам влади України потрібно брати приклад з інших провідних країн світу, де вже реалізують свою діяльність спеціалізовані екологічні суди, спеціалізовані палати в судах загальної юрисдикції та впроваджені екологічні кодекси з чітким відмежуванням екологічних прав громадянина від інших основоположних прав.

Удосконалення національного законодавства, вироблення більш чітких та простих механізмів реалізації судового захисту прав громадян, використання міжнародної судової практики як джерела права національними судами допоможе сприянню ефективності правосуддя у сфері реалізації та забезпечення екологічних прав громадян.

Отже, дослідивши сучасний досвід судового захисту екологічних прав громадян, можна додати, що кожен має право жити в безпечному довкіллі. Задля того, щоб у людей була можливість відстоювати це право, вони повинні мати не тільки чітко визначені та закріплені у національному законодавстві екологічні права, зокрема, право на доступ до інформації, право брати участь у процесі прийняття рішень і доступ до правосуддя з питань, що стосуються захисту екологічних прав людини та довкілля, а й гарантії можливості справедливого судового захисту порушених прав.

¹ Конвенція про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля (Орхуська конвенція) : міжнародний документ ООН від 25 червня 1998 р. (ратифікований Законом України від 6.07.1999 р. № 832-XIV) / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_015

² Case of di Sarno and Others v. Italy. Judgement of the European Court of human rights of 29 November 2011. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-108480%22%5D%7D>

³ Case of Taşkın and Others v. Turkey. Judgement of the European Court of human rights of 10 November 2004. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-67401%22%5D%7D>

⁴ Cenevska I. A thundering silence: Environmental rights in the dialogue between the EU Court of justice and the European court of human rights. *Journal of environmental law*. Oxford, 2016. Vol. 28, № 2. P. 301–324.

⁵ Вронська Г. Аналіз практики Європейського суду з прав людини довів, що вирішення проблем захисту екологічних прав людини повинне здійснюватися, в першу чергу, на національному рівні. *Судово-юридична газета*. URL: <https://bit.ly/3i0GRLN>

⁶ Конституція України: від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. База даних «Законодавство України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

⁷ Про охорону навколишнього природного середовища : Закон України від 25.06.1991 р. № 1264-XII. База даних «Законодавство України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/1264-12>

Резюме

Юсупов В.А., Ченішова Н.В. Міжнародний досвід судового захисту екологічних прав громадян: сучасний стан.

Робота присвячена аналізу проблеми застосування судового захисту екологічних прав людини. Для дослідження міжнародного досвіду судового захисту екологічних прав громадян пропонується дослідити правову природу міжнародного екологічного законодавства, виокремити види основних екологічних прав громадян. Важливо також здійснити аналіз проблем судового захисту у судових інстанціях міжнародного рівня та водночас виокремити практичні поради щодо удосконалення міжнародного та національного екологічного законодавства задля спрощення судового захисту прав громадян.

Ключові слова: екологічні права людини, Орхуська конвенція, судовий захист екологічних прав громадян, міжнародне законодавство, Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ).

Резюме

Юсупов В.А., Ченшова Н.В. Международный опыт судебной защиты экологических прав граждан: современное состояние.

Работа посвящена анализу проблемы применения судебной защиты экологических прав человека. Для исследования международного опыта судебной защиты экологических прав граждан предлагается исследовать правовую природу международного экологического законодательства, выделить виды основных экологических прав граждан. Важно также осуществить анализ проблем судебной защиты в судебных инстанциях международного уровня и в то же время выделить практические советы по совершенствованию международного и национального экологического законодательства для упрощения судебной защиты прав граждан.

Ключевые слова: экологические права человека, Орхусская конвенция, судебная защита экологических прав граждан, международное законодательство, Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ).

Summary

Valerii Yusupov, Nataliia Chenshova. International experience of judicial protection of environmental rights of citizens: a current status.

This article is devoted to the analysis of the problem of judicial protection of environmental human rights. It is important that the right to a favorable environment is one of the fundamental rights of man and citizen. It affects the basics of human life, and is inseparable from the right to life and health in general. In the analysis of scientific research and case law, cases of violations of environmental rights are becoming more common. Problems of judicial protection of such rights are also traced.

The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms does not contain provisions that clearly define the right to a safe and clean environment. However, the number of cases of damage caused to a person by the actions or inaction of the authorities in the field of environmental human rights, which are considered by international courts, is constantly growing.

It should be noted that the issue of the mechanism of environmental human rights and freedoms is of archival importance today and is one of the important problems of domestic and foreign policy of the world community. The content and implementation of environmental rights need to be constantly improved due to the rapid growth of global environmental problems.

To study the international experience of judicial protection of environmental rights of citizens, it is proposed to study the legal nature of international environmental law. Identify the types of basic environmental rights of citizens. Also, analyze the problems of judicial protection in international courts. At the same time, highlight practical advice on improving international and national environmental legislation to facilitate judicial protection of citizens' rights.

Key words: environmental human rights, Aarhus Convention, judicial protection of environmental rights of citizens, international law, European Court of Human Rights (ECHR).

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.50

УДК 349.412

О.І. ЗАЄЦЬ

*Олена Іванівна Заєць, кандидат юридичних наук,
доцент Інституту права Київського національного
університету імені Тараса Шевченка**

ORCID: 0000-0001-7969-2465

ХАРАКТЕРНІ ОЗНАКИ ТА ОСОБЛИВОСТІ ВИЗНАННЯ ЗЕМЕЛЬНОГО ПРАВА ЯК СПОСОБУ ЗАХИСТУ

Постановка проблеми. Земельні права в сучасній правовій та судовій системах України отримали достатньо потужний захист. Серед важливих інструментів такого захисту хочемо зупинитися на такому способі захисту, як визнання права. Визнання земельного права справедливо вважається одним із найбільш поширених способів захисту земельних прав. Це пояснюється вченими тим, що визнання земельного права є загальним способом захисту безвідносно до визначених законодавством спеціальних правовідносин¹.

Зазначене дає можливість застосувати цей спосіб захисту земельного права за відсутності будь-яких спеціальних вказівок у законодавстві щодо можливості його застосування у конкретних правовідносинах². Тому певною мірою він є універсальним. Втім, судова практика застосування визнання права як способу захисту земельних прав дає можливість прослідкувати останні тенденції та особливості у цій сфері.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі питання визнання земельного права як способу захисту досліджували А.М. Мірошниченко, М.В. Краснова, Ю.В. Мягкоход, О.О. Погрібний, О.П. Кулинич, Т.О. Третяк та інші вчені. Але стрімкий розвиток судової практики вирішення земельних спорів, в яких застосовується такий спосіб захисту, спонукає до необхідності, з одного боку, систематизувати знання про останній, а, з другого боку, досліджувати судову практику у цій сфері, оскільки остання суттєво доповнює та тлумачить наявне правове регулювання визнання земельного права.

© О.І. Заєць, 2021

* *Olena Zaiets, Ph.D. in Law, Associate Professor of the Institute of Law of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

Метою даного дослідження є виокремлення характерних ознак і особливостей такого способу захисту земельних прав, як їх визнання. Загалом, будучи традиційними для цього способу захисту цивільних прав, ці характерні ознаки і особливості набувають земельно-правової специфіки, яку ми й хочемо дослідити.

Виклад основного матеріалу. Ю.В. Мягкоход у своєму дисертаційному дослідженні визначає визнання земельного права як такий загальний спосіб захисту будь-якого земельного права, відповідно до якого у випадку оспорювання, заперечення або порушення земельного права суб'єктом правовідносин це право підтверджується (визнається) судом на підставі фактів, що свідчать про його виникнення та існування³. У цілому ми погоджуємося з наведеними у даному визначенні характеристиками визнання земельного права, хоча варто додати і окреслити й інші, тим більше, що цьому сприяє сучасна судова практика.

1. Визнання земельного права – загальний спосіб захисту. Така ознака передусім впливає із ст. 16 Цивільного кодексу України (далі – ЦКУ), у якій перелічено способи захисту, які науки цивільного та земельного права віднесли до загальних на протигагу спеціальним способом, що передбачені по відношенню до окремих видів прав. Це означає, що у даний спосіб може захищатись будь-яке цивільне право та земельне право приватноправового характеру. І хоча ст. 152 Земельного кодексу України (далі – ЗКУ) передбачає тільки визнання права на землю, системне тлумачення дозволяє розширити межі об'єктів захисту. І це справедливо, адже визнати можна не тільки право власності чи право землекористування у різних варіантах його правових титулів, а й право на земельну частку (пай), право набути земельну ділянку, включаючи право на приватизацію земельної ділянки, право на набуття земельної ділянки за давністю користування, право на придбання земельної ділянки тощо. Підтвердження тому – численна судова практика⁴.

Хочемо ще раз підкреслити, що у такий спосіб, на нашу думку, захищаються земельні права саме приватноправового характеру, оскільки вони є об'єктом регулювання в першу чергу ЦКУ та об'єктом захисту цивільного і господарського судочинства. За поділом земельних прав на права приватноправового характеру та публічно-правового характеру останні захищаються у порядку адміністративного судочинства способами, що передбачені у ст. 5 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАСУ). Серед них немає такого способу, як визнання права.

Хоча така позиція може бути небезспірною. Так, на думку Т.О. Третяка, різновидами визнання права є визнання обов'язку не порушувати право, визнання дії протиправною, визнання обов'язку не вчиняти дії. І ґрунтуються вони на ст. 386 ЦКУ (2. *Власник, який має підстави передбачати можливість порушення свого права власності іншою особою, може звернутися до суду з вимогою про заборону вчинення нею дій, які можуть порушити його право, або з вимогою про вчинення певних дій для запобігання такому порушенню.*), ст. 1164 ЦКУ (*...право вимагати...заборони діяльності, яка створює загрозу*). За таким підходом, схожим до описаних, є такий спосіб захисту земельних прав публічно-правового характеру як визнання дій суб'єкта владних повноважень протиправними та зобов'язання утриматися від вчинення певних дій, передбачений у ст. 5 КАСУ. Але вважаємо це темою окремого дослідження.

Повертаючись до характеристики визнання земельного права як загального способу захисту, зазначимо, що за класифікацією способів захисту на речово-правові, зобов'язально-правові та спеціальні визнання земельного права належить до всіх трьох груп. О.П. Кулинич⁵, М.В. Шульга⁶ та інші вчені вважають визнання земельного права, зокрема права власності на земельну ділянку, речово-правовим способом захисту. Натомість М.В. Краснова⁷, А.М. Мірошніченко⁸, Ю.В. Мягкоход⁹ та інші вважають його універсальним способом захисту. Визнання права є загальним способом захисту права, при цьому ані земельне, ані цивільне законодавство не містять жодних обмежень щодо застосування цього способу захисту у зобов'язальних правовідносинах, як і не вказують на можливість застосування його лише у речових правовідносинах¹⁰.

Повністю погоджуємося з другою позицією. І хоча ст. 392 ЦКУ вносить певну специфіку при застосуванні визнання права щодо групи речових прав, це ніякою мірою не змінює загального характеру такого способу захисту. Проілюструємо це прикладом із сучасної судової практики. Так, у справі № 221/3451/14-ц (постанова КЦС/ВС від 23 січня 2018 р.) заявлено про визнання договору про передачу права власності на земельну ділянку у зв'язку з добровільною відмовою від неї власника земельної ділянки недійсним та визнання права власності на земельну ділянку. Натомість у справі № 131/1936/18 позивач звернувся з позовом про визнання права на завершення приватизації земельної ділянки в порядку спадкування за законом.

2. Визнання земельного права – окремий спосіб захисту. Як вже зазначалося, ст. 152 ЗКУ передбачила визнання права на земельну ділянку, а ст. 16 ЦКУ – визнання цивільного права, що повністю включає варіант ст. 152 ЗКУ. Водночас судовій практиці відомі варіанти визнання відсутності земельного права, як, наприклад, визнання відсутнім права на нарахування та стягнення орендної плати за договором, який припинився, але земельну ділянку не повертають (постанова КГС/ВС від 21 квітня 2021 р. у справі № 903/451/20). Ю.В. Мягкоход вважає, що треба вести мову про самостійний вид загальних способів захисту, відмінний від визнання земельного права¹¹.

Зазначений спосіб захисту передбачає ст. 20 ГКУ – визнання наявності або відсутності прав суб'єктів господарювання та споживачів. Але земельні відносини не є предметом регулювання ГКУ в силу ст. 4 цього кодексу. Тому за допомогою звернемося до судової практики: «31. З огляду на встановлені статтю 152 ЗКУ способи захисту права на земельні ділянки та визначені статтею 5 ГПКУ вимоги щодо ефективності способу захисту права, позивач у спорі про захист прав на земельну ділянку може пред'явити будь-яку позовну вимогу, яка не передбачена законом або договором, а суд може захистити порушене право у заявлений спосіб, у тому числі й шляхом визнання відсутнім права, але за умови, що такий спосіб захисту прав на земельну

ділянку, обраний позивачем, відновлює (захищає) порушене право позивача або нівелює негативні для нього наслідки у зв'язку з порушенням права, тобто, є ефективним способом захисту і виключає у подальшому необхідність пред'явлення інших позовів для захисту (відновлення) порушеного права» (постанова КГС/ВС від 22 червня 2020 р. у справі № 922/2155/18). Таким чином, визнання земельного права та визнання відсутності земельного права – окремі способи захисту.

3. Рішення юрисдикційного органу, прийняте внаслідок розгляду позову про визнання земельного права, не передбачає примусового виконання. Це характерна риса всієї групи способів захисту, в основі яких лежить визнання (на відміну від позовів про присудження). За усталеним підходом у позовах про визнання права на відповідача не покладається обов'язок здійснити певні дії або утриматися від здійснення певної дії, що порушує чи порушить право у майбутньому (останнє твердження є спірним в силу наведених вище аргументів Т.О. Третяка). Тому у тих випадках, де за фактичними обставинами потрібне буде примусове виконання цього рішення, визнання права як спосіб захисту не призведе до відновлення прав особи¹², тобто не буде ефективним.

Наприклад, позови про визнання права на земельну частку (пай), як правило, не відновлюють право особи, яка була «пропущена» при паюванні земель колективної власності¹³. Але це не завжди так. У справі № 652/697/17 (Рішення Високопільський районний суд Херсонської області від 25 квітня 2018 р.) за позивачем було визнано право на земельну частку (пай) із земель колишньої колективної власності. Такі ще не розподілені землі були у наявності, і відповідна районна державна адміністрація могла передати позивачу на підставі судового рішення про визнання права на земельну частку (пай) земельну ділянку. Очевидно, що такий спосіб захисту буде неефективним тоді, коли нерозподілених земель колишньої колективної власності немає в наявності.

Найчастіше неефективним визнання земельного права буде і щодо т.з. межових спорів (накладки, руйнування межових знаків тощо)¹⁴. Щодо останніх, коли спір відсутній, варто скористатися можливостями землеустрою та ведення державного земельного кадастру. І навіть при наявності спору останній краще вирішити шляхом медіації та укладання мирової угоди.

Проблема накладок у літературі і практиці вирішується неоднозначно. Однак О.П. Кулинич вважає за можливе у межових спорах закладати позови про визнання права на земельну ділянку саме такого розміру і такої конфігурації, як зазначено у правовстановлюючих документах¹⁵, з чим ми не можемо однозначно погодитися. Нам більше імпонує позиція Т.О. Третяка: «Згідно з нормою, що міститься у першому реченні ч. 2 ст. 107 ЗК у разі, якщо неможливо встановити дійсні межі земельних ділянок, такі межі встановлюються за фактичним використанням земельних ділянок»¹⁶. Але в будь-якому випадку остаточний вибір способу захисту при накладках залежить від конкретної ситуації.

Важливим є також висновок Верховного Суду у справі № 19/028-10/13 «10.8. ... задоволення вимоги про витребування майна з незаконного володіння особи, за якою воно зареєстроване на праві власності, відповідає речово-правовому характеру ввідикаційного позову та призводить до ефективного захисту прав власника. У тих випадках, коли має бути застосована вимога про витребування майна з чужого незаконного володіння, вимога власника про визнання права власності чи інші його вимоги, спрямовані на уникнення застосування приписів статей 387 і 388 ЦКУ, є неефективними» (постанова ВП/ВС від 30 червня 2020 р.). Очевидно, що у випадках необхідності повернути земельну ділянку ефективним буде спосіб захисту, який передбачає його примусове виконання, яким визнання земельного права не є.

4. Сфера застосування визнання земельного права як способу захисту, як правило, пов'язується з обставинами, визначеними ст. 392 ЦКУ: «1. Власник майна може пред'явити позов про визнання його права власності, якщо це право оспорюється або не визнається іншою особою, а також у разі втрати ним документа, який засвідчує його право власності». Ця норма підлягає розширеному тлумаченню і стосується, окрім права власності на землю, й інших земельних прав.

Невизнання земельного права полягає у пасивному запереченні наявності у особи суб'єктивного земельного права. Оспорювання земельного права полягає у запереченні земельного права в юрисдикційному органі¹⁷.

Тлумачити такі положення слід звужено – очевидно, що право на пред'явлення позову (у матеріальному значенні) існує лише тоді, коли існує певний правовий спір, коли реалізація права на землю неможлива або утруднена через його заперечення або оспорювання іншими особами. Судовий розгляд не повинен мати місця, наприклад, у разі, коли спору не існує, а втрачений документ можна відновити або отримати його дублікат без звернення до суду¹⁸. Але сьогодні останню рекомендацію науковців виконати щодо земельних ділянок практично неможливо, оскільки з 1 січня 2013 р. державні акти на землю вже не видаються, тому територіальні органи Держгеокадастру не мають можливості видавати їх дублікати. Отже, навіть за відсутності спору особи змушені звертатися до суду з позовом про визнання земельного права, як, наприклад, у справі № 744/1268/18 (Рішення Семенівського районного суду Чернігівської області від 23 жовтня 2018 р.) про визнання права приватної власності на земельну ділянку (в порядку спадкування при втраті державного акта на спірну земельну ділянку).

Використання визнання права як способу його захисту буде досить ефективним тоді, коли земельне право у особи відповідно до норм земельного законодавства виникло, однак в силу різних обставин не знайшло свого офіційного оформлення та оспорюється (заперечується). Задля підтвердження цього права та усунення спірності у його існуванні особа і звертається до суду. При цьому досить часто в силу цих же обставин воно не може бути зареєстроване без визнання його у судовому порядку¹⁹.

Наприклад, це можливо при приватизації земельної ділянки згідно з Декретом Кабінету Міністрів України від 26 грудня 1992 р. «Про приватизацію земельних ділянок», хоча з 2015 р. діє норма абз. 2 п. 1 Розділу Х ЗКУ, яка значно спрощує ситуацію і дозволяє уникати звернень до суду. Але все ж з оформленням права власності на такі ділянки є ціла низка практичних нюансів, у зв'язку із чим було видано Лист Держгеокадастру «Про державну реєстрацію земельних ділянок, переданих у приватну власність згідно з Декретом Кабінету Міністрів України «Про приватизацію земельних ділянок».

5. Визнання земельного права перебуває у надзвичайно тісному взаємозв'язку з іншими способами захисту земельних прав, хоча цілком може бути застосоване самостійно.

Перш ніж задовольнити будь-який інший позов, наприклад, присудити відповідача до вчинення певних дій, стягнути заповідяну шкоду, визнати недійсним договір тощо, суд повинен визнати наявність у позивача суб'єктивного права на це, яке й підлягає захисту²⁰.

Але визнання земельного права може виступати і абсолютно самостійним способом захисту, як, наприклад, у справі № 243/ 5735/18 про визнання права власності на земельні ділянки (Рішення Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 1 вересня 2018 р.). При цьому даний спосіб захисту може застосовуватися самостійно тільки у випадку, коли саме по собі визнання земельного права спроможне призвести до його захисту, усунути дійсно існуючу перешкоду для його реалізації.

Разом із тим визнання земельного права може не виноситись у самостійну вимогу, а встановлюватися судом у процесі реалізації інших способів захисту, найчастіше віндикаційного та негативного (наприклад, у постанові ВП/ВС від 30 червня 2020 р. у справі № 19/028-10/13).

6. За допомогою визнання земельного права визнається наявність лише того земельного права, яке існувало до юрисдикційного процесу, будь-яких нових прав чи обов'язків вимога про визнання не створює (за загальним правилом). Так, однозначно, не може існувати судова практика визнання права власності на сформовану земельну ділянку в порядку ст. 118 ЗКУ без затвердження проекту землеустрою щодо її відведення за рішенням суду, навіть якщо у наявності дозвіл на розробку проекту землеустрою та погоджений сам проект землеустрою в порядку 186-1 ЗКУ.

Визнання права у юрисдикційному порядку застосовується не тільки відповідно до ст. ст. 16, 392 ЦКУ, а й з інших передбачених у законі підстав. Визнання земельного права може бути застосоване при наявності спору про право. У протилежному разі має йти про окреме провадження – встановлення фактів, що мають юридичне значення²¹ (глава 6 Розділу 4 ЦПКУ «Розгляд судом справ про встановлення фактів, що мають юридичне значення»).

Зокрема, ч. 3, 5 ст. 376 ЦКУ – визнання права власності на самочинно збудоване нерухоме майно; ч. 4 ст. 344 ЦКУ – визнання права власності на нерухоме майно (окрім земельної ділянки) за набувальною давністю; ст. 335 ЦКУ – визнання права власності на безхазяйну річ (в т.ч. земельні ділянки), ст. 1277 ЦКУ – визнання спадщини відумерлою.

У цих випадках об'єктом захисту виступає не набуте право власності, а законний інтерес у його набутті. Саме тому цивільно-правовий захист законного інтересу шляхом визнання права власності здійснюється тільки у перелічених законом випадках. І не в позовному провадженні, а в окремому²².

7. Визнання права як спосіб захисту за своєю природою може бути реалізоване лише в юрисдикційному порядку, але не шляхом здійснення позивачем якихось самостійних односторонніх дій або звернення до інших, ніж суд, органів публічної влади. Вимога позивача щодо визнання права зазвичай спрямована не стільки до відповідача, скільки до суду, який повинен офіційно підтвердити наявність чи відсутність у позивача оспорюваного права. Ні земельне, ні цивільне законодавство не надає право жодному іншому органу, крім суду, повноважень на визнання земельного права (в розумінні способу захисту). Інші органи при вирішенні земельних спорів можуть лише встановити наявність (визнати) право та реалізувати на цій підставі інший спосіб, з передбачених законом. Поміж тим, в таких випадках вже йдеться про реалізацію ними іншого способу захисту права, а не його визнання²³.

Висновки. Отже, нами було систематизовано основні ознаки і характеристики визнання земельного права як способу захисту у правовій і судовій системі України, акцентовано увагу на сучасних тенденціях судової практики у цій сфері. Не зважаючи на ті особливості, які остання вносить у застосування визнання земельного права як способу захисту, цей інструмент відновлення порушених прав продовжує залишатися класичним способом захисту.

¹ Мягкоход Ю.В. Способи захисту земельних прав: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06 / КНУ ім. Т. Шевченка. Київ, 2014. 195 с. С. 72.

² Там само.

³ Там само. С. 84.

⁴ Справа № 131/1936/18 про визнання права на завершення приватизації земельної ділянки в порядку спадкування за законом. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/85298070>; Справа № 652/697/17 про визнання права на земельну частку (пай). URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/73656724> тощо.

⁵ Кулинич О.П. Захист права приватної власності на землю: цивільно-правові аспекти: монографія. Вінниця: ФОП Рогальська І.О., 2016. 232 с. С. 89.

⁶ Земельне право України: підручник / М.В. Шульга (кер. авт. кол.), Г.В. Анісімова, Н.О. Багай та ін.; за ред. М.В. Шульги. Київ: Юрінком Інтер, 2004. 368 с. С. 287.

- ⁷ Земельний кодекс України: науково-практичний коментар / В.І. Андрейцев, Г.І. Балюк, А.П. Гетьман та ін.; за заг. ред. В.І. Семчика. 3-є вид., перероб. і доп. Київ: Видавничий дім «Ін Юре», 2007. 896 с. С. 640.
- ⁸ Мірошніченко А.М., Попов Ю.Ю., Ріпенко А.І. Земельні ділянки: виндикація, реституція, кондикція, визнання прав (співвідношення та деякі проблемні питання). *Часопис Академії адвокатури*. 2012. № 3. С. 1–24.
- ⁹ Мягкоход Ю.В. Способи захисту земельних прав: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06 / КНУ ім. Т. Шевченка. Київ, 2014. 195 с. С. 72.
- ¹⁰ Там само. С. 79.
- ¹¹ Там само. С. 74.
- ¹² Там само. С. 73.
- ¹³ Ковальчук Т., Коваленко Т., Мірошніченко А. Проблеми ефективності правового забезпечення приватизації земель в Україні. *Юридична Україна*. 2009. № 2. С. 63–68.
- ¹⁴ Бурцев О.В. Правові засади вирішення межових земельних спорів: монографія / за заг. ред. М.В. Шульги. Харків: Друкарня Мадрид, 2017. 196 с.
- ¹⁵ Кулинич О.П. Захист права приватної власності на землю: цивільно-правові аспекти: монографія. Вінниця: ФОП Рогальська І.О., 2016. 232 с. С. 114.
- ¹⁶ Третяк Т.О. Проблеми захисту права власності на земельну ділянку у випадку накладання меж земельних ділянок. *Часопис Київського університету права*. 2021. № 1. С. 257–262.
- ¹⁷ Кулинич О.П. Захист права приватної власності на землю: цивільно-правові аспекти: монографія. Вінниця: ФОП Рогальська І.О., 2016. 232 с. С. 99.
- ¹⁸ Мягкоход Ю.В. Способи захисту земельних прав: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06 / КНУ ім. Т. Шевченка. Київ, 2014. 195 с. С. 77.
- ¹⁹ Там само.
- ²⁰ Добровольский А.А., Иванова С.А. Основные проблемы исковой формы защиты права. Москва: Изд-во Моск. ун-та, 1979. 159 с. С. 67.
- ²¹ Мірошніченко А.М., Марусенко Р.І. Науково-практичний коментар Земельного кодексу України. Київ: Алерта; ЦУЛ, 2011. 516 с. С. 377.
- ²² Кулинич О.П. Захист права приватної власності на землю: цивільно-правові аспекти: монографія. Вінниця: ФОП Рогальська І.О., 2016. 232 с. С. 96.
- ²³ Мягкоход Ю.В. Способи захисту земельних прав: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06 / КНУ ім. Т. Шевченка. Київ, 2014. 195 с. С. 80.

Резюме

Засць О.І. Характерні ознаки та особливості визнання земельного права як способу захисту.

Статтю присвячено такому важливому інструменту захисту земельних прав як їх визнання. Визнання земельного права справедливо вважається одним з найбільш поширених способів захисту земельних прав. Автор досліджує характерні ознаки і особливості визнання земельного права як способу захисту шляхом їх систематизації. Загалом, будучи традиційними для цього способу захисту цивільних прав, ці характерні ознаки і особливості набувають земельно-правової специфіки. У статті акцентовано увагу на сучасних тенденціях судової практики у цій сфері. Не зважаючи на ті особливості, які остання вносить у застосування визнання земельного права як способу захисту, цей інструмент відновлення порушених прав продовжує залишатися класичним способом захисту.

Ключові слова: спосіб захисту, земельне право, право на землю, визнання права, юрисдикційний процес, систематизація.

Резюме

Засць О.І. Характерные признаки и особенности признания земельного права как способа защиты.

Статья посвящена такому важному инструменту защиты земельных прав, как их признание. Признание земельного права справедливо считается одним из самых распространенных способов защиты земельных прав. Автор исследует характерных признаков и особенностей признания земельного права как способа защиты путем их систематизации. В общем, будучи традиционными для такого способа защиты гражданских прав, эти характерные признаки и особенности приобретают земельно-правовую специфику. В статье акцентировано внимание на современных тенденциях судебной практики в этой сфере. Несмотря на те особенности, которые последняя вносит в применение признания земельного права как способа защиты, этот инструмент восстановления нарушенных прав продолжает оставаться классическим способом защиты.

Ключевые слова: способ защиты, земельное право, право на землю, признание права, юрисдикционный процесс, систематизация.

Summary

Olena Zaiets. Characteristic features and peculiarities of recognition of land right as a method of protection.

Land rights in the modern legal and judicial systems of Ukraine have received a fairly strong protection. Among the important tools of such protection we want to dwell on such a method of protection as recognition of the right. Recognition of land right is rightly considered one of the most common ways to protect land rights. This is explained by scholars by the fact that the recognition of land right is a general way of protection, regardless of the special legal relations defined by law.

This makes it possible to apply this method of protection of land right in the absence of any special instructions in the legislation on the possibility of its application in specific legal relations. Therefore, to some extent it is universal. However, the case law of the application of the recognition of the right as a way to protect land rights makes it possible to trace the latest trends and features in this area.

Some issues of recognition of land right as a method of protection were investigated by Miroshnichenko A.M., Krasnova M.V., Myagkokhod Y.V., Pogribny O.O., Kulynich O.P., Tretyak T.O. and other scientists. But the rapid development of judicial practice in resolving land disputes, which uses this method of protection, encourages the need, on the one hand, to systematize knowledge about

the latter, on the other hand, to study case law in this area, as the latter significantly complements and interprets existing legal regulation land law.

The purpose of this article is to identify the characteristics and features of such a method of protection of land rights as their recognition. In general, being traditional for this method of protection of civil rights, these characteristics and features acquire land-legal specificity, which we want to explore. This is what we will do in this article.

Key words: method of protection; land right; the right to land; recognition of the right; jurisdictional process; systematization.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.51

УДК 342:502.17 (045)

І.А. ТОЛКАЧОВА, А.С. КОНОНЕНКО

*Ірина Анатоліївна Толкачова, кандидат юридичних наук, доцент Національного авіаційного університету**

ORCID: 0000-0003-3545-1496

*Анна Сергіївна Кононенко, студентка Національного авіаційного університету***

ПРОБЛЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕКОЛОГІЧНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ ТА ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ

Постановка проблеми. У сучасних реаліях питання забезпечення екологічних прав громадян є тією основою, яку закладають для міцного добробуту будь-якої країни. Адже забезпечення екологічної безпеки у сучасних умовах є невід'ємною умовою сталого економічного і соціального розвитку не лише для України, а й для інших країн світу. Сьогодні, на превеликий жаль, спостерігаються значні антропогенні порушення та техногенна перевантаженість території Землі, що пов'язано з неефективним використанням природних ресурсів, широкомасштабним застосуванням екологічно шкідливих та недосконалих технологій, речовин і матеріалів. Недбале ставлення до екології, бездіяльність та не запобігання екологічних загроз може спричинити загальну екологічну катастрофу для всього світу. Вчені стверджують, що ми стоїмо на порозі екологічної кризи.

Одним із способів для кращого розуміння масштабів лиха є розгляд проблем, пов'язаних саме із забезпеченням екологічних прав людини, оскільки держава виступає першим гарантом цих прав для її громадян. Крім того, усунення цих загроз багато в чому залежить від цілої низки чинників, які безпосередньо впливають на формування правових основ забезпечення екологічної безпеки України та здатність держави знайти правові механізми вирішення екологічних проблем.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Вивченню даного питання була приділена увага науковцями, серед яких В.І. Андрейцев, Г.В. Анісімова, О.С. Заржицький, А.Б. Качинський, Н.Р. Кобецька, Л.П. Решетник, Г.А. Хміль, Ю.С. Шемшученко та інші. Проте проблема забезпечення екологічних прав людини досі є невирішеною, що й зумовлює актуальність даної теми.

Метою цієї статті є виявлення проблем забезпечення екологічних прав людини в Україні та зарубіжних країнах, їх аналіз та можливі шляхи подолання.

Виклад основного матеріалу. У теорії екологічного права забезпечення екологічних прав здійснюється кризь призму конкретних юридичних гарантій як сукупності об'єктивних і суб'єктивних факторів, що спрямовані на фактичну реалізацію прав людини, на усунення причин і перешкод їх обмеження, ненадійного здійснення та захист від порушення¹. Тобто, це певні механізми, які допомагають здійснити відповідні права². Необхідний належний механізм реалізації, оскільки без нього права стають ілюзорними, існують виключно *de jure* і не мають жодної цінності ні для особи, ні для народу.

Для того щоб розібратись з проблемами забезпечення екологічних прав людини, слід ознайомитись з поняттям екологічної безпеки, відповідними правами та нормативно-правовими актами, які забезпечують ці ж гарантії.

Загалом наукові визначення екологічної безпеки ґрунтуються на тому, що вона є різновидом загального поняття безпеки, який означає стан захищеності життєво важливих інтересів особи, суспільства, держави від внутрішніх та зовнішніх загроз³. На думку В.І. Андрейцева, екологічна безпека є системою правових норм та інших юридичних засобів, які спрямовані на створення умов для реалізації суб'єктивного права громадян на екологічну безпеку та захист його в разі порушення, регулювання відносин щодо здійснення екологічно

© І.А. Толкачова, А.С. Кононенко, 2021

* *Iryna Tolkachova, Ph.D. in Law, Associate Professor of the National Aviation University*

** *Anna Kononenko, student of the National Aviation University*

небезпечної діяльності з метою запобігання погіршення екологічної обстановки, виникненню небезпеки для природних систем і населення, а також здійснення у разі виникнення екологічної небезпеки системи заходів, спрямованих на ліквідацію небезпечних наслідків, визначення режиму використання, екологічно небезпечних територій і об'єктів, встановлення особливого статусу осіб, потерпілих від негативних наслідків природної стихії чи техногенного впливу, досягнення режиму безпечного існування населення і стану довкілля на регіональному, національному і транскордонному рівнях⁴.

Нині державна екологічна політика України будується з урахуванням міжнародних документів і у сфері права. У даному напрямі вона характеризується формуванням законодавчої і нормативної бази охорони навколишнього середовища, проживання, природокористування і встановленням відповідальності за порушення вимог екологічного правопорядку й безпеки, створенням спеціальних управлінських і охоронних структур, через участь у міжнародних і міждержавних заходах з охорони навколишнього природного середовища та іншими показниками. Права особи, яка проживає в Україні, стосовно екологічної безпеки регулюються передусім ст. ст. 16, 50, 66 Основного Закону⁵. Безпосередній перелік прав та їх механізм забезпечення передбачений ст. 9 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища». Також у вищезгаданій статті вказується на те, що законами України можуть бути визначені й інші екологічні права громадян⁶. Так, серед них можна виділити право на землю (Розділ 5 Земельного Кодексу України)⁷, ліси (ст. 24 Лісового кодексу України)⁸, надра (ст. 25 Кодексу України про надра)⁹, тваринний світ (ст. 25 Закону України «Про тваринний світ»)¹⁰, води (ст. 43 Водного Кодексу України)¹¹. Крім того, слід вказати, що на міжнародному рівні екологічні права людей, подолання проблем, пов'язаних з ними, є одним із пріоритетів діяльності міжнародної спільноти. Одним із головних прикладів є Конвенція Європейської Економічної Комісії ООН «Про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля». Цією Конвенцією визначено основні екологічні права, які розглядаються як важливі чинники у становленні демократії: доступ громадськості до екологічної інформації; участь громадськості у процесі прийняття рішень з питань, що стосуються довкілля; доступ громадськості до правосуддя з питань, що стосуються довкілля¹².

Відповідальність за забезпечення екологічної безпеки людини, суспільства щодо реалізації екологічної політики України лягає на плечі фізичних і юридичних осіб, які здійснюють екологічно небезпечні види діяльності. Забезпечення екологічного добробуту є прямим обов'язком держави та відповідних органів влади, що виступають гарантом екологічної безпеки перед суспільством та особою, яка проживає або перебуває у межах України. Головним органом у даній сфері виступає Міністерство захисту довкілля та природних ресурсів України. Саме воно формує, забезпечує та реалізує державну політику в галузі охорони навколишнього природного середовища, раціонального використання і відтворення природних ресурсів.

Що стосується основних проблем, які постають при забезпеченні прав громадян на екологічну безпеку та її дотримання в Україні та інших державах світу, можна виділити: «нееластичне» законодавство, низький рівень правосвідомості, обізнаності громадян, некомпетентність певних працівників у органах, питання корупції, вибірковий доступ до інформації та недостатнє фінансування. Загалом, три останні пункти можна було б розкрити у контексті некомпетентності роботи певних органів та їх представників, проте ці питання, на нашу думку, потребують ширшого розгляду. Даний перелік є актуальним у більшості країнах Центральної та Східної Європи, Азії, Африки. Звісно, деякі порушені питання у певній частині світу будуть більш актуальними, а інші – менш доречними для відповідної країни.

Законодавство кожної демократичної держави передбачає базові гарантії прав та обов'язків їх громадян, серед них: право на безпечне для людини життя і здоров'я навколишнє середовище; право на участь у розробленні та здійсненні заходів щодо охорони навколишнього природного середовища, раціонального і комплексного використання природних ресурсів; право на вільний доступ до інформації про стан навколишнього природного середовища; право на оскарження у судовому порядку рішень, дій або бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб щодо порушення екологічних прав громадян у порядку, передбаченому законом та низка інших. В Україні ж державна політика у сфері екології базується на стабільній системі законодавства, але відповідна система, особливо у перехідний період, повинна бути гнучкою та швидко реагувати на зміни навколишніх компонентів і пристосовуватися до змін занадто складного середовища. І саме це є дуже ефективним способом забезпечення прав громадян, подолання екологічної кризи та виконання природоохоронної функції держави. У національному законодавстві стосовно екології є безліч кодексів, законів, постанов тощо. Більшість науковців вказують на доцільність прийняття єдиного екологічного акта – «Екологічного кодексу», який би був основним узагальнюючим актом. У сусідній Польщі ситуація здається кращою, оскільки там передбачено загальний Закон про захист та контроль довкілля. А вже інші законодавчі акти, які підпорядковуються згаданому вище, поділяються на три групи: 1) закони, що стосуються управління певними ресурсами; 2) закони, що формулюють правила, які регулюють проведення різних видів діяльності, важливих для охорони навколишнього середовища; 3) інші закони різноманітного та широкого застосування¹³.

Наступною проблемою, яку хотілось би порушити, є рівень правосвідомості та обізнаності громадян з питань екології. Адже саме через нерозуміння з боку населення більшість проектів, інновацій тощо стикаються спершу з негативом. Як справедливо стверджує В.І. Андрейцев, ефективність екологічної політики неможлива без екологічно свідомої особистості як суб'єкта екологічної дії. Тому ще одне не менш важливе завдання держави – це формування «екологічного типу» особистості, адже для вирішення актуальних еколо-

гічних проблем сучасності і майбутнього потрібні не лише державні та соціальні механізми, а й новий тип особистості, здатної на любов до всього живого на планеті і до відповідальності за її долю. Очевидно, що жодні закони та/або репресивні заходи не зможуть самі по собі переорієнтувати суспільство з бездумного споживацтва у світових масштабах¹⁴. В Україні ця проблема розкривається у зрубванні лісів задля продажу на Закарпатті або для видобування бурштину на Поліссі, забруднення водойм та багато інших порушень звичайного стану флори і фауни. Для кращого прикладу впливу дій чи бездіяльності людства певною мірою можна навести зростання середнього річного показника температури нашої планети, оскільки вона підвищується, і це стає приводом до пожеж, танення льодовиків і змін кліматичних зон. Типовим прикладом нехтування для кожної країни є використання хімікатів у виробництві та виливання їх у природну водойму, яка слугує джерелом води для населення. Це здебільшого відбувається через жадобу збагачення, корупцію й правовий нігілізм відповідних установ та їх представників і через небажання відповідних органів протидіяти цьому. Так, якщо рівень освіченості та виховання в галузі охорони навколишнього природного середовища буде забезпечуватись загальною обов'язковою комплексною освітою та вихованням у цій сфері, то можна було б уникнути декількох проблем одразу. Більш того, кожен громадянин повинен знати свої права та може їх відстоювати і наполягати на їх забезпеченні, а у разі порушення звертатись до відповідних органів зі скаргами.

Порівнюючи ситуацію в Україні і США, можна сказати, що там хоч і рівень правосвідомості явно вищий, проте є напруга у влади з народом. Уряд може побоюватися, що участь громадян у захисті навколишнього середовища призведе до порушення його власних зусиль щодо примусового виконання та зменшить гнучкість для адаптації рішень про виконання до конкретних обставин. Отже, урядові установи іноді відмовляються підтримувати чи навіть протистояти приватним ініціативам правозастосування¹⁵. Разом із тим громадяни часто підозрюють державні органи у неналежному виконанні своїх обов'язків щодо їх забезпечення. Вони можуть розглядати державних службовців як надмірно схильних до впливу ділових кіл, які вони регулюють. Або пов'язати бездіяльність уряду з бюрократичною інерцією. У будь-якому разі виконавчі агенції часто розглядаються як такі, що ігнорують цілі охорони навколишнього середовища або перешкоджають їм.

Ще однією проблемою, яку обов'язково необхідно відобразити, є компетентність і відповідальне ставлення до виконання роботи органів та їх працівників. Існують непоодинокі випадки порушення екологічних прав та свобод громадян шляхом безкарного пограбування природних ресурсів, надання дозволів на забруднення повітря, водойм, ґрунту шкідливими речовинами. Так, через неналежне виконання своїх обов'язків: контроль, перевірка необхідних документів на ті чи інші дії (наприклад, полювання) приписування штрафу або заборони тощо ми отримуємо той результат, від якого самі ж страждаємо. Це питання завжди є досить актуальним для кожної країни світу, проте у країнах з високим рівнем обізнаності та свідомості у сфері екології відсоток буде значно нижчий.

Таке явище, як корупція слід, виокремлювати як від правового нігілізму громадян, так і від некомпетентності органів, оскільки воно містить одразу ці два компоненти. Питання корупції особливо в Україні, на превеликий жаль, є надзвичайно актуальним. Його можна розкрити на прикладі дозволеного певною державною установою та її керівником будівництва торгівельного комплексу на території парку або на будь-якій іншій території, що є порушенням відповідно до закону. Або ж ніби випадковий недогляд стосовно видобування та вивозу природних ресурсів, рубки лісів, скидів небезпечних речовин у річки та інші водойми. Дані дії насамперед порушують та перешкоджають фундаментальне право громадян на екологічну безпеку та її забезпечення, а потім ще можна додати статті про нанесену шкоду флорі та фауні тієї чи іншої місцевості тощо.

В Індії ситуація дуже подібна до нашої країни. Відповідно до розслідування «Wildlife Justice Commission» лише за період з 2016 р. по 2018 р. було незаконно продано майже 10 тисяч черепах працівниками відповідних інстанцій. Тоді вдалось встановити 17 осіб, і вони були засуджені відповідно до законодавства своєї або тієї, де вони перебували, країни¹⁶.

Ще однією досить новою проблемою виступає забезпечення права на доступ до інформації у контексті екологічної безпеки. Її можна назвати новою через те, що поява Інтернету та нових технологій створила простіші умови доступу до інформації, оскільки сьогодні це можливо лише завдяки девайсу та доступу до мережі. Проте сучасна «прозорість та доступність» не відкидає того факту, що ми обмежені у доступі до певних джерел або новин. Прикладом може слугувати сучасна ситуація у світі – пандемія COVID-19. Більшість людей була в паніці через брак інформації та через її приховування, навіть нині певні країни приховують правдиві дані щодо кількості заражених. Також досить неуспішний досвід замовчування та приховування інформації був у Російській Федерації восени 2020 р. Тоді стався витік нафти у місцеву річку поблизу Камчатки, що спричинив гибель більшості живого. Соціальні мережі були заповнені інформацією про цей інцидент, проте влада Росії ніяк не коментувала і не висвітлювала цю подію. Спершу Міністерство природи Камчатського краю запевняло, що колір води на Халактирському пляжі нормальний, а запах повітря цілком свіжий, а для того, щоб заспокоїти росіян, місцевий уряд навіть опублікував відеодоказ. Та саме цим себе й видали, оскільки на відео помітні сліди коліс на піску пляжу. Тому припускають, що саме перед зйомкою пляж розчищали від мертвих тварин. Згодом у Мінприроди таки підтвердили, що на пляжах виявляли тіла мертвих морських мешканців, а у воді було перевищення вмісту нафтопродуктів і фенолу¹⁷. Відповідно до міжнародної Конвенції про доступ до інформації участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля, а саме ст. 2, п. 2.3 «екологічна інформація» означає будь-

яку інформацію в письмовій, аудіовізуальній, електронній чи будь-якій іншій матеріальній формі про: стан таких складових навколишнього середовища, як повітря і атмосфера, вода, ґрунт, земля, ландшафт і природні об'єкти, біологічне різноманіття та його компоненти, включаючи генетично змінені організми, та взаємодію між цими складовими¹⁸. Тому можна стверджувати, що російська влада порушила право її громадян на забезпечення доступу до інформації.

Наостанок розкриємо питання браку коштів або ж недостатнього фінансування державою. Саме ця проблема стоїть біля витоків питання щодо корупції та компетентності працівників, адже у них, як правило, немає достатньої фінансової мотивації. Витрати на реалізацію природоохоронних програм, проєктів і заходів, створення відповідних умов потребують значних коштів, однак сьогодні наша країна не може це забезпечити. У зв'язку з цим потрібно визначити проблеми та пріоритетні напрями з метою відпрацювання реалістичних, ефективних та економічно вигідних рішень. Тому, виходячи з реального екологічного стану регіонів України, необхідно враховувати: погіршення здоров'я людей через значну забрудненість довкілля; втрачати, що призводять до зниження продуктивності сільськогосподарських земель, зумовлені збитками або руйнуванням фізичного капіталу і природних ресурсів; погіршення стану або загроза завдати непоправної шкоди біологічному та ландшафтному різноманіттю і, зокрема лукам, пасовищам, озерам, водоймам, річкам, землям, лісовим, прибережним і морським екосистемам, гірським районам; еколого-економічну ефективність природоохоронних заходів. Звісно, у країн з розвиненішою економікою не виникатиме даного питання, наприклад, у Франції, Швейцарії. Проте вони намагаються допомагати іншим: надавати фінансову допомогу від міжнародних організацій на реалізацію певних затверджених проєктів та інновацій.

Висновки. Підсумовуючи вищезазначене, можна зробити висновок, що основними проблемами забезпечення екологічних прав громадян не лише України, а й багатьох зарубіжних країн є:

- законодавство, оскільки немає одного узагальнюючого акта, а тому виникає складність у пристосуванні до зовнішніх умов;
- правосвідомість та обізнаність громадян у сфері екологічного права. У даному випадку громадяни через необізнаність не знають своїх прав та обов'язків, передбачених законодавчими актами. Крім того, через брак розуміння виникає негативне ставлення до більшості заходів, проєктів та інновацій;
- компетентність працівників даної сфери. Це питання актуальне завжди, оскільки значна кількість наслідків халатного ставлення до виконання своєї роботи стосується не лише забезпечення прав громадян, а й порушення загального екологічного стану довкілля;
- корупція. Сторонами цієї проблеми виступають самі ж громадяни та працівники відповідних інстанцій, тому для її усунення насамперед потрібно змінити думку, що хабар – єдиний варіант вирішення проблеми;
- доступ до інформації. Станом на сьогодні дуже часто виникають проблеми з отриманням тієї чи іншої інформації громадянами, хоча відповідно до законів вона має бути доступна для всіх;
- фінансування. Звісно, на реформування чи поліпшення механізму забезпечення прав громадян потрібні значні кошти, адже необхідне застосування нових технологій для ефективного подолання певних екологічних проблем. Крім того, повинна бути виплата високих заробітних плат аби надалі уникати корупції у державних органах.

Так, саме комплексний підхід у подоланні проблем забезпечення екологічних прав громадян буде ефективнішим, оскільки, як ми бачимо, всі питання, що виникли, таким чи іншим чином пов'язані між собою. Наприклад, проблеми рівня правосвідомості населення, компетентності працівників та корупції можна подолати шляхом формування відповідного екологічного типу особистості. Тобто такого, що усвідомлюватиме наслідки своїх можливих дій та буде запобігати їх вчиненню заради власної ж екологічної безпеки. Цей національний екологічний інтерес мають забезпечувати державні інституції і державна політика органічної єдності гуманітарного, технологічного, соціально-економічного розвитку, політичної стабільності й піднесення добробуту населення. Тому лише в разі комплексного вирішення зазначених вище проблем можна вдосконалити механізм забезпечення екологічних прав людини.

¹ Кобецька Н.Р. Екологічне право: підручник. Київ: Юрінком Інтер, 2007. С. 21.

² Екологічне право: підручник / за заг. ред. А.П. Гетьмана. Харків: Право, 2013. С. 12.

³ Основні напрями державної політики України у галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки: постанова Верховної Ради України № 188/98-ВР від 5.03.1998 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 38–39. Ст. 248.

⁴ Андрейцев В.І. Екологічне право. Київ: Вентурі, 1996. С. 15.

⁵ Конституція України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 черв. 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

⁶ Про охорону навколишнього природного середовища: Закон України від 26.06.1991 р. № 1268-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 41. Ст. 546.

⁷ Земельний кодекс України: Закон України від 25.10.2001 р. № 2768-ІІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 3–4. Ст. 27.

⁸ Лісовий кодекс України: Закон України від 21.01.1994 р. № 3853-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 17. Ст. 99.

⁹ Кодекс України про надра: Закон України від 27.07.1994 р. № 133/94-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 36. Ст. 340.

¹⁰ Про тваринний світ: Закон України від 13.12.2001 р. № 2894-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 14. Ст. 97.

¹¹ Водний кодекс України: Закон України від 06.06.1995 р. № 214/95-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 24. Ст. 189.

¹² Про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля: Орхуська конвенція. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_015#Text

¹³ Biernat S., Andrzej W. Environmental Legislation in Poland. URL: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1344&context=elr>

¹⁴ Андрейцев В.І. Актуальні проблеми екологічного права: новітні доктрини: ретроспективний аналіз та погляд у майбутнє. *Матеріали доповіді Міжнародного круглого столу*. Дніпропетровськ: НГУ, 2010. С. 25.

¹⁵ Roberts E., Dobbins J. The role of the citizen in environmental enforcement: article. URL: https://www.enviro-lawyer.com/The_Role_of_the_Citizen_in_Environmental_Enforcement.pdf

¹⁶ Operation Dragon: report of Wildlife Justice Commission from December, 2018. URL: https://wildlifejustice.org/wp-content/uploads/2019/01/WJC-DragonReport-LR-DEF_update.pdf

¹⁷ Денисюк В. На Камчатці небезпечна екологічна ситуація, але влада намагалася її замовчувати: деталі. URL: https://24tv.ua/shodi-rosiyi-nebezpechna-ekologichna-situatsiya-nafta-novini_n1428100

¹⁸ Про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля: Орхуська конвенція. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_015#Text

Резюме

Толкачова І.А., Кононенко А.С. Проблеми забезпечення екологічних прав людини в Україні та зарубіжних країнах.

У статті досліджуються проблеми забезпечення екологічних прав людини в Україні та зарубіжних країнах. Доведено, що у зв'язку з неефективним використанням природних ресурсів, широкомасштабним застосуванням екологічно шкідливих та недосконалих технологій, речовин і матеріалів спостерігаються значні антропогенні порушення та техногенна переважність територій Землі. Виявлено проблеми нена належного забезпечення екологічних прав людини, серед яких: законодавство, правосвідомість та обізнаність громадян щодо своїх екологічних прав, корупція, доступ до інформації та фінансування. Авторами запропоновано шляхи подолання вказаних вище проблем і підкреслено, що для цього потрібен саме комплексний підхід.

Ключові слова: права людини, природні ресурси, екологічна політика, навколишнє середовище, екологія, довкілля.

Резюме

Толкачова І.А., Кононенко А.С. Проблемы обеспечения экологических прав человека в Украине и зарубежных странах.

В статье исследуются проблемы обеспечения экологических прав человека в Украине и зарубежных странах. Доказано, что в связи с неэффективным использованием природных ресурсов, широкомасштабным применением экологически вредных и несовершенных технологий, веществ и материалов наблюдаются значительные антропогенные нарушения и техногенная перегруженность территорий Земли. Выявлены проблемы ненадлежащего обеспечения экологических прав человека, среди которых: законодательство, правосознание и осведомленность граждан о своих экологических правах, коррупция, доступ к информации и финансирование. Авторами предложены пути решения указанных выше проблем и акцентировано, что для этого нужен именно комплексный подход.

Ключевые слова: права человека, природные ресурсы, экологическая политика, окружающая среда, экология, окружающая среда.

Summary

Iryna Tolkachova, Anna Kononenko. Problems of ensuring environmental human rights in Ukraine and foreign countries.

The article examines the problems of environmental human rights in Ukraine and abroad. It is proved that due to inefficient use of natural resources, large-scale use of environmentally harmful and imperfect technologies, substances and materials, there are significant anthropogenic disturbances and man-made congestion of the Earth. One way to better understand the scale of the disaster is to address environmental issues, as the state is the first guarantor of these rights for its citizens. In addition, the elimination of these threats largely depends on many factors that directly affect the formation of the legal framework for environmental security of Ukraine and the state's ability to find legal mechanisms to address new environmental problems for the state.

In Ukraine, state policy in the field of ecology is based on a stable system of legislation, but the relevant system, especially in transition period, must be flexible, i.e. be able to respond quickly to changes in environmental components and adapt to changes in complicated environment. And this is a very effective way to ensure the rights of citizens, overcome the environmental crisis and fulfill the environmental function of the state. It is stated that it is necessary to clearly define the priority areas and problems in order to work out realistic, effective and cost-effective solutions to this issue. For this purpose, based on the real ecological condition of the territory of Ukraine, it is necessary to take into account the following criteria and factors: deterioration of human health due to significant environmental pollution; losses that lead to a decrease in the productivity of the national economy due to losses or destruction of physical capital and natural resources; deterioration or threat of irreparable damage to biological and landscape diversity and, in particular, meadows, pastures, lakes, reservoirs, rivers, lands, forest, coastal and marine ecosystems, mountain areas; ecological and economic efficiency of environmental protection measures. Problems of inadequate provision of environmental human rights were identified, including: legislation, legal awareness of citizens about their environmental rights, corruption, access to information and funding. The authors suggest ways to overcome the above problems and emphasize that this requires a comprehensive approach.

Key words: human rights, natural resources, environmental policy, natural environment, ecology, environment.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.52

УДК 343.9.02.(477)

П.П. ПІДЮКОВ, О.В. КАЛИНОВСЬКИЙ

*Петро Павлович Підюков, доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України, провідний науковий співробітник Національної академії внутрішніх справ**

ORCID: 0000-0003-2025-668X

*Олександр Валерійович Калиновський, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, заступник начальника відділу Національної академії внутрішніх справ***

ORCID: 0000-0003-3874-4585

ПОСИЛЕННЯ ПРОТИДІЇ ОРГАНІЗОВАНИЙ ЗЛОЧИННОСТІ, КРИМІНАЛІЗАЦІЯ «ЗЛОДІЇВ (ВОРІВ) У ЗАКОНІ» ТА ПРИПИНЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ЗЛОЧИННИХ СПІЛЬНОТ В УКРАЇНІ: ПЕРЕДІСТОРІЯ, СУЧАСНИЙ СТАН І ПЕРСПЕКТИВИ

19 грудня 2019 р. Верховна Рада України прийняла в першому читанні законопроект № 2513, внесений Президентом України Володимиром Зеленським для невідкладного розгляду Парламентом, що передбачав відповідні зміни й доповнення до КК України з метою посилення протидії організованим злочинним формуванням і спільнотам, кримінальної відповідальності «злочинців у законі», а також інших осіб, причетних до створення та функціонування злочинних спільнот.

Друге й остаточне читання цього законопроекту затягнулося: його було схвалено лише 4 червня 2020 р. Прийнятий Закон запровадив кримінальну відповідальність за злочини, учинені злочинною спільнотою, а також увів у поле кримінальної відповідальності як одного з основних досі невідомого суб'єкта зазначеної категорії злочинців – «вора в законі»¹.

Так наша держава увійшла в десятку країн світу й стала четвертою на пострадянському просторі (після Грузії, Росії та Вірменії, де аналогічні нормативні акти було прийнято відповідно 20 грудня 2005 р., 1 квітня 2019 р. й 18 лютого 2020 р.), які за досвідом таких країн, як Італія, частково КНР і Японія, проголосили стратегічний курс і стали на незворотний шлях рішучої протидії організованим злочинним угрупованням і спільнотам, запровадивши новий інститут кримінальної відповідальності – «злочинців (ворів) у законі».

Поняття «злочинців (ворів) у законі» має історичні корені, у колишньому СРСР його вперше почали застосовувати на початку 1930-х рр. в установах виконання покарань.

На той час політичні репресії вже розпочалися, і злочинний світ вирішив виокремити себе в такий спосіб із загального середовища в'язнів. Його основною об'єднавчою силою стала тенденція неполітичної протидії та непокори владі, а найвищою елітою – «злочинців в законі», які називали себе «хранителями» суто кримінальних традицій дореволюційної Росії.

У словнику застарілих термінів «злочинського» й «тюремного» жаргону зазначено, що «вор в законі» – це рецидивіст, який дотримується злочинських традицій, прийнятий в братство на злочинському з'їзді (сходці)². Натомість «Словник жаргону злочинців» містить визначення, згідно з яким «злочинців в законі» – це злочинець, який живе за законами кримінального (злочинського) світу та має заслуги в злочинському середовищі³.

«Злочинців у законі» пов'язував особливий етикет спілкування, кодекс поведінки, традицій та звичаїв, що передбачав повне неприйняття суспільних норм і правил, зокрема пов'язаних із сімейними відносинами

© П.П. Підюков, О.В. Калиновський, 2021

* *Petro Pidyukov, Dr. hab. in Law, Professor, Honored Lawyer of Ukraine, Professor of the National Academy of Internal Affairs*

** *Oleksandr Kalynovskiy, Ph.D. in Law, Senior Researcher, Deputy Head of the Department of the National Academy of Internal Affairs*

(вони, наприклад, за жодних обставин не мали права перебувати в постійних зв'язках із жінками), і цілком категоричну заборону на будь-яку співпрацю з державними органами, правоохоронною системою, причому як у формі участі в організованих суспільних чи громадських заходах, так і шляхом сприяння прокурорсько-слідчим і судовим органам.

У 1940-х рр. такі традиції майже цілковито знищили цю злочинну спільноту, водночас унаслідок розв'язання фашистською Німеччиною війни значна частина тих «злочинців у законі» (їх називали «суками»), які ще лишилися, дали згоду на пропозицію радянської влади та вступили до лав Червоної армії для захисту Батьківщини від ворога-окупанта. Після перемоги над фашизмом і закінчення війни всі вони повернулися в табори, де між «суками» і «законниками» (тими, які не порушили традиції злочинного середовища й не згодилися на пропозиції радянської влади захищати Вітчизну) розпочалася «суча війна». Унаслідок цього обидві сторони зазнали непоправних втрат.

Після зустрічі («сходки») кримінальних лідерів («злочинців у законі») з нелегальними підприємцями («цеховиками») 1979 р. в Кисловодську було досягнуто домовленості й запроваджено практику виплати підприємцями в злочинну касу («общак») 10 % доходів в обмін на безпеку, гарантовану «злочинцями в законі».

Вчергове на вказаній сходці було проголошено, що «злочинцем у законі» можна вважати лише особу, яка має судимості, належний авторитет у злочинному середовищі, а також пройшла формальну процедуру «коронування»; «злочинці у законі» за жодних обставин не повинен був мати постійних зв'язків із жінками й державними органами. Однак протягом періоду, що минув з того часу, і передусім в умовах сьогодення, непоодинокими стали випадки отримання цього титулу особами, які не відбували жодного покарання, а сплачували за такий титул гроші (їх називали «апельсинами»).

Згідно з даними офіційної статистики, після розпаду СРСР у країнах пострадянського простору перебувало на оперативних обліках близько 1100–1500 «ворів у законі», причому ця кількість стала поступово зменшуватися з 2010 р.

Відомий вчений А.Ф. Зелінський в одній зі своїх праць констатував підвищену кримінальну активність деяких національних груп, а саме мігрантів з Кавказу та Середньої Азії. У матеріалах регулярних репортажів із місць позбавлення волі йшлося про те, що з 700 «злочинців у законі» – росіян та інших слов'ян було лише 180, решта – вихідці із Середньої Азії та Кавказу – грузини, вірмени, азербайджанці⁴.

Зменшення їх кількості було пов'язано не тільки з активізацією зусиль правоохоронних органів, поліції за цим напрямом, а й з постійною та запеклою боротьбою між ними за владу та верховенство в колах злочинної еліти, протидією злочинних зграй і спільнот: «суку» і «законників», «чорних» і «красивих», «слов'ян» і «кавказців», «бубнових» і «пікових» та інших лідерів, що їх очолюють.

За офіційними звітами правоохоронних органів країн Західної Європи (наприклад Німеччини), протягом останніх років фігурує «російсько-євразійська організована» злочинність, що об'єднує вихідців з усіх 15 республік колишнього СРСР, де переважають особи, які народилися в одній із цих республік, а з 1990-х рр. – і пострадянських країн, а також особи, що народилися за їхніми межами, однак за своїми культурою, історією, мовою, традиціями або пращурами засвідчують своє походження з радянських чи пострадянських країн.

Спільною рисою таких організованих злочинних угруповань є російська мова спілкування, а відмітними особливостями – дотримання традицій «злочинців у законі», наявність «общака» («obstschak»), тобто спільної злочинської (воровської) каси (на підставі чого західні журналісти об'єднали ці ОЗУ поняттям «російська мафія»). До речі, остання вже протягом тривалого часу є «лідером» у Європі за кількістю заведених щодо неї справ, поступаючись лише злочинним кланам – вихідцям з арабських країн і Туреччини, випереджаючи навіть «славновісню» італійську мафію.

Найактивнішими лідерами та членами ОЗУ «російської мафії» є громадяни Росії, Грузії, менш активними – вихідці з Німеччини (зокрема, німці-переселенці), Молдови, Литви, Азербайджану й України. Основні види злочинного промислу «російської мафії» – викрадення дорогих авто, торгівля наркотиками, вимагання (рекети), кіберзлочинність, фінансові махінації та контрабанда людей і товарів. Більш схильними до насильства є чеченські злочинні угруповання, вони вирізняються надзвичайною жорстокістю, тому вчиняють також замах на вбивства та вбивства на замовлення.

Чеченців, а також вихідців з інших республік Північного Кавказу правоохоронні органи країн Європи вважають особливо небезпечними ісламістами, потенційно здатними й готовими до терактів.

Загалом у структурі організованої злочинності західних країн Європи майже дві третини – іноземці.

Першою з країн пострадянського простору ще 15 років тому стала на шлях рішучої та незворотної боротьби зі «злочинцями в законі» Грузія. Відповідно до прийнятих з ініціативи тодішнього президента країни М. Саакашвілі національних законодавчих актів, законом «Про організовану злочинність та рекети» від 20 грудня 2005 р. Кримінальний кодекс Грузії було доповнено ст. 223-1 «Членство в злочинській спільноті, „злочинці у законі“».

Упродовж 1990–2000-х рр. у цій країні діяли неписані поради, заборони й рекомендації. Зокрема, було заборонено носити рюкзак або сумку чи ранець за спиною в громадському місці, підземному переході, передусім – у темний час доби. Їх рекомендували носити спереду, притримуючи руками від крадіїв і грабіжників. Якщо авто залишали біля будинку на ніч, необхідно було щоразу виймати з нього акумулятор, щоб його не вкрали.

Звісно, що цими дрібними злочинами кримінальний світ Грузії не обмежувався. Він дедалі глобальніше корумпував органи державної влади, судові органи та силові структури. До початку 2000-х рр. у Грузії налічувалося близько 300 «злочинців у законі».

Організовані злочинні клани, «зłodії в законі» стали вже не лише кримінальною, а й політичною та соціальною проблемою Грузії, вони часто співпрацювали з поліцією, насамперед – в організованих формах зухвалого рекету, корупції, контрабанди наркотиків, викрадення елітних авто й інших небезпечних злочинів.

Унаслідок здійсненої в Грузії оптимізації правоохоронної системи (2003–2005 рр.), реалізованих реформ у судово-прокурорських органах і кримінальній поліції, посилення відповідальності за рекет, участь в організованій злочинності й корупції, протидії «зłodіям у законі», зокрема в місцях позбавлення волі, де ці особи почувалися майже так само комфортно, як і на свободі, протягом подальших п'яти років у країні було затримано й засуджено 180 лідерів злочинних угруповань і мафіозних кланів, майже ж стільки само поспіхом залишили країну. Усі вони знайшли притулок у державах Європи, зокрема в Україні, а також у Туреччині.

Чимало з них прибуло в ці країни і 2012 р., коли після зміни влади в Грузії було проведено масштабну амністію. Серед звільнених на свободу в'язнів значною була кількість «зłodіїв у законі», які відбували покарання не лише за власний кримінальний статус, а й за наркозлочини, інші тяжкі й особливо тяжкі злочини. Вони згідно зі зробленим владою попередженням мали 24 години, щоб залишити територію Грузії.

І лише вісім років потому Україна, в якій 2015 р. були ліквідовані підрозділи боротьби з організованою злочинністю та яка стала об'єктом ще більше активних злочинних інтересів «зłodіїв у законі», визнала на загальнодержавному рівні наявну небезпеку від злочинної діяльності «зłodіїв у законі» та передбачила кримінальну відповідальність за злочини, учинені злочинною спільнотою.

У цьому контексті слід також зауважити, що зміни в кримінальному законодавстві Грузії ґрунтувалися насамперед на положеннях антимафіозного закону Італії, а також американського закону RICO (Racketeer influence and Corrupt Organizations Act).

Своєю чергою відповідні зміни, внесені до КК України, майже цілком відтворюють модель вирішення цих питань у законодавстві Грузії, а деякі підходи й термінологічні визначення сприйняті українськими парламентарями навіть шляхом дослівного перенесення в національне законодавство термінів – російнізмів.

У попередньому законопроекті, прийнятому в першому читанні на засіданні Верховної Ради України в грудні 2019 р., а також під час його обговорення в другому, остаточному читанні, йшлося про криміналізацію нового інституту суб'єктів кримінальної відповідальності – «зłodіїв у законі», який між тим у остаточній редакції дістав назву «вор в законі». Тобто законотворець із незрозумілих причин не лише ввів у кримінальне законодавство поняття, яке має штучне забарвлення термінології, притаманної носіям виключно кримінальної субкультури, а й використовував для цього російськомовний блатний жаргон представників злочинного світу.

По-перше, українська мова в її сучасній лексикології не містить терміна «вор», а визначає, що результатом лексико-синтаксичного зрощення цього російськомовного слова є слово «зłodій»⁵.

Не знайдемо ми слова «вор» і в жодному тлумачному словнику української мови.

Водночас вебсервіс Google Переклад⁶ пропонує відповідник російського слова «вор» – «зłodій» [«крадій», «лиходій»], а «вор в законі» – «зłodій у законі».

Аналогічним словосполученням позначено злочинця, який має «заслуги» в зłodійському середовищі, і в «Словнику жаргону злочинців»⁷.

Отже, російське слово «вор» українською можна перекласти лише як «зłodій», «крадій», «лиходій» або «злочинець». Однак жодне із цих українських слів не має того специфічного забарвлення, що властиве російському «вор» у вислові «вор в законі». Натомість в українській мові, науковій літературі вже усталеним є поняття «зłodій у законі».

Видається, що саме цей вислів мав би фігурувати в зазначеному вище Законі й КК України, щоб заборонити незрозумілому «ляпсусу» законотворців, унаслідок якого українське законодавство поповнилося черговим російнізмом. На наше глибоке переконання, цю помилку необхідно виправити якомога швидше.

Підбиваючи підсумки, зауважимо, що запровадження інституту кримінальної відповідальності злочинної спільноти, зокрема «зłodіїв (ворів) у законі», має благородну мету, реалізовану в нашій країні, на жаль, з певним запізненням. Активне правозастосування кримінально-правових новел (ст. 255-1, 255-2, 255-3 КК України), безумовно, сприятиме забезпеченню правопорядку й національної безпеки, «оздоровленню» оперативної обстановки в державі.

¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за злочини, вчинені злочинною спільнотою: Закон України від 04.06.2020 р. № 671-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/671-20#n7>

² Психологія оперативного спілкування в діяльності оперативних підрозділів органів внутрішніх справ : навч.-практ. посіб. / авт. кол.: Б.І. Бараненко, В.А. Глазков, О.С. Звонок та ін. ; за ред. Е.О. Дідоренка. Луганськ : РВВ ЛДУВС, 2007. С. 380.

³ Словник жаргону злочинців / упор., передм. О.І. Поповченка. Київ : Оберіг, 1996. С. 47.

⁴ Зелінський А.Ф. Кримінологія : навч. посіб. Харків : Рубікон, 2000. С. 60.

⁵ Ціхоцький І., Левчук О. Лексикологія сучасної української літературної мови. Практикум : навч.-метод. посіб. для студ. Львів : Львів. нац. ун-т ім. І. Франка, 2014. 258 с.

⁶ URL: <https://translate.google.com/?hl=ru&sl=ru&tl=uk&text=vop%20v%20zakone&op=translate>

⁷ Словник жаргону злочинців / упор., передм. О.І. Поповченка. Київ : Оберіг, 1996. С. 47.

Резюме

Підюков П.П., Калиновський О.В. Посилення протидії організованій злочинності, криміналізація «зłodів (ворів) у законі» та припинення діяльності злочинних спільнот в Україні: передісторія, сучасний стан і перспективи.

У статті розглядається передісторія, сучасний стан і перспективи посилення протидії організованій злочинності, криміналізації «зłodів (ворів) у законі» та припинення діяльності злочинної спільноти в Україні в аспекті законодавчих новел, схвалених Верховною Радою України 4 червня 2020 р. Обґрунтовується доцільність виправлення допущених при цьому помилок.

Ключові слова: організована злочинність, злочинна спільнота, криміналізація, кримінальна відповідальність, «зłodий у законі».

Резюме

Пидюков П.П., Калиновский А.В. Усиление противодействия организованной преступности, криминализация «воров в законе» и прекращение деятельности преступных сообществ в Украине: предыстория, современное состояние и перспективы.

В статье рассматриваются предыстория, современное состояние и перспективы усиления противодействия организованной преступности, криминализации «воров в законе» и прекращения деятельности преступного сообщества в Украине в аспекте законодательных новелл, одобренных Верховной Радой Украины 4 июня 2020 г. Обосновывается целесообразность исправления допущенных при этом ошибок.

Ключевые слова: организованная преступность, преступная сообщество, криминализация, уголовная ответственность, «вор в законе».

Summary

Petro Pidyukov, Oleksandr Kalynovskiy. Strengthening the fight against organized crime, criminalization of «thieves (vory) in law» and stopping activity of the criminal community in Ukraine: background, current state and prospects.

This paper describes background, current state and prospects for strengthening the fight against organized crime, criminalization of «thieves (vory) in law» and stopping activity of the criminal community in Ukraine in terms of legislative novelties, approved by the Verkhovna Rada of Ukraine on June 4, 2020. Justifying expediency of correction mistakes that was made during approving.

The term «thief (vor) in law» has historical roots, in the former USSR, it was first used in the early 1930s in penitentiaries.

At that time, political repressions had begun, and the criminal world had decided to separate itself from the general environment of prisoners. Their main unifying force was the tendency of non-political opposition and disobedience to the authorities, and the highest elite – «thieves-in-law», who called themselves the «custodians» of purely criminal traditions of pre-revolutionary Russia.

«Thieves-in-law» were connected by etiquette of communication, code of conduct, traditions and customs, that provided complete rejection of social norms and rules, particularly related to family relationships (for instance, they were not allowed to be in constant contact with women under any circumstances), and any cooperation with state bodies, law enforcement system was strictly prohibited, both in the form of participation in organized social or public events, and by assisting the prosecutorial-investigative and judicial bodies.

The article discusses that the Ukrainian language in its modern lexicology does not contain the term «vor», and also determines that the result of the lexical and syntactic growth of this Russian word is the word «zlodiy».

At the same time, the web service Google Translate offers equivalent of the Russian word «vor» – «zlodiy» [«kradiy», «lyhodiyy»] and «vor v zakone» – «zlodiy v zakoni».

Thus, the Russian word «vor» can be translated into Ukrainian only as «zlodiy», «kradiy», «lyhodiyy» or «zlochynets». However, none of these Ukrainian words has that specific coloration, that has Russian «vor» in expression «vor v zakone».

In the conclusions, the authors note that establishment of the institution of criminal liability of the criminal community, in particular «thieves (vory) in law», has a noble goal, realized in our country, unfortunately, with a certain delay.

Active enforcement of criminal law novelties (Articles 255-1, 255-2, 255-3 CC of Ukraine) will certainly contribute to ensuring law and order and national security, «recovery» of the operational situation in the country.

Key words: organized crime, criminal community, criminalization, criminal liability, «thieve-in-law».

Д.М. ВЕЛИЧКО, В.В. ШЕВЧЕНКО

*Дмитро Михайлович Величко, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Криворізького національного університету**

ORCID: 0000-0003-4035-1254

*Віталіна Віталіївна Шевченко, студентка Криворізького національного університету***

ORCID: 0000-0001-6012-0846

ДОМАШНЄ НАСИЛЬСТВО ТА СПОСОБИ ЙОГО ЗАПОБІГАННЯ

Постановка проблеми. Домашнє насильство – тема, яка часто замовчується її жертвами та приховується правоохоронними органами. Разом із тим соціальні дослідження підтверджують, що сьогодні це є найбільш розповсюдженим порушенням прав людини. Саме тому означена проблема викликала інтерес до себе протягом останнього десятиліття серед психологів, освітян та юристів. Її дослідження триває як серед науковців нашої країни, так і іноземних країн та вже встигли набути глобального масштабу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблема насильства в родині постає предметом особливої уваги вітчизняних дослідників. Серед них В.М. Бондаровська, Я.І. Бордіян, Л.В. Булах, Т.В. Журавель, Я. Возняк, А.В. Запорожцев, А.В. Лабунь, Д.Г. Заброта та інші. Водночас актуальними залишаються питання обміну досвідом та порівняння проблем, причин і наслідків домашнього насильства в різних державах.

Формулювання мети статті. Виходячи з цих міркувань, **мета статті** полягає у визначенні чинників домашнього насильства задля його запобігання та захисту жертв у випадку його вчинення, висунення пропозицій для його запобігання на основі вітчизняного та іноземного досвіду.

Мета роботи передбачає виконання наступних завдань:

- визначити поняття, види та ознаки домашнього насильства;
- проаналізувати проблему домашнього насильства в Україні;
- розглянути правове регулювання протидії домашньому насильству;
- здійснити аналіз світової політики попередження і протидії домашньому насильству.

Виклад основного матеріалу. Статистика свідчить, що домашнє насильство дуже поширене серед усіх верств населення. Варто зазначити, що його випадки часто повторюються і тривають багато років. Закон України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» дає таке визначення: насильство в сім'ї – це «будь-які умисні дії фізичного, сексуального, психологічного чи економічного спрямування одного члена сім'ї по відношенню до іншого члена сім'ї, якщо ці дії порушують конституційні права і свободи члена сім'ї як людини та громадянина і наносять йому моральну шкоду, шкоду його фізичному чи психічному здоров'ю».

Насильство в сім'ї є однією з найбільш розповсюджених форм порушення прав людини. У більшості випадків протиправні дії проти когось із членів родини супроводжуються актами агресії, приниження та жорстокої поведінки. Як правило, найбільше страждають від сімейного насильства жінки та діти. Головною проблемою насильства в сім'ях є те, що воно здебільшого не виходить за межі зачинених дверей, а відтак «насильник» залишається непокараним і продовжує знущатись над рідними. Найчастіше сім'я, в якій живе насильник, піддається психологічному тиску, а такий вид домашнього насильства виміряти і довести практично неможливо.

Закон розрізняє чотири види домашнього насильства:

- фізичне;
- психологічне;
- економічне;
- сексуальне.

Фізичне насильство в сім'ї – це умисне нанесення різного виду тілесних ушкоджень одного члена сім'ї іншому, яке може призвести чи призвело до приниження честі та гідності потерпілого, або до порушення фізичного чи психічного здоров'я, до появи травм, різноманітних хвороб чи розладів, або навіть до смерті.

Сексуальне насильство в сім'ї – це змушування до будь-якого виду статевих контактів у родині, якщо вони здійснюються без згоди одного із членів сім'ї. Слід зазначити, що сексуальні дії щодо члена сім'ї, який не досяг повноліття, незалежно, бажав він їх чи ні, також трактуються як сексуальне насильство.

© Д.М. Величко, В.В. Шевченко, 2021

* *Dmitro Velichko, Ph.D. in Law, Associate Professor, Associate Professor of Kryvyi Rih National University*

** *Vitalina Shevchenko, student of Kryvyi Rih National University*

Психологічне насильство в сім'ї – це умисні словесні образи або погрози, переслідування, залякування, приниження одним членом сім'ї іншого або інших. Тобто це психологічний тиск одного члена родини на іншого. І хоча в цьому випадку немає фізичних ушкоджень, такий вид насильства призводить до стану емоційної невпевненості та може заподіяти суттєву шкоду психічному здоров'ю жертви, розвитку різного роду психічних розладів, депресії тощо.

Економічне насильство в сім'ї – це явище, коли один член родини навмисно позбавляє іншого певних матеріальних статків, зокрема, житла, їжі, одягу, коштів тощо з метою повного контролю над його життям. Причому це не залежить від рівня економічного благополуччя родини. Такі вчинки завдають шкоду фізичному чи психічному здоров'ю або навіть здатні призвести до загибелі потерпілого¹.

Насильство можна класифікувати за наступними ознаками. До фізичних ознак можна віднести загальне погіршення здоров'я, часту наявність синців та забоїв, що пояснюється падінням, наявність слідів від попередніх травм, укусів, розриви і пошкодження органів статевої системи тощо. Психологічні ознаки: різного роду психологічні розлади, наявність скарг або хвороб психогенного характеру; недостатнє лікування та невиконання приписів лікарів, страхи, необґрунтована тривожність, повна безініціативність і відчуття безпорадності тощо. Часто таким жінкам забороняють бачитися з родичами, друзями, що викликає у них гостре відчуття самотності. Все це може призвести до думок про самогубство або навіть суїцидальних намірів чи спроб. Серед економічних ознак розглядаються, зокрема, такі, як відсутність можливості керувати сімейним бюджетом і власними коштами, що пояснюється матеріальною неакуратністю або розумовою обмеженістю. Може існувати заборона з боку чоловіка працювати або навчатися. Необхідно також звернути увагу на сексуальні ознаки домашнього насильства, зокрема це зниження або втрата сексуального потягу, сексологічні травми та пошкодження статевих органів, що виникають внаслідок грубих сексуальних контактів. Як результат – викидні, замирання вагітностей та небажані вагітності, оскільки чоловік не переймається питаннями контрацепції.

Досить багато людей, щодо яких чинять насильство, не наважуються йому протистояти. Бажання захистити себе, почуття власної гідності і обізнаність в своїх правах можуть стати на заваді тим, хто хоче образити людину, навіть якщо це член родини.

Домашнє насильство – одне з найсерйозніших порушень прав людини в Європі та Україні. Це один із найпоширеніших злочинів, але соціальний тиск настільки сильний, що багато жертв розглядають насильство як неминуче явище у своєму житті і не повідомляють про нього. Інших потерпілих, які мають сміливість звертатися за допомогою до органів влади, інколи ігнорують, не сприймаючи їх серйозно. Інші не можуть знайти захист і справедливість через слабкість правової та політичної бази в країні.

Витоки домашнього насильства над жінками в Україні пов'язані з патріархальним типом культури, який еволюціонував протягом історії та залишається значно поширеним. Тривалий час український чоловік виконував роль захисника, воїна, а жінка залишалась берегинею роду. Не менш важливим і тісно пов'язаним з вищевказаним є домашнє насильство над дітьми, коли батьки намагаються бути «господарями» життя власної дитини. До того ж, варто додати, що в українському суспільстві «не прийнято» обговорювати такі проблеми. Окрім цього, часто можна спостерігати, що один із батьків мовчки спостерігає за знуцаннями над своєю дитиною з боку свого чоловіка чи дружини, побоюючись зруйнувати сім'ю, або самому зазнати образ чи побоїв.

Згідно з даними криміналістів, близько 30 % вбивств стається саме на сімейно-побутовому ґрунті. Щороку в Україні до судово-медичної експертизи звертаються близько 500 жінок, а 2 мільйони дітей віком до 14 років разом з матерями потерпають від систематичного побиття. Основною проблемою можна назвати навіть не саму наявність домашнього насильства, а дуже низьку інформованість потерпілих жінок про психологічний і правовий аспекти, замовчування проблеми жертвами і очевидцями, а також відносну байдужість влади і громадськості.

Завдяки членству в Раді Європи для України особливого значення набувають нормативно-правові акти саме цієї поважної організації. Одним із таких нормативно-правових актів є Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (СЕТС № 210, Стамбульська конвенція)². Це – комплексний міжнародний акт, спрямований на захист, запобігання, судову відповідальність і вироблення стратегій у сфері протидії насильству стосовно жінок та домашньому насильству.

Серед форм насильства, які виділяє Конвенція, присутні наступні:

- психологічне насильство – навмисне залякування, домагання чи погрожування особі протягом певного періоду, що призводить до травматичних переживань;
- переслідування (сталкінг) – неодноразове погрожування комусь через фізичне переслідування, залучення до небажаного спілкування чи навмисне інформування когось про те, що за ним ведеться нагляд, щоб змусити їх боятися за свою безпеку;
- сексуальне домагання – будь-яка форма небажаної вербальної, невербальної чи фізичної поведінки сексуального характеру, мета або наслідок якої – це порушення гідності особи, зокрема, шляхом створення загрозливого, ворожого, принизливого або образливого середовища;
- сексуальне насильство, зокрема, зґвалтування – будь-який статевий акт, виконаний без згоди особи;
- ушкодження жіночих статевих органів – усі операції, що навмисно змінюють чи травмують жіночі статеві органи з немедичних причин; примусовий аборт та примусова стерилізація – виконання операції

аборту жінці без її попередньої та інформованої згоди та проведення операції, що націлена на усунення здатності жінки до природного відтворення, без її попередньої інформованої згоди чи розуміння.

У зв'язку з ратифікацією Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами, Законом України «Про внесення змін до деяких законів України у зв'язку з ратифікацією Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами» від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII до Кримінального кодексу України внесені зміни, які відповідно до розділу II цього Закону набрали чинності через рік з дня його опублікування (тобто 11 січня 2019 р.), крім підпункту 3 п. 1 розділу I цього Закону (щодо ст. 67 КК), який набрав чинності з дня, наступного за днем опублікування цього Закону (тобто 12 січня 2018 р.). Ухвалені зміни, серед іншого, стосуються криміналізації: домашнього насильства (ст. 126-1 КК України), примушування до шлюбу (ст. 151-2 КК України), а також впровадження обмежувальних заходів, що застосовуються до осіб, які вчинили домашнє насильство (ст. 91-1 КК України), кримінальної відповідальності за невиконання обмежувальних заходів або обмежувальних приписів та не проходження програми для кривдників (ст. 390-1 КК України). Повністю був оновлений розділ 4 КК України «Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості».

Доцільно додати, що до 11 січня 2019 р. за домашнє насильство передбачалась лише адміністративна відповідальність згідно зі ст. 173-2 Кодексу України про адміністративні правопорушення, якою передбачено покарання у вигляді штрафу Кримінальний кодекс України доповнено розділом XIII-1 «Обмежувальні заходи».

В інтересах потерпілого від злочину, пов'язаного з домашнім насильством, одночасно з призначенням покарання, не пов'язаного з позбавленням волі, або звільненням з підстав, передбачених цим Кодексом, від кримінальної відповідальності чи покарання, суд може застосувати до особи, яка вчинила домашнє насильство, один або декілька обмежувальних заходів, відповідно до якого (яких) на засудженого можуть бути покладено такі обов'язки:

- 1) заборона перебувати в місці спільного проживання з особою, яка постраждала від домашнього насильства;
- 2) обмеження спілкування з дитиною у разі, коли домашнє насильство вчинено стосовно дитини або у її присутності;
- 3) заборона наблизитися на визначену відстань до місця, де особа, яка постраждала від домашнього насильства, може постійно чи тимчасово проживати, тимчасово чи систематично перебувати у зв'язку із роботою, навчанням, лікуванням чи з інших причин;
- 4) заборона листування, телефонних переговорів з особою, яка постраждала від домашнього насильства, інших контактів через засоби зв'язку чи електронних комунікацій особисто або через третіх осіб;
- 5) направлення для проходження програми для кривдників або пробаційної програми.

Таким чином, закріплено оновлений підхід до злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи, запроваджуючи концепцію «добровільної згоди» та факт «проникнення», як розмежування між зґвалтуванням та іншими формами сексуального насильства. Розділ четвертий КК України «Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості» включає п'ять статей (ст. 152-156 КК України), серед яких зґвалтування (ст. 152 КК України); сексуальне насильство (ст. 153 КК України); примушування до вступу в статевий зв'язок (ст. 154 КК України); статеві зносини з особою, яка не досягла шістнадцятирічного віку (ст. 155 КК України); розбещення неповнолітніх (ст. 156 КК України).

Розробка, розвиток і доопрацювання ефективного механізму кримінально-правової протидії та запобігання посяганням на свободу та недоторканість особи було і залишається актуальною проблемою як вітчизняної, так і зарубіжної правничої науки і практики. Ключовими напрямками подальших досліджень є вироблення обґрунтованих з наукової та практичної точок зору рекомендацій, адресованих як законодавцю, з метою усунення вад нормативної регламентації відповідальності за вказані злочини, так і правозастосовної з метою правильного й однакового застосування кримінального закону.

Висновки. Підвищена увага до проблеми сімейного насильства з боку науковців різних сфер привела до розробки практичних способів протидії домашньому насильству. Такими способами є розробка нового та внесення змін до чинного законодавства, запровадження кримінальної відповідальності за дії, які раніше вважалися приватною сімейною справою. Цей процес активно триває в країнах Європи, але й Україна не стоїть осторонь.

Актуальною залишається проблема запобігання та недопущення домашнього насильства. Науковцями ведеться активна робота з розробки ефективних механізмів у цій сфері. Особливої важливості набуває розробка способів однакового застосування законодавства державними органами, які здійснюють повноваження у цій сфері. Велику роль також відіграє судова практика як національних судів, так і міжнародних судових інстанцій та механізми її використання.

¹ Про запобігання та протидію домашньому насильству: Закон України від 07.12.2017 р. № 229 – VIII. *Відомості Верховної Ради*. 2018. № 5. Ст. 35.

² Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами. *База даних «Законодавство України»*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=60492 (дата звернення: 27.09.2021).

Резюме

Величко Д.М., Шевченко В.В. Домашнє насильство та способи його запобігання.

Стаття присвячена розгляду причин та способів запобігання домашнього насильства. Крім того, стаття розкриває різні види та способи класифікації домашнього насильства. Проведено порівняння видів домашнього насильства згідно з законодавством України та міжнародними нормами.

У статті розкриваються різні ознаки домашнього насильства.

Чітка класифікація видів та ознак домашнього насильства має велике теоретичне та практичне значення. Теоретичне значення класифікації полягає у розробці нових алгоритмів розкриття фактів, дослідженні нових способів запобігання та недопущення домашнього насильства. Практичне ж значення полягає у встановленні відповідності між злочинами, пов'язаними з домашнім насильством та відповідальністю за них.

Ключові слова: домашнє насильство, кримінальна відповідальність, судова практика, протидія домашньому насильству, причини злочинів.

Резюме

Величко Д.М., Шевченко В.В. Домашнее насилие и способы его предотвращения.

Статья посвящена рассмотрению причин и способов предотвращения домашнего насилия. Кроме того, статья раскрывает различные виды и способы классификации домашнего насилия. Проведено сравнение видов домашнего насилия согласно законодательству Украины и международными нормами.

В статье раскрываются различные признаки домашнего насилия.

Четкая классификация видов и признаков домашнего насилия имеет большое теоретическое и практическое значение. Теоретическое значение классификации заключается в разработке новых алгоритмов раскрытия фактов, исследовании новых способов предотвращения и недопущения домашнего насилия. Практическое же значение состоит в установлении соответствия между преступлениями, связанными с домашним насилием, и ответственностью за них.

Ключевые слова: домашнее насилие, уголовная ответственность, судебная практика, противодействие домашнему насилию, причины преступлений.

Summary

Dmitro Velychko, Vitalina Shevchenko. Domestic violence and the ways to prevent it.

The article is devoted to the causes and ways to prevent of the domestic violence. In addition, the article reveals the different types and ways of classifying of the domestic violence. The article compares the types of domestic violence in accordance with the legislation of Ukraine and international norms.

In addition, the article reveals various signs of domestic violence. In particular, the following signs are given: physical signs, psychological signs, economic signs, sexual signs.

A clear classification of types and signs of domestic violence has a great theoretical and practical importance. It should be noted that this classification is enshrined in law. The theoretical significance of the classification is to develop of the new algorithms for disclosing the facts and the study of new ways to prevent the domestic violence. The practical significance lies in the establishing a link between the crimes, related to domestic violence, and responsibility for them. It is especially important because the domestic violence is almost always carried out covertly "behind closed doors".

Reporting about domestic violence becomes especially important because of only under this condition the victim of this phenomenon will be able to resist it.

The article emphasizes that the development of a common algorithm for the application of measures to prevent domestic violence by the competent state authorities has the particular importance. A special place is given to judicial practice, including international courts.

Key words: Domestic violence, criminal liability, judicial practice, prevention of domestic violence, causes of crimes.

В.М. КУЦ

*Віталій Миколайович Куц, кандидат юридичних наук, професор, професор Київського університету права НАН України**

ORCID: 0000-0001-9227-3775

ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ЙОГО ЗАКОНОДАВЧОГО ВРЕГУЛЮВАННЯ

Постановка проблеми. Арсенал сучасного правового реагування на вчинення кримінального правопорушення містить не лише кримінальну відповідальність, а й інші засоби, помилково названі в чинному КК України процесуальним терміном «заходи». Одним із таких засобів є визначене розділом IX Загальної частини КК України та низкою статей Особливої його частини так зване звільнення від кримінальної відповідальності. Оскільки правову природу «звільнення» від кримінальної відповідальності до кінця не з'ясовано і через це залишаються сумніви в правильності уявлень про його сутність та зміст, є підстави для висновку про актуальність зазначеної теми та доцільність її висвітлення у відповідних публікаціях. Особливої актуальності вказана тема набуває у зв'язку з роботою над створенням проекту нового КК України, автори якого, через непорозуміння, поки що відмовляються від збереження цього засобу в майбутньому кодексі.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемі звільнення від кримінальної відповідальності присвячено значний обсяг наукових публікацій як матеріально-правового, так і процесуального характеру. Серед вітчизняних фахівців, що досліджували її, імена таких вчених як: С.А. Альперт, П.П. Андрушко, М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, Ю.М. Грошевий, О.О. Дудоров, О.О. Житний, О.В. Козаченко, Л.М. Кривоченко, О.М. Лемешко, В.О. Навроцький, В.В. Скибицький, Л.Д. Удалова, М.І. Хавронюк, Л.А. Хрушова, П.В. Хряпінський, Д.В. Філін, С.С. Яценко, А.М. Яценко та інші.

Незважаючи на чималий теоретичний інтерес до теми, низка її актуальних аспектів залишається не висвітленою. Особливо це стосується сутності, змісту та юридичного складу застосування так званого звільнення від кримінальної відповідальності, а також кримінально-правової природи діяння, результатом якого постає таке «звільнення».

Метою теоретичних розвідок, яким присвячується стаття, є обґрунтування можливих шляхів вирішення зазначених проблемних аспектів вказаної теми. Задля досягнення цієї мети було поставлено наступні основні завдання: на основі офіційно визнаного розуміння кримінальної відповідальності визначити сутність, кримінально-правову природу та зміст явища, що отримало назву «звільнення від кримінальної відповідальності»; з'ясувати юридичний склад його здійснення, а також кримінально-правову природу діяння, засобом реагування на яке стало «звільнення» від кримінальної відповідальності; внести пропозиції щодо удосконалення відповідних положень кримінального законодавства.

Виклад основного матеріалу. Методологічно обґрунтованими та найбільш ефективними дослідженнями явища, названого в чинному КК України звільненням від кримінальної відповідальності, є ті, що засновувались на попередньому з'ясуванні сутності та змісту самої кримінальної відповідальності, зокрема фундаментальна монографія академіка Ю.В. Бауліна¹. Дійсно, не знаючи, що таке кримінальна відповідальність, важко уявити сутність та зміст звільнення від неї. Щоправда, в теорії та на практиці спостерігається наявність довготривалої дискусії і щодо кримінальної відповідальності. Однією з обставин, що зумовлює наявність такої дискусії, є відсутність законодавчого визначення цього явища. В умовах широкого розповсюдження в Україні позитивізму, ознакою якого є впевненість, що джерелом права є думка пануючої «еліти», а не об'єктивні закони суспільного розвитку², поява законодавчого визначення кримінальної відповідальності могла б припинити вказану дискусію або суттєво пом'якшити її перебіг. Перспективи можливого закріплення в законі визначення кримінальної відповідальності з'явилися після опублікування проекту Загальної частини нового КК України. Один із пунктів Розділу 1.3. «Значення термінів Кримінального кодексу» Книги 1 цього проекту містить наступне її визначення: «кримінальна відповідальність – це засудження особи за вчинення кримінального правопорушення обвинувальним вироком суду із застосуванням покарання чи пробації, а також перебування особи у стані судимості».

До речі, офіційну позицію щодо сутності кримінальної відповідальності знаходимо в рішенні Конституційного Суду України від 27 жовтня 1999 р. № 9 (справа про депутатську недоторканність). Зі змісту цього рішення витікає, що кримінальна відповідальність – це засудження особи, визнаної винною у вчиненні кримінально протиправного діяння обвинувальним вироком суду, що набув чинності. При цьому в зазначеному рішенні наголошується, що сам факт відкриття кримінального провадження щодо конкретної особи, затри-

мання, взяття під варту, пред'явлення їй обвинувачення не можна визнати як кримінальну відповідальність. Особа не несе кримінальної відповідальності до тих пір, поки її не буде визнано судом винною у вчиненні злочину і вирок суду не набере законної сили. Отже, пізнання звільнення від кримінальної відповідальності здійснюється нами виходячи з того, що *сутність* кримінальної відповідальності полягає в засудженні правопорушника обвинувальним вироком суду. Крім засудження, до змісту кримінальної відповідальності входять: 1) судимість та зумовлені нею обмеження статусу засудженої особи як обов'язкові її ознаки; 2) покарання чи пробація та зумовлені ними додаткові обмеження статусу засудженої особи. Загальновідомо, що стан засудженості, результатом якої є судимість та зумовлені нею обмеження, виникає з часу набуття юридичної сили обвинувальним вироком суду, а закінчується з погашенням чи зняттям судимості в установленому законом порядку. За своїм функціональним призначенням кримінальна відповідальність є засобом матеріально-правового реагування держави на вчинене кримінальне правопорушення.

Як бачимо, в сутності та змісті кримінальної відповідальності місця так званому звільненню від неї не знайшлося. Але, як зазначалось вище, кримінальна відповідальність – не єдиний засіб реагування на кримінальні правопорушення. Існують й інші його засоби, встановлені чинним КК України. Одним із них і є «звільнення» від кримінальної відповідальності, передбачене Розділом IX Загальної частини КК України (загальне звільнення) та низкою положень Особливої частини КК України (спеціальне звільнення). Отже, єдиною обставиною, що ріднить кримінальну відповідальність зі «звільненням» від неї – це те, що вони є самостійними видами одного явища, що має назву «засоби матеріально-правового реагування на вчинення кримінального правопорушення». Останнє уточнення робиться, по-перше, для спростування все ще не викореної із правосвідомості певної частини криміналістів думки, що «звільнення» від кримінальної відповідальності є однією з форм її реалізації, а, по-друге, для уточнення кримінально-правової природи обох зазначених явищ: кримінальної відповідальності та так званого звільнення від неї.

Щодо поняття *звільнення* від кримінальної відповідальності слід зазначити, що в офіційному обігу використовується його визначення, наведене у пункті 1 постанови Пленуму Верховного Суду України від 23 грудня 2005 року № 12 «Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності», де зазначається, що таким звільненням є *відмова держави* від застосування щодо особи, яка вчинила злочин, установлених законом обмежень певних прав і свобод шляхом закриття кримінальної справи, яке здійснює суд у випадках, передбачених у Кримінальному кодексі України, у порядку, встановленому Кримінальним процесуальним кодексом України.

У вказаному визначенні викликає заперечення ототожнення звільнення з відмовою від застосування, що вочевидь не є тотожністю. Звільнитись від чогось означає позбавитись від того, що вже настало, тобто від чогось реально існуючого. Натомість відмова передбачає ухилення від чогось ще не існуючого, а лише потенційно можливого. Засіб реагування на вчинення кримінального правопорушення, названий законодавцем звільненням від кримінальної відповідальності насправді не є звільненням від неї, адже такої відповідальності на момент «звільнення» ще не існує. Саме цим пояснюється, чому в запропонованій нами статті слово «звільнення» у сполученні зі словами «від кримінальної відповідальності» береться в лапки або називається так званим звільненням. Робиться це з метою підкреслити невідповідність назви явища його сутності.

Звільненням від кримінальної відповідальності насправді є те, що в чинному законодавстві названо звільненням від відбування покарання. Це справді звільнення від визначеної судом і вже покладеної на суб'єкта кримінальної відповідальності. Але звільнення не повне, а лише часткове, тому, що від такої складової змісту кримінальної відповідальності, як *засудження* суб'єкта воно не відбувається. З огляду на сутність і зміст кримінальної відповідальності, викладених вище, повністю звільнитись від неї, мабуть, взагалі неможливо. Єдиним випадком повного звільнення від кримінальної відповідальності, причому лише в об'єктивному її сенсі, є хіба що повна реабілітація засудженого. У суб'єктивному ж сенсі особа, яка зазнала кримінальної відповідальності, «звільнитися» від неї навряд чи здатна. Хіба що через значний період часу здійснене судом її засудження забудеться та «зітреться» з пам'яті, що й буде свідчити про повне звільнення від нього.

Отже, те, що названо в законі звільненням від кримінальної відповідальності насправді є відмовою від її застосування, тобто самостійним, а не тотожним звільненню явищем. Ототожнення звільнення з відмовою від застосування, визначення одного через інше призвело до спотворення уявлень щодо сутності та змісту такого окремого засобу кримінально-правового реагування на вчинення нетяжких кримінальних правопорушень, як відмова від застосування кримінальної відповідальності. Але, навіть у спотвореному виді, з неправильною назвою цей засіб кримінально-правового реагування довів своє право на існування, про що свідчить його наявність у кримінальних кодексах різних епох. Не розібравшись в його сутності дехто з авторитетних представників кримінально-правового «цеху» висловили сумнів у його конституційності³ і навіть у відповідності канонам природного права.

Так навколо правомірного з точки зору конституційності, цілком природного та ефективного кримінально-правового явища почав складатись своєрідний міф щодо його чужорідності кримінальному праву. Сприяє цьому існування ще одного застарілого кримінально-правового міфу, а саме – про існування та необхідності додержання принципу невідворотності спочатку покарання, а сьогодні – кримінальної відповідальності. Дійсно, відмова від застосування кримінальної відповідальності вступає в протиріччя з невідворотністю такої відповідальності, тому від першого, на думку деякого з теоретиків кримінального права, необхідно відмовитись. Нажаль, саме така позиція знайшла своє відображення в проекті Загальної частини нового КК України.

Насправді, невідворотність покарання, а затим кримінальної відповідальності була і залишається лише беззмисловим закликком, своєрідним лозунгом до чогось нераціонального, такого, що дійсно не відповідає уявленням про природне право, як про «розумний хід подій». До того ж, вказаній невідворотності неможливо досягнути через елементарну відсутність відповідних соціальних ресурсів⁴. Не випадково, у проєкті нового КК України серед проголошених кримінально-правових принципів невідворотності кримінальної відповідальності не спостерігається. Зате, міф про цей принцип міцно засів у правосвідомості сучасних правників, результатом чого, зокрема, є відсутність у проєкті нового КК України інституту відмови від застосування кримінальної відповідальності. Хочеться сподіватись, що автори проєкту переосмислять ситуацію, що склалась і змінять своє рішення.

Викладене вище бачення проблеми дає змогу надати негативну відповідь й на такі непрості запитання: 1) чи можливо вважати кримінальним правопорушенням діяння, від відповідальності за яке особу «звільнено», а точніше – відбулась відмова від її застосування? 2) чи є суб'єкт, якого «звільнено» від кримінальної відповідальності, винним у вчиненні кримінального правопорушення? Такі запитання заганяли в «глухий кут» представників не лише кримінального права, але й загальної теорії права і все через те, що поняттю «звільнення» було надано неточне офіційне визначення, засноване на його ототожненні з відмовою, тобто відбулась підміна понять. Насправді, у Розділі IX КК України, а також у статтях Особливої його частини, має йтися не про звільнення від кримінальної відповідальності, а про відмову від її застосування.

Окрім неточної назви вказаного засобу кримінально-правового реагування, законодавець припустився ще однієї помилки. У статтях розділу IX Загальної частини КК України він оперує поняттям «особа, яка вчинила кримінальне правопорушення», не замислюючись над тим, що суд її такою особою ще не визнав. Вчинене діяння за таких обставин ще не є кримінальним правопорушенням у його розумінні, закріпленому в ч. 1 ст. 11 КК України. Воно залишається діянням, яке лише містить ознаки такого правопорушення і може «перетворитись» в останнє лише обвинувальним вироком суду, а може і не «перетворитись» завдяки відмові від застосування кримінальної відповідальності.

Відмова від застосування кримінальної відповідальності можлива лише за наявності комплексу визначених законом обставин, що іменуються *складом* застосування такої відмови. До нього доцільно включати *передумову, підставу та умови*. Важливо зазначити, що єдиного складу відмови від застосування кримінальної відповідальності не існує. У кожного виду такої відмови є свій власний склад її здійснення, передбачений відповідною статтею КК України. Зазначимо, що в літературі важко простежити різницю між визначенням передумов, підстав та умов будь-якого виду відмови від застосування кримінальної відповідальності. Це пояснюється тим, що існують різні погляди на проблему. Однак вирішення цього питання є важливим для розвитку понятійного апарату кримінально-правової доктрини і гарантією дотримання закону при застосуванні кримінальної відповідальності та відмови від її застосування.

На нашу думку, матеріально-правовою *передумовою* відмови від застосування кримінальної відповідальності є факт вчинення особою діяння, що містить ознаки кримінального правопорушення, передбаченого відповідною статтею Особливої частини КК України. *Підставою* такої відмови слід вважати причину необхідності чи доцільності відмови від застосування кримінальної відповідальності, вказану у назві відповідної статті розділу IX Загальної частини КК України або в тексті статті Особливої його частини, в якій сформульовано так звану заохочувальну норму. *Умовами* застосування відмови від кримінальної відповідальності є додаткові обставини формального характеру, визначені відповідними кримінально-правовими положеннями, наприклад тяжкість злочину, відсутність повторності тощо.

Висновок. У новому КК України відмову від застосування кримінальної відповідальності слід визнати одним із інших засобів кримінально-правового реагування на вчинення нетяжкого кримінального правопорушення. Вказаному засобу доцільно присвятити декілька статей Загальної частини кодексу та відобразити його у відповідних статтях Особливої його частини. Зазначене свідчитиме про наявність кримінально-правового інституту відмови від застосування кримінальної відповідальності.

Явищу «звільнення» від кримінальної відповідальності окремих статей нового КК України присвячувати недоцільно, оскільки в тексті кодексу будуть відображені необхідні види такого звільнення під самостійними, традиційними назвами: звільнення від покарання; звільнення від відбування покарання тощо.

¹ Баулін Ю.В. Звільнення від кримінальної відповідальності: монографія. Київ: Атіка, 2004. 296 с.

² Костенко А.Н. О законах природного права как первоисточнике законодательства об уголовной ответственности. *Актуальні проблеми кримінальної відповідальності: матеріали міжнар. наук.-практ. конф.* Харків: Право, 2013. 848 с. С. 79.

³ Яценко С.С. Соответствует ли Конституции Украины институт освобождения от уголовной ответственности? *Право України*. 2011. № 9–10. С. 160–170. С. 165–166.

⁴ Куц В.М. Невідворотність покарання: міф чи реальність? *Європейські перспективи*. 2017. № 3. С. 123–127. С. 124–125.

Резюме

Куц В.М. Звільнення від кримінальної відповідальності та перспективи його законодавчого врегулювання.

У статті розглядаються теоретико-прикладні аспекти матеріально-правової регламентації так званого звільнення від кримінальної відповідальності та перспективи його збереження в новому КК України. Доводиться, що одним із засобів кримінально-правового реагування за межами кримінальної відповідальності має бути не звільнення, а відмова від застосування кримі-

нальної відповідальності. Висвітлюються основні кримінально-правові аспекти цього явища. Формулюються рекомендації, спрямовані на удосконалення відповідних положень національного кримінального законодавства.

Ключові слова: кримінальне правопорушення, засоби реагування, кримінальна відповідальність, звільнення від кримінальної відповідальності, відмова від застосування кримінальної відповідальності.

Резюме

Куц В.Н. Освобождение от уголовной ответственности и перспективы его законодательного урегулирования.

В статье рассматриваются теоретико-прикладные аспекты материально-правовой регламентации так называемого освобождения от уголовной ответственности и перспективы его сохранения в новом УК Украины. Доказывается, что одним из средств уголовно-правового реагирования за пределами уголовной ответственности должно быть не освобождение, а отказ от применения уголовной ответственности. Освещаются основные уголовно-правовые аспекты этого явления. Формулируются рекомендации, направленные на совершенствование соответствующих положений национального уголовного законодательства.

Ключевые слова: уголовное правонарушение, средства реагирования, уголовная ответственность, освобождение от уголовной ответственности, отказ от применения уголовной ответственности.

Summary

Vitalii Kuts. Exemption from criminal liability and the prospects for its legislative regulation.

The article considers the problems of “exemption” from criminal liability and the prospects of its legislative in the new Criminal Code of Ukraine.

The purpose of the article is to propose solutions to these problems. To achieve this goal, the following main tasks were set: to determine the essence of criminal liability; to clarify the concept of “exemption from criminal liability”; to establish the relationship between the concepts of “release” and “refusal to apply” criminal liability; make appropriate proposals to the draft of the new criminal code.

First, the article clarifies the concept of criminal liability. Without this, it is difficult to imagine the essence and content of exemption from it. The draft of the new Criminal Code of Ukraine stipulates that criminal liability is the conviction of a person for committing a criminal offense by a court conviction with the use of punishment or probation. This concept radically changes the understanding of exemption from criminal liability. What is called “dismissal” in the current law is in fact a waiver of liability. Denial is a much milder means of influencing the subject than criminal liability. Disclaimer is necessary to respond to minor criminal offenses. The draft of the new Criminal Code does not renounce the application of criminal liability. The reason is the authors’ confidence in the inevitability of punishment. But this principle has long since exhausted itself. Today, it is impossible to ensure the inevitability of punishment due to the latency of offenses and limited resources. Therefore, the principle of inevitability of legal response to a criminal offense should be followed. The response may be in the form of criminal liability or in the form of refusal to apply it. The main thing is not to punish, but to react, not to ignore the offense. It is expedient to enshrine it in the new Criminal Code.

Key words: criminal offense, means of response, criminal liability, exemption from criminal liability, refusal to apply criminal liability.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.55

УДК 343.2.7

В.П. ЛЮБАВИНА

*Вікторія Петрівна Любавіна, кандидат юридичних наук, доцент Університету ДФС України**

ORCID: 0000-0003-4715-1749

ПОНЯТТЯ ВИНИ ЯК ЕЛЕМЕНТ ЗМІСТУ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Постановка проблеми. З розвитком цивілізації, коли людське життя і свободи особистості набули найвищої цінності, принцип відповідальності за вину стає одним із центральних принципів правової дійсності. Саме тому визначення поняття провини набуває такої значимості.

Проблема генезису провини, соціально-філософські та психологічні погляди на поняття провини і концепції провини в юридичній науці досліджені недостатньо глибоко.

Постає необхідність у пошуку загальнотеоретичного підходу до визначення поняття вини, яке б включало в себе і провину юридичних осіб.

Соціально-правова сутність провини може бути розкрита лише з урахуванням всієї сукупності філософських, кримінально-психологічних і правових її характеристик. Тому інститут провини розглядається в широкому сенсі слова, як багатоаспектне кримінально-правове і соціальне явище. З одного боку, вина – це елемент соціальної реальності, з іншого, – це кримінально-правове явище, передбачено правовими нормами.

© В.П. Любавіна, 2021

* *Victoria Lubavina, Ph.D. in Law, Associate Professor of the University of SFS of Ukraine*

Аналіз останніх досліджень і публікацій. З моменту створення вітчизняної науки кримінального права проблематика дослідження категорії «вина» завжди перебувала в центрі уваги дослідників. Питання, пов'язані із загальним поняттям, змістом, формами провини досліджували такі фахівці: М.М. Агарков, Б.Т. Базилев, Н.В. Богаєва, С.М. Братусь, М.В. Вітрук, М.Ю. Дворецький, Ю.О. Денисов, О.О. Іванов, Г.К. Кожевников, В.М. Кудрявцев, В.В. Лазарев, О.Е. Лейст, Д.О. Липинський, М.С. Маштаков, Є.Л. Поцелуєв, Г.О. Прокопович, Т.М. Радько, І.С. Самощенко, І.В. Самілов, М.Х. Фарукшин, Р.Л. Хачатуров, А.М. Хужин, Г.Ф. Цельникер, О.І. Цибулевська, О.Ф. Черданцев, Є.Є. Чередниченко та інші.

Формулювання мети статті. Мета цього дослідження полягає в тому, щоб на загальнотеоретичному рівні дати характеристику кримінально-правовому інституту провини як елементу суб'єктивної сторони правопорушення і основи юридичної відповідальності, з одного боку і, з іншого – як цілісного соціально-правового явища, яке має свої основні теоретичні характеристики і на яке впливають психологічні особливості особистості і психічний стан особи в момент вчинення діяння.

Виклад основного матеріалу. Для цілей визначення провини у кримінальному праві існує низка понять, зміст яких найбільш близький за змістом до категорії провини. По-перше, це термін «винність». Дуже часто в науковій літературі терміни «вина» і «винність» йдуть «рука в руку» і навіть ототожнюються між собою. Спробуємо визначити, як співвідносяться між собою дані юридичні поняття, активно застосовуються у кримінальному праві, а також галузевих науках. «ВИНА – морально-правова ознака людських вчинків, протилежна до правоти. Людина визнається винною тоді, коли її дії (а часом і наміри) суперечать належному, коли вона ухиляється від виконання своїх обов'язків, нехтує загальноновизнаними цінностями або зневажає морального суб'єкта в самій собі. Здатність до усвідомлення своєї вини є невід'ємною ознакою людини як морального суб'єкта; має своїм наслідком певні моральні і практичні дії, покликані спокутувати В. (каяття, виправлення заподіяного тощо)¹.

Слід зазначити, що в науці кримінального права було вироблено вчення про злочини з подвійною (змішаною) формою вини. Наявність двох форм вини притаманна, як правило, кваліфікованим складам злочинів, де умисел є конструктивним елементом основного складу умисного злочину, а необережність визначається стосовно кваліфікуючих наслідків².

Перший підхід до співвідношення понять провини і винності полягає в ототожненні даних термінів. Деякі вчені в своїх дослідженнях, присвячених інституту провини, взагалі не розглядають окремо від провини термін «винність». Їх погляди на тотожність провини і винності підтверджуються тим, що слово «винність», як правило, стоїть у дужках, після слова «вина».

Однак більшість авторів не вважають вину і провину тотожними категоріями, вкладаючи в них різний за змістом сенс, при цьому термін «винність» значно ширше за змістом і співвідноситься з «виною» як спільне з приватним, включають у зміст терміна крім провини: «об'єктивні обставини»; «оцінку протиправності і суспільної небезпеки дії (бездіяльності)»³; а також «визнання цього стосунки достатнім для призначення покарання». Або, наприклад, С.В. Векленко додає у зазначене поняття ще й «процесуальне закріплення провини».

Можна сміливо говорити про те, що фактично в рамках даного підходу наявність винності означає наявність складу правопорушення, тоді як вина – ознака суб'єктивної сторони. Тільки досліджуючи дійсне бажання суб'єкта, можна зрозуміти його фактичне відношення до своїх дій та їх можливих наслідків, тобто установити його реальну вину, не порушуючи принципу суб'єктивного ставлення.

Зустрічаються точки зору, як правило в кримінальному праві, що винність: характеризує стан доведених вини суб'єкта; визначає якісне динамічний стан провини певного суб'єкта; є ознакою об'єктивної сторони правопорушення, яка характеризується психічним ставленням до скоєного і підлягає доказуванню.

Таким чином, у юридичній науці питання співвідношення понять «вина» і «винність» як і раніше носить дискусійний характер, до цього часу не вироблено єдиної думки з цієї проблеми, що, на наш погляд, ускладнює можливості категоріального апарату в теорії права з вироблення дефініцій.

Узагальнюючи розглянуті точки зору, висловимо власну думку з даного питання. По-перше, вважаємо, що термін «винність»: а) не тотожний «вини»; б) використання його в праві зумовлено необхідністю доведення провини; в) його не слід включати в об'єктивну сторону правопорушення, оскільки тією чи іншою мірою підлягає доведенню; вона пов'язана з психічним станом і ставленням до скоєного суб'єкта. По-друге, зазначимо, що для визнання винності суб'єкта необхідні: факт вчинення діяння, яке відповідає юридичним критеріям правопорушення; наявність суб'єкта, що відповідає юридичним критеріям правопорушника; повинна бути визначена форма провини; дана негативна оцінка діяння юрисдикційних органах; винесено і вступило в силу рішення про притягнення до відповідальності.

Згідно з оціночною теорією вина визначається шляхом оцінки суду всіх об'єктивних і суб'єктивних обставин, пов'язаних зі злочинном. Різновидом цієї теорії є оцінка дій злочинця з точки зору класових позицій.

З урахуванням вищесказаного можна дійти висновку, що винність являє собою доведену вину фізичної або юридичної особи в формі умислу або необережності, яка отримала негативну оцінку з боку держави.

Для побудови загальнотеоретичної моделі категорії провини необхідно також проаналізувати, як співвідноситься поняття «вини» з термінами «правопорушення», «склад правопорушення», «суб'єктивна сторона правопорушення», визначити, чим відрізняється вина від принципу провини.

Вважаємо, що психологічна теорія провини, яка спирається на уявлення психологічної науки і лежить в основі законодавчої конструкції провини, має істотний недолік: вона не дає можливості безпосередньо «проникнути» в людську свідомість, відомості про зміст якого отримують опосередковано – за допомогою

аналізу і оцінки всіх обставин, пов'язаних із досконалим злочином. Таким чином, визначити провину без оцінки обставин справи не можна, і психологічна теорія провини без оціночних елементів стає безглуздою.

У теорії кримінального права існує величезна кількість схожих між собою визначень правопорушень, більшість із яких виходить з універсальних ознак. Тому пропонуємо виходити з ознак, які найчастіше зустрічаються в визначеннях правопорушень, а саме: протиправність, винність, суспільна небезпека, а також обов'язковий осуд з боку держави у вигляді залучення до відповідальності.

Поняття «протиправність», «винність», «громадська небезпека» нами вже згадувалися раніше. Зазначимо лише ще раз, що всі правопорушення мають протиправність, але наявність суспільної небезпеки правопорушення традиційно визнається тільки за злочинами. Вважаємо, що суспільну небезпеку (нехай у меншому ступені, іноді навіть значно меншому) мають всі правопорушення, незалежно від їх галузевої природи.

У дефініціях дуже часто зустрічаються спроби розкрити поняття провини через її форми – умисел і необережність. Або зводять взагалі до однієї з її форм (насамперед до наміру). Наприклад, О.Ф. Черданцев вважав, що вина являє собою «... психічне ставлення суб'єкта до своїм діям і наслідків, що виражається в усвідомленні, передбаченні, бажанні настання шкідливих наслідків»⁴.

Вина у вчиненні правопорушення реалізована через поняття винності, про який писали вище, тому можна говорити про те, що правопорушення і вина нерозривно пов'язані, що підтверджується в конструкції складу правопорушення, що включає в себе традиційно чотири елементи – об'єкт, суб'єкт, об'єктивну і суб'єктивну сторони.

Визнаючи провину як обов'язкову ознаку суб'єктивної сторони правопорушення, вчені сперечаються про співвідношення вини і суб'єктивної сторони злочину. Окремі автори розширено трактують поняття самої провини (включаючи в неї мотив, мету), ототожнюють провину з суб'єктивною стороною правопорушення. Інші дослідники взагалі співвідносять поняття провини з самим правопорушенням, включаючи в провину не тільки суб'єктивну сторону, а й елементи об'єктивної сторони складу правопорушення.

Ми дотримуємося позиції, згідно з якою суб'єктивна сторона будь-якого правопорушення включає в себе як самостійні, але тісно пов'язані між собою, явища: вину, мотиви, мету та емоції. Таким чином, будучи основним і найбільш значущим елементом суб'єктивної сторони, вина відмежована від мотивів, мети і емоцій. Останні впливають на зміст і ступінь провини, однак не входять до її поняття.

Нині нормативно закріплені, як правило, мотиви злочинів, наприклад, «низинні спонукання», «користь», «особистий інтерес», «помста» і т.д. Однак на практиці виявляються проблеми, пов'язані з розпливчастістю визначення їх змісту, чіткого тлумачення подібних мотивів до цього часу немає. І не можна забувати про те, що найчастіше в правопорушенні спонукальні причини (мотиви) можуть відрізнитися складністю і різноманіттям, тому подібні юридичні формулювання не розкривають усі мотиви, присутні в суб'єкта на момент вчинення діяння.

Висновки. Все вищесказане підводить нас до наступних висновків. 1. Мотив і мета на самостійній основі, поряд з виною, входять у структуру суб'єктивної сторони правопорушення. 2. Мотив і мета, на відміну від провини, в правопорушенні присутні не завжди (або хоча б їх наявність не має значення для виявлення суб'єктивної сторони). 3. Мотиви і цілі можуть носити позитивний з точки зору соціуму «забарвлення», проте юридичного значення це мати не буде.

Однак відзначимо значимість мотивів і мети для суб'єктивної сторони правопорушення: побічно, наявність мотиву і мети підтверджує наявність вини суб'єкта в правопорушення. Більш того, їх значення, як самостійних елементів, особливо важливо для кваліфікації кримінальних злочинів, де найчастіше злочинний характер діяння визначається саме залежно від наявності мотивів і мети; також вони можуть мати значення при виявленні обтяжуючих і пом'якшуючих обставин в злочині.

Нагадаємо, що крім мотивів і мети, в структуру суб'єктивної боку злочину включають ще й емоції. Зазначимо, що і емоції ряд вчених пропонують відносити до змісту провини, хоча, на наш погляд, для цього немає ніяких підстав.

Таким чином, можна ще раз підкреслити, що вина і суб'єктивна сторона правопорушення співвідносяться як приватна і загальна. Вина, поряд із самостійними іншими елементами (мотиви, цілі, емоції), входить в структуру суб'єктивної сторони. Усі вищеназвані елементи мають самостійне значення, але вина, на відміну від інших, присутня в суб'єктивній стороні правопорушення завжди.

Продовжуючи розглядати юридичні поняття, тим чи іншим чином переплетені один з одним, скажемо і про співвідношення провини та принципу провини. Їх не можна ототожнювати між собою, хоча вони й тісно взаємопов'язані. Відповідно до принципу провини до юридичної відповідальності можуть залучатися лише ті суб'єкти, чия вина встановлена однозначно.

Як ми можемо бачити, найбільш чітко і однозначно принцип провини простежується щодо кримінальних злочинів, щодо інших видів правопорушень не все так однозначно. Раніше ми розглядали так звану безвинну відповідальність. Але, тим не менш, як видно з наведених нормативних прикладів, вина і принцип вини нерозривно зв'язані між собою. За допомогою встановлення вини в обов'язковому порядку і дотриманням принципу презумпції невинуватості і реалізується принцип провини в праві.

У всіх різновидів форм провини присутні загальні ознаки, за якими їх і відносять до форм провини. Йдеться про виділення в рамках будь-якого різновиду форми вини свідомого і вольового компонентів щодо діяння і його негативних наслідків. Відмінними ознаками всіх різновидів виступають особливості поєднання цих компонентів (свідомі і вольові відносини).

Вина, винність, принцип провини, суб'єктивна сторона, мотиви, емоції і цілі – все це суміжні, пов'язані між собою категорії, існуючі в рамках одного цільового призначення – залучення до юридичної відповідальності відповідно до конституційних принципів.

¹ Філософський енциклопедичний словник / за ред. В.І. Шинкарук. Київ: Вид-во «Абрикос», 2002. С. 81.

² Кримінальне право України / за ред. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. Київ; Харків: Юринком Інтер-Право, 2002. С.160–162.

³ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. Київ, 2001.

⁴ Черданцев А.Ф. Теория государства и права. Москва: Юрайт, 2002. С. 113.

Резюме

Любавіна В.П. Вина в системі суміжних правових категорій.

У статті представлено результат та синтез системи сучасних знань про вину на рівні законодавства, теорії та практики, концентроване вираження системи авторських поглядів про вину, що є результатом дослідження, проведеного на базі системно-комплексного поєднання філософських засад даного феномена, еволюції законодавства і наукової юридичної думки, зарубіжного досвіду і правозастосовної практики.

Ключові слова: вина, мотив, суб'єктивна сторона, об'єктивна сторона, протиправність, громадська безпека.

Резюме

Любавіна В.П. Вина в системі смежных правовых категорий.

В статье представлен результат и синтез системы современных знаний о вине на уровне законодательства, теории и практики, концентрированное выражение системы авторских взглядов о вине, что является результатом исследования, проведенного на базе системно-комплексного сочетания философских основ данного феномена, эволюции законодательства и научной юридической мысли, зарубежного опыта и правоприменительной практики.

Ключевые слова: вина, мотив, субъективная сторона, объективная сторона, противоправность, общественная безопасность.

Summary

Victoria Lubavina. The concept of guilt as an element of the content of criminal law of Ukraine.

Guilt, guilt, the principle of guilt, the subjective side, motives, emotions and goals – all these are related, interconnected categories that exist within one purpose – to be held accountable in accordance with constitutional principles.

All kinds of forms of guilt have common features, according to which they are attributed to forms of guilt. It is a question of allocation within any kind of a form of guilt of conscious and volitional components in relation to action and its negative consequences. Distinctive features of all varieties are the features of the combination of these components (conscious and volitional relations).

The article presents the result and synthesis of the system of modern knowledge about guilt at the level of legislation, theory and practice, concentrated expression of the author's views on guilt, which is the result of research conducted on the basis of system-complex combination of philosophical principles, evolution of legislation and scientific legal thought, foreign experience and law enforcement practice.

To build a general theoretical model of the category of guilt, it is also necessary to analyze how the concept of "guilt" relates to the terms "offense", "corpus delicti", "subjective side of the offense", to determine how guilt differs from the principle of guilt.

We believe that the psychological theory of guilt, which is based on the idea of psychological science and underlies the legislative construction of guilt, has a significant drawback: it does not allow direct "penetration" into human consciousness, information about the content of which is obtained indirectly – by analyzing and evaluating all circumstances associated with perfect a crime.

All the above brings us to the following conclusions. 1) Motive and purpose on an independent basis, along with guilt, are part of the structure of the subjective side of the offense. 2) Motive and purpose, in contrast to guilt, are not always present in the offense (or at least their presence does not matter to identify the subjective side). 3) Motives and goals can be positive from the point of view of society "color", however, it will not have legal significance.

Key words: guilt, motive, subjective side, objective side, illegality, public safety.

Р.В. ПЕРЕЛИГІНА

*Раїса Володимирівна Перелигіна, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського університету права НАН України**

ORCID: 0000-0003-4014-7341

ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ СВІТОВОЇ ЮРИДИЧНОЇ ПРАКТИКИ У СФЕРІ ЗАПОБІГАННЯ ТА ПРОТИДІЇ ДОМАШНЬОМУ НАСИЛЬСТВУ

Постановка проблеми. Останніми роками в Україні та країнах Європейського Союзу спостерігається зростання рівня злочинності, пов'язаної із вчиненням домашнього насильства. У деяких країнах, наприклад у Франції, це явище є загальнодержавною проблемою. Домашнє насильство має особливу специфіку. Воно належить до соціальної сфери, тому що пов'язане з особливостями сімейно-побутових відносин. Проблема домашнього насильства широко обговорюється на загальнодержавному рівні та в засобах масової інформації, а її вивченням займаються представники різних галузей знань.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Проблему домашнього насильства досліджували у своїх працях такі вчені, як О.М. Бандурка, Б.М. Головкін, А.Б. Блага, О.М. Джужа, О.М. Костенко. Проте незважаючи на високий інтерес до теми домашнього насильства та значну кількість праць феноменологія домашнього насильства в Україні та країнах Європейського Союзу є недостатньо дослідженою. Крім цього, у зв'язку з прийняттям Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству», з'явилися нові можливості для визначення додаткових шляхів підвищення ефективності протидії цьому явищу.

Формулювання мети статті. *Метою статті є з'ясування закономірностей і тенденцій розвитку світової юридичної практики у сфері запобігання та протидії домашньому насильству.*

Виклад основного матеріалу. У лютому 2020 р. в Україні у тестовому режимі розпочала роботу гаряча лінія для осіб, які постраждали від домашнього насильства. На гарячій лінії надаються інформаційні, психологічні та юридичні консультації особам, які постраждали від домашнього насильства, або з питань загрози вчинення такого насильства, а також психологічна допомога цим особам¹. Проте доцільно перейняти досвід Великобританії і Франції щодо забезпечення чіткої взаємодії гарячої лінії з органами поліції з метою негайного повідомлення про вчинення домашнього насильства щодо певної особи. Гаряча лінія також повинна забезпечувати можливість звернення осіб з вадами слуху і мовлення та іноземних осіб. Наприклад, такі особи можуть повідомити про домашнє насильство за допомогою факсу, SMS, електронної пошти.

Важливим елементом у системі запобігання та протидії домашньому насильству та насильницькій злочинності загалом є створення спеціального органу, метою діяльності якого була б протидія цим явищам. Так, у Франції у 1983 р. створено Національну раду із запобігання злочинам, до якої увійшли члени парламенту, мери міст, міністри, експерти, представники бізнесових структур. Головою Національної ради із запобігання злочинам є прем'єр-міністр країни. Рада вирішує такі завдання: фінансує програми запобігання злочинам; інформує громадськість про стан справ зі злочинністю; розробляє національну політику у сфері боротьби зі злочинністю, стимулює державні антикримінальні ініціативи, координує взаємодію між місцевими органами влади, громадськими організаціями і приватним сектором². Щодо України, то позитивний вплив на протидію насильницькій злочинності мало б створення аналогічного французькому органу. Крім зазначених функцій французької Національної ради із запобігання злочинам, для українського аналогічного органу потрібно було б закріпити завдання ведення статистики насильницьких злочинів, вивчення їх причин і мотивації, організації міжнародного співробітництва з питань запобігання насильницькій злочинності, узагальнення й імплементації передового міжнародного досвіду із запобігання та протидії насильницькій злочинності. Такий орган доцільно наділити організаційно-владним статусом та повноваженнями. У його структуру варто включити відповідний підрозділ, який буде спеціалізуватися на запобіганні та протидії домашньому насильству.

Доцільним є створення моніторингового центру по боротьбі з домашнім насильством. До основних напрямів діяльності такого центру необхідно віднести дослідження статистичних показників щодо вчинення домашнього насильства по регіонах; визначення регіонів, де ця проблема має найбільше поширення; з'ясування із врахуванням статистичних показників основних причин та умов, що сприяють вчиненню домашнього насильства; узагальнення статистичної інформації, отриманої від органів, що протидіють домашньому насильству; вивчення ролі кожного із зазначених органів, а також громадських організацій у забезпеченні запобігання та протидії домашньому насильству; ініціювання змін до законодавства у галузі протидії домашньому насильству; інформування громадськості про результати моніторингу у сфері протидії домашньому

наси́льству. До завдань діяльності моніторингового центру варто віднести також ведення карти областей, за допомогою якої можна було б визначити найбільш неблагополучні області з найбільшим поширенням проявів домашнього насильства. На відповідні місцеві моніторингові центри необхідно покласти функцію ведення таких карт щодо відповідної області, на якій було б зображено найбільш неблагополучні райони областей та райони (мікрорайони) міст.

Ключовим суб'єктом протидії насильству в сім'ї та забезпечення безпеки жертв насильства у Німеччині є Федеральне міністерство у справах сім'ї, осіб похилого віку, жінок та молоді. До його повноважень належать: управління та координація всіх органів та організацій щодо протидії насильству в сім'ї, реалізація планів протидії насильству в сім'ї тощо. Федеральне міністерство у справах сім'ї, літніх громадян, жінок та молоді Німеччини забезпечує функціонування таких інституцій, як жіночі притулки, консультаційні центри та центри допомоги для потерпілих від домашнього насильства³. В Україні доцільним було б створення департаменту з питань боротьби з домашнім насильством при Міністерстві молоді та спорту України як аналогу Федерального міністерства у справах сім'ї, осіб похилого віку, жінок та молоді і відповідних управлінь на місцях.

Вартим уваги є дослідження досвіду діяльності органів кримінальної юстиції у протидії домашньому насильству у Великобританії, де боротьба з цим явищем почалася ще у ХХ ст. і де на даний час існує значний досвід протидії домашньому насильству. Система заходів, які складають британську державну політику з протидії домашньому насильству, передбачає: фінансування місцевих служб підтримки і національних телефонів довіри; забезпечення жертвам сексуального насильства доступу до спеціалізованої допомоги та надання фінансування за цим напрямом 87 незалежним консультативним центрам у великих містах; захист працівників секс-бізнесу від насильства з боку клієнтів; законодавчі обмеження примусового шлюбу та його караність; фінансування прикладних досліджень причин і умов домашнього насильства та діяльності з протидії йому, недопущення спілкування агресора з жертвою під час дії спеціальних обмежень; впровадження кампанії проти поганого ставлення та згвалтування підлітків; надання додаткових повноважень органам поліції та прокуратури щодо протидії домашньому насильству. Важливим елементом загальнодержавної протидії домашньому насильству є робота поліції. Станом на кінець 1990-х рр. увага поліції до випадків домашнього насильства була недостатньою, а дане явище сприймалося як внутрішньосімейна проблема. Проте актуальність даної проблематики зумовила реформування діяльності органів поліції у сфері протидії домашньому насильству. Схожа практика взаємодії поліції із «гарячою мобільною лінією» існує у Франції, що дає змогу оперативно прибувати на місце конфлікту; правові можливості невідкладного вилучення агресорів із сімейних помешкань; використання за рішенням суду електронних GPS-браслетів, які передають до поліції сигнал тривоги при наближенні агресора до певного місця або за сигналом потерпілої особи. Значну увагу у роботі правоохоронних органів Великобританії також приділено національним і соціальним спільнотам, для яких прояв насильства є віковою традицією. Протидія домашньому насильству – одне із основних завдань спеціальної служби CPS, яка є однією з частин системи кримінального правосуддя. Ця служба координує у сфері протидії домашньому насильству діяльність поліції, судочинства, адвокатури, служби охорони свідків, служби пробації та тюремної служби з метою захисту прав постраждалих осіб. До повноважень зазначеного органу належить також координування роботи гарячих ліній для постраждалих осіб, соціальних послуг місцевих органів влади і недержавних організацій. CPS має 42 територіальних управління, що поширюють свою діяльність на всю територію Великобританії. У практиці реагування на випадки домашнього насильства значна увага приділяється факторам доказування і захисту постраждалих осіб. У кожному випадку перевіряються обставини справи, представник служби CPS приділяє особливу увагу випадкам, коли постраждала особа забирає заяву про насильство, обов'язково додатково аналізується, чи відмова від заяви не була зроблена під тиском і чи така постраждала особа не потребує захисту. Якщо буде встановлено, що конкретний випадок насильства становить значну небезпеку для суспільства, кримінальне провадження буде продовжено незалежно від волі постраждалої особи.

Позитивний результат мало б створення мережі кризових центрів та притулків для допомоги жертвам домашнього насильства. Для початку можливим було б створення по одному центру у містах обласного значення, а згодом створення такого центру й у містах районного значення. При цьому необхідним є широке інформування населення про наявність таких центрів і притулків, їх контактних даних, стандартів допомоги, яку вони надають, та інформації про таку допомогу.

Так, позитивним є досвід функціонування шелтерів на базі Центру ресоціалізації матері і дитини «Нова я» у Дніпрі. Сам центр працює з 10 до 18 години, по типу *community centre* і включає в себе тренінговий зал, дитячу кімнату і ще декілька приміщень. Два рази на тиждень проводяться зустрічі з групами з профілактики і протидії насильству. Здійснюється групова робота, також є індивідуальні консультації. Працюють арт-терапевт, психотерапевт, і робота проводиться навіть окремо з кожною жінкою. Усі працівники працюють на волонтерських засадах. У притулку можна жити з дітьми, для цього там створені всі умови. У шелтері є три спальні з ліжками для малюків, вітальня, з'єднана з кухнею, необхідний посуд, ванна кімната. Також присутній куточок для зняття психологічної напруги: в ньому є дерев'яна біта і набите піском опудало. Притулок облаштований за європейським зразком і був профінансований Дитячим Фондом ООН «ЮНІСЕФ». Крім цього, сама робота з жертвами домашнього насильства вибудована за європейськими стандартами Максимальний строк перебування в шелтері – півроку. Однією з важливих особливостей є наявність мобільної бригади на базі центру. До складу бригади входять два соціальні працівники та психолог, які виїжджають на

місце, де стався конфлікт. Ця бригада приїжджає після або разом з поліцією, або ж взагалі вже після того, як все затихло, і вислуховує про необхідну допомогу. Після цього бригада надає варіанти, куди жертва може звернутися, або пропонує поїхати в шелтер. Також бригада може надати невелику гуманітарну допомогу. Але іноді спрацьовує навіть телефонна консультація⁴. Такі ж шелтери, які б надавали допомогу як жінкам, так і чоловікам, які стали жертвами домашнього насильства, можливо було б створити у кожному обласному центрі України. При цьому важливим було б залучення коштів спонсорів на створення таких притулків.

Загальновідомим є те, що вчинення домашнього насильства тісно пов'язано з певними психологічними, світоглядними та поведінковими установками особистості. З огляду на це, позитивний вплив на зниження рівня домашнього насильства мало б проведення виховних програм з дітьми та молоддю. Так, ст. 11 Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» передбачає включення в навчально-виховний процес та освітні програми питань запобігання та протидії домашньому насильству. При розробці та проведенні цих програм можливим було б використання позитивного досвіду Австрії з цього питання. Так, відповідні програми, які проводяться з дітьми і молоддю в Австрії, включають:

- підкреслення руйнівного впливу насильства в сімейних відносинах;
- підвищення обізнаності про природу і масштаби насильства щодо дівчат і жінок у сімейних відносинах;
- збільшення розуміння студентів про наслідки побутового насильства та насильства між знайомими у спілкуванні;
- виховання молоді в дусі неприйнятності насильства і протиправних дій у сімейних та приятельських відносинах з метою запобігання та припинення поширеності таких дій;
- розвиток ініціативності та волі дівчат щодо недопущення нерівноправних сімейних відносин, не замовчування їх наслідків та повідомлення компетентних органів про домашнє насильство;
- надання допомоги студентам в отриманні розуміння того, як стереотипні очікування чоловіків і жінок сприяють домашньому насильству, що заохочує їх розвивати ненасильницькі, справедливі сімейні та приятельські відносини;
- ознайомлення студентів з наявними державними органами та недержавними організаціями, які надають допомогу у випадку вчинення домашнього насильства⁵.

Крім цього, важливим є не лише включення до таких програм вивчення законодавства у даній сфері, інформації про інституції, що протидіють домашньому насильству та дії, які необхідно здійснити у разі вчинення домашнього насильства, а й відповідні психологічні аспекти даної проблеми, зокрема те, як розпізнати ознаки ризикованих стосунків та домашнього насильства, які риси характеру та яка поведінка характерні для осіб, які схильні до вчинення домашнього насильства тощо. При цьому при розробленні й проведенні таких програм варто зосереджувати увагу не лише на неприпустимості насильства щодо дівчат і жінок у сім'ї, а й на неприпустимості домашнього насильства щодо чоловіків.

Висновки. Домашнє насильство є однією зі складових частин загальної структури насильницької злочинності, в яку входять діяння, пов'язані з фізичним і психічним насильством над особистістю чи погрозою його застосування. Світовою громадськістю насильство визнано однією з найбільш розповсюджених у світі форм порушення прав людини. Без подолання цього небезпечного явища неможливо створити умови для самореалізації людини. Важливим є проведення загальнодержавних заходів щодо роз'яснення протиправності та неприпустимості домашнього насильства. *Під час дослідження виявлено основні тенденції у сфері запобігання, протидії домашньому насильству, проаналізовано досвід законодавчого забезпечення боротьби з домашнім насильством у країнах Європи з точки зору можливостей його використання в Україні. Заходи запобігання, протидії домашньому насильству повинні постійно вдосконалюватися відповідно до змін політично-правового курсу національного й міжнародного законодавства.*

¹ Сьогодні розпочала роботу гаряча лінія для осіб, які постраждали від домашнього насильства. URL: <https://www.kmu.gov.ua>

² Ключко А.М. Досвід зарубіжних країн у сфері боротьби зі злочинністю. *Європейські перспективи*. Київ. 2012. № 3. Ч. 2. С. 132–135.

³ Міжнародний досвід попередження та протидії домашньому насильству: монографія / А.О. Галай, В.О. Галай, Л.О. Головки, В.В. Муранова та ін. / за заг. ред. А.О. Галай. Київ: КНТ, 2014. 160 с. С. 54.

⁴ Противодействие насилию в семье: европейский опыт в Днепре. URL: <https://www.056.ua>

⁵ Про запобігання та протидію домашньому насильству: Закон України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua>

Резюме

Перелигіна Р.В. Тенденції розвитку світової юридичної практики у сфері запобігання та протидії домашньому насильству.

Виявлено основні тенденції у сфері запобігання, протидії домашньому насильству, проаналізовано досвід законодавчого забезпечення боротьби з домашнім насильством у країнах Європи з точки зору можливостей його використання в Україні. Застосовано компаративістський підхід, що слугувало розкриттю специфіки імплементації міжнародних норм і стандартів у національне законодавство країн світу.

Ключові слова: домашнє насильство, Україна, Європейський Союз, кримінальне законодавство, світова практика, протидія, запобігання.

Резюме

Перельгіна Р.В. Тенденции развития мировой юридической практики в сфере предотвращения и противодействия домашнему насилию.

Выявлены основные тенденции в сфере предотвращения, противодействия домашнему насилию, проанализирован опыт законодательного обеспечения борьбы с домашним насилием в странах Европы с точки зрения возможностей его использования в Украине. Применен компаративистский подход, что послужило раскрытию специфики имплементации международных норм и стандартов в национальное законодательство стран мира.

Ключевые слова: домашнее насилие, Украина, Европейский Союз, уголовное законодательство, мировая практика, противодействие, предотвращение.

Summary

Raisa Perehygina. Trends in the development of world legal practice in the field of preventing and combating domestic violence.

The article clarifies the patterns and trends in the development of world legal practice in the field of preventing and combating domestic violence. Domestic violence has been identified as part of the overall structure of violent crime, which includes acts of physical and mental violence against a person or the threat of its use. The theoretical basis of the study is the theoretical and methodological foundations of the mechanisms of socio-legal influence on the manifestations of domestic violence. In particular, a comparative approach was applied, which provided an interdisciplinary complex nature and in-depth scientific research of different socio-cultural contexts, which served to reveal the specifics of the implementation of international norms and standards in the national legislation of the world. The study identified the main trends in the field of prevention, combating domestic violence. It is noted that the initial conditions for the implementation of international standards in the national legislation of the world are to take into account socio-cultural traditions, legal mentality and guidelines of the state and political course. The study of international legal standards and foreign experience served to improve the theoretical and applied principles of the chosen subject of study. During the analysis it was proved that measures to prevent and combat domestic violence should be constantly improved in accordance with changes in the political and legal course of national and international law.

Conclusions. It is established that the subject forms and methods of social and legal influence in the field of prevention, counteraction, domestic violence are the interaction of various components of the state mechanism, which are characterized by the implementation of international norms and standards in national legislation. Solving the problem of domestic violence in the world and in a specific country requires consideration of the rules of traditional law, national mentality and socio-cultural traditions and is associated with the peculiarities of public policy in this area. The prospect of further research is the development of appropriate guidelines and correctional programs.

Key words: domestic violence, Ukraine, European Union, criminal legislation, world practice, counteraction, prevention.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.57

УДК 343.137:(343.122:007)

І.В. РАКІПОВА, А.В. МЕЛЬНИК

*Інна Василівна Ракіпова, кандидат юридичних наук, доцент Національного університету «Одеська юридична академія»**

ORCID: 0000-0003-2456-0515

*Андрій Валерійович Мельник, аспірант Національного університету «Одеська юридична академія»***

ОСОБЛИВОСТІ КОМУНІКАЦІЇ ПОТЕРПІЛОГО ЯК СУБ'ЄКТА КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ДОКАЗУВАННЯ

Постановка проблеми. Такий казуальний (непрофесійний) суб'єкт доказування, яким є потерпілий у кримінальному провадженні, реалізує право на процесуальну комунікацію, зокрема, в аспекті здійснення кримінального процесуального доказування під час досудового розслідування. Кримінальне процесуальне законодавство ж має гарантувати активність потерпілого під час досудового розслідування, зокрема, як суб'єкта кримінального процесуального доказування. Так, аналізуючи проблемні питання участі потерпілого в доказуванні, С.В. Давиденко звертає увагу на те, що кримінальне процесуальне законодавство має гарантувати активність потерпілого щодо встановлення обставин, які входять до предмета доказування під час досудового і судового провадження та вказує, що єдиним засобом, яким потерпілий може скористатися для реалізації наданих йому процесуальних прав, на сьогодні є адвокатський запит, до якого він може вдатися

© І.В. Ракіпова, А.В. Мельник, 2021

* *Inna Rakipova, Ph.D. in Law, Associate Professor of the National University "Odesa Law Academy"*

** *Andrii Melnyk, Postgraduate student of the National University "Odesa Law Academy"*

лише у випадках залучення до провадження свого представника¹. Тому особливості комунікації потерпілого як суб'єкта кримінального процесуального доказування, зокрема, щодо обрання, зміни чи скасування заходів забезпечення кримінального провадження за ініціативи потерпілого, – проблематика досить актуальна.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Важливі питання досліджуваної проблеми розглядали в багатьох працях вітчизняні вчені, зокрема, В.В. Вапнярчук, І.В. Глов'юк, В.О. Гринюк, С.В. Давиденко, О.П. Кучинська, М.І. Тлепова, О.О. Торбас, О.Г. Шило, О.Г. Яновська та ін.

Формулювання мети статті. Мета даної статті полягає в тому, щоб дослідити окремі особливості комунікації потерпілого як суб'єкта кримінального процесуального доказування, зокрема, щодо обрання, зміни чи скасування заходів забезпечення кримінального провадження за ініціативи потерпілого.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ч. 1 ст. 92 КПК України обов'язок доказування обставин, передбачених ст. 91 КПК, за винятком випадків, передбачених ч. 2 ст. 92 КПК, покладається на слідчого, прокурора та, в установлених КПК випадках, – на потерпілого. Зазначимо, виходячи з того, що під час досудового провадження потерпілий не є стороною кримінального провадження, можемо стверджувати, що у досудовому провадженні, в тому числі досудовому провадженні у формі приватного обвинувачення, на потерпілого не покладається обов'язок доказування. Обов'язок доказування (а точніше, тягар доказування) може покладатися на потерпілого виключно у судовому провадженні у випадках, коли потерпілий є стороною кримінального провадження, тобто, коли потерпілий, який погодився підтримувати обвинувачення в суді після відмови прокурора від підтримання обвинувачення, користується всіма правами сторони обвинувачення під час судового розгляду, або коли в обвинувальному акті зі зміненим обвинуваченням прокурором ставиться питання про застосування закону України про кримінальну відповідальність, який передбачає відповідальність за менш тяжке кримінальне правопорушення чи про зменшення обсягу обвинувачення. Разом із тим на потерпілого під час досудового та судового провадження (в тому числі судового провадження у формі приватного обвинувачення) покладається тягар доказування належності та допустимості доказів, даних щодо розміру процесуальних витрат та обставин, які характеризують підозрюваного, обвинуваченого, якщо потерпілий подає відповідні докази.

Вважаємо також, що тягар доказування може бути покладений на потерпілого і тоді, коли йдеться про доказування обставин локального предмета доказування під час, наприклад, вирішення слідчим суддею, судом питання про застосування заходу забезпечення кримінального провадження за ініціативи потерпілого.

Окремо слід сказати про обрання, зміну чи скасування заходів забезпечення кримінального провадження за ініціативи потерпілого. Пунктом 2 ч. 1 ст. 56 КПК, серед іншого, закріплено право потерпілого бути повідомленим про обрання, зміну чи скасування щодо підозрюваного, обвинуваченого заходів забезпечення кримінального провадження. Вивчивши положення розділу II КПК «Заходи забезпечення кримінального провадження», можна, зокрема, констатувати, що у КПК не передбачено обов'язку слідчого, прокурора направити або вручити потерпілому письмове повідомлення або копію ухвали слідчого судді про застосування до підозрюваного заходів забезпечення. Разом із тим підкреслимо, що думка потерпілого має відігравати вирішальну роль під час прийняття рішення про застосування заходів забезпечення кримінального провадження. Для цього в юридичній літературі пропонується надати потерпілому право брати участь у судовому засіданні з розгляду клопотання про обрання заходу забезпечення, оскільки потерпілий може вказати на факти загрози його життю і здоров'ю, на деякі обставини вчинення злочину, що необхідні для встановлення обґрунтованості підозри та причетності особи до вчинення кримінального правопорушення². Така практика вже визнана деякими країнами. Наприклад, КПК Республіки Білорусь закріплює право потерпілого брати участь при розгляді судом скарг щодо затримання, тримання під вартою, домашнього арешту підозрюваного, обвинуваченого і оскаржити таке рішення до суду (п. 7 ч. 1 ст. 50)³.

Крім того, вивчаючи практику застосування кримінального процесуального закону, слід зазначити, що ухвали суду про застосування до особи заходів забезпечення кримінального провадження нерідко містять такі, наприклад, формулювання: «покласти на обвинуваченого наступні обов'язки: утримуватися від спілкування з потерпілими...»⁴; «у суду відсутні підстави вважати, що інші (менш суворі) запобіжні заходи, можуть забезпечити виконання обвинуваченим процесуальних обов'язків, а також запобігти його спробам незаконно впливати на потерпілих...»⁵; «суд встановив, що у потерпілого є обґрунтовані побоювання щодо подальшого застосування насильства відносно нього»⁶. Наведені приклади тільки підтверджують, що надання потерпілому можливості висловлювати власну думку з приводу застосування до особи запобіжних заходів дозволить забезпечити йому особисту безпеку, а в деяких випадках (наприклад, при вирішенні питання про арешт майна підозрюваного) – гарантуватиме відшкодування йому шкоди. У зв'язку з цим доречно було б п. 2 ч. 1 ст. 56 КПК доповнити щодо права потерпілого бути повідомленим про час і місце судового засідання про обрання, зміну чи скасування щодо підозрюваного, обвинуваченого заходів забезпечення кримінального провадження. Потерпілому, який скористався правом відмови від участі в судовому засіданні з приводу обрання, зміни чи скасування щодо підозрюваного заходів забезпечення кримінального провадження, вважаємо, слід повідомити про результати судового засідання.

Нагомість відповідно до ч. 4 ст. 193 КПК за клопотанням сторін або за власною ініціативою слідчий суддя, суд має право заслухати будь-якого свідка чи дослідити будь-які матеріали, що мають значення для вирішення питання про застосування запобіжного заходу. На нашу думку, було б доречно вказати тут передусім на право потерпілого бути заслуханим (допитаним). Аналогічно у ч. 4 ст. 172, ч. 3 ст. 156, ч. 4 ст. 151

КПК мало б бути вказано на право потерпілого висловити свою думку під час вирішення судом питання про арешт майна, тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом, відсторонення від посади.

Зазначимо, що відповідно до п. б ч. 6 Декларації основних принципів правосуддя для жертв злочинів і зловживання владою від 29 листопада 1985 р. як на доступ до правосуддя та справедливе звернення вказується на «забезпечення можливості викладу і розгляду думок і побажань жертв на відповідних етапах судового розгляду у тих випадках, коли зачіпаються їх особисті інтереси, без шкоди для обвинувачених і згідно національній системі кримінального правосуддя»⁷.

Крім того, зауважимо, що відповідно до Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами» від 6 грудня 2017 р. ст. 194 КПК доповнено п. 6 такого змісту:

«В інтересах потерпілого від злочину, пов'язаного з домашнім насильством, крім обов'язків, передбачених частиною п'ятою цієї статті, суд може застосувати до особи, яка підозрюється у вчиненні такого кримінального правопорушення, один або декілька таких обмежувальних заходів:

- 1) заборона перебувати в місці спільного проживання з особою, яка постраждала від домашнього насильства;
- 2) обмеження спілкування з дитиною у разі, якщо домашнє насильство вчинено стосовно дитини або у її присутності;
- 3) заборона наблизитися на визначену відстань до місця, де особа, яка постраждала від домашнього насильства, може постійно чи тимчасово проживати, тимчасово чи систематично перебувати у зв'язку із роботою, навчанням, лікуванням чи з інших причин;

4) заборона листування, телефонних переговорів з особою, яка постраждала від домашнього насильства, інших контактів через засоби зв'язку чи електронних комунікацій особисто або через третіх осіб;

5) направлення для проходження лікування від алкогольної, наркотичної або іншої залежності, від хвороб, що становлять небезпеку для оточуючих, направлення для проходження програми для кривдників»⁸.

Певні зауваження викликає використання законодавцем словосполучення «особа, яка постраждала від домашнього насильства». Зрозуміло, що йдеться про потерпілого, однак відповідно до КПК України учасником кримінального провадження визнається саме потерпілий, тому вказівка в КПК, вважаємо, має бути на «потерпілого, який постраждав від домашнього насильства» (п.п. 1, 3, 4 ч. 6 ст. 194 КПК).

На нашу думку, вказівка на те, що «суд може застосувати до особи, яка підозрюється у вчиненні такого кримінального правопорушення, один або декілька таких обмежувальних заходів», дає змогу зробити висновок про те, що суд може і не застосувати відповідні обмежувальні заходи, що не в інтересах потерпілого від злочину, пов'язаного з домашнім насильством. Тому, вважаємо, насамперед від кримінально-процесуальної активності потерпілого в даному разі залежить можливість застосування до особи, яка підозрюється у вчиненні кримінального правопорушення, пов'язаного з домашнім насильством, одного або декількох обмежувальних заходів, передбачених законодавцем. Однак про яку кримінально-процесуальну активність потерпілого може йтися, якщо:

– по-перше, як зазначалось вище, відповідно до ч. 4 ст. 193 КПК за клопотанням сторін або за власною ініціативою слідчий суддя, суд має право заслухати будь-якого свідка чи дослідити будь-які матеріали, що мають значення для вирішення питання про застосування запобіжного заходу (без вказівки на право потерпілого висловити свою думку; без вказівки на право потерпілого звернутись з відповідним клопотанням, оскільки потерпілий є стороною кримінального провадження згідно з п. 19 ч. 1 ст. 3 КПК тільки у випадках, визначених КПК, а право потерпілого заявляти клопотання передбачено п. 4 ч. 1 ст. 56 КПК);

– по-друге, законодавець у ч. 1 ст. 193 КПК вказує, що розгляд клопотання про застосування запобіжного заходу здійснюється за участю прокурора, підозрюваного, обвинуваченого, його захисника, не згадуючи про участь потерпілого, його представника;

– по-третє, відповідно до ч. 4 ст. 176 КПК запобіжні заходи застосовуються: під час досудового розслідування – слідчим суддею за клопотанням слідчого, погодженим з прокурором, або за клопотанням прокурора, а під час судового провадження – судом за клопотанням прокурора.

Тобто очевидним є те, що під час досудового розслідування ініціювати обрання чи зміну запобіжного заходу шляхом подання відповідного клопотання слідчому судді потерпілий не може. В літературі з цього приводу також зазначається, що у Розділі 2 КПК України потерпілий не вказаний як ініціатор обрання, зміни запобіжного заходу, встановлено виключно вимоги до клопотання слідчого, прокурора, обов'язок вручення клопотання та матеріалів, якими обґрунтовується необхідність застосування запобіжного заходу підозрюваному, обвинуваченому не пізніше ніж за три години до початку розгляду клопотання покладено на слідчого, прокурора, суб'єктом тягаря доказування необхідності його застосування визнано також слідчого, прокурора⁹. Виходячи з аналізу положень ст. ст. 56, 93, 220 КПК, ініціювати обрання чи зміну запобіжного заходу в цій стадії кримінального провадження потерпілий може виключно шляхом подання клопотання слідчому, прокурору, що має бути розглянуто в строк не більше трьох днів. Результатом розгляду може бути, звісно, й відмова в задоволенні клопотання (ч. 2 ст. 220 КПК), причому доходимо висновку, що така відмова не є підставою для звернення зі скаргою до слідчого судді. Оскільки відповідної окремої підстави для оскарження відмови в задоволенні клопотання щодо обрання чи зміни запобіжного заходу ч. 1 ст. 303 КПК не передбачає, а відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 303 КПК оскарженню підлягає «нездійснення інших процесуальних дій, які слідчий, про-

курор зобов'язані вчинити у визначений Кодексом строк» (а постанова про повну або часткову відмову в задоволенні клопотання, прийнята у визначений КПК строк, не є бездіяльністю чи нездійсненням відповідних процесуальних дій), то перспектива ініціювання обрання чи зміни запобіжного заходу потерпілим на досудовому провадженні видається малоефективною. Такий процесуальний механізм не здатний забезпечити захист прав та законних інтересів потерпілого, зокрема, й права оскаржувати рішення слідчого, прокурора.

Та й взагалі, можна погодитися з тим, що предмет оскарження на стадії досудового розслідування не може бути вичерпним, оскільки ефективність захисту прав потерпілого залежить від швидкого реагування уповноважених органів на порушення його прав¹⁰.

Тому вважаємо за необхідне вказати на право потерпілого, його представника, законного представника протягом кримінального провадження ініціювати обрання, зміну запобіжного заходу, бути повідомленим про час, місце судового засідання та результати розгляду клопотання про обрання, зміну чи скасування запобіжного заходу. Тим паче, що наразі ч. 4 ст. 176 КПК не узгоджується з положеннями ч. 3 ст. 315 КПК та ч. 1 ст. 331 КПК, адже відповідно до ч. 4 ст. 176 КПК запобіжні заходи застосовуються під час судового провадження – судом за клопотанням прокурора, в той час як відповідно до ч. 3 ст. 315 КПК під час підготовчого судового засідання суд за клопотанням учасників судового провадження має право обрати, змінити чи скасувати заходи забезпечення кримінального провадження, в тому числі запобіжний захід, обраний щодо обвинуваченого; відповідно до ч. 1 ст. 331 КПК під час судового розгляду суд за клопотанням сторони обвинувачення або захисту має право своєю ухвалою змінити, скасувати або обрати запобіжний захід щодо обвинуваченого.

Враховуючи вищенаведене, на нашу думку, слід внести відповідні зміни та доповнення до положень чинного КПК України. Зокрема, п. 2 ч. 1 ст. 56 КПК доповнити та викласти у такій редакції:

«2) знати сутність підозри та обвинувачення, *ініціювати обрання, зміну запобіжного заходу*, бути повідомленим *про час, місце судового засідання та брати у ньому участь*, бути повідомленим про обрання, зміну чи скасування щодо підозрюваного, обвинуваченого заходів забезпечення кримінального провадження, а також закінчення досудового розслідування;».

Відповідно ч. 3, 4 ст. 176 КПК викласти у такій редакції:

«3. Слідчий суддя, суд відмовляє у застосуванні запобіжного заходу, якщо слідчий, прокурор, *а у випадках, передбачених цим Кодексом, потерпілий, його представник, законний представник* не доведе, що встановлені під час розгляду клопотання про застосування запобіжних заходів обставини є достатніми для переконання, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів, передбачених частиною першою цієї статті, не може запобігти доведенню під час розгляду ризику або ризикам. При цьому найбільш м'яким запобіжним заходом є особисте зобов'язання, а найбільш суворим – тримання під вартою.

4. Запобіжні заходи застосовуються: під час досудового розслідування – слідчим суддею за клопотанням слідчого, погодженим з прокурором, або за клопотанням прокурора, *або за клопотанням потерпілого, його представника, законного представника*, а під час судового провадження – судом *за клопотанням сторони обвинувачення, сторони захисту, потерпілого, його представника, законного представника*».

В усіх випадках, коли передбачається ініціювання потерпілим обрання, зміни запобіжного заходу, тягар доказування обставин, що становлять в даному разі локальний предмет доказування, покладаються на потерпілого, його представника, законного представника.

Висновки. Отож, дослідження особливостей комунікації потерпілого як суб'єкта кримінального процесуального доказування, зокрема, щодо обрання, зміни чи скасування заходів забезпечення кримінального провадження за ініціативи потерпілого, приводить до необхідності внесення змін та доповнень до чинного КПК України.

¹ Давиденко С.В. Потерпілий як суб'єкт кримінально-процесуального доказування: монографія / за наук. ред. Ю.М. Грошевого; НЮАУ ім. Ярослава Мудрого. Харків: ФІНН, 2008. 296 с.

² Горобец В. Принятие судебных решений о заключении под стражу. 2002. № 6. С. 16–18.

³ КПК Республики Беларусь. URL: <https://kodeksy.by/ugolovno-processualnyy-kodeks>

⁴ Ухвала Дніпровського районного суду м. Дніпродзержинськ Дніпропетровської області про зміну запобіжного заходу від 23 лютого 2015 р. у справі № 209/4356/13-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/50008850>

⁵ Ухвала Солом'янського районного суду м. Києва від 5 жовтня 2015 р. у справі № 760/23434/14-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/51936663>

⁶ Ухвала Ужгородського міськрайонного суду Закарпатської області від 2 жовтня 2015 р. у справі № 308/4008/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/51814908>

⁷ Декларації основних принципів правосуддя для жертв злочинів і зловживання владою від 29 листопада 1985 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_114#Text

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 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2227-19#Text>

⁹ Гловюк І.В. Потерпілий як ініціатор обрання та зміни запобіжного заходу у судовому провадженні в суді I інстанції: аспекти нормативної регламентації. *Правові та інституційні механізми забезпечення розвитку України в умовах європейської інтеграції*: матеріали Міжнародної наук.-практ. конференції (м. Одеса, 18 травня 2018 р.): у 2 т. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2018. Т. 2 / відп. ред. Г.О. Ульянова. С. 272–274.

¹⁰ Тлепова М.І. Процесуальне становище потерпілого під час досудового розслідування: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Харків. 2015. С. 79. URL: https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/12010/1/Tlepova_2015_dus.pdf

Резюме

Ракіпова І.В., Мельник А.В. Особливості комунікації потерпілого як суб'єкта кримінального процесуального доказування.

У статті досліджено особливості комунікації потерпілого як суб'єкта кримінального процесуального доказування, зокрема, щодо обрання, зміни чи скасування заходів забезпечення кримінального провадження за ініціативи потерпілого. Зроблено пропозиції щодо внесення змін та доповнень до чинного КПК України.

Ключові слова: кримінальне провадження, потерпілий, кримінальне процесуальне доказування, суб'єкт доказування, кримінальна процесуальна комунікація.

Резюме

Ракіпова И.В., Мельник А.В. Особенности коммуникации потерпевшего как субъекта уголовного процессуального доказывания.

В статье исследуются особенности коммуникации потерпевшего как субъекта уголовного процессуального доказывания, в частности, об избрании, изменении или отмене мер обеспечения уголовного производства по инициативе потерпевшего. Сделаны предложения о внесении изменений и дополнений в действующий УПК Украины.

Ключевые слова: уголовное производство, потерпевший, уголовное процессуальное доказывание, субъект доказывания, уголовное процессуальное коммуникация.

Summary

Inna Rakipova, Andrii Melnyk. Features of communication of the victim as a subject of criminal procedural evidence.

The article examines the features of communication of the victim as a subject of criminal procedural evidence, in particular, regarding the election, change or cancellation of measures to ensure criminal proceedings at the initiative of the victim. Proposals have been made to make changes and additions to the current CPC of Ukraine.

It is emphasized that the criminal procedural legislation should guarantee the activity of the victim to establish the circumstances included in the subject of evidence during the pre-trial and court proceedings.

It is noted that the burden of proof may be placed on the victim when it comes to proving the circumstances of the local subject of evidence during, for example, the decision of the investigating judge, the court on the application of criminal proceedings at the initiative of the victim.

Indicates the need to regulate the right of the victim, his representative, legal representative during the criminal proceedings to initiate the election, change the measure of restraint, to be notified of the time, place of the hearing and the results of the petition for election, change or cancellation of the measure of restraint. In all cases where the victim is expected to initiate the election, changes in the measure of restraint, the burden of proving the circumstances that constitute in this case the local subject of evidence, rests with the victim, his representative, legal representative.

Key words: criminal proceedings, victim, criminal procedural evidence, subject of evidence, criminal procedural communication.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.58

УДК 343.98

Т.Ю. ТАРАСЕВИЧ

Тетяна Юрїїєна Тарасевич, кандидат юридичних наук*

ORCID: 0000-0002-3860-9909

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ БІОМЕТРИЧНОЇ ІДЕНТИФІКАЦІЇ ОСОБИ: НАЦІОНАЛЬНІ ТЕНДЕНЦІЇ ТА ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД

У сучасних умовах цифровізації всіх сфер суспільного життя великого значення набуває проблема правового регулювання біометричної ідентифікації особи з урахуванням її ролі у сфері охорони права на недоторканність приватного життя. Як наголошує В. Негребецький, нині біометричні системи досить широко використовують у різних сферах життя людини. Завдяки автоматизації та швидкості розпізнавання особи біометричні технології дуже корисні в будь-якій галузі діяльності людини, де потрібно перевірити і підтвердити особу за її біометричними характеристиками. Це можуть бути безпека, оборона, міграційні процеси, банківська сфера й моніторинг тощо. Причому навести вичерпний перелік сфер застосування біометричних технологій натеper уже неможливо, оскільки сама ідея перевірки й підтвердження особи людини дедалі більше стає привабливою й асоціюється з безпекою¹. Також дослідники наголошують, що упровадження заходів з ідентифікації та верифікації необхідне вирішення для вирішення таких проблем: боротьби з теро-

© Т.Ю. Тарасевич, 2021

* *Tetiana Tarasevych, Ph.D. in Law*

ризмом, насамперед із міжнародним, та злочинністю (організованою, транскордонною, пов'язаною з викраденням людей і работоргівлею тощо); протидії нелегальній міграції, що призвело у XXI ст. до реорганізації прикордонних служб усіх розвинених держав (у цьому напрямі також просувається й Україна); припинення шахрайств у сфері електронної й мобільної комерції, зловживань із кредитними картками (крадіжки і привласнення шляхом обману повноважень законного користувача з розпорядження грошовими коштами)².

Принагідно зазначимо, слово *біометрія* грецького походження – «*bio*» – життя, «*metron*» – вимірювання («вимір життя»). Саме поняття «біометрія» з'явилося наприкінці XIX ст., його розуміли як розділ науки, що займається кількісними біологічними експериментами із залученням методів математичної статистики. Наприкінці XX ст. інтерес до біометрії значно зріс завдяки тому, що ця галузь науки знайшла своє застосування в розробках нових технологій безпеки, суть яких зводиться до використання комп'ютерних систем розпізнавання особистості³.

Біометрична технологія – це автоматизовані методи розпізнавання особи людини, засновані на фізіологічних або поведінкових характеристиках⁴. Зараз набули поширення різноманітні технології автоматизованого розпізнавання людини за райдужною оболонкою чи сітківкою ока, на основі фото- та відео зображення особи, отриманого у видимій та інфрачервоній галузі спектра, за дактилоскопічною інформацією відбитків пальців і долонь, геометрією контуру кисті руки, динаміки рухів кисті руки під час підпису, мови, судин у підшкірних ділянках тіла, динаміки клавіатурного почерку, запаху, ДНК, кардіограми тощо⁵.

Біометрія на сьогодні – це сукупність динамічно розвиваючих технологій, а також перспективний науковий напрям, сформований на основі наукових досягнень математики, біології, статистики і права. Основи біометрії як наукового напрямку було закладено в роботах бельгійського статистика А. Кетле, який для дослідження суспільних явищ застосовував методи, характерні для природних наук. Сучасний стан біометрії визначається складним і тривалим історичним розвитком – від перших словесних описів біологічних об'єктів та їхніх властивостей до формалізованих моделей об'єктів та їхніх взаємозв'язків.

Сьогодні під біометрією розуміють галузь наукового знання, яка вивчає методи ідентифікації, верифікації та автентифікації людини на основі її вимірних і зафіксованих біометричних ознак.

На цей час біометрична ідентифікація є окремим і найбільш перспективним напрямом розвитку технологій у сфері ідентифікації. Перевагою біометричної ідентифікації є те, що вона проводиться за справжніми індивідуальними ознаками людини. При цьому якщо спочатку ключове значення в біометричній ідентифікації мала ідентифікація папілярних візерунків, особливо нігтьових фаланг пальців рук людини, у сфері попереднього розслідування злочинів та інших правопорушень, то сьогодні з розширенням застосування фото- і відеофіксації, їх автоматизацією та застосуванням технології розпізнавання образів ситуація кардинально змінилася і найбільш значуща ідентифікація людини за ознаками зовнішності й антропометричними параметрами.

Останніми роками біометричні технології набули поширення в контексті заміни магнітних карт та ідентифікації на основі «логін – пароль» і використовуються для обліку фактично відпрацьованого робочого часу й контролю за дисципліною праці в організаціях. Біометричні дані і технології біометричної ідентифікації також використовуються в передових цифрових технологіях: штучного інтелекту, інтернет-речей, технологій як віртуальної реальності тощо.

Однією із застосовуваних технологій біометричної ідентифікації людини, поряд з використанням статистичних параметрів, є ідентифікація на основі її динамічних біометричних характеристик.

До статистичних параметрів тіла людини, що використовуються під час біометричної ідентифікації, належать унікальні ознаки людини, які вона має від народження: особливості будови шкірних покривів, враховуючи папілярні візерунки, флексорні лінії, характер пор, геномна інформація, геометрія і розміри тіла й окремих його частин, будова райдужної сітківки ока тощо⁶. Зараз використовують також венозну біометрію кінцівок, інші аналогічні варіанти ідентифікації, засновані на антропометрії в поєднанні з моментальним «Селфі», отриманим із автентифікованого пристрою користувача (наприклад, рис обличчя, частин рук, долонь тощо). Це, зокрема, активно використовується в системі «Дія», встановленні мобільного додатку «Вдома», у разі відправлення особи, яка прибула в Україну з іноземної держави, на самоізоляцію⁷.

До динамічних ознак належать характеристики, отримані людиною в процесі її фізіологічного розвитку та соціалізації: характеристика рухів і ходи, міміки обличчя, голосу тощо. Голосова біометрія, наприклад, реалізується під час розпізнавання голосу клієнта при дзвінках у сервісні центри, дактилоскопія ж може відбуватися на всіляких терміналах, зокрема під час проходження прикордонного контролю.

Перспективним напрямом видається розпізнавання користувальницької манери введення тексту або руху курсору миші (пальців на сенсорному екрані мобільних пристроїв). Рухи рук і пальців людини тут називаються «когнітивними відбитками», які проявляються в ритмі набору символів⁸. При цьому будь-які біометричні ознаки здатні змінюватися з часом під впливом внутрішніх і зовнішніх чинників.

У найближчі роки варто очікувати масової появи систем ідентифікації на основі генетичної інформації, і це буде пов'язано не тільки з реєстрацією громадян, які скоювали злочини або були підозрюваними в їх скоєнні, як це було раніше. На сьогодні ідентифікація за ДНК вийшла за межі кримінально-правового регулювання, а також державної служби, розглядається питання її комерційного застосування.

Безумовно, методи аналізу ДНК швидко розвиваються. За загальним визнанням, генетичні характеристики, що містяться в «кодованих» ділянках, зберігаються і використовуються тільки в медичних цілях або для наукових досліджень, тоді як генетичні відбитки пальців, які використовують правоохоронці й органи

правосуддя, стосуються тільки маркерів статі та ідентифікації. Крім того, з молекулою ДНК, окрім її індивідуальності, пов'язана й інша основна властивість – спадковість і спосіб передачі спадкової інформації. Тож молекула ДНК є носієм інформації не тільки про конкретний індивід, а й про його батьків і родичів. Сьогодні більшість дослідників у галузі біоюриспруденції вважає, що ідентифікація за допомогою ДНК є найточнішим методом. Водночас це, очевидно, ресурсомісткий, нешвидкий і, як наслідок, досить дорогий метод ідентифікації. Висока ринкова його вартість пов'язана зі складністю ДНК-технологій під час проведення наукових дослідів і потребою в масових ДНК-скринінгах населення. Створити так званий «генетичний паспорт» суб'єкта ідентифікації поки вкрай затратно, хоча зі здешевленням відповідних технологій такі способи ідентифікації можуть стати масовими.

Зауважимо, що етапи біометричної ідентифікації і для статичних біометричних даних, і для динамічних біометричних даних збігаються. Зокрема: система (інфраструктура) ідентифікації запам'ятовує біометричні дані (зразок); зчитування біометрії, інформація обробляється і перетворюється на цифровий код; порівняння біометричного зразка з цифровим кодом, отриманим під час зчитування і проведення ідентифікації.

У процесі розробки біометричних систем враховуються методика і точність вимірювання використовуваних біометричних параметрів та специфіка зберігання даних і технологій пошуку. До інформаційних систем, які здійснюють біометричну ідентифікацію, висуваються вимоги щодо швидкості обчислень, вартості, масштабованості, точності й безпеки.

У сучасних системах забезпечення інформаційної безпеки біометричні технології ідентифікації людини, що поєднують високий рівень захисту, зручність і надійність ідентифікації, мають дедалі більше значення. Ключову роль у розвитку технологій біометричної ідентифікації відіграє динаміка мобільних технологій, зокрема застосовуваних у фінансово-кредитній сфері для здійснення мобільних платежів.

Найбільшою у світі системою біометричної ідентифікації на сьогодні є Aadhaar (Індія). Aadhaar – це індійський онлайн-сервіс ідентифікації, що надається державним агентством UIDAI. Станом на кінець березня 2021 р. в системі було зареєстровано понад 1,28 млрд людей, що становить близько 90 % громадян Індії⁹.

За даними Організації Об'єднаних Націй більш ніж половина держав – її членів, уже використовують біометричні паспорти. Відповідно до інформації Міжнародної організації цивільної авіації (далі – ICAO), понад 90 країн зі 193 держав-членів ООН на цей час видають такі документи, і ще більш ніж 20 держав готові до впровадження таких документів найближчими роками.

Близько 45 країн з-поміж тих, які видають біометричні документи, зберігають на документах одночасно і відбитки пальців, і зображення особи, а понад 30 країн використовують лише оцифроване фото власника документа. Решта країн наразі використовують тільки зображення обличчя, але найближчим часом планують використовувати і дані дактилоскопії.

Закордонні паспорти громадянина України із застосуванням біометрії має близько третини населення нашої країни. За даними ICAO, понад 15 країн зараз використовують автоматизовані контрольно-пропускні системи для власників електронних паспортів. Для того щоб пройти процедуру паспортного контролю, мандрівник може скористатися «електронними воротами», які в автоматичному режимі зв'язують його біометричні дані з інформацією, що зберігається на чипі документа. Серед країн, які читають (сканують) е-паспорт в аеропортах і на кордонах, США, Великобританія, Сінгапур, Португалія, Нова Зеландія, Японія, Індонезія і Німеччина¹⁰. Крім того, у Болівії, Бразилії, Венесуелі, Кенії та низці інших держав біометрія вже застосовується у виборчій системі.

Додамо, що такі методи ідентифікації застосовують уже загалом у широкому колі сфер: державному управлінні, туризмі, у сфері контролю міграції, охорони здоров'я, торгівлі, забезпеченні інформаційної безпеки, фінансово-кредитній сфері тощо¹¹. Зростання популярності відповідних механізмів і методів ідентифікації пов'язане, зокрема, і з подальшим поширенням користувальницьких абонентських пристроїв (передусім смартфонів), через що спостерігається зростання їх застосування в комерційному секторі. За даними Juniper Research, обсяг транзакцій при застосуванні мобільних пристроїв зв'язку за допомогою біометрії до 2023 р. в загальносвітовому масштабі перевищить 2 трлн доларів.

У вітчизняному законодавстві основи для біометричної ідентифікації було закладено 20 листопада 2012 р., із прийняттям Закону «Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус» № 5492-VI¹², яким передбачено введення документів з електронним носієм, на якому передбачається розміщення біометричних даних про особу. У 2017 р. Уряд України затвердив Положення про національну систему біометричної верифікації та ідентифікації громадян України, іноземців та осіб без громадянства¹³.

Такі зміни до чинного законодавства реалізують нову політику держави у сфері ідентифікації – створення єдиної біометричної системи. Уся створювана система мусить мати на меті ідентифікацію громадянина України без його особистої присутності. Окремий інтерес після формування правозастосовної та, зокрема, судової практики для майбутнього аналізу являє реалізована в законі організаційна модель забезпечення безпеки, що пропонує відповідь на питання про те, які пристрої можна або не можна використовувати для ідентифікації за наявності або відсутності шифрувальних засобів.

Загалом питання збору, використання та обробки біометричних даних регулює низка нормативних актів: Цивільний кодекс України¹⁴; Закон України «Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус»¹⁵; Закон

України «Про захист персональних даних»¹⁶; Закон України «Про інформацію»¹⁷; Закон України «Про правовий статус іноземців і осіб без громадянства»¹⁸; Закон України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту»¹⁹; Положення про національну систему біометричної верифікації та ідентифікації громадян України, іноземців та осіб без громадянства, затверджене постановою КМУ від 27 грудня 2017 р. № 1073²⁰; Інструкція про порядок фіксації біометричних даних (параметрів) іноземців та осіб без громадянства посадовими особами Державної міграційної служби України, її територіальних органів і територіальних підрозділів, затверджена наказом МВС України від 23 листопада 2018 р. № 944 (zareєстрована в Міністерстві юстиції України 17 грудня 2018 р. за № 1428/32880)²¹.

Для вітчизняного законодавства принциповою новелою стала така категорія, як «єдина біометрична система» – єдина інформаційна система персональних даних, що забезпечує обробку, враховуючи збір і зберігання наданих біометричних персональних даних, їх перевірку і передачу інформації про ступінь їх відповідності. До цієї системи дані громадянина потрапляють після його особистої ідентифікації (при його особистій присутності) і з його згоди, після чого вони обробляються для цілей ідентифікації. Саме розміщення в системі даних здійснюють уповноважені співробітники державних органів або організацій і підписуються електронним підписом. У разі використання Інтернету мають застосовуватися шифрувальні (криптографічні) засоби, але право вибору, відмовитися чи ні від зазначених засобів, надається фізичній особі.

Відмова має бути поінформованою – особу повинні попередити про ризики, пов'язані з такою відмовою. Зрештою, не маючи інших прямих норм про безпеку ідентифікації, закон, на жаль, з техніко-юридичного погляду більше нагадує підзаконний акт або інструкцію, щоправда, вказує вектор регулювання, спрямований на безпеку відповідних правовідносин усупереч зручності для бізнесу й держави самої технології.

Можна стверджувати, що зараз головною проблемою біометричної ідентифікації щодо статичних біометричних даних є те, що такими даними нескладно незаконно заволодіти і скористатися. Це підтверджує необхідність реалізації принципу конфіденційності для правовідносин у сфері ідентифікації із встановленням режиму таємниці ідентифікації, зокрема для такого виду інформації.

Показово, що у світі виникла протилежна тенденція – почали обговорювати не тільки впровадження систем відеофіксації й біометричної ідентифікації по відеозображенню і мовній інформації та їх регулювання, а, навпаки, заборону або обмеження використання цих технологій, як не найбільш надійних. Законодавство про ідентифікацію має бути технологічно нейтральним, щоб не залежати від постійно виникаючих методів та алгоритмів ідентифікації, проте прикладів того дуже мало, а якщо аналізувати вітчизняний і зарубіжний досвід, то ця мета не досягнута.

Із технічної точки зору зазначені вище біометричні персональні дані в реальному житті можуть і не служити достовірній ідентифікації. При цьому системи біометричної ідентифікації (як і інші системи захисту інформації) можуть бути зламані та дискредитовані шляхом пред'явлення системі муляжів поверхневих папілярних візерунків нігтьових фаланг пальців руки, аудіозаписів паролів чи в інші способи.

З огляду на це фундаментальна проблема, пов'язана з використанням відкритих біометричних даних, полягає в тому, що вони не є секретними. Звести до мінімуму недоліки методів біометричної ідентифікації можливо за допомогою розробки і застосування алгоритмів, заснованих на пред'явленні випадково сформованих ключових ознак з біометричної бази еталонів користувачів. В умовах масового поширення відеоспостереження та фіксації, біометричної ідентифікації по зображенню, зокрема із впровадженням норм про них у законодавство, неминучі подробиці відеозображень у реальному часі, коли ні системи, ні люди не зможуть без спеціального апаратно-програмного забезпечення розрізнити, що є справжнім, а що – згенерованим, і найчастіше з незаконними або недобросовісними цілями. Популярність таких технологій стрімко зростає, і тепер їх можна легко знайти в Інтернеті у вільному доступі.

Але навіть без недобросовісної генерації або підміни відеоінформації у світі стали звертати увагу на те, що розвиваючі технології можуть сприяти порушенню прав і законних інтересів громадян. Із цим погоджуються і вітчизняні дослідники. Наприклад, А. В. Кардаш стверджує, що використання біометричних даних для цілей ідентифікації фізичних осіб у цивільному обороті за загальним правилом не допускається і порушує приватне життя²².

В Україні поки що такі соціально-технологічні проблеми не враховуються в системі правового регулювання, але кількість конфліктів і відкритих питань, пов'язаних прямо чи опосередковано зі сферою ідентифікації, зростає.

Отже, дослідження показало, що на сьогодні біометрія є сукупністю цифрових технологій, що динамічно розвиваються, а також перспективним науковим напрямом, сформованим на базі наукових досягнень математики, біології, статистики і права. Крім того, зараз набуває поширення використання генетичних характеристик, що зберігають спадкову інформацію. Для вітчизняного ж законодавства принциповою новелою стала «єдина біометрична система».

Загалом, законодавство про ідентифікацію має бути технологічно нейтральним, щоб не залежати від постійно виникаючих методів та алгоритмів ідентифікації. Однак дослідження вітчизняного й зарубіжного досвіду показує, що цієї мети поки не досягли.

Поширення біометричних систем, використання систем логінів і паролів, засобів електронного підпису й електронного документообігу, інших способів і методів ідентифікації та їх комбінацій в умовах, коли актуальність технологій ідентифікації для цифрової економіки та публічного адміністрування на сучасному етапі цифрової трансформації суспільства ні в кого не викликає сумнівів, ставить перед державою завдання фор-

мування повноцінної стратегії у сфері розвитку технологій ідентифікації та їх використання. До складу такої стратегії потрібно внести низку принципових для сфери ідентифікації й забезпечення її надійності та безпеки питань. Серед перших варто назвати завдання з формування спеціальної системи повноважень для органів виконавчої влади у сфері контролю та нагляду за відповідними інформаційними правовідносинами і комплексної міжвідомчої координації діяльності органів влади України.

Отже, в умовах різноманіття механізмів, способів, методів і технологій ідентифікації, різноманітності ідентифікаторів, популярності багатofакторної ідентифікації потрібне узагальнення використовуваних засобів і їх оцінка з позиції надійності й безпеки використання, враховуючи протидію фальсифікації результатів ідентифікації, та отримання достовірних результатів. Звісно, це завдання має стати одним із найважливіших для держави у сфері розвитку інформаційної сфери, такі механізми й технології повинні лягати в основу організації державних і недержавних інформаційних систем та інфраструктур ідентифікації, зокрема в комерційній сфері, де рівень свободи ухвалення рішень завжди вищий, ніж використання технологій в інших сферах, але при цьому наявні значні ризики використання ненадійних рішень.

За аналогією з процесами, які мали місце останнім десятиліттям щодо засобів електронного документообігу та електронного підпису, коли давалася оцінка і вказувалися сфери, технології і методи їх безпечного використання, важливо створити національну систему класифікації механізмів і методів ідентифікації для уніфікації підходів під час організації інформаційних процесів ідентифікації, а також створення системи рекомендацій і (для низки сфер) вимог, які підходять й технології мають використовуватися у сфері взаємодії держави, суспільства і бізнесу для забезпечення юридично значущої і достовірної ідентифікації та унеможливлення надмірного збору даних. Також можна ввести спеціальне правове регулювання для організації сертифікації технологій і рішень та побудови різних інфраструктур ідентифікації.

У стратегії окрему увагу має бути приділено міжнародному співробітництву, передусім у системі правового регулювання ініціатив у межах спільного європейського простору. Останнім важливим напрямом у ній має стати формування рішень і нормотворчості з організації системи юридичної відповідальності у сфері ідентифікації.

¹ Негребецький В. Біометричні технології в криміналістиці: функції та можливості використання. *Підприємство, господарство і право*. 2021. № 3. С. 296.

² Захаров В.П., Рудешко В.І. Біометричні технології в XXI столітті та їх використання правоохоронними органами: посібник. 2-ге вид., допов. Львів: ЛьвДУВС, 2015. С. 8.

³ Швець В., Фесенко А. Основні біометричні характеристики, сучасні системи та технології біометричної аутентифікації. *Безпека інформації*. 2013. № 9. С. 99.

⁴ Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т. Харків: Право, 2018. Т. 20: Криміналістика, судова експертиза, юридична психологія / редкол. В.Ю. Шепітько та ін. С. 50.

⁵ Швець В., Фесенко А. Основні біометричні характеристики, сучасні системи та технології біометричної аутентифікації. *Безпека інформації*. 2013. № 9. С. 100–101.

⁶ Пяковський В.В. Криміналістика: підручник. Київ: Право, 2020. 752 с.

⁷ Перетинання державного кордону/адмінмежі/лінії розмежування в умовах карантину. *Офіц. сайт Державної прикордонної служби України*. URL: <https://dpsu.gov.ua/ua/peretinannya-derzhavnogo-kordonuadminmezhlinii-zitknennya-v-umovah-karantinu/> (дата звернення: 12.07.2021).

⁸ Сугестивні технології маніпулятивного впливу: навч. посіб. / В.М. Петрик, М.М. Присяжнюк, Л.Ф. Компанцева, Є.Д. Скулиш, О.Д. Бойко, В.В. Остроухов; за заг. ред. Є.Д. Скулиша. 2-ге вид. Київ: ЗАТ «ВПІОЛ», 2011. С. 194.

⁹ Unique Identification Authority of India. URL: <https://uidai.gov.in> (viewed on 12.07.2021).

¹⁰ Бригинець С. Біометричні дані: збір і захист у Європі, США та Україні. *Юридична газета*. 2019. 8 жовт. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/insh/biometriczni-dani-zbir-i-zahist-u-evropi-ssha-ta-ukrayini.html> (дата звернення: 12.07.2021).

¹¹ Що таке біометричні документи і для чого вони потрібні? *Офіц. сайт ДМС України*. URL: <https://dmsu.gov.ua/faq/biometriczni-dokumenti-v-ukrajni/shho-take-biometriczni-dokumenti-i-dlya-chogo-voni-potribni.html> (дата звернення: 12.07.2021).

¹² Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус: Закон України від 20.11.2012 р. № 5492-VI. *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5492-17#Text> (дата звернення: 12.07.2021).

¹³ Положення про національну систему біометричної верифікації та ідентифікації громадян України, іноземців та осіб без громадянства, затвердж. постановою КМУ від 27.12.2017 р. № 1073. *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1073-2017-%D0%BF#Text> (дата звернення: 12.07.2021).

¹⁴ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV. *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 12.07.2021).

¹⁵ Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус: Закон України від 20.11.2012 р. № 5492-VI. *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5492-17#Text> (дата звернення: 12.07.2021).

¹⁶ Про захист персональних даних: Закон України від 01.06.2010 р. № 2297-VI. *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2297-17#Text> (дата звернення: 12.07.2021).

¹⁷ Про інформацію: Закон України від 02.10.1992 р. № 2657-XII. *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2657-12#Text> (дата звернення: 12.09.2021).

¹⁸ Про правовий статус іноземців і осіб без громадянства: Закон України від 22.09.2011 р. № 3773-VI. *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3773-17#Text> (дата звернення: 12.07.2021).

¹⁹ Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту: Закон України від 08.07.2011 р. № 3671-VI. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3671-17#Text> (дата звернення: 12.07.2021).

²⁰ Положення про національну систему біометричної верифікації та ідентифікації громадян України, іноземців та осіб без громадянства, затвердж. постановою КМУ від 27.12.2017 р. № 1073. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1073-2017-%D0%BF#Text> (дата звернення: 12.07.2021).

²¹ Інструкція про порядок фіксації біометричних даних (параметрів) іноземців та осіб без громадянства посадовими особами Державної міграційної служби України, її територіальних органів і територіальних підрозділів, затвердж. наказом МВС України від 23.11.2018 р. № 944. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1428-18#Text> (дата звернення: 12.07.2021).

²² Кардаш А.В. Конституційно-правовий захист інформації про особу (порівняльно-правовий аспект): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого МОН. Харків, 2019. С. 134.

Резюме

Тарасевич Т.Ю. Правове регулювання біометричної ідентифікації особи: національні тенденції та зарубіжний досвід.

У статті досліджено питання ідентифікації особи крізь призму її біометричних даних. Наголошено, що однією із застосовуваних технологій біометричної ідентифікації людини, поряд з використанням статистичних параметрів, є ідентифікація на основі її динамічних біометричних характеристик. Головною проблемою біометричної ідентифікації щодо статичних біометричних даних є те, що такими даними нескладно незаконно завладіти і скористатися, що підтверджує необхідність реалізації принципу конфіденційності для правовідносин у сфері ідентифікації із встановленням режиму таємниці ідентифікації, зокрема для такого виду інформації.

З огляду на це фундаментальна проблема, пов'язана з використанням відкритих біометричних даних, полягає в тому, що вони не є секретними. Звести до мінімуму недоліки методів біометричної ідентифікації можливо за допомогою розробки і застосування алгоритмів, заснованих на пред'явленні випадково сформованих ключових ознак з біометричної бази еталонів користувачів.

Ключові слова: права людини, цифровізація, біометрія, біометрична система, біометричні технології, біометрична ідентифікація, генетична інформація, юридична відповідальність.

Резюме

Тарасевич Т.Ю. Правовое регулирование биометрической идентификации лица: национальные тенденции и зарубежный опыт.

В статье исследованы вопросы идентификации лица через призму ее биометрических данных. Подчеркивается, что одной из применяемых технологий биометрической идентификации человека, наряду с использованием статистических параметров, является идентификация на основе ее динамических биометрических характеристик. Главной проблемой биометрической идентификации относительно статических биометрических данных является то, что такими данными несложно незаконно завладеть и воспользоваться, что подтверждает необходимость реализации принципа конфиденциальности для правоотношения в сфере идентификации с установлением режима тайны идентификации, в частности для такого вида информации.

Учитывая это, фундаментальная проблема, связанная с использованием открытых биометрических данных, заключается в том, что они не являются секретными. Свести к минимуму недостатки методов биометрической идентификации возможно с помощью разработки и применения алгоритмов, основанных на пред'явлении случайно сформированных ключевых признаков из биометрической базы эталонов пользователей.

Ключевые слова: права человека, цифровизация, биометрия, биометрическая система, биометрические технологии, биометрическая идентификация, генетическая информация, юридическая ответственность.

Summary

Tetiana Tarasevych. Legal regulation of biometric identification: national trends and foreign experience.

The article examines the issue of identification of a person through the prism of their biometric data. Various technologies of automated recognition of a person by the iris or retina, based on photo and video images of a person obtained in the visible and infrared region of the spectrum, dactyloscopic information of fingerprints and palmprints, geometry of the contour of the hand, dynamics of hand movements while signing, speech, blood vessels in subcutaneous areas of body, dynamics of keyboard typing, smell, DNA, cardiogram, etc. have become popular. The main problem of biometric identification in relation to static biometric data is that such data is easy to misappropriate and use, which confirms the need to implement the principle of confidentiality for legal relations in the field of identification with the establishment of identification secrecy, in particular for this type of information. Legislation on identification should be technologically neutral in order not to depend on constantly emerging methods and algorithms of identification, but there are very few examples of this, and if we analyze domestic and foreign experience, this goal has not been achieved. From a technical viewpoint, the above biometric personal data in real life may not serve as reliable identification. In this case, biometric identification systems (as well as other information security systems) can be broken and discredited by putting in the system of mouldages of surface papillary patterns of the nail phalanges of fingers, audio recordings of the password phrase or in other ways.

With this in mind, the shortcomings of biometric identification methods can be minimized through the development and application of algorithms based on the presentation of randomly generated key features from the biometric database of master samples of users. In the conditions of mass expansion of video surveillance and fixation, biometric identification by image, in particular with introduction of norms on them in the legislation, inevitable forgery of video images in real time when neither systems, nor people will be able to distinguish the real and the generated without special hardware and software, often with illegal or unfair purposes.

Key words: human rights, digitization, biometrics, biometric system, biometric technologies, biometric identification, genetic information, legal responsibility.

ХАЛИМА РАШИД КЫЗЫ АЛЫЕВА

*Халима Рашид кызы Алыева, докторант Центра судебной экспертизы Министерства юстиции Азербайджанской Республики**

ORCID: 0000-0002-0437-8823

ОСНОВАНИЯ ДЛЯ ПРИЗНАНИЯ ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА ПОТЕРПЕВШИМ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ АЗЕРБАЙДЖАНСКОЙ РЕСПУБЛИКИ

Согласно ст. 87.1 Уголовно-процессуального кодекса Азербайджанской Республики (далее – УПК АР; был принят 14 июля 2000 г., вступил в силу 1 сентября 2000 г.) потерпевшим признается физическое лицо, в отношении которого имеется достаточно оснований полагать прямое причинение ему морального, физического или материального ущерба деянием, предусмотренным уголовным законом. Вместе с тем, в ст. 87.3 УПК АР предусмотрена своеобразная оговорка о том, что потерпевшим может быть признано юридическое лицо, которому преступлением причинен моральный или материальный вред. В этом случае предусмотренные настоящей статьей права и обязанности потерпевшего осуществляет уполномоченный представитель юридического лица.

Современная уголовно-процессуальная доктрина придерживается схожего мнения с действующим уголовно-процессуальным законодательством¹.

Положение закона, которое позволяет признать юридическое лицо в качестве потерпевшего в уголовном процессе, является своеобразной новеллой для уголовно-процессуального регулирования в Азербайджане, так как ранее (согласно положениям УПК от 1960 г.) такой процедуры не существовало и максимум, на что могли рассчитывать юридические лица в уголовном судопроизводстве, это быть признанными в качестве гражданского истца. Несмотря на то, что в теории данный вопрос является довольно дискуссионным, но с практической точки зрения такой подход законодателя однозначно должен быть оценен положительно, так как процедура признания юридических лиц в качестве потерпевших служит дополнительной гарантией прав и законных интересов организаций, предприятий, учреждений. Комментаторы ст. 87.3 УПК АР акцентируют внимание на том, что охрана и восстановление прав и законных интересов потерпевших от преступления не менее важно, чем обеспечение прав человеческих жертв преступления².

Вместе с тем, уже в советской уголовно-процессуальной науке высказывались о целесообразности надления юридических лиц статусом именно «потерпевшего от преступления». И основным аргументом этого была более эффективная защита корпоративных интересов от преступных посягательств. Сторонники такого подхода основывались на той мысли, что преступным деянием юридическому лицу может быть причинен как вред имущественного характера, так и морального. Иными словами, по мнению этих ученых, корпоративная честь организации, учреждения либо предприятия (деловая репутация юридических лиц в современном понимании) вполне могла выступить в качестве объекта преступного посягательства, и данное посягательство, в свою очередь, могло бы повлечь моральный вред. Данная позиция была довольно революционной, поскольку в советской гражданско-правовой науке такие категории, как «честь» и «достоинство», как правило, приписывались сугубо физическим лицам, что актуализировало вопрос о том, можно ли причинить моральный вред юридическому лицу. Некоторые авторы отвечали на этот вопрос категорично и утверждали, что юридическим лицам невозможно причинить физический и моральный вред, однако им может быть причинен вред имущественного характера³. Другие были толерантны к данному вопросу и придерживались позиции о том, что юридическое лицо может понести вред как материального характера, так и нематериального. Так, например, В.В. Хагаева утверждала, что необходимо охранять неимущественную сферу интересов юридических лиц и в качестве уголовно-процессуального средства защиты последней предложила использовать институт «компенсации морального вреда», причиненного распространением порочащих «деловую репутацию» сведений⁴. Таким образом, развитие научных воззрений позволило современному законодателю изменить традиционный подход к определению понятия «потерпевший» в уголовном процессе и наделить возможностью занимать процессуальное положение потерпевшего не только физическим лицам, но и корпорациям (юридическим лицам). Отныне в случае причинения преступлением юридическому лицу морального или материального вреда последнее должно быть признано органами и должностными лицами, ведущими уголовный процесс, потерпевшим в уголовном судопроизводстве со ссылкой на ст. 87.3 УПК АР.

Наряду с процессуально правовой наукой, современные криминологи (виктимологи) также рассматривают юридические лица, корпорации в качестве особого вида жертвы преступления⁵.

© Халима Рашид кызы Алыева, 2021

* *Halima Aliyeva, Doctoral student of the Forensic Examination Center of Ministry of Justice of the Republic of Azerbaijan*

Норма о придании статуса потерпевшего юридическому лицу имеет огромное значение, поскольку крупные предпринимательские объединения неизбежно привлекают внимание преступных элементов, которые посредством создания лжепредприятий, изощренных мошеннических схем завладевают контрольными пакетами акций, зданиями, оборудованием, продукцией и тем самым причиняют ощутимый вред имуществу и деловой репутации добросовестных участников гражданского оборота⁶. Вместе с тем существование такой нормы имеет и своих противников. Так, например, по мнению И.В. Коркиной, в наделении юридического лица правами потерпевшего на самом деле нет необходимости. Она считает, что потерпевшим от преступления может быть исключительно человек, поскольку только человек способен испытывать боль, потерю, физические либо моральные страдания. Сторонники данной позиции признают, что юридическое лицо, безусловно, обладает спецификой, правами потерпевшего (равно как и всеми другими субъективными правами), но оно может пользоваться ими лишь посредством действий физических лиц, выполняющих функции его органа, работника или представителя⁷.

На наш взгляд, существование нормы, предусматривающей возможность придания статуса потерпевшего юридическому лицу в уголовно-процессуальном законодательстве, это положительный шаг в сторону более точного правового регулирования, и дискутировать на эту тему в современный период нецелесообразно. Вместе с тем мы считаем, что дискуссия об основаниях признания юридического лица в качестве потерпевшего в контексте ст. 87.3 УПК АР вполне справедлива. Так, в качестве таких оснований в ст. 87.3 УПК АР рассматривается два вида вреда, причиненного юридическому лицу преступным деянием: а) моральный вред; б) материальный вред (*de lege lata*). Примечательно, что указанные основания являются альтернативными. Так, наличие одного из них уже дает основания для признания юридического лица потерпевшим по уголовному делу.

Следует отметить, что возможность причинения юридическому лицу материального вреда в принципе не оспаривается ни в науке, ни в практике, но относительно морального вреда, мы считаем, что категория «вред деловой репутации юридического лицу» более гармонично вписывается в конструкцию нормы, определяющую основания признания юридического лица в качестве потерпевшего (*de lege ferenda*). Исходя из содержания категории «моральный вред», который подразумевает переживания страданий физико-психологического характера, невольно напрашивается вывод о том, что юридическое лицо не в состоянии испытывать подобные чувства (ему не может быть больно, оно не может впасть в депрессию, оно не может страдать и т.д.), следовательно, ему не может быть причинен моральный вред в буквальном смысле этого термина. Несмотря на то, что существует группа ученых, придерживающаяся мнения, в соответствии с которым моральный вред может причиняться не только физическому, но и юридическому лицу⁸, мы считаем, что более правильным вариантом разрешения проблемы является использование правовых конструкций, предоставляющих юридическим лицам права на защиту их деловой репутации.

Репутация – это своего рода оценка индивида социумом, система познанных положительных и отрицательных качеств конкретного субъекта общественных отношений, суммированная в общем мнении, которая приобретает в ходе жизнедеятельности последнего, порой на протяжении многих лет, и выступает в качестве важной критерии при выборе либо при отказе в выборе определенного субъекта в качестве противоположенной стороны (партнера, участника) тех или иных отношений. Негативная репутация ограничивает возможности субъекта вступать в общественные отношения, сулящие для него благоприятные последствия (законное обогащение, приобретения прав). Деловая репутация – это оценка соответствующих положительных и негативных качеств субъекта, проявляющихся в процессе осуществления им своих служебных обязанностей.

С момента создания юридического лица все то, что так или иначе относится к существованию такового, влияет на формирование его репутации. В силу данного факта репутация может иметь не только положительное содержание, но и быть отрицательной. От этого во многом зависит место организации в системе общественных отношений как таковых и ее успешное развитие в дальнейшем. В сферу, призванную обеспечивать принадлежащие юридическому лицу неимущественные права, входят контакты юридического лица с деловыми партнерами, имеющимися и потенциальными инвесторами, кредиторами, потребителями продукции, работ, услуг и т.д. И именно в этой сфере большую роль играет деловая репутация юридического лица, отражающая оценку его деловых качеств в общественном мнении. Деловая репутация юридического лица – не постоянная величина и может изменяться в ту или иную сторону. От имеющейся репутации во многом зависит место организации в системе общественных отношений как таковых и ее успешное развитие в дальнейшем. Вот почему так важно создавать и поддерживать именно положительную, с точки зрения общественной оценки, деловую репутацию⁹.

Материальный вред, причиненный юридическому лицу преступлением, может быть выражен в полной либо в частичной потере количественного или качественного характера имущественных благ. Основным детерминантом материального вреда, причиненного преступлением, является признанный органами, осуществляющими уголовное судопроизводство, факт негативных изменений в имущественной сфере лица (физического либо юридического), признаваемого потерпевшим.

¹ Abbasova F.M. Cinayət prosesi. Dərslük. Ümumi hissə. Yenidən işlənmiş 2-ci nəşr. Bakı: Zərdabi LTD, 2015. S. 196; Cəfərquliyev M.Ə. Azərbaycan Respublikasının cinayət prosesi. Dərslük. Bakı: Qanun, 2008. S. 197.

² Azərbaycan Respublikasının Cinayət-Prosessual Məcəlləsinin kommentariyası / red. С.Н. Мөвсүмов, В.С. Кəримов, Ə.Н. Нүсəєнов. Bakı: Digesta, 2016, S. 223.

³ Танцєрев М.В. Потєрпєвший и его функция в уголовном процессе России: дисс. ... канд. юрид. наук. Томск, 1999. С. 55.

⁴ Хатуєєва В.В. Проблемы возмещения морального вреда в уголовном процессе России: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2000. С. 13–14.

⁵ Demirbaş T. Kriminoloji. 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016. 424 s.; Leonard L. Global Perspectives on People, Process, and Practice in Criminal Justice. IGI Global, 2021. 303 p.; Polat A. Viktimoloji (mağdurbilim). İstanbul: Legal Yayıncılık A.Ş., 2014, 282 s.; William G. Doerner, Steven P. Lab. Victimology. 7th Edition. New York: Routledge, 2015. 520 p.

⁶ Малєина М.Н. Нематериальные блага и перспективы их развития. *Закон*. 1995. № 10. С. 59.

⁷ Круглов С.В. Развитие правового положения потерпевшего в уголовном процессе. *Следователь*. 2006. № 1. С. 14.

⁸ Афанасьєва И.В., Белова Д.А. Компенсация морального вреда юридическому лицу. *Юрист*. 2002. № 8. С. 32–33; Танцєрев М.В. Потєрпєвший и его функция в уголовном процессе России: дисс. ... канд. юрид. наук. Томск. 1999. С. 103.

⁹ Дианова Д.И. Дєловая репутация юридических лиц. *Вестник Московского университета МВД России*. 2009. № 4. С. 80.

Резюме

Алиєва Х.Р. Підстави визнання юридичної особи потерпілою у кримінальному процесі Азербайджанської Рєспубліки.

Права потерпілих від злочинів охороняються законом, що встановлено Конституцією Азербайджанської Рєспубліки. Обов'язком є не лише запобігання та припинення у встановленому законом порядку посягань, здатних здійснити шкоду та моральні страждання особистості, а й забезпечення потерпілому від злочину можливості відстоювати свої права та законні інтереси будь-якими не забороненими законом засобами. У статті здійснено спробу критичного переосмислення підстав, встановлених чинним кримінально-процесуальним законодавством Азербайджану, для визнання юридичних осіб в якості потерпілих від злочину.

Ключові слова: кримінальний процес, жертви злочинів, процесуальний статус, юридична особа, підстави, аналіз.

Резюме

Алиєва Х.Р. Основания для признания юридического лица потерпевшим в уголовном процессе Азербайджанской Республики.

Права потерпевших от преступлений охраняются законом, что установлено Конституцией Азербайджанской Республики. Обязанностью государства является не только предотвращение и пресечение в установленном законом порядке посягательств, способных причинить вред и нравственные страдания личности, но и обеспечение потерпевшему от преступления возможность отстаивать свои права и законные интересы любыми не запрещенными законом способами. В статье предпринята попытка критического переосмысления оснований, установленных действующим уголовно-процессуальным законодательством Азербайджана, для признания юридических лиц в качестве потерпевших от преступления.

Ключевые слова: уголовный процесс, жертвы преступлений, процессуальный статус, юридическое лицо, основания, анализ.

Summary

Halima Aliyeva. Grounds for recognition of a legal person as a victim in criminal proceedings of the Republic of Azerbaijan.

The rights of the victims are protected from crimes by the law that is established by the Constitution of the Azerbaijan Republic. An obligation of the state is not only prevention and suppression in the order of the encroachments established by the law capable to do harm and moral sufferings of the personality, but also providing injured from crime of an opportunity to assert the rights and legitimate interests in any ways which aren't forbidden by the law. The article attempts to critically rethink the grounds established by the current criminal procedure legislation of Azerbaijan for recognizing legal entities as victims of crime.

Key words: criminal proceedings, victims of crimes, procedural status, legal entity, grounds, analysis.

К.Л. КРИВОПУСКОВА

*Катерина Леонідівна Кривоpusкова, аспірантка
Інституту держави і права імені В.М. Корецького
НАН України**

ORCID: 0000-0001-5553-8420

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПУБЛІЧНІ ЗАКЛИКИ ДО ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ОСНОВ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ ІНОЗЕМНИХ ДЕРЖАВ ТА УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Останнім часом особливу увагу учених-юристів привертають питання ефективності кримінально-правової охорони конституційного ладу, територіальної цілісності, недоторканності та державного суверенітету України, серйозну небезпеку для яких становлять публічні заклики до вчинення злочинів проти основ національної безпеки. Кримінально-правова доктрина, як зазначає В.Н. Кубальський, повинна стати надійною основою при удосконаленні нормативної бази, спрямованої проти злочинів у сфері державного суверенітету та у забезпеченні сучасної кримінально-правової політики у сфері протидії зазначеним діянням¹. Наведене стосується і публічних закликів до вчинення злочинів проти основ національної безпеки.

Кримінальне законодавство багатьох іноземних держав містить спеціальні норми, які встановлюють відповідальність за публічні заклики до вчинення окремих злочинів проти основ національної безпеки. На сучасному етапі для багатьох іноземних держав характерна тенденція розширення меж криміналізації діянь за допомогою регламентації відповідальності за супутню або попередню для певних злочинів поведінку. З огляду на викладене доцільно проаналізувати зарубіжний досвід регламентації кримінальної відповідальності за публічні заклики до вчинення злочинів проти основ національної безпеки.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Порівняльно-правові аспекти кримінальної відповідальності за публічні заклики до вчинення злочинів проти основ національної безпеки досліджувались у роботах українських вчених – В.В. Гапончука, В.Н. Кубальського, Л.В. Мошняги, А.В. Савченка, М.Б. Стиранки, М.А. Рубашенка, І.О. Томчук, О.А. Чувакова, М.І. Хавронюка, В.М. Янка та ін. Водночас, не применшуючи значення проведених досліджень, слід зазначити, що кримінальне законодавство окремих іноземних держав у цій сфері потребує подальшого поглибленого аналізу.

Метою статті є порівняльний аналіз положень законодавства іноземних держав та України, які передбачають кримінальну відповідальність за публічні заклики до вчинення злочинів проти основ національної безпеки.

Основні результати дослідження. Публічний заклик, як форма об'єктивної сторони складів злочинів, передбачених ч. 2 ст. 109 та ч. 1 ст. 110 КК України – це інформаційна дія, яка полягає у доведенні до відома значної кількості людей (публіки) в будь-якій формі інформації, зміст якої спрямований викликати в них бажання (намір) учинити дії: 1) з метою зміни меж території або державного кордону України на порушення порядку, встановленого Конституцією України², або 2) з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади.

Спеціальні склади злочинів, які передбачають відповідальність за публічні заклики чи підбурювання до тих чи інших державних злочинів, передбачені кримінальним законодавством пострадянських держав, Албанії, Алжиру, Бельгії, Великобританії, Данії, Замбії, Ізраїлю, Іраку, Ірану, Іспанії, Канади, КНДР, Коста-Ріки, Македонії, Нігерії, Панами, Португалії, Республіки Корея, Словенії, Судану, Таїланду, Тунісу та Франції³.

У кримінальному законодавстві зарубіжних держав передбачена кримінальна відповідальність за публічні заклики (підбурювання): до насильницьких дій проти конституційного ладу (Албанія), до ліквідації державної незалежності Латвійської Республіки з метою включення Латвії в єдине державне утворення з будь-якою іншою державою або до ліквідації її іншим чином (Латвія); до будь-якого державного злочину (Литва, Естонія); до зради, шпигунства, саботажу, самоозброєння проти державної влади або проти частини населення (Франція); заколоту (Великобританія, Ізраїль, Індія, Судан, Замбія)⁴.

Український вчений-юрист М.Б. Стиранка звертає увагу на те, що у кримінальному законодавстві зарубіжних держав, як правило, окремою нормою регламентується відповідальність за публічні заклики до сепаратизму (ч. 1 ст. 82, ч. 1 ст. 83 КК Латвії, ч. 1 § 100 КК Данії, ст. 281 КК Азербайджану, ст. 307 КК Таджикистану, ст. 180 КК Казахстану, ч. 1 ст. 159 КК Узбекистану) та розповсюдження матеріалів із такими закликами (ст. 281 КК Азербайджану, ст. 170 КК Казахстану, ч. 1 ст. 159 КК Узбекистану)⁵. КК України також окремою нормою встановлює відповідальність за вказані діяння (ч. 1 ст. 110 КК України).

© К.Л. Кривоpusкова, 2021

* *Kateryna Kryvopuskova, Postgraduate student of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine*

При цьому вчений слушно звертає увагу на те, що зміст диспозицій КК окремих держав має суттєві відмінності. Відповідно до ч. 1 ст. 82 КК Латвії, кримінально караними є дії особи, які полягають у публічних закликах до ліквідації державної незалежності Республіки з метою її включення в єдине державне утворення з будь-якою іншою державою або до її ліквідації в інший спосіб⁶. У зв'язку з наведеним варто навести положення ст. 81 «Заклик, спрямований проти Латвійської Республіки» КК Латвії, яка передбачає відповідальність для особи, що публічно закликає до дій проти національної незалежності, суверенітету, територіальної цілісності, державної влади або адміністративного порядку Латвійської Республіки у спосіб, не передбачений Конституцією, або за поширення матеріалів, що містять такий заклик⁷.

Диспозиція ч. 1 ст. 180 «Сепаратистська діяльність» КК Республіки Казахстан викладена у наступній редакції: «Пропаганда або публічні заклики до порушення унітарності та цілісності Республіки Казахстан, недоторканності та невідчужуваності її території або дезінтеграції держави, а так само виготовлення, зберігання з метою поширення або поширення матеріалів такого змісту». Певний інтерес становить зміст ст. 183 «Надання дозволу на публікацію в засобах масової інформації екстремістських матеріалів» зазначеного Кодексу, згідно з якою передбачена відповідальність за надання дозволу на публікацію у пресі та інших засобах масової інформації відомостей і матеріалів, які, зокрема, містять заклики до насильницького захоплення влади, насильницького утримання влади, підризу безпеки держави або насильницької зміни конституційного ладу, а також порушення територіальної цілісності Республіки Казахстан»⁸.

Кримінальні кодекси ряду держав містять одну статтю, яка передбачає відповідальність за публічні заклики до вчинення злочинних посягань на конституційний лад та територіальну цілісність. Зокрема, ч. 1 ст. 159 КК Республіки Узбекистан встановлює відповідальність за публічні заклики до неконституційної зміни існуючого державного ладу, захоплення влади або відсторонення від влади законно обраних чи призначених представників влади або до неконституційного порушення єдності території Узбекистану, а також виготовлення, зберігання з метою розповсюдження або розповсюдження матеріалів такого змісту⁹.

Частина перша ст. 281 «Публічні заклики, спрямовані проти держави» КК Азербайджанської Республіки передбачає відповідальність за публічні заклики до насильницького захоплення влади, насильницького утримання влади або насильницької зміни конституційного ладу чи порушення територіальної цілісності Азербайджанської Республіки, а також поширення матеріалів такого змісту¹⁰. Подібні за змістом положення передбачають кримінальні кодекси Республіки Молдова¹¹, Республіки Таджикистан¹², Республіки Вірменія¹³. При порівнянні цих положень з відповідними статтями КК України Л.В. Мошняга встановила, що дії, передбачені однією ст. 300 КК Республіки Вірменія, в КК України передбачаються у двох самостійних ст. ст. 109 і 110 КК; в тих самих статтях КК України передбачається відповідальність за публічні заклики до вчинення вказаних у них дій, тоді як в КК Республіки Вірменія хоча за такі дії і встановлюється відповідальність (як і у кодексах багатьох інших держав) в окремій ст. 301, однак криміналізовано лише публічні заклики до насильницького захоплення державної влади чи насильницької зміни конституційного ладу Республіки Вірменія. У ст. ст. 109 і 110 КК України криміналізовано набагато більше дій у вигляді публічних закликів до тих діянь, які передбачено цими статтями, крім того, криміналізовано також розповсюдження матеріалів із закликами до вчинення таких дій¹⁴.

Відповідальність за публічні заклики до вчинення різних видів злочинів проти основ національної безпеки передбачено частиною першою ст. 361 «Заклики до дій, спрямованих на заподіяння шкоди національній безпеці Республіки Білорусь» КК Республіки Білорусь: «публічні заклики до захоплення державної влади або насильницької зміни конституційного ладу Республіки Білорусь чи зради державі, або вчинення акту тероризму чи диверсії, або вчинення інших дій, спрямованих на заподіяння шкоди національній безпеці Республіки Білорусь, або поширення матеріалів, які містять такі заклики»¹⁵. Варто погодитися з В.Н. Кубальським у тому, що такий підхід до криміналізації видається найбільш вдалим, оскільки передбачає відповідальність за публічні заклики до вчинення будь-яких дій, спрямованих на заподіяння шкоди національній безпеці Республіки Білорусь¹⁶.

Кримінальні кодекси ряду держав (Республіки Албанія¹⁷, Грузії¹⁸, Киргизької Республіки¹⁹ та Республіки Туркменістан²⁰) містять статтю, яка передбачає відповідальність за публічні заклики до злочинних посягань на конституційний лад. Разом із тим кримінальні кодекси цієї групи держав не містять спеціальної статті, яка передбачає відповідальність за посягання на територіальну цілісність і недоторканність. Такий підхід не виключає притягнення до кримінальної відповідальності за публічні заклики до вчинення посягання на територіальну цілісність і недоторканність держави за статтею, яка передбачає відповідальність за публічні заклики до злочинних посягань на конституційний лад. Як відомо, територіальна цілісність і недоторканність держави належать до складових конституційного ладу.

Становлять певний інтерес положення частини першої ст. 362 «Підбурювання до насильницької зміни конституційного ладу» КК Чорногорії, в якій вказується, що «той, хто з наміром поставити під загрозу конституційний порядок або безпеку Чорногорії, закликає або підбурює до насильницької зміни її конституційного ладу, повалення вищих органів державної влади або представників цих органів...»²¹.

У законодавстві Великобританії, Замбії, Ірану, Іраку, Іспанії, Італії, Канади, КНДР та Франції втілено інший підхід – передбачена кримінальна відповідальність за будь-яке підбурювання до вчинення державних злочинів²². У деяких державах передбачена кримінальна відповідальність за публічне підбурювання до вчинення окремих злочинів проти основ національної безпеки. Зокрема, ст. 122 «Громадське підбурювання до порушення суверенітету Республіки Литва за допомогою насильства» КК Литовської Республіки передбачає

но відповідальність за дії особи, яка публічно підбурює до порушення суверенітету Литовської Республіки з використанням насильства, зміни її конституційного ладу, повалення законного уряду, посягання на незалежність чи порушення територіальної цілісності, формування збройних груп для таких цілей²³.

Згідно з § 100 КК Данії покаранню підлягає:

- 1) будь-яка особа, яка публічними заявами підбурює до ворожих дій проти данської держави або створює очевидну небезпеку таких дій;
- 2) будь-яка особа, яка публічними заявами підбурює до втручання іноземної держави в справу данської держави або хто створює очевидну небезпеку такого втручання²⁴.

М.Б. Стиранка з цього приводу зауважує, що «очевидно, що у цій нормі поняття «ворожа діяльність проти держави» охоплює широке коло суспільно небезпечних діянь, зокрема й тих, що спрямовані на порушення територіальної цілісності держави»²⁵. В такому випадку поняття «ворожа діяльність проти держави» охоплює також суспільно небезпечні діяння, які посягають на державний суверенітет, конституційний лад держави тощо.

У КК Республіки Північна Македонія використано змішаний підхід при конструюванні статті, яка передбачає відповідальність за заклики та підбурювання до вчинення злочинів проти основ національної безпеки. Зокрема, у ст. 318 «Заклик до насильницької зміни конституційного ладу» КК Республіки Північна Македонія зазначається: той, хто з наміром поставити під загрозу конституційний лад або безпеку Республіки Північної Македонії, публічно або шляхом поширення документів закликає чи підбурює до безпосереднього вчинення або підтримує вчинення злочинів, передбачених ст. ст. 307–317 (створення загрози територіальній цілісності, створення загрози незалежності, вбивство представників вищих державних органів, викрадення представників вищих державних органів, насильство щодо представників вищих органів державної влади, збройний заколот, терористична загроза конституційному ладу і безпеці, диверсія, саботаж, шпигунство, розголошення державної таємниці)²⁶.

КК ФРН передбачає відповідальність за підготовку певної акції державної зради проти Землі (ч. 2 § 83). Український вчений М.Б. Стиранка, аналізуючи окремі положення КК ФРН, вказує, що законодавець у даному випадку до державної зради проти Землі відносить спроби приєднати територію держави повністю або частково до іншої землі ФРН або відділити від неї частину території. Що стосується самого поняття «акції», то, як вважає М.Б. Стиранка, воно є синонімом слова «заклики», оскільки метою акцій та закликів є залучення якомога більшої кількості людей до виконання певного важливого завдання²⁷.

Кримінальний кодекс Російської Федерації містить статті, які передбачають кримінальну відповідальність за публічні заклики до вчинення злочинів проти основ національної безпеки (в кримінальному законі цієї держави вони належать до злочинів проти основ конституційного ладу та безпеки держави). Зокрема, частина перша ст. 280¹ КК Російської Федерації містить диспозицію наступного змісту: публічні заклики до здійснення дій, спрямованих на порушення територіальної цілісності Російської Федерації...». Частина перша ст. 205² «Публічні заклики до здійснення терористичної діяльності, публічне виправдання тероризму або пропаганда тероризму» КК РФ містить диспозицію наступного змісту: публічні заклики до здійснення терористичної діяльності, публічне виправдання тероризму або пропаганда тероризму. Вказана стаття містить примітку 2, в якій вказується, що під терористичною діяльністю розуміється вчинення хоча б одного із злочинів, передбачених ст. 277 «Посягання на життя державного чи громадського діяча», ст. 278 «Насильницьке захоплення влади або насильницьке утримання влади», ст. 279 «Збройний заколот» та інші злочини, передбачені КК Російської Федерації. КК РФ містить ст. 280¹ «Публічні заклики до вчинення дій, спрямованих на порушення територіальної цілісності Російської Федерації»²⁸.

На підставі проведеного дослідження В.В. Гапончук дійшов висновку, що кримінальне законодавство окремих зарубіжних держав передбачає зазвичай декілька статей про відповідальність за публічні заклики, що зумовлено багатьма чинниками. Зокрема, необхідністю виконання міжнародних зобов'язань, що їх взяли на себе відповідні держави. Вчений робить висновок про те, що жоден проаналізований КК не містить єдиної статті, яка б передбачала кримінальну відповідальність за публічні заклики. Навпаки, зарубіжне кримінальне законодавство тяжіє не до уніфікації, а до диференціації кримінальної відповідальності за публічні заклики²⁹.

О.А. Чуваков, С.В. Дрьомов та Л.В. Мошняга пропонують залишити у структурі Особливої частини КК України розглянути статті – ст. 109 та ст. 110, що передбачають кримінальну відповідальність за публічні заклики^{30,31,32}.

Натомість В.М. Янко пропонує диспозиції перших частин ст. ст. 109 та 110 КК України об'єднати в одну статтю та викласти наступним чином: ст. 109 «Посягання на суверенітет Українського народу. 1. Учинення всупереч установленому законодавством порядку будь-якого діяння, спрямованого на отримання державної влади чи зміну конституційного ладу, або порушення територіальної цілісності України, або участь у забезпеченні ефективного контролю іноземної держави над територією України або її частиною, –...». Стаття 110 «Публічні заклики до посягання на суверенітет Українського народу. 1. Публічні заклики до посягання на суверенітет Українського народу, а також виготовлення чи розповсюдження матеріалів з такими закликами, –...»³³.

Подібний підхід до удосконалення законодавства пропонує В.В. Гапончук: об'єднання ст. ст. 109 та 110 КК в одну (ст. 109), в якій передбачити кримінальну відповідальність за посягання на конституційний лад України, а саме за умисне вчинення дій, спрямованих на насильницьку зміну конституційного ладу України;

встановлення кримінальної відповідальності за публічні заклики до насильницької зміни конституційного ладу України або до розповсюдження матеріалів, що містять такі заклики, у ст. 109¹ КК України³⁴.

Вчені-юристи пропонують різноманітні варіанти удосконалення кримінального законодавства у сфері відповідальності за публічні заклики до вчинення злочинів проти основ національної безпеки. Зокрема, С.В. Пекар пропонував доповнити ст. 111 «Державна зрада» КК України окремою формою об'єктивної сторони складу злочину – «публічні заклики до розв'язування агресії проти України або розповсюдження матеріалів із закликами до вчинення таких дій»³⁵. Л.В. Мошняга обґрунтувала доцільність виключення зі ст.ст. 109 і 110 КК ознак публічних закликів до вчинення вказаних дій чи розповсюдження матеріалів із такими закликами і необхідність доповнення КК ст. 114¹ «Публічні заклики до вчинення злочину проти основ національної безпеки України» такого змісту: «Публічні заклики до вчинення злочину проти основ національної безпеки України, а також розповсюдження, виготовлення чи зберігання з метою розповсюдження матеріалів із такими закликами, – караються ...»³⁶. Більш оптимальним у цьому контексті видається підхід, запропонований В.Н. Кубальським, який вважає доцільним доповнити КК України статтею «Публічні заклики до дій, спрямованих на заподіяння шкоди основам національної безпеки України»³⁷. І.О. Томчук пропонує встановити кримінальну відповідальність за публічні заклики до злочинів, передбачених ст.ст. 111, 112, 113, 114¹ КК України³⁸.

Є.П. Сергун пропонував доповнити КК РФ статтею «Публічні заклики до вчинення злочинів» та віднести вказане суспільно небезпечне посягання до злочинів проти громадської безпеки³⁹. Слід погодитися з аргументами про те, що такий підхід не узгоджується з тенденціями криміналізації публічних закликів у кримінальному законодавстві зарубіжних держав⁴⁰. Як свідчить зарубіжний досвід криміналізації таких діянь, криміналізації переважно підлягають публічні заклики до вчинення найбільш небезпечних посягань на основи національної безпеки, мир, безпеку людства, міжнародний правопорядок, громадську безпеку тощо.

Висновки. Аналіз положень кримінального законодавства іноземних держав свідчить про застосування різноманітних підходів до криміналізації суспільно небезпечних діянь, пов'язаних із публічними закликами до вчинення злочинів проти основ національної безпеки. Українські вчені-юристи пропонують різноманітні способи удосконалення кримінального законодавства у сфері відповідальності за публічні заклики до вчинення злочинів проти основ національної безпеки. В сучасних умовах доцільним є втілення у законодавстві положень, які передбачають кримінальну відповідальність за публічні заклики до вчинення будь-яких дій, спрямованих на заподіяння істотної шкоди основам національної безпеки України.

¹ Кубальський В.Н. Проблеми кримінальної відповідальності за публічні заклики до вчинення злочинів проти державного суверенітету. *Судова апеляція*. 2018. № 2 (51). С. 68.

² Рубашенко М.А. Кримінальна відповідальність за посягання на територіальну цілісність і недоторканність України: монографія. Харків: Право, 2016. С. 124.

³ Сравнительное уголовное право. Особенная часть: монография / Додонов В.Н., Капинус О.С., Щерба С.П.; под общ. и науч. ред.: Щерба С.П. Москва: Юрлитинформ, 2010. С. 428–429.

⁴ Там само. С. 429.

⁵ Стиранка М.Б. Кримінально-правова характеристика сепаратизму в Україні: дис. ... д-ра філософії. Львів, 2021. С. 64.

⁶ Там само. С. 64–65.

⁷ Criminal Law of Latvia (1998, as of June 2020) (English version). URL: https://www.legislationline.org/download/id/9122/file/Latvia_Criminal%20Code%20as%20of%202020.pdf (дата звернення: 14.06.2021).

⁸ Уголовный кодекс Республики Казахстан 2014 г. URL: https://www.legislationline.org/download/id/8671/file/Kazakhstan_CC_2014_am2020_ru.pdf (дата звернення: 11.06.2021).

⁹ Уголовный кодекс Республики Узбекистан 1994 г. URL: https://www.legislationline.org/download/id/8740/file/Uzbekistan_Criminal_Code_1994_am2020_ru.pdf (дата звернення: 11.06.2021).

¹⁰ Уголовный кодекс Республики Азербайджан 2000 г. URL: https://www.legislationline.org/download/id/8305/file/Azerbaijan_Criminal_Code_am_2018_ru.pdf (дата звернення: 11.06.2021).

¹¹ Criminal Code of the Republic of Moldova (2002, amended 2018). URL: https://www.legislationline.org/download/id/8276/file/Moldova_CC_2002_am2018_ru.pdf (дата звернення: 11.06.2021).

¹² Уголовный кодекс Республики Таджикистан 1998 г. URL: https://www.legislationline.org/download/id/8920/file/Tajikistan_CC_1998_am2020_ru.pdf (дата звернення: 11.06.2021).

¹³ Уголовный кодекс Республики Армения (2008, с изменениями от 10 июля 2016 г.). URL: https://www.legislationline.org/download/id/8989/file/ARM_Criminal%20Code_ru_as%20of%2010%20Jul%202019.pdf (дата звернення: 11.06.2021).

¹⁴ Мошняга Л.В. Кримінальна відповідальність за злочини проти конституційних основ національної безпеки України: дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2011. С. 39–40.

¹⁵ Уголовный кодекс Республики Беларусь (1999, с изменениями от 2019 г.). URL: https://www.legislationline.org/download/id/8314/file/Belarus_CC_1999_am2019_ru.pdf (дата звернення: 11.06.2021).

¹⁶ Кубальський В.Н. Кримінальна відповідальність за публічні заклики до вчинення злочинів проти національної безпеки у іноземному законодавстві. *Правова держава. Щорічник наукових праць*. Київ: Ін-т держави і права імені В.М. Корецького НАН України, 2021. Вип. 32. С. 407.

¹⁷ Criminal Code of the Republic of Albania (1995, amended 2017). URL: https://www.legislationline.org/download/id/8235/file/Albania_CC_1995_am2017_en.pdf (дата звернення: 11.06.2021).

¹⁸ Уголовный кодекс Грузии (1999 г., с изменениями от 2020 г.). URL: https://www.legislationline.org/download/id/8847/file/Georgia_Criminal_Code_am2020_ru.pdf (дата звернення: 11.06.2021).

- ¹⁹ Уголовный кодекс Республики Кыргызстан 2017 г. URL: https://www.legislationline.org/download/id/8264/file/Kyrgyzstan_CC_2016_am2019_ru.pdf (дата звернення: 11.06.2021).
- ²⁰ Уголовный кодекс Туркменистана 2010 г. URL: https://www.legislationline.org/download/id/8316/file/Turkmenistan_CC_2010_am2019_en.pdf (дата звернення: 11.06.2021).
- ²¹ Criminal Code of Montenegro (2003, amended 2018). URL: https://www.legislationline.org/download/id/8406/file/Montenegro_CC_am2018_en.pdf (дата звернення: 11.06.2021).
- ²² Сравнительное уголовное право. Особенная часть: монография / Додонов В.Н., Капинус О.С., Щерба С.П.; под общ. и науч. ред.: Щерба С.П. Москва: Юрлитинформ, 2010. С. 428–429.
- ²³ Criminal Code of Lithuania (2000, amended 2010). URL: <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes> (дата звернення: 11.06.2021).
- ²⁴ Criminal Code of Denmark (2005). URL: https://www.legislationline.org/download/id/6372/file/Denmark_Criminal_Code_am2005_en.pdf (дата звернення: 11.06.2021).
- ²⁵ Стиранка М.Б. Кримінально-правова характеристика сепаратизму в Україні: дис. ... д-ра філософії. Львів, 2021. С. 65.
- ²⁶ Criminal Code of the Republic of North Macedonia (2009, amended 2018). URL: https://www.legislationline.org/download/id/8145/file/fYROM_CC_2009_am2018_en.pdf (дата звернення: 11.06.2021).
- ²⁷ Стиранка М.Б. Кримінально-правова характеристика сепаратизму в Україні: дис. ... д-ра філософії. Львів, 2020. С. 65.
- ²⁸ Уголовный кодекс Российской Федерации 1996 г. URL: https://www.legislationline.org/download/id/8292/file/Russian_Federation_CC_am2019_ru.pdf (дата звернення: 11.06.2021).
- ²⁹ Гапончук В.В. Кримінально-правова протидія публічним закликам до вчинення злочинних дій: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2021. С. 79.
- ³⁰ Чуваков О.А. Кримінально-правова протидія злочинам проти основ національної безпеки України: теорія і практика: дис. ... д-ра юрид. наук. Київ, 2017. С. 388–392.
- ³¹ Дрьомов С.В. Проблеми законодавчого забезпечення протидії сепаратизму в Україні. Аналітична записка. Національний інститут стратегічних досліджень. URL: <https://niss.gov.ua/sites/default/files/2016-03/separatuzm-0bc80.pdf> С. 17–18 (дата звернення: 11.06.2021).
- ³² Мошняга Л.В. Кримінальна відповідальність за злочини проти конституційних основ національної безпеки України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2011. С. 16–17.
- ³³ Янко В.М. Кримінальна відповідальність за злочини проти основ суверенітету українського народу: дис. ... канд. юрид. наук. Северодонецьк, 2018. С. 122.
- ³⁴ Гапончук В.В. Кримінально-правова протидія публічним закликам до вчинення злочинних дій: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2021. С. 197–198.
- ³⁵ Пекар П.В. Кримінально-правова характеристика пропаганди війни: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2017. С. 24.
- ³⁶ Мошняга Л.В. Кримінальна відповідальність за злочини проти конституційних основ національної безпеки України: дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2011. С. 193–194.
- ³⁷ Кубальський В.Н. Кримінальна відповідальність за публічні заклики до вчинення злочинів проти національної безпеки у іноземному законодавстві. *Правова держава*. Щорічник наукових праць. Київ: Ін-т держави і права імені В.М. Корецького НАН України, 2021. Вип. 32. С. 408.
- ³⁸ Томчук І.О. Порівняльно-правова характеристика відповідальності за злочини проти національної безпеки за вітчизняним та зарубіжним кримінальним законодавством. *Право і суспільство*. 2015. № 4 (3). С. 194.
- ³⁹ Уголовно-правовая политика в сфере обеспечения безопасности конституционного строя Российской Федерации: монография / Е.П. Сергун; РПА Минюста России, Поволжский юридический институт (филиал). Москва; Саратов: РПА Минюста России, 2013. С. 258.
- ⁴⁰ Кубальський В.Н. Проблеми кримінальної відповідальності за публічні заклики до вчинення злочинів проти державного суверенітету. *Судова апеляція*. 2018. № 2 (51). С. 75.

Резюме

Кривоноусова К.Л. Кримінальна відповідальність за публічні заклики до вчинення злочинів проти основ національної безпеки за законодавством іноземних держав та України.

У статті представлено результат теоретичного аналізу положень кримінальних кодексів іноземних держав у частині, яка передбачає відповідальність за публічні заклики до вчинення злочинів проти основ національної безпеки. Встановлено типові підходи до криміналізації у кримінальному законодавстві іноземних держав суспільно небезпечних діянь, пов'язаних із публічними закликами до вчинення злочинів проти основ національної безпеки. Проведено порівняльний аналіз положень кримінальних кодексів іноземних держав та України в цій частині. Наведено запропоновані вітчизняними вченими-юристами різноманітні способи удосконалення кримінального законодавства України у сфері відповідальності за публічні заклики до вчинення злочинів проти основ національної безпеки. Визначено перспективні напрями удосконалення Кримінального кодексу України у цій сфері.

Ключові слова: публічні заклики, злочини проти основ національної безпеки, конституційний лад, територіальна цілісність і недоторканність, кримінальна відповідальність.

Резюме

Кривоноусова К.Л. Уголовная ответственность за публичные призывы к совершению преступлений против основ национальной безопасности по законодательству иностранных государств и Украины.

В статье представлен результат теоретического анализа положений уголовных кодексов иностранных государств в части, предусматривающей ответственность за публичные призывы к совершению преступлений против основ национальной безопасности. Установлены типовые подходы к криминализации в уголовном законодательстве иностранных государств общественно опасных деяний, связанных с публичными призывами к совершению преступлений против основ национальной безопасности.

опасности. Проведен сравнительный анализ положений уголовных кодексов иностранных государств и Украины в рассматриваемой части. Приведены предложенные отечественными учеными-юристами различные способы совершенствования уголовного законодательства Украины в сфере ответственности за публичные призывы к совершению преступлений против основ национальной безопасности. Определены перспективные направления совершенствования Уголовного кодекса Украины в этой сфере.

Ключевые слова: публичные призывы, преступления против основ национальной безопасности, конституционный строй, территориальная целостность и неприкосновенность, уголовная ответственность.

Summary

Kateryna Kryvopuskova. Criminal responsibility for public calls to commit crimes against the foundations of national security under the legislation of foreign states and Ukraine.

The article presents the result of a theoretical analysis of the provisions of the criminal codes of foreign states in terms of liability for public calls to commit crimes against the foundations of national security. The typical approaches to criminalization in the criminal legislation of foreign states of socially dangerous acts related to public calls to commit crimes against the foundations of national security are established. A comparative analysis of the provisions of criminal codes of foreign states and Ukraine in this part was carried out. Different ways of improving the criminal legislation of Ukraine in the field of responsibility for public calls for crimes against the foundations of national security proposed by domestic legal scholars are given. Prospective directions of improvement of the Criminal Code of Ukraine in this area are determined.

Recently, special attention of legal scholars has been attracted to the issues of effectiveness of criminal law protection of the constitutional order, territorial integrity, inviolability and state sovereignty of Ukraine, which are seriously threatened by public appeals to commit crimes against the foundations of national security. Criminal law doctrine should be a reliable basis for improving the regulatory framework and in ensuring a modern criminal law policy in the sphere of combating these acts.

The criminal legislation of many foreign states contains special norms establishing responsibility for public appeals to commit certain crimes against the foundations of national security. At the present stage, for many foreign states there is a tendency to expand the boundaries of criminalization of acts by regulating responsibility for concomitant or preliminary for certain crimes behavior.

As shown by foreign experience of criminalization of such acts, public appeals to commit the most dangerous encroachments on the foundations of national security, peace, human security, international law and order, public safety, and the like are primarily subject to criminalization.

Analysis of the provisions of the criminal legislation of foreign countries shows different approaches to the criminalization of socially dangerous acts related to public calls for the commission of crimes against the foundations of national security. Ukrainian legal scholars offer various ways to improve the criminal legislation in the field of responsibility for public calls for crimes against the foundations of national security. In modern conditions, it is advisable to implement in the legislation provisions that provide criminal liability for public calls for any actions aimed at causing significant harm to the foundations of national security of Ukraine.

Key words: public calls, crimes against the foundations of national security, constitutional order, territorial integrity and inviolability, criminal responsibility.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.61

УДК 343.14:343.35

А.В. РУСАЄВ

*Андрій Володимирович Русаєв, аспірант Національної академії внутрішніх справ**

ORCID: 0000-0002-1239-5949

ОСОБЛИВОСТІ ДОКАЗУВАННЯ ОБСТАВИН ВЧИНЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ, ПОВ'ЯЗАНОГО ІЗ ДЕКЛАРУВАННЯМ НЕДОСТОВІРНОЇ ІНФОРМАЦІЇ

Постановка проблеми. Нині більшість громадян України вважають корупцію основною проблемою та загрозою існування держави в цілому. Кожен факт розкриття корупційних правопорушень в органах державної влади наближає нашу країну до побудови відкритої і прозорої державної влади, проте це суттєво не впливає на рівень корупції в нашій державі.

26 лютого 2019 р. Конституційний Суд України (далі – КСУ) визнав ст. 368-2 Кримінального кодексу України (далі – КК України) такою, що не відповідає Конституції України. Після цього відбулася декриміналізація незаконного збагачення, відповідні кримінальні провадження закрили, а особи, які незаконно набули активи в значних розмірах, не понесли кримінальної відповідальності за це діяння. Це рішення призвело до закриття сотень кримінальних проваджень як на стадіях досудового розслідування, так і судового розгляду щодо високопосадовців, підозрюваних у незаконному збагаченні.

© А.В. Русаєв, 2021

* *Andrii Rusaev, Postgraduate student of the National Academy of Internal Affairs*

Тому в ситуації, що склалася після вказаного рішення КСУ, важливим інструментом стримування осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, від учинення корупційних правопорушень, пов'язаних із незаконним збагаченням, залишалася норма, передбачена ст. 366-1 КК України «Декларування недостовірної інформації». Але 27 жовтня 2020 р. КС України скасував ст. 366-1 КК України, визнавши її неконституційною. Після цього парламентом України була розроблена новий законопроект, який наразі розглянуто та схвалено. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення відповідальності за декларування недостовірної інформації та неподання суб'єктом декларування декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» від 4 грудня 2020 р. № 1074-IX вже набрав чинності. Ним доповнено КК України новими ст. ст. 366² і 366³, якими встановлюється відповідальність за декларування недостовірної інформації та неподання суб'єктом декларування декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

Відповідно до цього Закону, якщо суб'єкт декларування умисно вніс завідомо недостовірні відомості до декларації, можливі заходи щодо притягнення його до відповідальності залежатимуть від суми недостовірних відомостей:

– якщо такі відомості відрізняються від достовірних на суму від 500 до 2000 прожиткових мінімумів для працездатних осіб;

– якщо такі відомості відрізняються від достовірних на суму понад 2000 прожиткових мінімумів для працездатних осіб.

Відсутність протягом певного часу правових підстав для притягнення суб'єктів декларування до відповідальності за непояснені чи незрозумілі активи та механізму їх конфіскації, якщо не доведено вчинення конкретного кримінального правопорушення, в результаті якого ці активи було здобуто, знівелювало повноцінну роль системи електронного декларування у запобіганні корупційним правопорушенням, їх виявленні, а головне – доказуванні та притягненні винних до відповідальності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню проблем корупційної злочинності, у тому числі доказування обставин декларування недостовірної інформації, особливостей розслідування цього кримінального правопорушення, присвячені роботи таких учених, як: П.П. Андрушко, О.С. Бондаренко, В.І. Галаган, М.Л. Грібов, О.О. Дудоров, В.М. Киричко, М.В. Кочеров, Є.Д. Лук'янчиков, М.І. Мельник, В.О. Навроцький, В.А. Пересада, О.В. Пчеліна, М.А. Погорецький, Т.І. Слущька, Д.М. Стародуб, О.М. Стрільців, І.В. Терентьев, З.М. Топорецька, В.І. Тютюгін, М.І. Хавронюк, П.В. Цимбал, А.М. Черенков, Ю.М. Чорноус, Р.М. Шехавцов та ін. Проте більшість вищезазначених науковців розглядає декларування недостовірної інформації в контексті комплексних досліджень службової чи корупційної злочинності. Виникає необхідність у науковому вирішенні проблем виявлення та доказування обставин декларування недостовірної інформації.

Постановка завдання. Метою статті є дослідження діяльності уповноважених суб'єктів щодо доказування обставин кримінального правопорушення, пов'язаного із декларуванням недостовірної інформації.

Виклад основного матеріалу. Незважаючи на успішне запровадження в Україні окремих аспектів антикорупційної реформи (зокрема, прийняття законів: «Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки», «Про запобігання корупції», «Про Національне антикорупційне бюро України» тощо, створення спеціально уповноважених органів із запобігання корупції (Національне антикорупційне бюро України (далі – НАБУ), Спеціалізована антикорупційна прокуратура (далі – САП), Національне агентство з питань запобігання корупції (далі – НАЗК), введення обов'язкового електронного декларування на публічній службі, рівень корупції в нашій державі не зменшується й все глибше пронизує побутову, ділову та політичну сфери.

Варто акцентувати увагу, що 5 листопада 2020 р. у Верховній Раді України прийнято за основу проект Закону «Про засади державної антикорупційної політики на 2020–2024 роки» від 21 вересня 2020 р. № 4135¹.

Як зазначено на офіційному вебпорталі парламенту України, законопроектом пропонується затвердити Антикорупційну стратегію на 2020–2024 роки (далі – Антикорупційна стратегія), яка додається до проекту.

Одночасно у розділі II «Прикінцеві положення» законопроекту запропоновано визнати таким, що втратив чинність, Закон України «Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки», а також внести низку змін до Закону України «Про запобігання корупції». Сама Антикорупційна стратегія складається з чотирьох розділів, при цьому перший розділ присвячено концепції формування антикорупційної політики у 2020–2024 рр. та механізму її реалізації. Решта розділів документа містять опис певних проблем та очікувані стратегічні результати, яких слід досягти для їх вирішення.

Концепція формування антикорупційної політики у 2020–2024 рр. та пропонується до затвердження Антикорупційна стратегія базуються на поєднанні двох підходів:

– подальше удосконалення загальної системи запобігання та протидії корупції (розділи II та IV);

– мінімізація корупції у найбільш пріоритетних з точки зору подолання корупції сферах, в тому числі за рахунок проведення найбільш успішних галузевих реформ (розділ III).

Проектом Закону пропонується не лише затвердити Антикорупційну стратегію на 2020–2024 рр., а й внести зміни до деяких положень Закону України «Про запобігання корупції» з метою підвищення ефективності механізмів моніторингу та координації реалізації державної антикорупційної політики. Зокрема, пропонується:

- передбачити повноваження Національного агентства з питань запобігання корупції щодо визначення порядку здійснення моніторингу, координації, оцінки ефективності реалізації державної антикорупційної політики;
- передбачити запровадження інформаційної системи з метою забезпечення відкритості відомостей про стан реалізації державної антикорупційної політики, інших заходів із запобігання та протидії корупції;
- переглянути періодичність підготовки національних доповідей щодо ефективності державної антикорупційної політики та порядок їх затвердження;
- визначити строки, на які мають розроблятися і затверджуватися Антикорупційна стратегія та відповідна державна програма;
- уточнити положення щодо збору та опрацювання статистичної інформації про результати діяльності спеціально уповноважених суб'єктів у сфері протидії корупції².

Проте ефективність боротьби з корупцією в державі залежить не тільки від удосконалення антикорупційного законодавства шляхом внесення змін, доповнень чи взагалі прийняття нових нормативно-правових актів, а й від злагодженої діяльності та взаємодії уповноважених суб'єктів з попередження, виявлення, припинення, розслідування та розкриття корупційних правопорушень, віднесених до їх підслідності, а також запобігання вчинення нових.

При здійсненні досудового розслідування у корупційних кримінальних правопорушеннях, пов'язаних із декларуванням недостовірної інформації (ст. 366-2 КК України), головним завданням для детективів НАБУ виступає обов'язок доказування обставин, що мають значення для кримінального провадження, шляхом збирання, перевірки, оцінки даних, які мають значення для встановлення об'єктивної істини.

В кримінальному процесі проблеми доказування завжди займали центральне місце. Насамперед це зумовлено певною специфічністю пізнавальної діяльності, пов'язаною з жорсткою регламентацією процедури, строків та іншими особливостями встановлення обставин кримінального правопорушення.

Теорія кримінальних процесуальних доказів завдяки зусиллям науковців збагатилась дослідженнями, які сприяли покращенню практики кримінального судочинства та вдосконаленню чинного законодавства.

Серцевиною кримінальної процесуальної діяльності є доказування, що займає в ній основне місце. Воно відбувається на всіх стадіях кримінального процесу.

Заслуговує на увагу позиція Т.М. Барабаш, яка зазначила, що українська правова система відстає у дослідженні процедури доказування (теорії доказування) порівняно з аналогічними положеннями іноземних держав. Законодавча влада США, Великобританії, Німеччини, Австрії приділяє значну увагу процесу дослідження доказів, конкретизації процесуальних аспектів елементів доказування, з урахуванням їх особливостей³.

Як відомо, вищевказане кримінальне правопорушення підслідне детективам НАБУ, слідчим Державного бюро розслідувань (далі – ДБР) та Національній поліції України.

Детективи НАБУ здійснюють досудове розслідування декларування недостовірної інформації відповідно до положень ст. 216 КПК України⁴, якщо наявна хоча б одна з таких умов:

- 1) його вчинено особою, визначеною в п. 1 ч. 5 ст. 216 КПК України;
- 2) розмір предмета злочину або завданої ним шкоди в п'ятсот і більше разів перевищує розмір прожиткового мінімуму для працездатних осіб, встановленої законом на час вчинення злочину (якщо злочин вчинено службовою особою державного органу, правоохоронного органу, військового формування, органу місцевого самоврядування, суб'єкта господарювання, у статутному капіталі якого частка державної або комунальної власності перевищує 50 відсотків).

В інших випадках кримінальне правопорушення, передбачене ст. 366-2 КК України, підслідне слідчим ДБР або Національній поліції України (залежно від суб'єкта):

- вчинено особою, визначеною в п. 1, 2 ч. 4 ст. 216 КПК України, – досудове розслідування відповідних кримінальних проваджень здійснюють слідчі ДБР;
- в інших випадках – органів Національної поліції України.

Ми погоджуємося з думкою А.М. Черенкова, що у розслідуванні декларування недостовірної інформації найбільшими проблемами є:

- складність процесу доказування умислу особи на вчинення кримінального правопорушення. Навіть після впровадження системи подачі і оприлюднення декларацій умисний характер діяння суб'єкта кримінального правопорушення залишився складно доказовим фактом, оскільки завжди є можливість в певний термін заявити про помилку. Також наявна можливість оскаржити і сам факт перебування майна в користуванні або власності особи;
- неможливість проведення та використання результатів негласних слідчих (розшукових) дій під час розслідування цього злочину, оскільки він належить до категорії нетяжких;
- неоднозначність наукового тлумачення термінології, що застосовується під час кваліфікації кримінального правопорушення (чи є електронна декларація офіційним документом? Поняття офіційного документа закріплено в ст. 358 КК України, але з цього поняття не зрозуміло, чи входить до нього ця електронна декларація);
- роз'яснення НАЗК, зокрема правова позиція щодо висновків за результатами повної перевірки декларацій;
- відмова слідчих суддів розглядати клопотання, якщо провадження стосується народних депутатів;

– наявність труднощів фактичного підтвердження належності майна фігуранту, який його приховує, оформляючи на підставних осіб.

Особливу увагу уповноважені органи повинні приділяти не лише питанням законності придбання (отримання) майна особою, а й питанням його утримання. Адже досить часто підконтрольні суб'єкти, шляхом прямого порушення закону (зловживань) чи обходу закону (договір дарування, отримання спадку) «маскують» факт придбання майна. Водночас приховати фактичне утримання такого майна набагато складніше. До того ж, на практиці, стає досить складним відмежувати недостовірність від звичайної описки чи арифметичної помилки в антикорупційній декларації, що у свою чергу може стати базисом для зловживань з боку органів фіскального контролю, антикорупційного запобігання і досудового розслідування та неминуче призведе до порушення прав громадян;

– складність підтвердження факту, що декларація і вказані в ній відомості були подані безпосередньо й особисто декларантом, а не іншою особою;

– відсутність відомостей у вітчизняних базах даних податкової про доходи громадян (Державна фіскальна служба України надає відомості з 1998 р.).

Відкритим та неврегульованим є питання оцінки майна декларанта. Адже це буде прямо впливати на питання кваліфікації та розмежування від адміністративного правопорушення. Опис заборонених дій щодо недостовірного декларування та бездіяльності у вигляді умисного неподання декларації дає можливість для певних зловживань, оскільки на практиці неможливо уникнути «оцінки на власний розсуд» з боку правоохоронних органів та/або суду, а також відмежувати поняття «завідомо неправдиві» відомості від банальної арифметичної помилки, яка може бути допущена у тексті декларації, чи то ненавмисної «неуважності» суб'єкта декларування;

– невиконання запитів про міжнародно-правову допомогу, через відсутність криміналізації цих дій у інших країнах;

– реєстрація нерухомого і рухомого майна на офшорні компанії за кордоном;

– неможливість здобуття відомостей в деяких банках за кордоном (наприклад, у швейцарських банках) через національний захист такої інформації;

– проблеми отримання інформації щодо володільців банківських комірок (в Україні понад 150 банків, і спочатку необхідно отримати через тимчасовий доступ інформацію про всіх володільців, а вже потім вирішувати питання про обшук комірки);

– існування певної неузгодженості в законодавстві щодо необхідності декларування майна юридичної особи, бенефіціарним власником якого є суб'єкт декларування, та яким суб'єкт декларування фактично користується⁵.

У свою чергу, Є. Бондаренко виявив такі проблеми, що стосуються проведення досудового розслідування та доказування в кримінальних провадженнях, пов'язаних із декларуванням недостовірної інформації:

1) розмежування кримінальної відповідальності та адміністративної відповідальності – у кваліфікації порушення вимог фінансового контролю;

2) відсутність виробленої судової практики;

3) необхідність доведення прямого умислу на внесення недостовірних відомостей до е-декларації або неподання декларації;

4) доведення фактичної наявності ведення державним службовцем спільного господарства з іншою особою (цивільною дружиною або чоловіком), якою за звітні періоди набувається у власність майно (нерухомість, земельні ділянки, транспортні засоби тощо) за відсутності офіційного доходу в необхідному розмірі для здійснення таких придбань⁶.

На практиці, як наголошує А.А. Вознюк, під час розслідування декларування недостовірної інформації виникають проблеми, пов'язані з недосконалістю законодавства, неефективною роботою системи органів кримінальної юстиції, а також іншими труднощами розслідування цього кримінального правопорушення, а саме:

1) позиція НАЗК, згідно з якою об'єкти декларування (наприклад, нерухомість, цінне рухоме майно, транспортні засоби тощо) декларуються відповідно до їх наявності станом на останній день звітного періоду;

2) неможливість проведення слідчих (розшукових) дій;

3) відсутність відповідальності за незаконне збагачення, що надає можливість декларувати незаконні активи, надаючи їм у такий спосіб легальної форми;

4) оцінку у певних випадках подачі особою декларації після початку кримінального провадження як дійового каяття або зміни обстановки і подальше її звільнення від кримінальної відповідальності;

5) притягнення до кримінальної відповідальності за цей злочин зазвичай суб'єктів декларування, що належать до службових осіб самого нижчого рівня (поліцейських, голів сільських, селищних, міських, районних рад), та уникнення відповідальності службовими особами, які займають відповідальне та особливо відповідальне становище і які фігурують у низці скандалів у ЗМІ (це, зокрема, народні депутати, міністри, керівники правоохоронних органів, їх заступники, судді);

6) надзвичайно низький рівень взаємодії НАЗК з НАБУ та Національної поліції України у виявленні й розслідуванні декларування недостовірної інформації;

7) труднощі доказування умислу на подання недостовірної інформації до електронної декларації⁷.

Слушною є думка А.В. Мовчан, що діяльність спеціально уповноважених суб'єктів у сфері протидії корупції стикається з низкою проблем, пов'язаних з відсутністю якісної законодавчої бази, зокрема, не розроблення системних підходів стосовно діяльності суб'єктів протидії корупції та їх взаємодії з громадянським суспільством у цій сфері, відсутність концептуального бачення організаційно-правового забезпечення протидії корупції. Показові затримання прокурорів, суддів, чиновників так і не переросли в реальні судові вироки, а оприлюднення декларацій із сотнями тисяч і мільйонами доларів готівки, десятками квартир, будинками, земельними ділянками, елітними автомобілями, іншими цінностями викликало безліч запитань не лише у наших співвітчизників, а й у західних партнерів⁸.

Отже, для вирішення найбільш актуальних проблем у розслідуванні декларування недостовірної інформації варто виділити такі шляхи:

- а) максимальна деталізація об'єктів декларування у законі;
- б) приведення у відповідність із чинним законодавством роз'яснення НАЗК та його діяльність;
- в) надання повного віддаленого доступу до реєстру декларацій НАЗК;
- г) удосконалення повноважень НАЗК;
- д) введення загального подання декларацій для всіх громадян;
- е) спрощення процедури збору інформації і доказів для органів, уповноважених здійснювати досудове розслідування цього кримінального правопорушення (внести зміни до ч. 2 ст. 246 КПК України та передбачити можливість проведення негласних слідчих (розшукових) дій).

Висновки. Згідно з міжнародними принципами боротьби із корупцією мета декларування жодною мірою не полягає у виявленні доходів, витрат і майна чиновників (тобто, контролі за їх майном), а пов'язана саме з виявленням конфлікту їх інтересів, який може призвести до корупції.

На національному рівні декларування зазвичай вводиться для розв'язання двох основних завдань:

- 1) виявлення «індикатора корупції» – фактів, що свідчать про можливе вчинення посадовою особою корупційного правопорушення;
- 2) виявлення конфлікту інтересів за обставин, коли особисті інтереси посадової особи можуть призвести до необ'єктивного виконання ним службових обов'язків.

З урахуванням міжнародної позиції, згаданої вище, важливою підставою для притягнення особи до кримінальної відповідальності є наявність в діях умислу на приховання в ході декларування «індикатора корупції» та/або конфлікту інтересів посадової особи. При цьому умисний характер вчиненого діяння має обов'язково підтверджуватися, що може полягати в наявності відповідного корисливого або іншого особистого інтересу особи чи інтересу третіх осіб, яким суб'єкт правопорушення мав керуватись при вчиненні кримінального правопорушення.

Слід звернути увагу, що в декларації вказуються дані, які надаються декларанту членами його сім'ї, які можуть повідомити і недостовірну інформацію (вони не є суб'єктами декларування, тому за невиконання правил заповнення декларації не будуть притягуватися до будь-якої із видів юридичної відповідальності). З цього випливає, що суб'єкт декларування може бути притягнутий до кримінальної відповідальності за внесення «завідомо недостовірних відомостей», не вважаючи їх такими.

У судовій та правоохоронній системі України є загальновідомим факт застосування презумпції невинуватості. Обов'язок доказування умислу декларанта на внесення завідомо неправдивих відомостей покладається на осіб, уповноважених здійснювати досудове розслідування. Проте чи не доцільнішим би було, щоб обов'язок доведення своєї правоти і невинуватості покладалася власне на самого декларанта, який би законними методами доводив, що не мав умислу на внесення завідомо неправдивих відомостей до е-декларації.

На нашу думку, в декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, недостовірною інформацією необхідно вважати розбіжності доходів і витрат суб'єкта декларування (наприклад, достатність офіційно отриманих доходів для придбання та/або утримання майна; неправдиві відомості щодо наявності та/або доходів від нерухомого майна, рухомого майна, корпоративних прав, нематеріальних активів, будь-яких інших доходів).

¹ Проект Закону про засади державної антикорупційної політики на 2020–2024 роки від 21.09.2020 р. № 4135. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70007

² Прийнято за основу проект Закону «Про засади державної антикорупційної політики на 2020–2024 роки». *Новини Інформаційне управління Апарату Верховної Ради України*. URL: <https://www.rada.gov.ua/news/Novyny/199198.html>

³ Барабаш Т.М. Моніторинг теорії доказування у процесуальному праві України. *Судова апеляція*. 2009. № 2(15). С. 14.

⁴ Кримінальний процесуальний кодекс України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>

⁵ Черенков А.М. Розслідування декларування недостовірної інформації: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2020. С. 29–31.

⁶ Бондаренко Є. Електронне декларування на Донеччині перші результати роботи та винесені вироки. *Вісник Прокуратури*. 2017. № 10. С. 34–35.

⁷ Вознюк А.А. Декларування недостовірної інформації: актуальні проблеми досудового розслідування. *Актуальні питання судової експертології, криміналістики та кримінального процесу*: мат. міжн. наук.-практ. конф. (м. Київ, 5 листоп. 2019 р.). Київ: КНДІСЕ Мін'юсту України, 2019. С. 109–113.

⁸ Мовчан А.В. Проблеми реформування системи протидії корупції в Україні. *Реалізація державної антикорупційної політики в міжнародному вимірі*: матеріали III Міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 7 груд. 2018 р.): у 2 ч. Київ, 2018. Ч. 1. С. 109, 113.

Резюме

Русаев А.В. Особливості доказування обставин вчинення кримінального правопорушення, пов'язаного із декларуванням недостовірної інформації.

У статті, з метою встановлення особливостей доказування обставин кримінального правопорушення «Декларування недостовірної інформації», яке передбачене у ст. 366-2 КК України, проведено аналіз чинного кримінального та антикорупційного законодавства України, досліджено матеріали правозастосовної практики, позиції вчених. Встановлено, що кримінальне правопорушення, передбачене ст. 366-2 КК України, є корупційним кримінальним правопорушенням.

Визначено особливості системи обставин, що підлягають встановленню під час розслідування декларування недостовірної інформації. Розкрито проблеми, пов'язані з доказуванням окремих з них. Окреслено форми взаємодії уповноважених органів з працівниками НАЗК під час досудового розслідування декларування недостовірної інформації. Акцентовано увагу, що головним завданням для детективів Національного антикорупційного бюро України виступає обов'язок доказування обставин, які мають значення для кримінального провадження, шляхом збирання, перевірки, оцінки даних, які мають значення для встановлення об'єктивної істини. Результатом дослідження є пропозиції вирішення актуальних проблем, пов'язаних з досудовим розслідуванням декларування недостовірної інформації.

Ключові слова: доказування, корупційне правопорушення, корупція, декларація, недостовірна інформація.

Резюме

Русаев А.В. Особенности доказывания обстоятельств совершения криминального правонарушения, связанного с декларированием недостоверной информации.

В статье, с целью установления особенностей доказывания обстоятельств криминального правонарушения «Декларирование недостоверной информации», какое предусмотрено в ст. 366-2 КК Украины, проведен анализ действующего криминального и антикоррупционного законодательства Украины, исследованы материалы правоприменительной практики, позиции ученых. Установлено, что криминальное правонарушение, предусмотренное ст. 366-2 КК Украины, является коррупционным криминальным правонарушением.

Определены особенности системы обстоятельств, которые подлежат установлению во время расследования декларирования недостоверной информации. Раскрыты проблемы, связанные с доказыванием отдельных из них. Показаны формы взаимодействия уполномоченных органов с работниками НАЗК во время досудебного расследования декларирования недостоверной информации. Акцентируется внимание, что главной задачей для детективов Национального антикоррупционного бюро Украины выступает обязанность доказывания обстоятельств, которые имеют значение для криминального проведения, путем собирания, проверки, оценки данных, которые имеют значение для установления объективной истины. Результатом исследования является предложение решения актуальных проблем, связанных с досудебным расследованием декларирования недостоверной информации.

Ключевые слова: доказывание, коррупционное правонарушение, коррупция, декларация, недостоверная информация.

Summary

Andrii Rusaiev. Features of proving the circumstances of committing a criminal offense related to submission of inaccurate information.

Because of limitations of the present criminal procedural researches on the problems of establishing and proving the facts of submission of inaccurate information, the investigation of these crimes is complicated by a number of circumstances (for instance, active opposition to the investigation, imperfection of national legislation, lack of investigative experience, etc.). Therefore, in this article, in order to establish the features of proving the circumstances of a criminal offense «Submission of inaccurate information», under Article 366-2 of the CC of Ukraine, the analysis of the current criminal and anti-corruption legislation of Ukraine was carried out, materials of law enforcement practice, positions of scientists were explored. It was established that criminal offense stipulated by Article 366-2 of the CC of Ukraine is corruption crime. A study of judicial practice, as well as the results of work of the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine and the National Police of Ukraine show that in some cases this criminal offense (Article 366-1 of CC of Ukraine) could not be classified as corruption. Submission of inaccurate information is usually associated with corrupt behavior of the declarant, so this criminal offense is classified as corruption. The article outlines features of the system of circumstances, that need to be established during the investigation of submission of inaccurate information. Problems related to the proving some of them (usually the event of a criminal offense and intentional guilt) were examined. Forms of interaction of authorized bodies with NABU employees during the pre-trial investigation of submission of inaccurate information were outlined. It is emphasized, that the main task for detectives of the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine is the duty to prove the circumstances relevant to criminal proceedings by collecting, verifying and analyzing information, which are important for establishing the objective truth. The results of this study indicate suggestions, recommendations and ways to solve current problems related to the pre-trial investigation of the submission of inaccurate information.

The conclusion highlighted that the declaration indicates the data provided to the declarant by family members, who may also provide inaccurate information (they are not the subjects of the declaration, so for non-compliance rules of filing the declaration, they will not be held liable for any of the types of legal liability). This mean that subject of declaration may be prosecuted for submission of «deliberately false information», not considering it as such.

Key words: proving, corruption crime, corruption, declaration, inaccurate information.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.62

УДК 347.9

М.М. МАЛЬСЬКИЙ

*Маркіян Маркіянович Мальський, доктор юридичних наук, керівник Західноукраїнського відділення адвокатського об'єднання Arzinger, почесний консул Республіки Австрія у Львові**

ORCID: 0000-0003-2435-2097

СТАНОВЛЕННЯ МІЖНАРОДНОГО ВИКОНАВЧОГО ПРОЦЕСУ ЧЕРЕЗ РОЗВИТОК ВИКОНАВЧОГО ПРОЦЕСУ ТА ЙОГО МІСЦЕ В СИСТЕМІ ПРАВА УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Визначення місця міжнародного виконавчого процесу в системі права та його співвідношення з різними галузями права є малодослідженою проблемою правової науки. Водночас необхідність нормативного врегулювання порядку виконання рішень з іноземним елементом і транснаціональної співпраці органів з виконання рішень та інших актів, що підлягають примусовому виконанню (далі – рішення), постійно зростає, зважаючи на процеси глобалізації та євроінтеграцію вітчизняних ринків.

Визначення місця міжнародного виконавчого процесу у системі права та його співвідношення з різними галузями права допоможе глибше зрозуміти юридичну природу таких правовідносин і виокремити напрями розвитку їх правового регулювання.

Важливо, щоб виконавчі дії у виконавчому провадженні з іноземним елементом вчинялися відповідно до норм не лише внутрішнього національного права, а й міжнародних угод. З метою забезпечення ефективності та узгодженості правозастосовної практики необхідно удосконалити нормативне регулювання таких правовідносин як на національному, так і на міжнародному рівнях. Цьому сприятиме попереднє доктринальне визначення місця та ролі правовідносин з примусового виконання рішень, ускладненого іноземним елементом, в системі права та визначення співвідношення такого міжнародного виконавчого процесу з виконавчим процесом, міжнародним цивільним процесом та іншими галузями.

Метою даного дослідження є визначення місця міжнародного виконавчого процесу в системі права України на основі його порівняння з виконавчим процесом, а також їхнього аналізу в цілому як елементів правової системи. Для досягнення цієї мети були поставлені наступні завдання: аналіз історії розвитку концепції виконавчого процесу; визначення місця виконавчого процесу в системі права України; порівняльний аналіз виконавчого процесу та міжнародного виконавчого процесу на основі дослідження наукової доктрини України; визначення поняття та місця міжнародного процесу в системі права України.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. На жаль, проблематика міжнародного виконавчого процесу не знайшла широкого висвітлення у працях як вітчизняних, так і зарубіжних вчених. Більшість досліджень у даній сфері орієнтовані на практичне застосування норм, які регулюють відносини міжнародного виконавчого процесу, ніж на теоретичному обґрунтуванні та аналізі місця цих норм в національних системах права. Такі підходи знаходимо переважно у працях українських та російських вчених, які й слугували теоретичною базою для даного дослідження. Зокрема, проблематику виконавчого процесу ґрунтовно дослідила С.Я. Фурса¹. У своїх працях вона обґрунтовує потребу не тільки в констатації відповідних змін у системі права України, а й у переосмисленні змісту діяльності державної виконавчої служби, правовому аналізі місця виконавчого провадження в системі права України та його основної функції. С.О. Якимчук² проаналізувала підстави для віднесення виконавчого процесу до цивільного процесу; С.В. Щербак³ обґрунтувала необхідність віднесення його до адміністративного процесу; у працях Р.О. Ляшенка⁴, Д.Х. Валєєва⁵, О.О. Чумака⁶, Д.М. Сібільова⁷ висвітлені аргументи на користь виокремлення виконавчого процесу як окремої галузі права. О.В. Ісаєнкова⁸ та В.А. Гурєєв⁹ обґрунтовують поділ цієї галузі на загальну та особливу частини; ґрунтовний аналіз підгалузей права наведено у праці О.А. Гавінської¹⁰.

© М.М. Мальський, 2021

* *Markian Malskyi, Dr. hab. in Law, Head of West Ukrainian Branch of Arzinger Law Firm, Honorary Consul of Republic of Austria in Lviv*

Виклад основного матеріалу дослідження. Задля визначення місця, яке посідає міжнародний виконавчий процес у правовій системі України, необхідно насамперед визначити місце національного виконавчого процесу. Для досягнення цієї мети вважаємо за необхідне провести короткий аналіз історії розвитку концепції виконавчого процесу в науковій доктрині України.

Питання правової природи виконавчого процесу досі залишається дискусійним в юридичній науці. Учасників цієї дискусії можна поділити на три групи:

- 1) прихильники віднесення виконавчого провадження до цивільного процесу;
- 2) прибічники включення виконавчого провадження до системи адміністративного права;
- 3) група науковців, які виокремлюють виконавчий процес як самостійну галузь права.

Як прихильник першої теорії, недоцільність виокремлення виконавчого провадження в самостійну галузь права С.О. Якимчук обґрунтовує тим, що виконання судових рішень є складовою судового розгляду, а також важливим фактором, що забезпечує захист прав і законних інтересів громадян¹¹.

Аргументуючи думки на користь другої концепції, С.В. Щербак вважає виконавче провадження інститутом адміністративного процесу. Свою увагу вона зосередила на дослідженні методу правового регулювання виконавчих правовідносин, завдяки якому здійснюється адміністративно-правове регулювання. Держава чітко визначила процедуру примусового виконання рішень і таким чином санкціонує потенційну можливість примусу до зобов'язаної особи в чітких межах виконавчого провадження. Разом із тим стягувач, подаючи встановлені законом документи до Державної виконавчої служби, лише ініціює санкціоновану державою процедуру примусового стягнення з конкретного боржника як наслідок невиконання останнім своїх обов'язків у добровільному порядку¹².

Як прихильник третьої концепції, Д.Х. Валеєв визначає виконавче провадження як процесуальну галузь права, предмет регулювання якої становлять процесуальні відносини, що складаються з приводу примусово-виконавчої діяльності судового пристава-виконавця і набувають особливої процесуальної форми¹³.

Цю позицію підтримують і деякі українські вчені. Так, Р.О. Ляшенко розглядає «виконавчий процес» у декількох значеннях, зокрема, як галузь правової науки, а провадження – як сукупність дій державного виконавця в межах зумовленої законодавством процедури. Процесуальне право він визначає як систему норм, які регламентують процесуальний порядок та у яких закріплена процедура примусового виконання рішень судів та інших юрисдикційних органів¹⁴. Така позиція є прийнятною, оскільки зроблено акцент на процесуальному змісті діяльності виконавців.

О.О. Чумак розмежовує виконавчий процес і виконавче провадження, зазначаючи, що окреме виконавче провадження виникає та існує в межах виконавчого процесу та реалізується через вчинення певних дій, які становлять виконавче провадження¹⁵. Така спроба узагальнення й об'єднання окремих проваджень у більш складне поняття «процес» є цікавою і раціональною.

Як зазначає Д.М. Сібільов, виконавче провадження сьогодні фактично перетворюється на виконавчий процес, оскільки діяльність, що пов'язана з виконанням рішень суду та інших органів, притаманна багатьом інститутам, характерним для процесуальної діяльності судових органів; виконавчому провадженню притаманна така ознака процесуальної форми, як стадійність, система норм виконавчого провадження за ступенем урегульованості є вищою, ніж звичайна система процедур, і тяжіє до системи процедур щодо розгляду справ, встановленої відповідним процесуальним законодавством¹⁶. Ми також доходимо висновку, що виконавче провадження повинно стати об'єктом комплексного наукового дослідження з метою його систематизації, упорядкування, визначення його місця в системі законодавства, окреслення його ознак як самостійної галузі права, аналізу перспектив його розвитку та удосконалення виконавчих процедур. Цю позицію можна сприймати як одну зі спроб наукового аналізу виконавчого провадження, але ще далеко від оптимальної через деякі неточності. Так, в одному із фрагментів Д.М. Сібільов зазначає, що «діяльності, пов'язаній з виконанням рішень суду та інших органів, притаманно багато інститутів»¹⁷, але діяльності не можуть бути притаманні інститути, оскільки це поняття теоретичне, можна говорити про виконавчий процес як самостійну галузь правової науки (галузь права), що складається з певних інститутів. А оскільки норми, які регулюють виконавче провадження, свого часу (після прийняття Закону України «Про виконавче провадження» у 1999 р.) були виокремлені із ЦПК України та мають процесуально-процедурний характер, виконавчий процес є процесуальною (комплексною) галуззю правової науки.

На основі дослідження правової думки ми схилиємось до позиції тієї групи науковців, які вважають виконавчий процес самостійною галуззю права, а не сукупністю норм законодавства. На користь цієї позиції свідчать такі аргументи:

1) чинне цивільно-процесуальне законодавство не регламентує процедуру виконавчого провадження, оскільки вона не є частиною цивільного процесу, а ЦПК України регламентує лише деякі межові питання, які можуть виникати при примусовому виконанні рішень і потребують реакції суду, згідно із законом;

2) виконавче провадження не є обов'язковою стадією цивільного процесу і це вже давно враховують укладачі та автори підручників і навчальних посібників¹⁸. Хоча заради об'єктивності варто звернути увагу на ті навчальні посібники, у яких дотепер трапляються такі підрозділи, як «Виконання судових рішень як стадія цивільного процесу»¹⁹. Але в цьому виданні й інші суперечності, зокрема, його назва не відповідає змісту: оскільки навчальний посібник названо «Цивільний процес», а йдеться про цивільне процесуальне право. Деякі автори помилково включають до цивільного процесу і виконавче провадження²⁰, і господарський процес²¹, і нотаріальний²²;

3) примусовому виконанню підлягають не лише виконавчі документи, видані судами, а й рішення інших органів (посадових осіб);

4) право розвивається, і виконавчий процес є типовим прикладом, що підтверджує необхідність виокремлення галузі права, на якій сконцентрована увага державної влади та науковців;

5) розвиток виконавчого процесу і стрімке збільшення обсягу відповідної інформації визначають необхідність виокремлення нової галузі права, в межах якої ця інформація буде систематизуватися за певним самостійним предметом;

6) виконавчий процес поєднує в собі спеціальні принципи, правовідносини, підгалузі та інститути, про що свідчать дисертаційні дослідження в цій галузі;

7) виконавчий процес є цілісною системою юридичних норм, які регулюють сферу суспільних відносин, пов'язану із виконанням виконавчих документів у примусовому порядку зі специфічним методом правового регулювання імперативного характеру;

8) виконавчий процес має власний предмет регулювання – примусове виконання виконавчих документів уповноваженими посадовими особами Державної виконавчої служби України або приватними виконавцями;

9) виконавці не належать до посадових осіб судової системи. Крім того, до системи органів, уповноважених на примусове виконання, входять як державні, так і приватні виконавці – спеціальні суб'єкти приватного права, наділені владними повноваженнями, що діють за свій рахунок та у власних економічних інтересах, у визначених законом межах з виконання виконавчих документів;

10) виокремлення виконавчого процесу в галузь права сприятиме виконанню Україною взятих на себе зобов'язань, згідно зі ст. 6 Конвенції, оскільки право на виконання рішення є частиною правової системи України і зумовлює виникнення у певних посадових осіб обов'язку його виконати. Так, у разі звернення до суду відповідні обов'язки з'являються у суддів, коли ж рішення суду, що набрало законної сили, надходить до виконавців, то саме вони зобов'язані його виконати. Припустимо, що в нашій країні колись таки буде запущений неперсоніфікований комп'ютерний механізм розгляду спорів і особа за комп'ютерною програмою звертається до певного сайту та отримує компенсацію заподіяної їй шкоди. Умови, за яких громадянину невідомо, хто і як захищає його права, є оптимальними, адже його цікавить лише результат. На сьогодні така схема відносин – це далеко від реальності фантазії, однак вже зараз існують численні автоматизовані системи подачі позовів різного характеру (стягнення прострочених заборгованостей за кредитними картками, спори за адміністративні штрафи у сфері паркування, спори за відкладені авіарейси тощо), що видавалося абсолютно неможливим ще 10–15 років тому. Кожна посадова особа, кожний орган у нашій країні виконує свої функції і мусить відповідати за результати своїх дій або бездіяльності: суди – за законність своїх рішень, а виконавці – за повне і своєчасне виконання рішень. Отже, ст. 6 Конвенції є універсальною стосовно багатьох країн і не означає тлумачення виконавчого провадження тільки як стадії судового процесу. ЄСПЛ вимагає від держав, що визнали його юрисдикцію, забезпечення виконання судових актів, а не підпорядкування органів примусового виконання судам.

Вважаємо, що нині є всі підстави для такого виокремлення та прийняття Виконавчого кодексу України, який би систематизував законодавство щодо виконавчого процесу.

Виокремлення виконавчого процесу як галузі права є типовим прикладом розвитку системи права, коли підгалузь чи інститут цивільного процесу поступово шляхом об'єднання з додатковими нормами та інститутами переростає в самостійний структурний елемент, що характеризується власними специфічними предметом і методом регулювання.

Як і більшість галузей права, виконавчий процес, вважаємо, складається із загальної та особливої частин. На думку О.В. Ісаєнкової²³ та В.А. Гурєєва²⁴, загальна частина цієї галузі включає положення та інститути, які стосуються виконавчого процесу загалом, його предмета, методу, принципів, суб'єктів, строків, витрат, відповідальності тощо. До особливої частини виконавчого процесу належать норми, які регламентують рух і розвиток виконавчого процесу від стадії до стадії, особливості виконання різних виконавчих документів, особливості вчинення окремих виконавчих дій, звернення стягнення на різні види майна тощо.

У зв'язку з цим підтримуємо концепцію С.Я. Фурси²⁵ щодо структури науки про нотаріат, в межах якої інформація диференціюється на два великі блоки: та, що стосується організаційної структури нотаріату, і та, яка має відношення до процесуальної діяльності нотаріусів (нотаріальний процес). Таку концепцію, за аналогією, можна використати для систематизації інформації у сфері примусового виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб), виокремивши у ній питання організації органів примусового виконання та теорію виконавчого процесу, яка включатиме в себе порівняльні аспекти організації та виконання рішень у різних країнах світу, міжнародний виконавчий процес.

Отже, притримуючись позиції, що виконавчий процес є окремою галуззю права України та базуючись на ній, вважаємо за можливе на основі порівняння та аналізу виконавчого процесу й міжнародного виконавчого процесу в сукупності визначити місце останнього в системі права України.

Вважаємо, що термін «міжнародний виконавчий процес» треба наповнити певним науковим змістом і трактувати його як один із напрямів досліджень українських учених, що орієнтований на формування доктрини нової галузі правової науки з метою удосконалення однієї з функцій держави, зокрема, з примусового виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб), тобто з відновлення прав фізичних та юридичних осіб. Отже, до предмета дослідження мають увійти джерела національного, іноземного, міжнарод-

ного, транскордонного та транснаціонального права, що регулюють примусове виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб) з іноземним(ми) елементом(ми).

Динаміка системи права зумовила виокремлення виконавчого процесу в самостійну галузь права, тісно пов'язану з цивільним процесом, господарським процесом, адміністративним судочинством, нотаріальним процесом, оскільки при виконанні рішень цих судів може постати потреба вирішення питань, які потребують реакції суду, – затвердження мирової угоди, зміни способу та порядку виконання рішення, надання відстрочки та розстрочки у виконанні рішення. На організаційну структуру органів примусового виконання та на процесуальну діяльність виконавців суттєво впливають норми матеріального права, зокрема адміністративного права, законодавства про адміністративні порушення, кримінального права, трудового права та інших, на підставі яких ухвалювались судові рішення, які виконуються у примусовому порядку.

Норми права, які формують галузь виконавчого процесу, розташовуються у певному порядку, що об'єктивно зумовлений характером таких правовідносин. Ці норми поділяються на підгалузі та інститути на підставі видів і форм правовідносин, які є предметом правового регулювання галузі.

Детальне дослідження підгалузей права в системі права України здійснено О.А. Гавінською, яка подає дефініцію підгалузі права з позицій інституційно-функціонального підходу, а саме визначає підгалузь права як відносно автономну нормативну цілісність, що існує в межах галузі права, об'єднує кілька споріднених правових інститутів та з урахуванням потреб юридичної практики може подолати інституційну недостатність і виокремитися в окремий напрям правового регулювання (галузь права). Дослідження перелічує характерні ознаки підгалузей права, які відрізняють їх від галузей та інститутів права: по-перше, формування підгалузі права пов'язане з фрагментацією нормативності, однак, на відміну від інститутів права, ця фрагментація поєднана зі спеціалізацією правового впливу; по-друге, виникнення підгалузі права пов'язане з формуванням додаткового методу правового регулювання, який застосовується субсидіарно й може витіснити основний галузевий метод правового регулювання; по-третє, підгалузь права формується не стільки за рахунок законодавчої діяльності, скільки за рахунок утворення автономних сфер юридичної практики²⁶.

Виконавчий процес тісно пов'язаний з міжнародним приватним та, частково, з міжнародним публічним правом (у частині застосування норм міжнародних договорів, юрисдикції державних органів, виконання рішень міжнародних органів), а також із законодавством про правовий статус іноземців та осіб без громадянства, про що детально пишуть деякі вчені²⁷.

Міжнародний виконавчий процес не може функціонувати як відокремлена від виконавчого процесу категорія, а його міжгалузевий характер регулювання не є достатнім аргументом на користь його вивчення поза виконавчим процесом, зважаючи на їх спільні загальний предмет і спосіб регулювання.

Так, предметом регулювання норм міжнародного виконавчого процесу є примусове виконання рішень, як і у виконавчому процесі, але, на відміну від останнього, предмет регулювання міжнародного виконавчого процесу додатково характеризується однією спільною для всіх видів міжнародного виконавчого процесу особливістю – іноземним елементом.

Крім наявності інститутів у структурі міжнародного виконавчого процесу ця підгалузь характеризується єдністю змісту, що виражається у спеціальних принципах і функціях, властивих такому процесу, особливістю предмета та методу правового регулювання та єдиною галузевою приналежністю його норм, а саме приналежністю до галузі виконавчого процесу. Функціональна єдність правових норм підгалузі зумовлена тим, що всі вони спрямовані на примусове виконання рішень, що ускладнене іноземним елементом.

Для міжнародного виконавчого процесу, як і для виконавчого процесу загалом, властивий імперативний метод правового регулювання. Водночас він поєднується з певними елементами диспозитивного методу, що проявляється, зокрема, в можливості стягувача обирати орган виконання (державного чи приватного виконавця), крім випадків, коли те чи інше рішення не належить до компетенції приватного виконавця (ч. 2 ст. 5 Закону України «Про виконавче провадження»²⁸), а в деяких випадках юрисдикції виконання подавати письмову заяву про повернення виконавчого документа, відмовитися залишити за собою майно боржника, нереалізоване під час виконання рішення, за відсутності іншого майна, на яке можливо звернути стягнення (п. 1.3 ч. 1 ст. 37 Закону), а боржник має право запропонувати види майна чи предмети, які необхідно реалізувати в першу чергу (ч. 5 ст. 48 Закону) тощо.

Потреба в детальному вивченні правовідносин, пов'язаних з приведенням до виконання і самим виконанням рішень судів та інших органів (посадових осіб), ускладненого іноземним елементом (міжнародного виконавчого процесу), продиктована потребами практики, прискоренням темпів глобалізації та істотним збільшенням кількості взаємозв'язків, які виникають між особами (фізичними та юридичними), які проживають (знаходяться) в різних юрисдикціях.

Підсумовуючи викладене, маємо підстави констатувати, що міжнародному виконавчому процесу властиві ознаки підгалузі права, а саме:

- наявність сукупності правових інститутів та їх єдина галузева приналежність (йдеться, зокрема, про такі інститути, як участь у виконавчому провадженні іноземця чи особи без громадянства; здійснення виконавчого провадження щодо рішень судів чи інших юрисдикційних органів, ухвалених в іноземній державі; необхідність вчинення виконавчих дій за кордоном; виконання рішень міжнародних судових і несудових інституцій);

- особлива предметна єдність правових норм підгалузі, що об'єднуються за однією характерною ознакою – участю іноземного елемента;

– наявність, поряд з основним методом правового регулювання (імперативним), ще й додаткового (диспозитивного);

– існування автономної сфери юридичної практики, пов'язаної з приведенням і самим виконанням рішень судів та інших органів (посадових осіб), ускладненого іноземним елементом.

Поняття міжнародного виконавчого процесу можна розглядати у трьох аспектах:

– міжнародний виконавчий процес – це встановлений окремими національними та міжнародними актами порядок діяльності органів, посадових осіб, на які покладено повноваження з примусового виконання рішень судових та інших юрисдикційних органів, інших виконавчих документів, яке ускладнене іноземним елементом;

– міжнародний виконавчий процес – це підгалузь виконавчого процесу, яка являє собою сукупність правових інститутів та правових норм, предметом регулювання яких є суспільні відносини у сфері виконання судових рішень, та інших виконавчих документів за участю / щодо іноземного елемента;

– міжнародний виконавчий процес – це ускладнена іноземним елементом діяльність уповноважених органів відповідної юрисдикції, на які покладено повноваження щодо реалізації судових рішень та актів інших юрисдикційних органів, відповідно до встановленого порядку такої діяльності.

Враховуючи усе викладене вище, вважаємо за доцільне виокремлення виконавчого процесу як окремої галузі права та, відповідно, виокремлення з виконавчого процесу міжнародного виконавчого процесу та надання йому статусу підгалузі останнього, що також перебуває у тісних міжгалузевих зв'язках з міжнародним цивільним процесом.

Висновки:

1. Виконавчий процес має загальну та особливу частини. Загальна частина включає положення та інститути, які стосуються виконавчого процесу загалом, його предмета, методу, принципів, суб'єктів, строків, витрат, відповідальності тощо; до особливої частини виконавчого процесу належать норми, які регламентують рух і розвиток виконавчого процесу від стадії до стадії, особливості виконання різних виконавчих документів, особливості вчинення окремих виконавчих дій, особливості звернення стягнення на різні види майна тощо. Норми права, які формують відносини виконавчого процесу, розташовуються у певному порядку, що об'єктивно зумовлений характером таких правовідносин. Такі норми поділяються на підгалузі та інститути на підставі видів і форм правовідносин, які є предметом правового регулювання галузі. На основі цих висновків, аналізу трьох основних концепцій щодо правової природи виконавчого процесу та наукових концепцій вітчизняних і зарубіжних вчених вважаємо, що існують усі підстави для виокремлення виконавчого процесу як окремої галузі в правовій системі України та створення Виконавчого кодексу.

2. Міжнародному виконавчому процесу притаманні усі характерні ознаки підгалузі права. Зокрема, до таких належать: наявність сукупності правових інститутів та їх єдина галузева приналежність (йдеться, зокрема, про такі інститути, як участь у виконавчому провадженні іноземця чи особи без громадянства; здійснення виконавчого провадження щодо рішень судів чи інших юрисдикційних органів, ухвалених в іноземній державі; необхідність вчинення виконавчих дій за кордоном; виконання рішень міжнародних судових і несудових інституцій); особлива предметна єдність правових норм підгалузі, що об'єднуються за однією характерною ознакою – участю іноземного елемента; наявність, поряд з основним методом правового регулювання (імперативним), ще й додаткового (диспозитивного); існування автономної сфери юридичної практики, пов'язаної з приведенням і самим виконанням рішень судів та інших органів (посадових осіб), ускладненого іноземним елементом. З урахуванням вищезазначеного, внаслідок порівняльного аналізу виконавчого процесу та міжнародного виконавчого процесу, висновку, що міжнародний виконавчий процес не може існувати окремо від виконавчого процесу, а також теорії щодо виокремлення окремих елементів права, вважаємо за необхідне виділення міжнародного виконавчого процесу як підгалузі виконавчого процесу.

¹ Фурса С.Я., Щербак С.В. Виконавче провадження в Україні: навч. посіб. Київ: Атіка, 2002. С. 31.

² Якимчук С.О. Виконання судових рішень у цивільних справах як стадія судового розгляду. *Університетські наукові записки*. 2009. № 4.

³ Щербак С.В. Адміністративно-правове регулювання виконавчого провадження в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07 / Нац. акад. наук України, Ін-т держави і права імені В.М. Корецького. Київ, 2002.

⁴ Ляшенко Р.О. Приведення судових рішень у цивільних справах до примусового виконання: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2013.

⁵ Валєєв Д.Х. Процесуальна природа виконавчого провадження у системі права Російської Федерації. *Університетські наукові записки*. 2008. № 4.

⁶ Чумак О.О. Виконавче провадження та виконавчий процес: сучасний стан та перспективи, *Актуальні проблеми права: теорія і практика*. 2013. № 27.

⁷ Сібільов Д.М. Генетичні ознаки виконавчого провадження в системі цивільної юрисдикції. *Юрист України*. 2011. № 2. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/uy_2011_2%2815%29-6

⁸ Исаенкова О.В., Балашов А.Н., Балашова И.Н. Исполнительное производство в Российской Федерации. Курс лекций: учеб. пособ. для ВУЗов. Москва: Гросс Медиа: РОСБУХ, 2008. С. 7.

⁹ Гуреев В.А., Гушин В.В. Исполнительное производство: учебник. Москва: Эксмо, 2009. С. 30.

¹⁰ Гавінська О.А. Підгалузі права в системі права сучасної України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Міжнар. гуманітарний ун-т. Одеса, 2017.

- ¹¹ Якимчук С.О. Виконання судових рішень у цивільних справах як стадія судового розгляду. *Університетські наукові записки*. 2009. № 4. С. 12.
- ¹² Щербак С.В. Адміністративно-правове регулювання виконавчого провадження в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07 / Нац. акад. наук України, Ін-т держави і права імені В.М. Корецького. Київ, 2002. С. 10.
- ¹³ Валєєв Д.Х. Процесуальна природа виконавчого провадження у системі права Російської Федерації. *Університетські наукові записки*. 2008. № 4. С. 130.
- ¹⁴ Ляшенко Р.О. Приведення судових рішень у цивільних справах до примусового виконання: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2013.
- ¹⁵ Чумак О.О. Виконавче провадження та виконавчий процес: сучасний стан та перспективи, *Актуальні проблеми права: теорія і практика*. 2013. № 27. С. 586.
- ¹⁶ Сібільов Д.М. Генетичні ознаки виконавчого провадження в системі цивільної юрисдикції. *Юрист України*. 2011. № 2. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/uy_2011_2%2815%29-6
- ¹⁷ Сібільов Д.М. Генетичні ознаки виконавчого провадження в системі цивільної юрисдикції. *Юрист України*. 2011. № 2. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/uy_2011_2%2815%29-6
- ¹⁸ Ізарова І.О., Ханик-Посполітак Р.Ю. Цивільний процес України: навч. посіб. Київ: Дакор, 2018; Харитонов Є.О. Цивільний процес України: підручник. URL: <https://westudents.com.ua/knigi/484-tsvilnyi-protses-ukrani-haritonov-o.html>
- ¹⁹ Андрушко А.В., Білоусов Ю.В., Стефанчук Р.О. та ін. Цивільний процес: підручник. URL: <http://textbooks.net.ua/content/category/34/49/40/>
- ²⁰ Ясинок М.М., Курило М.П., Кіріак О.В. та ін. Теоретичні проблеми цивільного процесуального права: підручник / за заг. ред. М.М. Ясинка. Київ: Алерта, 2016. URL: <http://repo.sau.sumy.ua/bitstream/123456789/4021/1/%D0202016.pdf>
- ²¹ Комаров В.В., Бігун В.А., Баранкова В.В. та ін. Курс цивільного процесу: підручник / за ред. В.В. Комарова. Харків, 2011.
- ²² Васильєв С.В. Цивільний процес України: навч. посіб. Київ: Центр учбової літератури, 2013.
- ²³ Исаенкова О.В., Балашов А.Н., Балашова И.Н. Исполнительное производство в Российской Федерации. Курс лекций: учеб. пособ. для ВУЗов. Москва: Гросс Медиа: РОСБУХ, 2008. С. 7.
- ²⁴ Гуреев В.А., Гушин В.В. Исполнительное производство: учебник. Москва: Эксмо, 2009. С. 30.
- ²⁵ Фурса С.Я., Фурса Є.І., Бондарєва М.В. та ін. Теорія нотаріального процесу: наук.-практ. посіб. / за заг. ред. С.Я. Фурси. Київ: Алерта: Центр учбової літератури, 2012. С. 28–34.
- ²⁶ Гавінська О.А. Підгалузі права в системі права сучасної України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Міжнар. гуманітарний ун-т. Одеса, 2017. С. 6.
- ²⁷ Фурса С.Я., Фурса Є.І. Коментар до ст. 83 Виконання рішень щодо іноземців, осіб без громадянства та іноземних юридичних осіб. Закони України «Про державну виконавчу службу», «Про виконавче провадження», «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»: наук.-практ. коментар. Київ: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2008. С. 731–732.
- ²⁸ Про виконавче провадження: Закон України від 2.06.2016 р. № 1404-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 30.

Резюме

Мальський М.М. Становлення міжнародного виконавчого процесу через розвиток виконавчого процесу та його місце в системі права України.

У статті проаналізовано три основні концепції природи виконавчого процесу в науковій доктрині України, а саме: віднесення виконавчого провадження до цивільного процесу, віднесення виконавчого провадження до системи адміністративного права; виокремлення виконавчого процесу як окремої галузі права. Наведено аргументи на користь третьої концепції та необхідності виокремлення галузі виконавчого процесу. Спираючись на такий висновок, охарактеризовано також міжнародний виконавчий процес, оскільки такий не може функціонувати як окрема категорія від виконавчого процесу, було запропоновано виокремити міжнародний виконавчий процес як підгалузь права. Вона відповідає таким ознакам підгалузі: наявність сукупності правових інститутів та їх єдина галузева приналежність; особлива предметна єдність правових норм підгалузі, що об'єднуються за однією характерною ознакою – участю іноземного елемента; наявність, поряд з основним методом правового регулювання (імперативним), ще й додаткового (диспозитивного); існування автономної сфери юридичної практики, пов'язаної з приведенням і самим виконанням рішень судів та інших органів (посадових осіб), ускладненого іноземним елементом.

Ключові слова: міжнародний, виконавчий процес, іноземний елемент, цивільний процес, галузь права, підгалузь права.

Резюме

Мальский М.М. Становление международного исполнительного процесса через развитие исполнительного процесса и его место в системе права Украины.

В статье проанализированы три основные концепции природы исполнительного процесса в научной доктрине Украины, а именно: отнесение исполнительного производства к гражданскому процессу, отнесение исполнительного производства в систему административного права; выделение исполнительного процесса как отдельной отрасли права. Приведены аргументы в пользу третьей концепции и необходимости выделения отрасли исполнительного процесса. Опираясь на данный вывод, охарактеризован также международный исполнительный процесс, поскольку он не может функционировать как отдельная категория от исполнительного процесса, предложено выделить международный исполнительный процесс как подотрасль права. Он соответствует следующим признакам подотрасли: наличие совокупности правовых институтов и их единственная отраслевая принадлежность; особая предметная единство правовых норм подотрасли, объединяемых по одним характерным признаком – участием иностранного элемента; наличие, наряду с основным методом правового регулирования (императивным), еще и дополнительного (диспозитивного) существования автономной сферы юридической практики, связанной с приведением и самым исполнением решений судов и других органов (должностных лиц), осложненного иностранным элементом.

Ключевые слова: международный, исполнительный процесс, иностранный элемент, гражданский процесс, отрасль права, подотрасль права.

Summary

Markian Malskyy. Establishment of international enforcement process through development of the enforcement process and its place in the legal system of Ukraine.

This article is devoted to analysis of three main concepts of the nature of the enforcement process in the scientific doctrine of Ukraine, namely: enforcement proceedings as a part of civil proceedings; enforcement proceedings as a part of the system of administrative law; enforcement process as a separate branch of law. Article presents arguments in favor of the third concept, in particular: civil procedural legislation does not regulate the enforcement proceedings; enforcement proceedings are not a mandatory stage of civil proceedings; not only executive documents issued by courts, but also decisions of other bodies are subject to enforcement; the separation of the enforcement process in the field of law will contribute to the implementation of Ukraine's obligations under Art. 6 of the Convention; the enforcement process combines special principles, legal relations, subbranches and institutions, as evidenced by research in this field; the executive process is a holistic system of legal norms; has its own subject of regulation – enforcement of executive documents; the enforcers are not considered to be a part of the judicial system. Based on this conclusion, the international enforcement process is also characterized, as it cannot function as a separate category from the enforcement process, it was proposed to separate the international enforcement process as a subbranch of law. It corresponds to the following features of the subsector: the presence of a set of legal institutions and their single industry affiliation; special subject unity of legal norms of the sub-branch, which are united by one characteristic feature – a foreign element; two methods of legal regulation – the main one (imperative) and also additional one (dispositional); the existence of an autonomous sphere of legal practice related to the enforcement of decisions of courts and other bodies (officials), complicated by a foreign element.

Key words: international, enforcement process, foreign element, civil procedure, branch of law, subbranch of law.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.63

UDC 341.327.364

M. MEDVEDIEVA

*Maryna Medvedieva, Dr. hab. in Law, Professor of the Institute of International Relations of Taras Shevchenko National University of Kyiv**

ORCID: 0000-0003-4010-4659

PROTECTION OF THE HEALTH-RELATED RIGHTS IN INTERNATIONAL LAW

Problem setting. COVID-19 proved to be a real test for societies, governments, communities and individuals¹. The pandemic caused by the spread of SARS-CoV-2 coronavirus highlighted the need to ensure human rights in an emergency, the importance of proper justification of the established restrictions on these rights, as well as the irreversibility of state responsibility for their violation. COVID-19 became a litmus test for the proper implementation of the right to health at international and national levels. During the COVID-19 pandemic, states resorted to restrictions of some human rights and derogations from their obligations under relevant treaties. International courts and tribunals will assess the proportionality, legality and necessity of measures restricting freedom of movement, right to privacy, freedom of expression, right to education or property, which were imposed in connection with the spread of the coronavirus. These rights are closely connected with the right to health which belongs to the 'positive' and 'due diligence' obligations of states. Such obligations must be fulfilled in everyday life as well as during emergencies.

Recent literature review. The issue of the protection of the human right to health in international law has been duly elaborated in academic literature. The works of some foreign authors (Da Silva M., Yamin A.E., Chirwa D.M., Hunt P., Castleberry C.A., Dittrich R., Cubillos L., Gostin L., Chalkidou K. and Li R.) may be appraised for the thorough analysis of international legal documents and judicial practice in this regard. Scientific papers of such foreign authors as Obidimma E. and Poklaski A. are referred to in this article within the context of the patients' rights. Nevertheless, these scholars do not pay enough attention to the health-related case-law of international courts on human rights. Furthermore, they do not make correlations between the human right to health, patients' rights and the principle of free and informed consent to medical treatment.

The purpose of the article. The purpose of the article is to provide a detailed analysis of the international legal protection of the human right to health, in general, and patients' rights including the free and informed consent principle, in particular.

Main research results. The scope and nature of the right to health is contested in academic literature and among legal experts, but the existence of the right as a matter of positive international human rights law is not². Yamin A.E. is of the view that the human right to health has evolved rapidly under international law, and will be further developed and clarified over time in response to shifts in social, economic and medical factors³. Chirwa D.M.

© M. Medvedieva, 2021

* *Марина Олександрівна Медведєва, доктор юридичних наук, професор, професор Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

observes that two developments provided the impetus for the recognition of the right to health in the 20th century: the first was the great depression of the 1930s, which fueled calls for social welfare programs aimed at providing social security to citizens, and the second was the Second World War and the horrors of the holocaust⁴.

The right to health was defined for the first time by the World Health Organization in its Constitution (1946) which provides that ‘The enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition’, meanwhile, health is defined there as ‘a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity’⁵. Later, that right was repeated in the Universal Declaration of Human Rights (1948): ‘Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including ... medical care ..., and the right to security in the event of ... sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control’⁶. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966) expanded the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of health: its definition embraces physical as well as mental health of a human being (Article 12)⁷. It is important to note that the right to health is considered to be a component of the right to a standard of living under the Declaration, meanwhile, it is considered a separate right under the Covenant⁸. In its General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (2000) the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights defined the right to health by a wide range of socio-economic factors that promote conditions in which people can lead a healthy life and recognized that the right ‘extends to the underlying determinants of health, such as food and nutrition, housing, access to safe and potable water and adequate sanitation, safe and healthy working conditions, and a healthy environment’⁹. The UN Sustainable Development Goal 3 is dedicated to the implementation of the right to health by ensuring healthy lives and promoting well-being for all at all ages.

The right to health contains freedoms and entitlements. The freedoms include the right to be free from medical treatment without prior informed consent as well as from any interference to one’s own body and health, such as medical experiments, forced sterilization or abortion; it also embraces the right to be free from torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. The entitlements include the right to a system of health protection which provides equality of opportunity for people to enjoy the highest attainable level of health, including the right to prevention, treatment and control of infectious and non-communicable diseases; access to essential medicines and health services; access to maternal, child and reproductive health facilities; the right to safe environment, industrial hygiene and occupational health; the provision of health-related education and information; participation of the population in health-related decision-making, etc.¹⁰.

Health services, goods and facilities must be provided to all without any discrimination and must be available, accessible, acceptable and of good quality¹¹. The states are obliged to take certain steps in order to achieve the full realization of the right to health. States cannot justify a failure to respect their obligations concerning the right to health because of hard economic situation or lack of necessary resources. Article 2 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights stipulates that each State Party has to undertake steps to the maximum of its available resources with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures¹². This obligation is the obligation of due diligence which envisages that states must take all necessary measures and make every possible effort to respect, protect and fulfill human rights within their borders. They must respond to all human rights violations as a result of any activity under their jurisdiction or control which is conducted by governmental (public) as well as by non-state (private) actors. The wording of the obligation of ‘progressive realization’ of economic, social and cultural rights stipulated in that Covenant is distinct from the wording of the states’ obligations stipulated in the International Covenant on Civil and Political Rights (1966). The latter provides in Article 2 that ‘Each State Party ... undertakes to respect and to ensure ... the rights recognized in the present Covenant’¹³. Thus, states must implement its provisions immediately, while the former document has a focus on ‘progression toward a goal’¹⁴ and gives its parties the possibilities to implement its provisions gradually depending on the resources available. As Castleberry C. argues, the reason for this difference is that ‘while civil and political rights are characterized as predominantly “negative rights” with which signatory states must not interfere, economic, social and cultural rights are characterized as “positive rights” that require signatory states to expend resources to fulfill them’¹⁵. Furthermore, while the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights does not provide the derogation provisions, the International Covenant on Civil and Political Rights envisages such a possibility in times of epidemics (Article 4). Furthermore, the latter stipulates that public health may become the ground for restrictions of some civil and political rights and freedoms (Articles 12, 18, 19, 21, 22).

The core minimum obligations of states in relation to the right of health are to ensure: the right of access to health facilities, goods and services on a non-discriminatory basis, especially for vulnerable or marginalized groups; access to the minimum essential food which is nutritionally adequate and safe; access to shelter, housing and sanitation and an adequate supply of safe drinking water; the provision of essential drugs; equitable distribution of all health facilities, goods and services¹⁶. These obligations may be grouped into three categories: (1) the obligation to respect requires states to refrain from interfering directly or indirectly with the right to health (e.g., refrain from discrimination in health care provision); (2) the obligation to protect requires states to prevent third parties from interfering with the right to health (e.g., control the marketing of medicines); (3) the obligation to fulfil requires states to adopt appropriate legislative, administrative, budgetary, judicial and other measures to fully realize the right to health (e.g., adopt relevant health policy and provide sanctions for violations)¹⁷.

The right to health is enshrined in a number of universal treaties, such as International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination 1965 (Article 5), Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women 1979 (Articles 11, 12 and 14), Convention on the Rights of the Child 1989 (Article 24), International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families 1990 (Articles 28, 43 and 45), Convention on the Rights of Persons with Disabilities 2006 (Article 25). The right to health is explicitly mentioned in regional instruments: African Charter on Human and Peoples' Rights 1981 (Article 16), Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights 1988 (Article 10), European Social Charter (revised) 1996 (Articles 3 and 11), Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa 2003 (Article 14), Charter of Fundamental Rights of the European Union (Article 35), Arab Charter on Human Rights 2004 (Article 39), the Association of South East Asian Nations Human Rights Declaration 2012 (Article 29). Furthermore, over 100 constitutions of different states recognize the right to health¹⁸. Thus, we can draw to the conclusion that the right to health is firmly rooted into treaty and constitutional law.

Besides, international courts have a vast case-law concerning the implementation of that right in different states. The right to health is not provided directly in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1950, but due to the evolutionary interpretation of the Convention by the European Court of Human Rights it became possible to protect it through other rights, such as the right to life, the prohibition of torture, the right to liberty and security, the right to a fair trial, respect for private and family life, etc. The European Court of Human Rights considered a number of health-related cases which concerned such issues as medical negligence in pregnancy and birth, medically assisted procreation, surrogacy, abortion, prenatal testing, end-of-life situations, informed consent, health of detainees and migrants, healthy environment, health at the workplace, protection of medical data, etc.¹⁹. For example, compulsory medical treatment and protection of mental health was the subject matter of the case of *Gorshkov v. Ukraine*; protection of health from infectious diseases in prison – case of *Khokhlich v. Ukraine*; medical care in the context of long-term illness – case of *Salakhov and Islyamova v. Ukraine*.

The Inter-American Court of Human Rights determined in the case of *Cuscul Piraval et al v. Guatemala* that the inaction of the state to extend healthcare services to people with HIV/AIDS violated the right to health pursuant to Article 26 of the American Convention; the state was responsible for the violation of the prohibition of discrimination in relation to the obligation to ensure the right to health and the principle of progressivity²⁰.

African Commission on Human Rights dealt with the health issues of detained persons in the case of *International PEN, Constitutional Rights Project, Civil Liberties Organisation and Interights (on behalf of Ken Saro-Wiwa Jnr.) v. Nigeria*. The case arose out of the unlawful activities of Shell and Nigerian government in the Ogoniland and paved the way to another case (*Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria*) which concerned the harmful consequences of those activities for the environment and health of the Ogoni people²¹.

Right to health may be compared to an umbrella which embraces rights to health enjoined by different categories, like women, children, elderly, persons with disabilities, prisoners, migrants, ethnic and racial groups, refugees, etc. All these vulnerable groups are protected under international law and have a specific regulation of their right to health by 'hard' and 'soft' law instruments. Besides, international law has a separate set of legal rules related to the protection of patients' rights, which may be regarded as one of the institutes of international health law. As Obidimma E. argues, a patient's right to determine his or her treatment is fundamental and reflects the respect for the autonomy of the individual²². The rights of patients depend upon individual rights, including the fundamental right to health, as well as collective rights of a special social group – patients. Individual freedom and self-determination of a person, on the one side, and public health concerns, on the other, paved the way to the recognition of patients' rights in different states and international law²³. Nowadays, individual and collective dimensions of the patients' rights are complemented by cross-border aspect – the 'medical tourism' phenomenon, when patients travel from a home country to a foreign destination to receive medical treatment²⁴. 'Medical tourists' receive many benefits but at the same time they face additional risks which demand the protection of their patients' rights in a transboundary context.

Modern international law lacks universal treaty on the protection of the rights of patients which would address all possible risks and challenges. Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine 1997 (Oviedo Convention) was adopted within the framework of the Council of Europe. Alongside with its additional protocols it comprises the modern code of the patients' rights in 'hard' international law, though regional one. The Convention provides such rights as equitable access to health care, intervention in the health field according to professional standards, free and informed consent to any medical treatment, the right to respect for private life, right to health-related information, non-discrimination on grounds of genetic heritage, etc.²⁵. Protocols concerning the transplantation of organs and tissues of human origin 2002, biomedical research 2004, genetic testing for health purposes 2008 expand the scope of the Convention concerning the protection of certain categories of patients.

There is a non-binding European Charter of Patients' Rights 2002 which proclaims fourteen rights of the patient: right to preventive measures, right of access to health services, right to health-related information, right to consent to any medical treatment, right to free choice among treatment procedures, right to privacy and confidentiality, right to respect of patients' time, right to the observance of quality standards, right to safety, right to innovation, right to avoid unnecessary suffering and pain, right to personalized treatment, right to complain and right to

compensation²⁶. Furthermore, there are some other ‘soft law’ instruments dealing with the patients’ rights such as the World Medical Association Declaration of Lisbon on the Rights of the Patient 1981, the Declaration on the Promotion of Patients’ Rights in Europe 1994, the Ljubljana Charter on Reforming Health Care 1996, the Jakarta Declaration on Health Promotion 1997, etc.

The central element of the patients’ rights is the free and informed consent to any medical treatment or research. The informed consent to medical treatment may be defined as voluntary acceptance by a patient of the proposed treatment, which is based on the receipt of objective and comprehensive information about this treatment, all possible complications and alternative options. The principle of free and informed consent to medical treatment which is one of the international health law principles, may be derived from the right to health and patients’ rights but it has also its roots in some other fundamental human rights such as the right to be free from torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (e.g., Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights).

For the first time, the obligation to obtain the consent of a patient was enshrined in the Nuremberg Code 1947, which defined the conditions for ethical and humane research on humans. Now, the principle of informed free consent is enshrined in Articles 5-9 of the Oviedo Convention, Article 14 of the Additional Protocol on Biomedical Research to the Oviedo Convention, Article 13 and 17 of the Additional Protocol on Transplantation of Human Organs and Tissues to the Oviedo Convention, Article 9 of the Additional Protocol on Genetic Testing for Health to the Oviedo Convention, Article 5 of the UNESCO Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights, Article 6 of the UNESCO General Declaration on Bioethics and Human Rights. The principle of informed free consent to medical interventions also provides for the appropriate protection of persons who are unable to give such a consent.

The free and informed consent became the cornerstone for new draft additional protocol to the Oviedo Convention with regard to involuntary placement and involuntary treatment. The draft protocol was elaborated by the Committee on Bioethics of the Council of Europe and put for public consultations in 2015. Some organizations submitted their observations stating that the draft used stigmatizing language in reference to persons with psychosocial disabilities; breached the principle of non-discrimination; legitimized the use of force and arbitrary deprivation of liberty; conflicted with the human rights standards set by the United Nations Convention on the Rights of Person with Disabilities²⁷. The Committee on Bioethics was reminded of the obligations of the state parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities not to deprive such persons of the right to make and pursue their own decisions under the principle of free and informed consent. The draft was revised according to the expressed objections and now is available on the Council of Europe site. The document stipulates that its aim is to protect the dignity and identity of persons with mental disorder and guarantee, without discrimination, respect for their integrity and other rights and fundamental freedoms with regard to involuntary placement and involuntary treatment²⁸.

Conclusions. Thus, the right to health which contains a number of freedoms and entitlements belongs to one of the fundamental human rights. It was defined for the first time in the WHO Constitution and further developed in international agreements, case-law of international courts and jurisprudence of treaty bodies. As a ‘positive’ obligation and obligation of due diligence, the right to health envisages that states must take all necessary measures and make every possible effort to respect, protect and fulfill this right by public as well as private actors within their borders. A separate category is the rights of patients which are based on health-related individual as well as collective rights. Although modern international law lacks universal treaty on the protection of the patients’ rights, a regional Oviedo Convention alongside with its additional protocols comprises the modern code of the patients’ rights in ‘hard’ international law. The central element of the patients’ rights is the free and informed consent to any medical treatment or research which is also rooted in modern international law. The principle of free and informed consent to medical treatment may be derived from the right to health and patients’ rights but it has also its roots in some other fundamental human rights such as the right to be free from torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

¹ The Office of the UN High Commissioner for Human Rights. COVID-19 Guidance. 13 May 2020. URL: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/COVID19Guidance.aspx>.

² Da Silva M. The International Right to Health Care: A Legal and Moral Defense. *Michigan Journal of International Law*. 2018. Vol. 39, Iss. 3. P. 343–384.

³ Yamin A.E. The Right to Health Under International Law and Its Relevance to the United States. *American Journal of Public Health*. 2005. Vol. 95, No. 7. P. 1156–1161.

⁴ Chirwa D.M. The Right to Health in International Law: Its Implications for the Obligations of State and Non-State Actors in Ensuring Access to Essential Medicine. *South African Journal on Human Rights*. 2003. Vol. 19. P. 541–566.

⁵ Constitution of the World Health Organization, 22 July 1946. URL: https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf

⁶ Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948. URL: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

⁷ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966. URL: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

⁸ Chirwa D.P. 546.

⁹ Committee on Economic, Social and Cultural Rights. General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12), 2000. URL: <https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf>

¹⁰ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights and World Health Organization. The Right to Health. Fact Sheet No. 31. URL: <https://www.ohchr.org/documents/publications/factsheet31.pdf>

¹¹ Committee on Economic, Social and Cultural Rights. General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12), 2000. URL: <https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf>

¹² International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966. URL: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

¹³ International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966. URL: <https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/ccpr.pdf>

¹⁴ Hunt P. Interpreting the International Right to Health in a Human Rights-Based Approach to Health. *Health and Human Rights Journal*. 2016. URL: <https://www.hhrjournal.org/2016/12/interpreting-the-international-right-to-health-in-a-human-rights-based-approach-to-health/>

¹⁵ Castleberry C.A. Human Right to Health: Is There One and, if so, What Does it Mean? *International Human Rights Law Review*. 2015. Vol. 10. P. 189–232.

¹⁶ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights and World Health Organization. The Right to Health. Fact Sheet No. 31. URL: <https://www.ohchr.org/documents/publications/factsheet31.pdf>

¹⁷ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights and World Health Organization. The Right to Health. Fact Sheet No. 31. URL: <https://www.ohchr.org/documents/publications/factsheet31.pdf>

¹⁸ Dittrich R., Cubillos L., Gostin L., Chalkidou K. and Li R. The International Right to Health: What Does It Mean in Legal Practice and How Can It Affect Priority Setting for Universal Health Coverage? *Health Systems and Reform*. 2016. Vol. 2, No. 1. P. 23–31.

¹⁹ ECHR. Bioethics and case-law of the Court: Research Report. 2016. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_bioethics_ENG.pdf

²⁰ Inter-American Court of Human Rights. The judgment in the case of *Cuscul Piraval et al v. Guatemala*. 23 August 2018. URL: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_ing.pdf

²¹ Compendium of documents and cases on the right to health under the African human rights system. 2013. URL: <https://dullahomarstitute.org.za/news/003.pdf>

²² Obidimma E. and Obidimma A. Right of a Patient to Refuse Medical Treatment: Justification for Judicial Intrusion. *Nnamdi Azikiwe University Journal of International Law and Jurisprudence*. 2014. Vol. 5. P. 150–162.

²³ Hermans H. Patients' Rights in the European Union: Cross-Border Case as an example of the right to health care. *European Journal of Public Health*. 1997. Vol. 7, No. 3. P. 11–13.

²⁴ Poklaski A. Toward an International Constitution of Patient Rights. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2016. Vol. 23, Iss. 2. P. 893–924.

²⁵ Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, 4 April 1997. URL: <https://rm.coe.int/168007cf98>.

²⁶ European Charter of Patients' Rights, November 2002. URL: https://ec.europa.eu/health/ph_overview/co_operation/mobility/docs/health_services_co108_en.pdf

²⁷ Joint Communication from Special Procedures. 2017. URL: <https://rm.coe.int/letter-un-bodies-to-sg/16808e5e28>

²⁸ Draft additional protocol to the Oviedo Convention with regard to involuntary placement and involuntary treatment. URL: <https://rm.coe.int/inf-2018-7-psy-draft-prot-e/16808c58a3>

Резюме

Медведєва М.О. Захист прав у сфері охорони здоров'я в міжнародному праві.

У статті проаналізовано механізм міжнародно-правового захисту права на здоров'я, яке належить до «позитивного» зобов'язання та обов'язку «належної обачності» держав. Окрему увагу приділено аналізу прав пацієнтів та принципу вільної та поінформованої згоди в міжнародному праві. Автор розглядає відповідні міжнародні договори, рекомендаційні документи, практику міжнародних судових та квазі-судових органів з означених питань. Зроблено висновок щодо зв'язку між правом на охорону здоров'я, правами пацієнтів та принципом вільної та поінформованої згоди на медичне втручання. Крім того, автор висвітлює деякі проблемні питання розробки п'ятого додаткового протоколу до Конвенції Ов'єдо стосовно примусового утримання та лікування.

Ключові слова: право на здоров'я, права пацієнтів, вільна та поінформована згода, міжнародне право, міжнародний договір, міжнародні суди.

Резюме

Медведєва М.А. Защита прав в сфере здравоохранения в международном праве.

В статье проанализирован механизм международно-правовой защиты права на здоровье, которое относится к «позитивному» обязательству и обязательству «должной осмотрительности» государств. Особое внимание уделено анализу прав пациентов и принципа свободного и информированного согласия в международном праве. Автор рассматривает соответствующие международные договоры, рекомендательные документы, практику международных судебных и квази-судебных органов по указанному вопросу. Сделан вывод о связи между правом на охрану здоровья, правами пациентов и принципом свободного и информированного согласия на медицинское вмешательство. Кроме того, автор освещает некоторые проблемные вопросы разработки пятого дополнительного протокола к Конвенции Овьедо относительно принудительного содержания и лечения.

Ключевые слова: право на здоровье, права пациентов, свободное и информированное согласие, международное право, международный договор, международные суды.

Summary

Maryna Medvedieva. Protection of the health-related rights in international law.

The right to health which contains a number of freedoms and entitlements belongs to one of the fundamental human rights. It was defined for the first time in the WHO Constitution and further developed in international universal and regional agreements, case-law of international courts and jurisprudence of treaty bodies. As a 'positive' obligation and obligation of 'due diligence', the right to health envisages that states must take all necessary measures and make every possible effort to respect, protect and fulfill this right by

public as well as private actors within their borders. They must respond to all human rights violations as a result of any activity under their jurisdiction or control which is conducted by governmental (public) as well as by non-state (private) actors. States cannot justify a failure to respect their obligations concerning the right to health because of hard economic situation or lack of necessary resources. International law gives states the possibilities to implement the right to health gradually depending on the resources available. The article analyzes the core minimum obligations of states in relation to the right of health.

A separate category is the rights of patients which are based on health-related individual as well as collective rights. Although modern international law lacks universal treaty on the protection of the patients' rights, a regional Oviedo Convention alongside with its additional protocols comprises the modern code of the patients' rights in 'hard' international law. Some relevant non-binding international documents, including the European Charter of Patients' Rights, are also considered.

The central element of the patients' rights is the free and informed consent to any medical treatment or research which is also rooted in modern international law. The principle of free and informed consent to medical treatment which is one of the international health law principles, may be derived from the right to health and patients' rights but it has also its roots in some other fundamental human rights such as the right to be free from torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. The free and informed consent became the cornerstone for new draft additional protocol to the Oviedo Convention with regard to involuntary placement and involuntary treatment.

Key words: the right to health, patients' rights, free and informed consent, international law, international treaty, international courts.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.64

УДК 341.636

І.І. ВАЩИНЕЦЬ

*Іван Іванович Ващинець, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України, адвокат**

ORCID: 0000-0002-6983-6151

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ВПЛИВУ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ НА ФОРМУВАННЯ СТАНДАРТІВ МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБІТРАЖУ

Протягом другої половини ХХ ст. права людини поширили свій вплив на різні сфери права, у тому числі й ті, які раніше сприймалися повністю відокремленими та незалежними. До таких відносили, зокрема, й міжнародний комерційний арбітраж, що вважався абсолютно не пов'язаним з правами людини через його специфічну природу. Ці уявлення почали змінюватися у другій половині 80-х рр. ХХ ст., і останні три десятиліття показали досить чіткий вплив фундаментальних прав людини на стандарти міжнародного комерційного арбітражу. Велику роль у такій зміні підходів відіграв Європейський суд з прав людини, який у своїх рішеннях послідовно дотримується позиції про необхідність суворого дотримання основоположних прав і свобод людини при розгляді спорів міжнародними комерційними арбітражами.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Правові проблеми міжнародного комерційного арбітражу були предметом досліджень таких вчених, як Т.Г. Захарченко, О.Д. Крупчан, М.М. Мальський, В.І. Нагнибіда, О.С. Перепелинська, Ю.Д. Притика, М.Ф. Селівон, Т.В. Сліпачук, Г.А. Цірат, Ю.С. Черних та ін. Однак питання впливу прав людини на правове регулювання міжнародного комерційного арбітражу поки що не отримали висвітлення у вітчизняній науці.

Метою цієї статті є аналіз впливу практики Європейського суду з прав людини на формування стандартів неупередженості та незалежності арбітрів при розгляді спорів міжнародними комерційними арбітражами.

За змістом ст. 11 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» арбітр повинен бути незалежним і неупередженим. Відповідно до ст. 12 цього Закону обставини, що викликають обґрунтовані сумніви щодо неупередженості або незалежності арбітра, можуть бути підставами для його відводу¹.

Більшість справ Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), які стосуються міжнародного комерційного арбітражу, пов'язані з допущеними під час арбітражного провадження порушеннями частини першої ст. 6 «Право на справедливий суд» Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. Хоча у цих справах також згадуються й порушення інших статей Конвенції, зокрема ст. 13 «Право на ефективний засіб юридичного захисту» та ст. 1 Протоколу Першого «Захист власності», однак саме на порушення ст. 6 найчастіше посилаються заявники у даній категорії справ.

За змістом частини першої ст. 6 Конвенції, зокрема, передбачено, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру².

© І.І. Ващинець, 2021

* *Ivan Vashchynets, Ph.D. in Law, Associate Professor of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine, Attorney-at-Law*

Відповідно до тлумачення ЄСПЛ, яке ґрунтується на його підході до Конвенції як до «живого інструменту», ст. 6 містить певні фундаментальні процедурні гарантії, у тому числі право на доступ до незалежного і безстороннього суду, право на справедливий і публічний розгляд його справи, право на розгляд справи упродовж розумного строку тощо.

На сьогодні не заперечується, що положення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. є застосовними до розгляду спорів міжнародними комерційними арбітражами. Як визнала ще Європейська комісія з прав людини у одній зі своїх найбільш ранніх справ щодо комерційного арбітражу, *Bramelid et Malmström v. Sweden*, процедура арбітражу дійсно має безпосередній вплив на приватні цивільні права та обов'язки і, відповідно, стосується прав та обов'язків цивільного характеру у розумінні параграфу 1 ст. 6³.

У іншій відомій справі, *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, на яку часто посилаються дослідники, ЄСПЛ зазначив, що доступ до суду згідно зі ст. 6(1) Конвенції не обов'язково означає доступ до суду у класичному розумінні, який інтегрований до стандартного юридичного механізму держави; таким чином, «суд» може бути органом, створеним для вирішення обмеженого кола спеціальних питань, за умови, що він завжди забезпечує відповідні гарантії⁴.

У пізніших справах Суд вказував, що ст. 6 Конвенції не виключає можливості створення арбітражних трибуналів для вирішення спорів між приватними особами⁵. Адже визначена договором угода про арбітражне вирішення спору є безсумнівною перевагою як для осіб, яких вона стосується, так і для забезпечення правосуддя.

Визнаючи, що створення арбітражів відповідає положенням Конвенції, ЄСПЛ проводить чітке розмежування між обов'язковим, тобто який вимагається законом, і добровільним арбітражем. У першому випадку склад арбітражу зобов'язаний забезпечити гарантії, визначені частиною першою ст. 6 Конвенції. Водночас слід пам'ятати, що право на доступ до державних судів, установлене зазначеною статтею, не є абсолютним, а може підлягати обмеженням. Ці обмеження, по суті, випливають із указаної статті, оскільки право на доступ до суду за своєю природою передбачає регулювання законодавством країн-учасниць Конвенції. Відповідно, вони мають певну свободу розсуду у цьому питанні, хоча остаточне рішення щодо дотримання вимог Конвенції залишається за ЄСПЛ. При цьому установлені обмеження не можуть обмежувати або зменшувати доступ до суду у такий спосіб або такою мірою, що порушується сама сутність права. До того ж обмеження є несумісними зі ст. 6 Конвенції, якщо вони не мають легітимної мети і якщо відсутня розумна пропорційність між використаними засобами та метою.

Таким чином, обов'язковий арбітраж може бути передбачений національним законодавством за умови, що він має легітимну мету та існує розумна пропорційність між такою метою і використаними засобами. У будь-якому випадку, місцеве законодавство щодо обов'язкового арбітражу не може знецінювати саму сутність права на доступ до судів, адже в іншому випадку воно буде порушувати положення ст. 6 Конвенції. Однак ситуація є значно складнішою, коли сторони добровільно уклали арбітражну угоду.

У знаковій справі *Tabbane c. Suisse* Європейський суд з прав людини вказав, що коли йдеться про арбітраж, згода на який надана добровільно, навряд чи виникає будь-яка проблема згідно зі ст. 6. Сторони спору вільні передати певні суперечки, що випливають з договору, до органу іншого, ніж звичайний суд. Підписуючи арбітражне застереження, сторони добровільно відмовляються від певних прав, передбачених Конвенцією. Така відмова не є несумісною з Конвенцією, якщо вона є вільною, законною та недвозначною⁶.

Наведені три вимоги послідовно визначаються у практиці Суду як обов'язкові. Ще у справі *X. contre la République Federale D'Allemagne* 1962 р. Європейська комісія з прав людини підкреслила, що підписання стороною арбітражного застереження під примусом суперечить положенням Конвенції⁷. У відносно недавній справі, *Suda c. République Tchèque*, заявник стверджував, що він був змушений подати свій позов до арбітражу, на який він не погоджувався, оскільки арбітражна угода була укладена між компанією, де він був міноритарним акціонером, і основним акціонером тієї ж компанії. Установивши порушення ст. 6 Конвенції, ЄСПЛ констатував необхідність дотримання вказаних трьох вимог до відмови від прав, визначених указаною ст. 6 Конвенції, та відмітив, що за даних обставин заявник не відмовлявся від прав, оскільки узагалі не підписував арбітражне застереження⁸.

Вимога вільної відмови тісно пов'язана з вимогою щодо недвозначності. У іншій справі, *Suovaniemi and others v. Finland*, ЄСПЛ наголосив на необхідності здійснення відмови від гарантій, встановлених ст. 6 Конвенції, у недвозначній манері. При цьому він зауважив, що така відмова не обов'язково повинна стосуватися усіх прав, передбачених ст. 6⁹. Іншими словами, якщо особа відмовляється від прав, передбачених ст. 6 Конвенції, вона повинна чітко зазначити, яких саме прав стосується її відмова. При цьому така відмова може бути здійснена також шляхом вчинення певних дій, як у даній справі, де заявники, незважаючи на спочатку висловлені ними сумніви щодо безсторонності одного з арбітрів, пізніше явно дозволили йому надалі розглядати спір, тим самим однозначно відмовившись від його відводу.

Вимога щодо законності відмови від прав поки що детально не опрацьована у практиці ЄСПЛ. Разом із тим можна припустити, що вона може стосуватися обмежень, які визначаються національним законодавством щодо арбітражних угод, зокрема, щодо кола спорів, які можуть бути предметом арбітражного розгляду, чи вимог національних законів, які встановлені для відмови від прав, наприклад, недієздатними чи обмежено дієздатними особами.

Стосовно обов'язкового арбітражу, то у відомій справі *Mutu and Pechstein v. Switzerland* Суд зробив висновок, що оскільки один із заявників вільно і недвозначно не погодив арбітражне застереження, арбіт-

ражне провадження за цим застереженням повинно здійснюватися відповідно до гарантій, передбачених ч. 1 ст. 6 Конвенції¹⁰. Отже, якщо зазначені три вимоги щодо добровільного арбітражу не дотримано, такий арбітраж буде розглядатися як обов'язковий з необхідним дотриманням вимог ч. 1 ст. 6 Конвенції.

Зазначивши у справі *Tabbane c. Suisse*, що сторони добровільного арбітражу можуть відмовитися від «певних прав», Європейський суд з прав людини чітко не визначив коло прав, від яких можна відмовитися. Однак практика Суду дає змогу зробити висновок, яких саме прав може стосуватися така відмова.

Передусім, підписавши арбітражну угоду, сторони тим самим відмовляються від права на розгляд їхнього спору державним судом. Вже згадана вище позиція про те, що право на доступ до суду, передбачене ч. 1 ст. 6 Конвенції, не є абсолютним і може підлягати обмеженням, була викладена як визнаний практикою Суду принцип, зокрема, у справі *Lithgow and Others v. the United Kingdom*¹¹, та послідовно підтримується у подальших рішеннях.

Також предметом відмови може бути право на публічне слухання. У справі *Suovaniemi and Others v. Finland* зазначалося, що від цього права можна правомірно відмовитися навіть протягом судового слухання. Тому не дивно, що те ж саме може бути здійснено в арбітражі, сутністю якого є конфіденційність¹².

Нарешті, оскільки країни-учасниці згідно з положеннями Конвенції не можуть бути відповідальними за тривалість арбітражного провадження, його сторони відмовляються від права на розгляд справи протягом розумного строку. Однак особа не може відмовитися від цього права стосовно контролю державних судів над арбітражним розглядом.

Разом із тим, від найбільш фундаментальних за природою прав, передбачених ч. 1 ст. 6 Конвенції, відмовитися не можна. Одним із них є право на справедливий суд. Як неодноразово наголошував ЄСПЛ, це право слід тлумачити у світлі Преамбули до Конвенції¹³, яка проголошує, поміж іншим, що верховенство права є спільною спадщиною країн-учасниць. Справедливий суд є основоположним елементом верховенства права. Право на справедливий суд вважається навіть частиною публічного порядку.

Невідчужуваним також є право на незалежний і безсторонній суд. Хоча ЄСПЛ прямо не визначає природу цього права у своїх рішеннях, практика Суду вказує, що сторони не можуть відмовитися від нього під час укладення арбітражної угоди. Непрямим доказом невідчужуваності цього права є згадані вище імперативні положення ст. ст. 11 і 12 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», що визначають вимоги незалежності і неупередженості, яким повинен відповідати арбітр.

Хоча про абсолютну невідчужуваність саме права на незалежний і безсторонній суд однозначно стверджувати не можна. Точніше говорити про те, що від цього права не можна відмовитися заздалегідь. Однак від нього можливо відмовитися після того, як його порушено. Це мало місце, зокрема, у справі *Suovaniemi and Others v. Finland*, де, як вже зазначалося, заявники втратили право стверджувати про відсутність неупередженості арбітра як підставу для скасування арбітражного рішення, оскільки вони дали згоду на подальше виконання вказаною особою функцій арбітра, незважаючи на їхню обізнаність про наявність підстав для відводу, і таким чином незворотно відмовилися від свого права на неупередженого суддю у розумінні ст. 6 Конвенції.

Право на незалежний і безсторонній суд було предметом дослідження у недавньому рішенні ЄСПЛ від 20 травня 2021 р. у справі *BEG S.P.A. v. Italy*¹⁴. У цій справі заявник, італійська компанія, стверджувала, що внаслідок недотримання гарантій незалежності і безсторонності одним із арбітрів її право на справедливий суд, передбачене ст. 6 Конвенції, було порушене.

У рішенні Суд нагадав усталену практику щодо застосування частини першої ст. 6 Конвенції до арбітражного провадження. Зокрема, ЄСПЛ підкреслив, що для встановлення того, чи можна вважати суд «незалежним» у розумінні ст. 6, слід, крім іншого, враховувати спосіб призначення його членів і строк їхнього призначення, існування гарантій проти зовнішнього тиску, а також чи суд справляє враження незалежного. Суд чи його члени повинні бути незалежними щодо виконавчої влади, парламенту, а також сторін. Для того, щоб встановити, чи суд може вважатися незалежним згідно з вимогами ст. 6, враження також може мати важливе значення.

ЄСПЛ також вказав, що безсторонність, як правило, вказує на відсутність упередженості або суб'єктивного ставлення. Відповідно до усталеної практики Суду, для цілей частини першої ст. 6 наявність безсторонності слід визначати за суб'єктивним і об'єктивним тестами. Перший визначає безсторонність на основі персональних переконань і поведінки конкретного судді, з метою визначення, чи існувало неупереджене або суб'єктивне ставлення судді у конкретній справі. Об'єктивний тест визначає, чи суд забезпечив, зокрема, шляхом свого формування, відповідні гарантії для виключення легітимних сумнівів стосовно його неупередженості.

Застосувавши зазначені принципи до вказаної справи, Суд зауважив, що арбітр, безсторонність якого була поставлена під сумнів, чітко не вказав на відсутність підстав, які могли б вплинути на його незалежність і безсторонність, а просто прийняв призначення. У зв'язку з цим ЄСПЛ погодився з аргументами заявника про те, що за відсутності прямого повідомлення арбітра про наявність обставин, які можуть викликати обґрунтовані сумніви щодо його неупередженості або незалежності, існує правомірна презумпція відсутності таких обставин.

Під час застосування суб'єктивного тесту Європейський суд з прав людини не виявив жодних доказів неупередженого або суб'єктивного ставлення зазначеного арбітра.

Щодо об'єктивного тесту, то Суд нагадав вислів «правосуддя має не тільки здійснюватися, воно повинно також демонструватись». Враховуючи високу посаду арбітра у материнській компанії опонента заявника у арбітражі, а також його представництво цієї компанії у судах як представника, ЄСПЛ висловив досить цікаву позицію, що безсторонність арбітра могла бути поставлена під сумнів, або принаймні виглядала такою, а

тому побоювання заявника з цього приводу можуть вважатися обґрунтованими і об'єктивно виправданими. Відповідно, Суд зробив висновок про порушення частини першої ст. 6 Конвенції.

Таким чином, наведене дає підстави для висновку про зростаючий вплив прав людини, визначених Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., на провадження у міжнародних комерційних арбітражах. Як послідовно вважає Європейський суд з прав людини, усі гарантії, передбачені першою частиною ст. 6 Конвенції, мають бути забезпечені під час арбітражного розгляду, який є обов'язковим згідно з національним законодавством. У разі наявності добровільної згоди передати спір на розгляд арбітражу, принаймні право на справедливе слухання і право на незалежний і безсторонній розгляд справи, повинні бути дотримані під час арбітражного провадження. Стандарти незалежності й безсторонності, визначені Конвенцією для суддів державних судів, застосовуються також і до арбітрів при розгляді ними спорів у міжнародних комерційних арбітражах. Практика ЄСПЛ, яка постійно розвивається, доводить, що обґрунтовано сумніву стосовно незалежності або безсторонності арбітра, за умови відсутності доказів протилежного, може бути достатньо для встановлення порушення частини першої ст. 6 Конвенції.

¹ Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України від 24.02.1996 р. № 4002-ХІІ. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4002-12> (дата звернення: 24.09.2021).

² Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 24.09.2021).

³ Справа «Bramelid and Malmström v. Sweden» (заяви № 8588/79 і 8589/79); рішення Європейського комісії з прав людини від 12.10.1982 р. С. 84. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-74445> (дата звернення: 24.09.2021).

⁴ Справа «Lithgow and others v. the United Kingdom» (заяви № 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81); рішення Європейського суду з прав людини від 08.07.1986 р. П. 201. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57526> (дата звернення: 24.09.2021).

⁵ Див., напр.: справа «Transado-Transportes Fluviais Do Sado, S.A., v. Portugal» (заява № 35943/02); рішення Європейського суду з прав людини щодо прийнятності від 16.12.2003 р. П. 2. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-44660> (дата звернення: 24.09.2021).

⁶ Справа «Tabbane c. Suisse» (заява № 41069/12); рішення Європейського суду з прав людини щодо прийнятності від 01.03.2016 р. П. 27. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161870> (дата звернення: 24.09.2021).

⁷ Справа «X. contre la Republique Federale D'Allemagne» (заява № 1197/61); рішення Європейської комісії з прав людини щодо прийнятності від 05.03.1962 р. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-27872> (дата звернення: 24.09.2021).

⁸ Справа «Suda c. République Tchèque» (заява № 1643/06); рішення Європейського суду з прав людини від 28.10.2006 р. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101333> (дата звернення: 24.09.2021).

⁹ Справа «Suovaniemi and others v. Finland» (заява № 31737/96); рішення Європейського суду з прав людини від 23.02.1999. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-4942> (дата звернення: 24.09.2021).

¹⁰ Справа «Mutu and Pechstein v. Switzerland» (заяви № 40575/10 and 67474/10); рішення Європейського суду з прав людини від 02.10.2018 р. П.115. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-186828> (дата звернення: 24.09.2021).

¹¹ Справа «Lithgow and others v. the United Kingdom» П.194.

¹² Справа «Suovaniemi and others v. Finland» (заява № 31737/96); рішення Європейського суду з прав людини щодо прийнятності від 23.02.1999 р.

¹³ Див., напр.: Справа «Brumarescu v. Romania» (заява № 28342/95); рішення Європейського суду з прав людини від 28.10.1999 р. П. 61. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58337> (дата звернення: 24.09.2021); Справа «Sabeh El Leil v. France» (заява № 34869/05); рішення Європейського суду з прав людини від 29.06.2011 р. П. 46. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105378> (дата звернення: 24.09.2021).

¹⁴ Справа «BEG S.P.A. v. Italy» (заява № 5312/11); рішення Європейського суду з прав людини від 20.05.2021 р. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210014> (дата звернення : 24.09.2021).

Резюме

Ващинець І.І. Деякі питання впливу практики Європейського суду з прав людини на формування стандартів міжнародного комерційного арбітражу.

Стаття досліджує питання впливу практики Європейського суду з прав людини на незалежність і безсторонність арбітрів під час розгляду спорів міжнародними комерційними арбітражами. На прикладі конкретних справ Європейського суду з прав людини визначається коло невідчужуваних права на справедливий суд, передбачених статтею 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, та їхній вплив на формування підходів до стандартів міжнародного комерційного арбітражу.

Ключові слова: права людини, міжнародний комерційний арбітраж, незалежність і безсторонність арбітрів, стандарти провадження у міжнародних комерційних арбітражах

Резюме

Ващинець І.І. Некоторые вопросы влияния практики Европейского суда по правам человека на формирование стандартов международного коммерческого арбитража.

Статья исследует вопросы влияния практики Европейского суда по правам человека на независимость и беспристрастность арбитров при рассмотрении споров международными коммерческими арбитражами. На примере конкретных дел Европейского суда по правам человека определяется круг неотчуждаемых прав на справедливый суд, предусмотренных статьей 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, и их влияние на формирование подходов к стандартам международного коммерческого арбитража.

Ключевые слова: права человека, международный коммерческий арбитраж, независимость и беспристрастность арбитров, стандарты производства в международных коммерческих арбитражах

Summary

Ivan Vashchynets. Certain issues of the human rights impact on establishing the standards of the international commercial arbitral proceedings.

Although commercial arbitration used to be considered entirely unrelated to human rights due to its economic and contractual nature, the relationship between these two systems changed in the second half of the 80s, and in the last three decades, the case-law of the European Court of Human Rights has been showing that arbitral proceedings are clearly affected by fundamental legal safeguards laid down in the European Convention on Human Rights. At present, it is undisputed that the European Convention on Human Rights is applicable to arbitration. As stated by the ECtHR, Article 6 of the Convention does not preclude the setting up of arbitration tribunals in order to settle disputes between private entities.

While recognizing the establishment of arbitral tribunals to be in line with the provisions of the Convention, the ECtHR draws a clear distinction between compulsory, in the sense of being required by law, and voluntary arbitration. In the former case, an arbitration board must offer the guarantees set forth in Article 6(1). In the case of voluntary arbitration, by signing an arbitration clause, the parties voluntarily waive certain rights secured by the Convention. Such a waiver is not incompatible with the Convention, provided it is established in a free, lawful, and unequivocal manner. If the three requirements of voluntary arbitration are not met, such arbitration will be viewed as compulsory with respect to all the guarantees set forth in Article 6(1).

The conventional rights which the parties of the voluntary arbitration can waive can be deduced from the Court's case-law. These are the right to bring their dispute before an ordinary court, the right to a public hearing, and the right to a trial within a reasonable time. The last one, nonetheless, cannot be waived in relation to the control by state courts over arbitration proceedings.

However, the rights under Article 6(1), which are the most fundamental in their nature, cannot be waived. One of these rights is the right to a fair trial, which is regarded as part of the rule of law and even procedural public policy. The second one, the right to an independent and impartial tribunal, is not absolutely unwaivable. It only cannot be waived in advance. The waiver can be done *after* the violation of the right occurs.

In the very recent judgement dated 20 May 2021 in case *BEG S.P.A. v. Italy*, the ECtHR found a violation of Article 6(1) of the Convention since the arbitrator's impartiality was capable of being, or at least appearing, open to doubt and the applicant's fears in this respect can be considered reasonable and objectively justified.

Therefore, the evolving case-law of the European Court of Human Rights shows that even a reasonable doubt about the independence or impartiality of an arbitrator can be considered a violation of Article 6(1) of the Convention.

Key words: human rights, international commercial arbitration, independence and impartiality of arbitrators, standards of international commercial arbitral proceedings.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.65

УДК 347.77.

М.В. КОВАЛЬОВА

*Ковальова Марина Вікторівна, кандидат юридичних наук, доцент юридичного факультету Ужгородського національного університету**

ORCID: 0000-0002-9672-5254

ДЕЯКІ ПИТАННЯ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ В МІЖНАРОДНОМУ ПУБЛІЧНОМУ ПРАВІ

Постановка проблеми. Однією з основних тенденцій розвитку міжнародного публічного права на сьогоднішній день є становлення та розвиток міжнародно-правової відповідальності. Міжнародно-правова відповідальність являє собою одну із найбільш складних галузей сучасного міжнародного публічного права, оскільки саме від її розвитку безпосередньо залежить подальший вектор міжнародних відносин. Питання, пов'язані з міжнародно-правовою відповідальністю, є найменш дослідженими, хоча, з кожним роком, проблема міжнародно-правової відповідальності набуває все більшого значення в практиці міжнародних відносин як один із основних інститутів, що сприяють підтримці світового правопорядку.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Важливі питання досліджуваної проблеми розглядалися в багатьох працях вітчизняних та зарубіжних учених, зокрема, В.В. Мицика, О.В. Задорожного, В.Г. Буткевича, М.В. Буроменського, Г.Г. Диниса, Ю.С. Шемшученко, І.І. Лукашука, Ю.М. Колосова, Г.І. Ігнатенко, Г.І. Тункіна та інших. Вагому роль відіграють висновки та рішення Міжнародного суду ООН та Комісії міжнародного права ООН.

Формулювання мети статті. Виходячи з цих міркувань, мета даної статті полягає в дослідженні такого специфічного виду юридичної відповідальності, як міжнародно-правова відповідальність держав та її посадових осіб.

© М.В. Ковальова, 2021

* *Maryna Kovalova, Ph.D. in Law, Associate Professor of the Faculty of Law of Uzhhorod National University*

Виклад основного матеріалу. У доктрині міжнародного права поняття відповідальності визначається як несприятливі (негативні) наслідки, що виникли внаслідок порушення суб'єктом міжнародного права своїх міжнародно-правових зобов'язань.

Міжнародно-правову відповідальність можна також визначити як обов'язок правопорушника відшкодувати всі завдані правопорушенням збитки, а також право потерпілої сторони вимагати належне відшкодування збитків.

У практиці міжнародного права зафіксовано відмінність двох англомовних термінів: «responsibility» та «liability». Доволі часто їх однаково перекладають як «відповідальність», проте термін «State responsibility» означає відповідальність держави відповідно до норм міжнародного права, тоді як термін «liability» – означає «цивільно-правову відповідальність» або зобов'язання держави сплатити, компенсувати чи відшкодувати шкоду особам, поза межами національних кордонів держави, що завдані внаслідок діяльності в межах території держави або під її контролем¹.

В.М. Буроменський виділяє наступні цілі міжнародно-правової відповідальності: утримати потенційного правопорушника від учинення правопорушення; спонукати правопорушника належним чином виконати свої зобов'язання; забезпечити потерпілому компенсацію за завдану йому матеріальну чи моральну шкоду; вплинути на майбутню поведінку сторін з метою добросовісного виконання ними своїх зобов'язань. Комісія міжнародного права на підставі узагальнення теорії та звичаєвих норм визначила такі принципи міжнародно-правової відповідальності: відповідальність за будь-які міжнародно-правові діяння держави; визначення суб'єктів таких діянь; визначення умов наявності міжнародно-правових діянь; незастосування внутрішнього права для визначення наявності таких діянь².

Процес становлення міжнародно-правової відповідальності проходив довго та досить складно.

Так, починаючи з 1956 р., розпочато роботу над універсальним кодифікованим документом у сфері міжнародно-правової відповідальності, яка проводилася Комісією Міжнародного права ООН та в результаті якої з'явився Проект статей про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння (53 сесія Комісії міжнародного права ООН, 2001 р.); далі по тексту – Проект). Це була одна з найбільш тривалих та суперечливих робіт Комісії Міжнародного права ООН.

Проект складається з наступних частин, а саме: частина 1 «Міжнародне протиправне діяння держави», частина 2 «Зміст міжнародної відповідальності держави»; частина 3 «Імплементация міжнародної відповідальності держави»; частина 4 «Загальні положення»³.

У даному документі містяться норми, що стосуються всіх основних інститутів права міжнародної відповідальності: відповідальність держави у зв'язку з діяннями іншої держави; обставини, що виключають протиправність; зміст міжнародно-правової відповідальності; відшкодування збитків тощо.

Також заслуговує на увагу розділ про серйозні порушення зобов'язань, що впливають з імперативних норм загального міжнародного права. Однак відповідні статті не стосуються індивідуальної відповідальності за міжнародним правом осіб, які діють від імені держави.

Станом на сьогодні положення Проекту не є нормами імперативного характеру, не прийнято єдиного універсального, міжнародного правового акта, який би кодифікував норми міжнародно-правової відповідальності.

Питанню правового статусу Проекту було приділено значну увагу в процесі їх обговорення на сесії Генеральної Асамблеї ООН.

Так, у резолюції 68/104 Генеральна Асамблея визнала важливість питання про відповідальність держав та знову звернула на них увагу урядів, не торкаючись при цьому питань їх майбутнього прийняття. Асамблея просила Генерального секретаря оновити збірку рішень міжнародних судів, трибуналів та інших органів, які містять посилання на зазначені статті, а також запропонувати урядам представити інформацію про їхню практику в зв'язку з цим і представити ці матеріали завчасно до її сімдесять першої сесії⁴.

У резолюції Генеральної асамблеї ООН 74/180 від 18 грудня 2019 р. згідно з доповіддю Шостого комітету (A/74/421) повторно зазначалось, що питання відповідальності держав за міжнародні протиправні діяння має надзвичайно важливе значення у відносинах між державами. Вирішено продовжити роботу групи Шостого комітету з метою прийняття конвенції про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння чи інших належних заходів на основі статей.

Деякі норми, що регулюють питання міжнародно-правової відповідальності, закріплені в міжнародних договорах універсального характеру та отримали підтвердження в Резолюціях Генеральної Асамблеї ООН й актах інших міжнародних організацій.

Зокрема, ст. ст. 39, 41, та 42 Статуту ООН передбачають відповідальність держав за злочини проти міжнародного миру та безпеки. Крім того, діє низка міжнародних договорів, присвячених питанням міжнародно-правової відповідальності: Конвенція про попередження злочину геноциду і покарання за нього 1948 р., Конвенція про відповідальність за збиток, заподіяний космічними об'єктами 1972 р., Міжнародна конвенція про припинення злочинів апартеїду та відповідальності за нього 1973 р. тощо.

На різних етапах розвитку міжнародного права, відповідальність визначалася як принцип (кінець XIX ст. – початок XX ст.), інститут (середина XX ст. – початок XXI ст.) і, нарешті, однією з останніх тенденцій розвитку міжнародного права є трансформація інституту міжнародно-правової відповідальності в самостійну галузь міжнародного права – право міжнародної відповідальності⁵.

Право міжнародної відповідальності стосується порушення державою одного або декількох міжнародних зобов'язань. У міжнародному праві відповідальність є наслідком зобов'язання; кожне порушення суб'єктом міжнародного права своїх міжнародних зобов'язань тягне за собою міжнародну відповідальність. Право міжнародної відповідальності визначає, коли має місце порушення міжнародного зобов'язання, а також наслідки відповідного порушення, включаючи те, які держави мають право реагувати, та допустимі засоби такої реакції.

На відміну від національного законодавства, де часто застосовуються різні правила відповідно до джерела порушення зобов'язання (наприклад, договірне право, кримінальне право), міжнародне право не кореспондується з джерелом порушення зобов'язання; теоретично (якщо не передбачено інше) ті ж самі правила застосовуються до порушення зобов'язання, незалежно від того, джерелом зобов'язання є договір, міжнародне звичаєве право, одностороння декларація або рішення міжнародного суду.

Міжнародні протиправні діяння, які виступають в якості підстави настання міжнародно-правової відповідальності, прийнято ділити на міжнародні делікти і міжнародні злочини. В якості останніх розглядаються найбільш небезпечні правопорушення, що досягають на основи міжнародного правопорядку: геноцид, акти агресії, апартеїд, військові злочини тощо.

Необхідно зазначити, що специфіка механізму міжнародно-правової відповідальності, порівняно з різними видами відповідальності, характерними для внутрішньодержавного права, полягає в тому, що міжнародне право не передбачає її примусової реалізації.

Виняток становлять передбачені Главою VII Статуту ООН колективні санкції, введені за згодою Ради Безпеки, а також примусові дії, що вживаються для захисту миру і припинення актів агресії.

Однак варто зазначити, що механізм глобальної безпеки, заснований на рішеннях Ради Безпеки ООН, наразі майже не працює, що відобразилося в повній бездіяльності Ради Безпеки в міжнародних збройних конфліктах протягом останніх років.

Так, російська агресія на сході України актуалізує проблему участі Російської Федерації у роботі Ради Безпеки Організації Об'єднаних Націй, оскільки ця держава, використовуючи право вето, блокує роботу ключового органу світової системи колективної безпеки. Це унеможливило виконання завдання, покладеного на РБ ООН Статутом Організації (нормою п. 1 і п. 2 ст. 24): нести основну відповідальність за підтримку міжнародного миру та безпеки, виконуючи повноваження, передбачені в Розділах VI, VII, VIII та XII Статуту⁶.

Міжнародно-правова відповідальність існує виключно в системі міжнародного публічного права, відповідно, тому в якості суб'єктів даного виду юридичної відповідальності можуть виступати тільки суб'єкти міжнародного права.

Відтак, основним суб'єктом міжнародно-правової відповідальності виступають держави.

При цьому держава несе повну відповідальність за протиправну діяльність своїх органів та посадових осіб, за діяльність окремих осіб або груп осіб, якщо було доведено, що ці особи діяли від імені держави та за її дорученням.

Зазвичай держава несе відповідальність за міжнародно-неправомірні дії своїх органів *ultra vires* (поза межами їх компетенції) в двох випадках: якщо держава могла перешкодити цим діям та не зробила цього і якщо держава не вжила заходів щодо посадових осіб, винних у скоєнні неправомірних дій. По суті, всі дії держав виражаються на практиці в діях її органів та саме внаслідок дій органів держави виникає її міжнародно-правова відповідальність⁷.

Питання про державу як суб'єкта міжнародно-правової відповідальності є досить складним і дискусійним, оскільки держава в будь-якому випадку діє за допомогою своїх органів, та будь-яка протиправна дія або бездіяльність відбувається державними органами або посадовими особами. Внаслідок тісного зв'язку держави, її органів та посадових осіб можна констатувати розбіжність суб'єкта правопорушення та суб'єкта відповідальності, що й становить специфіку права міжнародної відповідальності держав.

Міжнародно-правова відповідальність держав за дії індивідів є особливим випадком відповідальності і регулюється ст. 8 Проекту. Стаття 8 містить таке положення: «поведінка особи або групи осіб розглядається як діяння держави за міжнародним правом, якщо ця особа або група осіб фактично діють за вказівками, під керівництвом або контролем цієї держави при здійсненні поведінки». Дана норма передбачає три випадки, коли поведінка особи тягне міжнародно-правову відповідальність держави: якщо особа діяла за вказівками, під керівництвом або під контролем держави. Саме останній випадок – дії особи під контролем держави – є предметом дослідження в даній статті⁸.

На сьогодні актуальним залишається питання й відповідальності індивідів, яке окремо вирішується в рамках міжнародного кримінального права.

Як показує досвід останніх десятиліть, не тільки протиправна діяльність держав загрожує міжнародному правопорядку, а й протиправна діяльність приватних осіб, які діють незалежно від державних органів. Міжнародно-правова відповідальність приватних осіб, не зважаючи на значний прогрес в області міжнародного кримінального права, аж ніяк не носить всеосяжного характеру. Наразі кримінально-правова відповідальність приватних осіб обмежується вузькою сферою таких міжнародно-правових порушень, як, наприклад, геноцид, злочин проти людяності, воєнні злочини та злочин агресії.

Висновки. Для захисту прав і свобод людини, для стабілізації міжнародних відносин, для забезпечення ефективності міжнародно-правового регулювання важливе значення має міжнародно-правова відповідальність. І хоча кодифікація норм міжнародно-правової відповідальності ще на завершена, а принцип відпові-

дальності в міжнародному праві знаходиться ще поки в стадії становлення, початок розвитку вже закладено, а це дає підстави говорити про настання нового етапу в розвитку міжнародного права та суспільства в цілому.

Норми, що регулюють міжнародно-правову відповідальність суб'єктів міжнародного права, давно вийшли за рамки існування у формі правового інституту. Формування особливої галузі права міжнародної відповідальності демонструє, що міжнародне право знаходиться сьогодні на новому витку свого розвитку, що, в свою чергу, свідчить про зміцнення міжнародно-правової свідомості, а також про усвідомлення світовою спільнотою необхідності та важливості суворого дотримання міжнародно-правових норм.

Кожна держава заінтересована в підтримці міжнародного правопорядку, в забезпеченні дотримання норм міжнародного права, які мають позитивний вплив на відносини між державами і, як наслідок, на населення цих держав, на права та свободи людини.

¹ Sompong Sucharitkul. State Responsibility and International Liability under International Law, 18 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 821 (1996). P. 822.

² Міжнародне право : навч. посіб. / за заг. ред. д-ра юрид. наук, професора, члена-кореспондента Академії правових наук України М.В. Буроменського. Київ : Юрінком Інтер, 2006. 336 с.

³ Тексти проєктів статей про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння. Проєкт статей. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/responsibility.pdf

⁴ Відповідальність держав за міжнародні протиправні діяння. URL: https://ukrainepravo.com/international_law/public_international_law/vidpovidal%60nist%60-derzhav-za-mizhnarodni-protuypravni-diyannya/

⁵ Дейкало Е.А. К вопросу о месте норм, регулирующих международно-правовую ответственность, в системе международного права. *Международные отношения: история, теория, практика* : материалы II науч.-практ. конф. молодых ученых фак. междунар. отношений БГУ, Минск, 2 апр. 2012 г. / редкол. : В.Г. Шадурский [и др.]. Минск: Изд. центр БГУ, 2012. 252 с.

⁶ Проблеми участі Російської Федерації у роботі ради безпеки Організації Об'єднаних Націй у зв'язку з військовою агресією проти України / О.В. Задорожній. *Альманах міжнародного права*. 2014. Вип. 6. С. 62–70.

⁷ Колосов Ю.М. Ответственность в международном праве. 2-е изд., стер. Москва: Статут, 2014. С. 96.

⁸ Тексти проєктів статей про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння. Проєкт статей. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/responsibility.pdf

Резюме

Ковальова М.В. Деякі питання міжнародно-правової відповідальності в міжнародному публічному праві.

У статті представлено деякі практичні проблеми міжнародно-правової відповідальності в міжнародному публічному праві.

Одним із способів забезпечення порядку в міжнародних відносинах з найдавніших часів до наших днів є використання інституту відповідальності, відтак вивчення доктрини та практики міжнародно-правової відповідальності є сьогодні доцільним та своєчасним.

Норми, що регулюють міжнародно-правову відповідальність суб'єктів міжнародного права, давно вийшли за рамки існування у формі правового інституту. Формування особливої галузі – права міжнародної відповідальності демонструє, що міжнародне право знаходиться сьогодні на новому витку свого розвитку, що, у свою чергу, свідчить про зміцнення міжнародно-правової свідомості, а також про усвідомлення світовою спільнотою необхідності і важливості суворого дотримання міжнародно-правових норм.

Події останніх років свідчать про те, що на перший план перед міжнародним співтовариством виходить завдання підвищити повагу до верховенства права в міжнародній правовій сфері. Безсумнівно, належна реалізація та розвиток інституту міжнародно-правової відповідальності буде цьому тільки сприяти.

Ключові слова: відповідальність, міжнародно-правова відповідальність, міжнародно-протиправні діяння, міжнародне публічне право, держава.

Резюме

Ковалева М.В. Некоторые вопросы международно-правовой ответственности в международном публичном праве.

В статье представлены некоторые практические проблемы международно-правовой ответственности в международном публичном праве.

Одним из способов обеспечения порядка в международных отношениях с древнейших времен до наших дней является использование института ответственности, поэтому изучение доктрины и практики международно-правовой ответственности представляется сегодня целесообразным и своевременным.

Нормы, регулирующие международно-правовую ответственность субъектов международного права, давно вышли за рамки существования в форме правового института. Формирование особой отрасли – права международной ответственности показывает, что международное право находится сегодня на новом витке своего развития, что, в свою очередь, свидетельствует об укреплении международно-правового сознания, а также об осознании мировым сообществом необходимости и важности строгого соблюдения международно-правовых норм.

События последних лет свидетельствуют о том, что на первом плане перед международным сообществом стоит задача повышения уважения к верховенству права в международной правовой сфере. Несомненно, надлежащая реализация и развитие института международно-правовой ответственности будет этому только способствовать.

Ключевые слова: ответственность, международно-правова відповідальність, міжнародно-протиправні діяння, міжнародне публічне право, государство.

Summary

Maryna Kovalova. Some issues of responsibility under public international law.

The article deals with some issues of responsibility under public international law.

The law of state responsibility plays a key role in international law, functioning as a general law of wrongs that governs when an international obligation is breached, the consequences that flow from a breach, and who is able to invoke those consequences (and how).

In the doctrine of international law, the concept of responsibility is defined as adverse (negative) consequences arising from the violation of international legal obligations by the subjects (actors) of international law.

Issues of responsibility under international law are equally important in the field both public-law and private-law relations. Moreover, responsibility in these two spheres of international law has much in common and are tightly interconnected.

Responsibility under international law is defined as the obligation of the offender to reimburse all damages caused by the offense, as well as the right of the injured party to demand adequate compensation.

Through the ages, one of the ways of security in international relations is the usage the institute of responsibility, therefore, the study of the doctrine and practice of responsibility under international law seems appropriate and timely today.

The rules governing the responsibility of actors of international law have long exceeded the scope of a legal institute. The formation of a special field - the law of responsibility under international law shows that today international law is at a new stage in its development, which confirms the strengthening of international legal consciousness, as well as the awareness by the world community of the necessity and importance of strict compliance with international legal rules.

The events of recent years point to the fact that the main task that international community faced with is the increasing respect for the supremacy of law in international legal sphere. Without doubt, the proper implementation and development of the institute of responsibility under international law will only contribute to it.

Key words: responsibility, responsibility under international law, internationally wrongful acts, public international law, state.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.66

УДК 341.6

Р.Д. ЛЯШЕНКО, Б.М. НАГІЄВ, А.В. КУДРА

*Руслана Дмитрівна Ляшенко, кандидат юридичних наук, завідувач кафедри Поліського національного університету**

ORCID: 0000-0002-6129-7907

*Богдан Махірович Нагієв, студент магістратури Поліського національного університету***

*Альона Василівна Кудра, студентка магістратури Поліського національного університету****

ПРОБЛЕМИ ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ УКРАЇНОЮ

Постановка проблеми. Проблематика дотримання прав і свобод людини наразі є особливо актуальною, не зважаючи на те, що в останні роки Раді Європи вдалося досягти певних успіхів у даному питанні. Прийняття Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (далі – Конвенція) стало основою для формування регіональної системи захисту прав людини на європейському континенті. Відповідальність за дієвий режим забезпечення прав людини несуть держави в особі уповноважених суб'єктів виконавчої влади та система національного правосуддя.

Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ), будучи компетентним міжнародним судовим органом з розгляду скарг на порушення прав людини, не лише заповнює прогалини, а й тлумачить положення Конвенції, що має безпосередній вплив на функціонування національного механізму захисту прав людини в державах, які ратифікували Конвенцію.

Відповідальність за виконання рішень ЄСПЛ покладається на самі держави. Вони зобов'язані вживати заходів щодо усунення негативних наслідків порушення прав людини та не допускати їх у майбутньому. Здійснення державою таких заходів знаходиться під суворим міжнародним контролем. Відповідні функції покладено на Комітет Міністрів Ради Європи (далі – КМРЄ), що вирішує всі питання, пов'язані з діяльністю організації, в тому числі здійснює контроль за виконанням рішень ЄСПЛ.

© Р.Д. Ляшенко, Б.М. Нагієв, А.В. Кудра, 2021

* *Ruslana Liashenko, Ph.D. in Law, Associate Professor, Head of the Department of Polissia National University*

** *Bohdan Nahiev, student of II year of the Master's degree of Polissia National University*

*** *Alona Kudra, student of II year of the Master's degree of Polissia National University*

ЄСПЛ ухвалює рішення, які є обов'язковими для виконання в державах. Проте в даний час існує чимало рішень ЄСПЛ, які не виконані. Відповідно, завданням КМРС є вибір оптимальних підходів, що враховують інтереси всіх сторін, та пошук можливостей виконання рішень ЄСПЛ¹.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. В основу даного дослідження покладено праці М. О'Бойла, І. Карамана, О. Карповича, В. Козіної, А. Левенець, Ж. Майер, Д. Смотрича, Г. Юдківської та ін., а також результати роботи Комітету з питань правової політики, присвячені даному питанню.

На особливу актуальність і важливість дослідження проблематики виконання рішень ЄСПЛ для України було вказано під час слухань Комітету з питань правової політики 9 грудня 2020 р. «Проблеми виконання Україною рішень Європейського суду з прав людини», оскільки ця проблема має не лише правовий, а й політичний вимір. Безумовно, що виконання рішень ЄСПЛ є важливим для авторитету Ради Європи, але це ще більш важливо для покращення життя людей, права яких держава не змогла захистити. За статистичними даними 2020 р. Україна на третью місце за кількістю поданих заяв до ЄСПЛ.

Формулювання мети статті. Метою статті є дослідження механізму виконання рішень ЄСПЛ Україною.

Виклад основного матеріалу. Обов'язковість виконання рішень ЄСПЛ встановлено у ст. 46 Конвенції, зокрема: «Високі Договірні Сторони зобов'язуються виконувати остаточні рішення Суду в будь-яких справах, у яких вони є сторонами»². На реалізацію положень Конвенції було прийнято Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р. У ст. 2 даного Закону встановлено, що «рішення є обов'язковим для виконання Україною відповідно до ст. 46 Конвенції. Порядок виконання Рішення визначається цим Законом, Законом України «Про виконавче провадження», іншими нормативно-правовими актами»³.

Уповноваженим органом, який здійснює контроль за виконанням рішень ЄСПЛ, є Міністерство юстиції України, що діє через Уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини (далі – Уповноважений), діяльність якого забезпечується Секретаріатом. Для забезпечення належного виконання рішень ЄСПЛ Кабінет Міністрів України створив спеціальну Комісію з питань виконання рішень ЄСПЛ, що забезпечує ефективну взаємодію органів державної влади для своєчасного виконання рішень ЄСПЛ. Станом на 20 березня 2020 р. ЄСПЛ ухвалив 1 434 рішення, якими констатовано порушення Україною положень Конвенції⁴. Крім того, до суб'єктів виконання рішень ЄСПЛ в Україні належать: Державна виконавча служба та Державне казначейство України.

Протягом десяти днів з дня отримання повідомлення про набуття рішенням ЄСПЛ статусу остаточного Уповноважений готує та публікує стислий виклад рішення⁵, а з метою виконання заходів загального характеру держава забезпечує переклад та опублікування повних текстів рішень українською мовою для спеціалізованих у питаннях практики ЄСПЛ юридичних видань, що поширені у професійному середовищі правників. Державна судова адміністрація України забезпечує перекладами рішень ЄСПЛ вітчизняні суди.

Д. Смотрич наголошує, що виконання судового рішення є невід'ємною складовою права на судовий захист, закріпленого ст. 6 Конвенції. Посилаючись на одне із пілотних рішень ЄСПЛ «Юрій Миколайович Іванов проти України», він зазначає, що право на суд було б ілюзорним, якби національна правова система дозволяла, щоб остаточне, обов'язкове для виконання рішення залишалось невиконаним на шкоду будь-якій зі сторін. Ефективний доступ до суду включає право на виконання судового рішення без невиправданих затримок⁶.

Рішення ЄСПЛ має бути виконано протягом трьох місяців з дня, коли воно набуло статусу остаточного. Виконання рішення Європейського суду з прав людини може встановлювати: виплату відшкодування; відновлення попереднього юридичного стану; інші заходи (індивідуальні та загальні), передбачені рішенням. Відповідальність за виконання рішення ЄСПЛ несе Міністерство юстиції України, причому не лише за процес виконання, а й за його результат, за представлення цього результату громадськості та зовнішнім партнерам України, зокрема КМРС.

Виплата стягувачові відшкодування може включати: суму справедливої сатисфакції на підставі рішення ЄСПЛ відповідно до ст. 41 Конвенції; визначену в рішенні ЄСПЛ щодо дружнього врегулювання або в рішенні ЄСПЛ про схвалення умов односторонньої декларації суми грошової виплати на користь стягувача⁷. Як зазначив І. Ліщина під час слухань Комітету з питань правової політики від 9 грудня 2020 р.: «Щодо сплати компенсацій, на сьогодні більш-менш у нас взагалі немає заборгованості за рішеннями Європейського суду, тобто сатисфакцію ми сплачуємо вчасно. Єдине, що бувають затримки, пов'язані з тим, що заявники невчасно дають інформацію щодо свого рахунку, тоді відбуваються деякі затримки. Плюс у нас наразі існує проблема зі сплатою грошей людям, які проживають на окупованих територіях: їм потрібно приїхати на контрольовану територію, відкрити рахунок і тоді ми переводимо туди гроші»⁸.

Загалом, виплата відшкодування має бути здійснена у тримісячний строк з моменту набуття рішенням статусу остаточного. У разі ж порушення цього строку нараховується пеня. Питання регресної відповідальності фактично винних у порушенні осіб залишається спірним. Однак у справах щодо порушення ст. 6 Конвенції це вже застосовується.

Крім виплати відшкодування відповідно до ст. 10 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини» можуть бути застосовані додаткові заходи індивідуального характеру, а саме: *restitutio in integrum* – відновлення положення потерпілого, яке існувало до порушення його права (приміром, перегляд судового рішення або рішення адміністративного органу) та інші додаткові заходи, визначені у рішенні ЄСПЛ.

Національні суди виконують важливу роль у цьому питанні, що вирішується шляхом повторного розгляду справи, або шляхом повторного відкриття провадження у справі після ухвалення рішення ЄСПЛ. Причому, перегляд кримінальної справи проти заявника; виконання остаточного рішення національного суду, прийнятого на користь заявника; забезпечення заявника житлом за межами зони забруднення; відновлення на посаді судді⁹.

Стосовно перегляду справи національними судами, слід зазначити, що якщо права, гарантовані Конвенцією, були порушені саме рішенням національного суду, то у більшості справ складність полягає в тому, що в національному праві таке рішення має статус такого, що набрало законної сили. Конвенція не покладає на Високі Договірні Сторони обов'язок передбачати в національному законодавстві процедури перегляду, проте КМРС визнає, що вони дуже корисні й спрямовані на виконання судових рішень. У разі встановлення ЄСПЛ процесуальних порушень, коли заявники при розгляді справи національним судом були позбавлені гарантій, передбачених ст. 6 Конвенції, необхідно переглянути справи з дотриманням зазначених гарантій. У певних справах перегляд справи може стати єдиним ефективним засобом для усунення допущених порушень та відновлення прав¹⁰.

Щодо відновлення положення потерпілого, тобто *restitutio in integrum*, то *вперше цей принцип було застосовано у справі «Папаміхалопулос та інші проти Греції» (про незаконну експропріацію)*. Як зазначила, Г. Юджівська, «сьогодні Суд більше не вагається: якщо необхідно, вказує на велику кількість конкретних заходів захисту прав, які державі-відповідачу потрібно застосувати, аби гарантувати повне забезпечення прав людини... Застосування принципу *restitutio in integrum* у той час, коли зберігаються первинні способи захисту від порушень прав людини, звичайно, обмежене. Відновлення становища, яке існувало раніше, є неможливим у більшості випадків чи вельми проблематичним»¹¹. Про це й неодноразово наголошувалося на слуханнях. Зокрема, йдеться про Справу «Олександр Волков проти України», в якій ЄСПЛ постановив, що Україна зобов'язана поновити заявника на посаді судді Верховного Суду. Проте слід визнати, що це стосується інституту дисциплінарної відповідальності суддів і загалом втручання в формування суддівського корпусу. Необхідно звернути увагу на те, що певні процедурні порушення не можуть приводити до відновлення суддів на посадах. Тому варто було б розробити порядок індивідуального вирішення питання, відповідно до якого держава не може відновити таких осіб на посаді, але готова компенсувати порушення того права, яке було допущено. Інакше інститут дисциплінарної відповідальності нівелюється взагалі¹². Загалом справи, які стосуються кадрових процедур, є проблемними.

Додатковими заходами індивідуального характеру є: проведення ефективного розслідування; виконання рішень українських судів. Натепер ЄСПЛ зупинив розгляд справ групи «Бурмич/Іванов», тому нових таких справ зараз не надходить; виправлення ситуації у справах, як правило, пов'язаних із порушенням права на справедливе судочинство¹³.

Нагляд за виконанням додаткових індивідуальних заходів здійснює Уповноважений. Слід зазначити, що наразі вдалося досягти ухвалення прагматичних і своєчасних рішень для забезпечення індивідуального відшкодування в основному за рахунок активної ролі національних судів¹⁴.

Відповідно до ч. 1 ст. 13 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини» заходи загального характеру вживаються з метою забезпечення додержання державою положень Конвенції, порушення яких встановлене рішенням ЄСПЛ, забезпечення усунення недоліків системного характеру, які лежать в основі виявленого ЄСПЛ порушення, а також усунення підстави для надходження до ЄСПЛ заяв проти України, спричинених проблемою, що вже була предметом розгляду в ЄСПЛ¹⁵.

До заходів загального характеру відносять: внесення змін до чинного законодавства; внесення змін до адміністративної практики; забезпечення юридичної експертизи законопроектів; забезпечення професійної підготовки з питань вивчення Конвенції¹⁶.

На виконання заходів загального характеру Уповноважений: робить щорічні подання до Кабінету Міністрів України; готує аналітичний огляд для Верховного Суду; надсилає до Апарату Верховної Ради України пропозиції щодо законопроектів, які знаходяться на розгляді, а Прем'єр-міністр дає доручення на виконання заходів загального характеру.

Таким чином, реалізація заходів загального характеру починається з ініціативи Уряду, а Міністерство юстиції України виконує загальну координуючу роль.

Для виконання заходів загального характеру потрібно не лише вносити зміни в чинне законодавство, а й приймати якісно нові закони, вводити нові правила в судочинство, змінювати принципи правозастосовної діяльності. Ці заходи необхідні для вирішення важливих системно-структурних проблем, виявлених ЄСПЛ, з метою запобігання подібним порушенням в майбутньому або ж припинення триваючих порушень. Реалізація заходів загального характеру має на меті досягнення конкретного стандарту реалізації права людини. Коли ж рішення ЄСПЛ вимагає вжиття заходів загального характеру, практичне їх виконання може виявитися складним процесом, що потребує проведення консультацій і досягнення згоди зі значною кількістю суб'єктів публічної влади. Іноді для їх виконання потрібен запас дипломатичних навичок, або й навіть терпіння для ведення діалогу. Як зазначив колишній доповідач ПАРС Е. Юргенс: «Механізм Конвенції діє не в правовому вакуумі. Постанови Суду виконуються і переносяться в реальне життя в ході складного юридичного і політичного процесу, в якому бере участь ряд внутрішньодержавних і міжнародних структур та органів»¹⁷.

На нашу думку, заходи загального характеру мають вагоме значення, оскільки спрямовані на реформи загалом, і це не лише про зміни в законодавстві, а й про політико-правову реформу в державі. Дані заходи, як правило, передбачають певну корекцію правової системи держави, яка може бути здійснена шляхом зміни законодавства. Іноді реалізація цих заходів вимагає внесення змін в Конституцію.

Висновки. Підсумовуючи вищевикладене, зазначимо, що «виконання рішень ЄСПЛ за своєю суттю є статутним обов'язком України як держави-учасниці Ради Європи, яка при приєднанні до організації визнала обов'язковість юрисдикції ЄСПЛ, а отже і беззастережність виконання зобов'язань, що випливають із судових рішень ЄСПЛ»¹⁸. Це вимагає скоординованих дій усіх суб'єктів публічної влади, і тут йдеться не лише про органи державної влади, а й про органи місцевого самоврядування. Законодавча діяльність потребує чіткої стратегії, визначення пріоритетності, залучення практиків та науковців, посилення інституту парламентського контролю за імплементацією положень Конвенції. Важливо забезпечити належний судовий контроль за виконанням рішень ЄСПЛ та їх імплементацію в судову практику, зокрема в частині методичної допомоги нижчестоящим судам та в частині нагляду за виконанням рішень ухвалених проти держави.

¹ Карпович О.Г. Механизмы реализации решений Европейского суда по правам человека. *Международное публичное и частное право*. 2020. № 1. С. 8–11. С. 8.

² Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. Рада Європи; Конвенція, Міжнародний документ від 04.11.1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 25.08.2021).

³ Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини: Закон України від 23.02.2006 р. № 3477-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15#Text> (дата звернення: 01.09.2021).

⁴ Уряд створив спеціальну комісію для належного виконання рішень ЄСПЛ. *Урядовий портал*. URL: <https://www.kmu.gov.ua/news/uryad-stvoriv-specialnu-komisiyu-dlya-nalezhnogo-vikonannya-rishen-yespl> (дата звернення: 02.09.2021).

⁵ Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини: Закон України від 23.02.2006 р. № 3477-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15#Text> (дата звернення: 01.09.2021).

⁶ Смотрич Д.В. Процесуально-правові засади виконання судових рішень в адміністративних справах: на здобуття ступеня доктора філософії з галузі знань 08 Право / Львівський національний університет імені Івана Франка; Національний університет «Львівська політехніка», Львів, 2021. 242 с. С. 35.

⁷ Левенець А. Загальна характеристика процедури виконання рішень Європейського суду з прав людини в Україні. *Підприємство, господарство і право*. 2020. № 4. С. 336–340. С. 338. URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2020/5/60.pdf> (дата звернення: 01.09.2021).

⁸ Стенограма комітетських слухань Комітету з питань правової політики на тему: «Проблеми виконання Україною рішень Європейського суду з прав людини» від 09.12.2020 р. URL: <http://kompravpol.rada.gov.ua/uploads/documents/33210.pdf> (дата звернення: 02.09.2021).

⁹ Караман І.В., Козіна В.В. Європейський суд з прав людини, Європейська конвенція з прав людини та індивідуальні заяви: перше знайомство. Київ: ВАІТЕ, 2015. 136 с. С. 58.

¹⁰ Деменева А.В. Реализация Россией индивидуальных мер по исполнению постановлений ЕСПЧ: пересмотр дел в соответствии с УПК РФ. *Международное правосудие*. 2012. № 2. С. 91–103. С. 92–93.

¹¹ Юдківська Г. Restitutio Volkov in integrum. *Закон і бізнес*. URL: https://zib.com.ua/ua/print/13880-suddya_espl_prokomentovala_rishennya_po_suddi_verhovnogo_sud.html (дата звернення: 02.09.2021).

¹² Стенограма комітетських слухань Комітету з питань правової політики на тему: «Проблеми виконання Україною рішень Європейського суду з прав людини» від 09.12.2020 р. С. 39.

¹³ Там само. С. 17–18.

¹⁴ Майер Ж. Щодо ролі судової системи у виконанні рішень Європейського суду з прав людини на національному рівні. *Вісник Верховного Суду України*. 2017. № 6. С. 45–48. С. 48.

¹⁵ Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини: Закон України від 23.02.2006 р. № 3477-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15#Text> (дата звернення: 01.09.2021).

¹⁶ Там само. Ч. 2 ст. 13.

¹⁷ О'Бойл М. ОКПЧ как пример механизма парламентского контроля. *Международная конференция «Совершенствование национальных механизмов эффективной имплементации Европейской конвенции по правам человека»*. С. 45. URL: <https://rm.coe.int/16806f1da1> (дата звернення: 01.09.2021).

¹⁸ Рекомендації слухань у Комітеті на тему: «Проблеми виконання Україною рішень Європейського суду з прав людини» прийняті на засіданні Комітету з питань правової політики від 17.02.2021 (протокол № 47). URL: <http://kompravpol.rada.gov.ua/uploads/documents/33345.pdf> (дата звернення: 03.09.2021).

Резюме

Ляшенко Р.Д., Нагієв Б.М., Кудра А.В. Проблеми виконання рішень Європейського суду з прав людини Україною.

У статті представлено результат дослідження механізму виконання рішень ЄСПЛ Україною та аналіз проблем, на які було вказано під час слухань Комітету з питань правової політики. Це системно-структурні проблеми, що мають не лише правовий, а й політичний вимір. Вирішення проблемних питань вимагає скоординованих дій усіх суб'єктів публічної влади. Законодавча діяльність потребує чіткої стратегії, визначення пріоритетності, залучення практиків та науковців, посилення інституту парламентського контролю за імплементацією положень Конвенції. Важливо забезпечити належний судовий контроль за виконанням рішень ЄСПЛ та їх імплементацію в судову практику.

Ключові слова: Європейський суд з прав людини, судова практика, виплата відшкодування, заходи індивідуального характеру, заходи загального характеру.

Резюме

Ляшенко Г.Д., Нагієв Б.М., Кудра А.В. Проблеми виконання рішень Європейського суду по правах людини в Україні.

В статті представлено результат дослідження механізму виконання рішень ЄСПЧ в Україні та аналіз проблем, на які було вказано в час слухань Комітету з питань правової політики. Це системно-структурні проблеми, які мають не тільки правову, а й політичну складову. Для вирішення проблемних питань необхідні скоординовані дії всіх суб'єктів публічної влади. Законодавча діяльність потребує чіткої стратегії, визначення пріоритетності, залучення практиків та учених, посилення інституту парламентського контролю за виконанням положень Конвенції. Важливо забезпечити належний судовий контроль за виконанням рішень ЄСПЧ та їх імплементацію в судову практику.

Ключові слова: Європейський суд по правах людини, судові практики, виплата відшкодування, заходи індивідуального характеру, заходи загального характеру.

Summary

Ruslana Liashenko, Bohdan Nahiev, Alona Kudra. Problems of execution of decisions of the European Court of Human Rights in Ukraine.

The article presents the result of the study of the mechanism of implementation of the decisions of the European Court of Human Rights in Ukraine and the analysis of the problems that were pointed out during the hearings of the Committee on Legal Policy. The problem of implementation of ECHR decisions in Ukraine has not only a legal but also a political dimension.

The normative-legal acts regulating the issues of execution of the decisions of the European Court of Human Rights in Ukraine have been studied and the bodies authorized to control their execution have been established.

The decision of the European Court of Human Rights must be enforced within three months from the date on which it became final. Execution of the decision of the European Court of Human Rights may establish: payment of compensation; restoration of the previous legal status; other measures (individual and general) provided by the decision. The Ministry of Justice of Ukraine is responsible for the implementation of the European Court of Human Rights decision, not only for the implementation process, but also for its outcome.

It was found that satisfaction in Ukraine in most cases is paid on time, but there are problems with the implementation of certain measures of individual and general nature.

It is emphasized that measures of a general nature are important because they are aimed at reforms in general, and this is not only about changes in legislation, but also about political and legal reform in the state.

The implementation of the decisions of the European Court of Human Rights is, in essence, a statutory obligation of Ukraine as a member state of the Council of Europe, which, upon joining the organization, recognized the binding jurisdiction of the European Court of Human Rights. Solving problematic issues requires coordinated action by all public authorities. Legislative activity requires a clear strategy, prioritization, involvement of practitioners and scholars, strengthening the institution of parliamentary control over the implementation of the provisions of the ECHR. It is important to ensure proper judicial review of the implementation of European Court of Human Rights decisions and their implementation in judicial practice.

Key words: European Court of Human Rights, case law, payment of compensation, individual measures, general measures.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.67

УДК 336.64:629.5

І.О. ДАНИЛОВА

*Ірина Олександрівна Данилова, старший викладач Навчально-наукового морського гуманітарного інституту Одеського національного морського університету**

ORCID: 0000-0002-3174-477X

ЩОДО ФОРМУВАННЯ МОРСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Постановка проблеми. В умовах глобалізаційних процесів утвердження України як сильної та незалежної європейської держави особливого значення набуває її становлення як дієздатної морської держави. Досягнення цієї стратегічної мети вбачається досить проблемним без забезпечення цілісності морського законодавства, яке б опосередковувало безпосередню участь держави та її органів, посадових осіб і уповноважених організацій у всіх процесах провадження морської діяльності. Це вимагає створення на національному рівні правової та нормативної інституційної бази, імплементації й забезпечення функціонування провідних міжнародних стандартів і норм до норм чинного законодавства. Також це створення уповноважених органів та організацій, наділення їх необхідними функціями і ресурсами для реалізації збалансованої морської політики, яка була б здатною забезпечити врегулювання як зовнішніх, так і внутрішніх відносин, що виникають у процесі провадження морської діяльності.

© І.О. Данилова, 2021

* *Iryna Danilova, Senior Lecturer of the Primary Nautical Humanitarian Institute of Odessa National Maritime University*

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Важливі питання досліджуваної проблеми розглядалися в багатьох працях вітчизняних учених, таких як Т.В. Аверочкіна, О.В. Бондар, С.В. Ківалов, Т.М. Плачкова, В.А. Селезньов, В.В. Серафімов, Н.О. Федчун та ін.

Формулювання мети статті. Метою статті є дослідження проблематики формування морського законодавства України, що переважною мірою знаходиться лише на етапі міжнародно-правової уніфікації стандартів у сфері здійснення морської діяльності, а також містить суттєві недоліки нормотворчої техніки галузевого морського законодавства.

Виклад основного матеріалу. Морська діяльність, як її визначено у Морській доктрині України на період до 2035 року¹, являє собою діяльність у сфері забезпечення сталого економічного і соціального розвитку суспільства, вивчення, освоєння і використання моря, захисту національної безпеки; вона охоплює також морську торгівлю (комерційні операції, які пов'язані з використанням морських суден, купівля-продаж товарів, що перевозяться морським шляхом, фрахтування суден, морське агентування, морське страхування тощо). До її складових Доктриною віднесені: торговельне мореплавство, морський транспорт, суднобудування, військово-морська діяльність, використання водних біоресурсів та інших ресурсів моря, туристичну та рекреаційну діяльність, а також діяльність у сферах науки, освіти, екології і захисту моря. Слід зауважити, що зважаючи на охоплення значного сегменту активностей, пов'язаних з використанням морських просторів та узбережжя, їх якісну конкретизацію, поняття морської діяльності набуло у оновленій наприкінці 2018 р. Доктрині значно кращого визначення порівняно з попередньою редакцією². Крім того, документ містить значну кількість норм про необхідність дотримання міжнародних стандартів, активізацію участі у роботі міжнародних організацій у сфері торговельного мореплавства та упровадження кращих європейських практик, зокрема у сфері екологічного моніторингу.

Однак, як і у попередні часи, цей програмний документ так і залишається здебільшого декларацією гарних змін на краще, а практика публічного адміністрування галузі свідчить про триваючу системну кризу та відсутність політичної волі до налагодження ефективної роботи її управлінського механізму. Доказами цьому є проблеми у дипломованні моряків, інституційна криза у системі адміністрування їх професійної підготовки та складання іспитів, скасований через надмірність та корупційну складову екологічний контроль у портах і майже річне перебування аварійного танкера-бункерувальника «Delfi» у безпосередній близькості до узбережжя м. Одеси. Цей короткий перелік поєднав лише найбільш резонансні події галузі 2020 р. Вони стали очікуваним результатом неухай до якості її організаційно-правового забезпечення, обмеження лише епізодичними, вкрай необхідними у конкретний період часу змінами. Такими, наприклад, як створення Морської адміністрації заради «проходження» обов'язкового аудиту Міжнародної морської організації та з наступною роботою цього органу державної влади, яка не витримувала жодної критики і стала навіть предметом розгляду Антимонопольного комітету України³.

Окремо зупинимось на діяльності Морської адміністрації та зазначимо, що до основних принципів роботи цього органу слід віднести такі: 1) верховенство права; 2) законність; 3) відкритість, оприлюднення та доступність для громадян інформації про діяльність та рішення, що приймаються, надання публічної інформації на вимогу громадян; 4) пропорційність як вимога щодо обмеження рішень, які приймаються, визначеною в законодавстві метою, умовами її досягнення, а також обов'язку зважати на наслідки своїх рішень, дій та бездіяльності; 5) відповідальність як обов'язок публічної адміністрації нести юридичну відповідальність за прийняті рішення, дії та бездіяльність тощо⁴. Їх упровадження у діяльність Морської адміністрації та неухайне дотримання у щоденній діяльності надасть роботі цього органу таких необхідних на теперішній час рис виваженості й послідовності у реалізації покладених на нього повноважень.

Підкреслимо: напрямів роботи Морської адміністрації, що визначені Положенням про неї, дуже багато, однак здійснити або започаткувати ефективне здійснення їх усіх є складним завданням. Виконати його можливо лише за умов залучення значної кількості спеціалістів галузі, вивчення позитивного і негативного досвіду роботи всієї системи забезпечення безпеки мореплавства як в Україні, так і за кордоном. При цьому кожен напрям діяльності Морської адміністрації як складника системи публічного адміністрування має свої особливості. Нещодавні процеси, пов'язані з реформуванням органів публічної адміністрації, заклали підґрунтя для створення останніх залежно від стратегічних функцій, які на себе бере держава, а саме: 1) формування державної політики в певній сфері суспільних відносин; 2) управління об'єктами державної власності; 3) надання адміністративних послуг; 4) контрольно-наглядова (інспекційна) діяльність. Однією з підстав реформування є позбавлення поєднання в одному органі публічної адміністрації одночасного виконання всіх вищенаведених функцій, оскільки це призводить до корупції та зловживання владою.

Слід зазначити, що Морська адміністрація нині, згідно із чинним законодавством, поєднує як функцію надання адміністративних послуг, так і інспекційні функції, що, як уявляється, є неприпустимим. При цьому, як зазначають деякі автори, запровадження у сферу морського транспорту інституту надання адміністративних послуг спрямоване на забезпечення його належного функціонування та передбачає здійснення багатьох заходів реєстраційного, дозвільного характеру. Такі заходи є певним «запобіжником» порушенням у цій сфері, оскільки їх здійснення передбачає проведення попереднього контролю діяльності суб'єктів набуття послуг та, через це, забезпечення безпеки мореплавства⁵.

На початку своєї роботи новоствореною Морською адміністрацією було окреслено амбітні цілі та у середньостроковій перспективі заплановано забезпечити: виконання функцій, передбачених міжнародними стандартами у сфері торговельного судноплавства; створення умов для побудови сучасної моделі організації

судноплавного бізнесу в країні, залучення інвестицій у судноплавство, суднобудування, судноремонт; підвищення привабливості морських і річкових портів для вантажопотоків і світових судноплавних ліній, передусім контейнерного сервісу; принципово новий рівень привабливості українського прапора для судновласників, повернення втрачених та залучення нових суден для реєстрації в Україні; подолання негативних тенденцій скорочення попиту на послуги українських моряків (приблизно 140–150 тис. осіб) на світовому ринку праці.

Крім того, з метою створення комплексної інтегрованої бази даних українських суден, у т.ч. риболовних, відкритої для використання учасниками світового ринку торговельного мореплавства, Морською адміністрацією заплановано створення Єдиної операційно-інформаційної системи «АІС Морська Адміністрація», однією з підсистем якої стане електронна база даних для ведення Державного судового реєстру України та Суднової книги України, яка буде містити вичерпну інформацію щодо суден, які мають право плавання під прапором України із зазначенням їхніх основних технічних характеристик. У базі даних буде передбачено можливість взаємодії із заінтересованими учасниками світового ринку торговельного мореплавства, здійснення відбору суден згідно із заданими критеріями, у т.ч. за типом та призначенням, ведення реєстрів. Також Морською адміністрацією упродовж 2019 р. було заплановано створення сервісних центрів із надання адміністративних послуг за принципом «Єдиного вікна»⁶. На теперішній час з метою побудови зручного сервісу, сучасних умов обслуговування громадян, фізичних і юридичних осіб у сфері морського та річкового транспорту працює Державне підприємство «Сервісний центр морського та річкового транспорту», регіональні центри якого функціонують у містах Одеса, Ізмаїл, Херсон, Маріуполь⁷.

Однак слід визнати, що значні зрушення у реалізації задекларованих напрямів не спостерігаються: досі не прийнято основоположний та такий необхідний Закон України «Про внутрішній водний транспорт»; створено спірну ситуацію навколо призначення капітанів морських портів України, коли фактично у портах діють два капітани, а працівники раніше призначених служб капітанів підлягають звільненню; не здійснюється жодних кроків із побудови нового рівня привабливості українського прапора для судновласників, повернення втрачених та залучення нових суден для реєстрації в Україні тощо. Усе це свідчить про слабкість здійснюваних реформ та викриває проблеми публічного (державного) адміністрування галузі, які може бути подолано лише завдяки здійсненню зваженої політики, цілісного законодавства та запозичення позитивного вітчизняного і закордонного досвіду⁸.

У такій ситуації необхідно взяти до уваги, що задеклароване відродження та підтримання звання України як морської держави, розбудова її морського торговельного та військово-морського потенціалу не може відбуватися лише завдяки ситуаційним змінам за результатами реагування на кризові події або з метою пришвидшеного вирішення проблем, які не вирішувалися десятиліттями. Тут має бути запроваджено інший підхід як до правового забезпечення, так і до практики реалізації прийнятих правових норм. Галузеве нормотворення має спиратися не на продукування свідомо прогального правового базису, а на формування норм на основі оцінки ризиків, управління ними, запобігання корупційним проявам та ґрунтуватися на вже отриманому досвіді – як позитивному, так і негативному, вітчизняному та зарубіжному. Так, зокрема, проблематика дипломування моряків та діяльність відповідних уповноважених (на перевірку та схвалення відповідності стандартам тренажерних центрів, прийняття кваліфікаційних іспитів тощо) органів держави в Україні є актуальною вже понад 15 років.

Але рішення про реформування системи почали прийматися лише у 2021 р. після гучних протестів моряків та профспілок наприкінці 2020 р. І тут дуже яскраво було проявлено кризу галузі, прогалини в законодавстві та організаційні «прорахунки», які стали причиною появи посередників, агентів тощо з «вирішення питань» зі складанням кваліфікаційних іспитів та отриманням сертифікатів. Аварія танкера «Delfi» та неспроможність примусити судновласника прибирати власне затонуле майно також засвідчила проблеми діючого Кодексу торговельного мореплавства України⁹, що «відкрив» можливості до практично нескінченного продовження капітаном морського порту Одеса строків для його прибирання судновласником.

У сучасних умовах морське законодавство України переважно мірою знаходиться лише на етапі міжнародно-правової уніфікації стандартів у сфері здійснення морської діяльності, а також містить суттєві недоліки нормотворчої техніки галузевого морського законодавства.

Погоджуємось, що це значною мірою спричинене його слабким концептуальним проробленням. І хоча саме цьому питанню з початку ХХ ст. віддається перевага дослідників, і досі залишаються поза увагою науковців такі важливі теоретичні і прикладні питання, як визначення понять морської держави, моря як стратегічного ресурсу держави, інституціоналізації української морської держави. Поступове, але всебічне охоплення науковою спільнотою теоретичної сфери сучасної України як морської держави уможливить всебічно розвинути її теоретичне підґрунтя та привернути увагу законодавця до необхідності уніфікації морського законодавства України.

Також до шляхів вдосконалення правового механізму забезпечення морського законодавства необхідно віднести чіткий розподіл повноважень між усіма державними суб'єктами системи здійснення морської діяльності в Україні, формування на державному рівні дієвих та ефективних структур здійснення морської діяльності на зразок провідних морських держав, а також усунення дублювання повноважень між органами державної влади; відпрацювання узгоджених механізмів державної політики у сфері морської діяльності. Необхідним є створення постійних консультативних органів за участю відповідних інститутів системи державних органів, ефективна контрольна діяльність таких органів. Важливим є й забезпечення необхідного

фінансування морської діяльності України. Доконано очевидною є концептуальна модернізація та удосконалення стратегічного планування заходів, спрямованих на оновлення механізму здійснення морської діяльності в Україні, визначення першочергових завдань на короткострокову перспективу за чітко окресленими напрямками та з визначеними термінами і обов'язково із вказівкою на конкретного виконавця, а також забезпечення провідної ролі Морської адміністрації¹⁰.

Висновки. Вважаємо, що формування цілісного морського законодавства в Україні має здійснюватися на таких основних підвалинах:

1) створення єдиної правової бази та організаційних заходів для функціонування ефективної інституційної системи державних органів, підприємств та організацій в сфері морської діяльності, що матимуть повноваження комплексного реального імперативного впливу на формування системи забезпечення морської діяльності, котрий буде включати чітке й деталізоване правове регулювання за допомогою контрольно-наглядових повноважень;

2) формування бази програмних документів морської галузі з визначенням напрямів державної морської політики України;

3) розроблення нормативної бази, спрямованої на ефективну імплементацію міжнародних норм та стандартів забезпечення здійснення морської діяльності з метою формування ефективної системи морського законодавства;

4) формування системи державного нормативного регулювання та реагування, спрямованої на регулювання відносин, які складаються в акваторії Чорного та Азовського морів.

¹ Морська доктрина України на період до 2035 року: затв. постановою КМУ від 7 жовтня 2009 р. № 1307. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1307-2009-p#Text>

² Плачкова Т.М. Адміністративно-правове забезпечення безпеки мореплавства в Україні: дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2020. 216 с.

³ Про припинення дій, які містять ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції: рекомендації Тимчасової адміністративної колегії Антимонопольний комітет України від 04.11.2020 р. № 2-рк/тк. URL: <https://amcu.gov.ua/storage/app/uploads/public/5fb/3a1/5e7/5fb3a15e73782481469507.pdf>

⁴ Бондар О.В. Принципи надання адміністративних послуг у сфері морського транспорту. *Актуальні проблеми держави і права*: зб. наук. праць. 2014. Вип. 72. С. 317–324.

⁵ Бондарь О.В. Зміст компетенції щодо надання адміністративних послуг у сфері морського транспорту. *Актуальні проблеми держави і права*: зб. наук. праць. 2014. Вип. 71. С. 131–136.

⁶ Морська адміністрація планує створення сучасної моделі судноплавства в Україні. *Офіційний сайт Державної служби морського та річкового транспорту України*. URL: <https://www.kmu.gov.ua/ua/news/morska-administraciya-planuye-stvorennnya-suchasnoyi-modeli-sudnoplavstva-v-ukrayini> (дата звернення: 30.08.2018).

⁷ Про Моррічсервіс. URL: <https://morrichservice.marad.gov.ua/ua/pro-sluzhbu/pro-morrichservis> (дата звернення: 28.01.2020).

⁸ Плачкова Т.М. Сучасний стан публічного адміністрування у сфері забезпечення безпеки мореплавства в Україні. *Публічне адміністрування в умовах змін та перетворень: проблеми організації та правового забезпечення*: зб. наук. пр. за матеріалами III Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 11–12 квіт. 2019 р.) / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого; відп. за вип.: Н.П. Матюхіна, Г.А. Гончаренко, М.С. Ковтун, С.А. Федчишин. Харків: Право, 2019. С. 487–490.

⁹ Кодекс торговельного мореплавства України, 1995. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 47. Ст. 349.

¹⁰ Войткова А.В. Проблема цілісності морського законодавства України. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/handle/11300/15358>

Резюме

Данилова І.О. Щодо формування морського законодавства України.

У статті досліджено окремі проблеми формування морського законодавства України, що знаходиться на етапі міжнародно-правової уніфікації стандартів у сфері здійснення морської діяльності, а також містяться суттєві недоліки нормотворчої техніки галузевого морського законодавства.

Підкреслюється, що запровадження у сферу морського транспорту інституту надання адміністративних послуг (Морська адміністрація) спрямоване на забезпечення його належного функціонування та передбачає здійснення багатьох заходів реєстраційного, дозвільного характеру.

Ключові слова: морське законодавство, морська діяльність, Морська адміністрація.

Резюме

Данилова И.А. Относительно формирования морского законодательства Украины.

В статье исследованы отдельные проблемы формирования морского законодательства Украины, которое находится на этапе международно-правовой унификации стандартов в сфере осуществления морской деятельности, а также содержит существенные недостатки нормотворческой техники отраслевого морского законодательства.

Подчеркивается, что введение в сферу морского транспорта института предоставления административных услуг (Морская администрация) направлено на обеспечение его надлежащего функционирования и предусматривает осуществление многих мероприятий регистрационного, разрешительного характера.

Ключевые слова: морское законодательство, морская деятельность, Морская администрация.

Summary

Iryna Danilova. Regarding the formation of maritime legislation of Ukraine.

The article examines some problems of formation of maritime legislation of Ukraine, which is at the stage of international legal unification of standards in the field of maritime activities, as well as contains significant shortcomings of rule-making techniques of sectoral maritime legislation.

It is emphasized that the introduction of the institute of administrative services (Maritime Administration) in the field of maritime transport is aimed at ensuring its proper functioning and involves the implementation of many measures of registration, permitting nature.

It should be borne in mind that the declared revival and maintenance of the title of Ukraine as a maritime state, the development of its maritime trade and naval potential can not happen only due to situational changes in response to crisis events or to expedite the resolution of unresolved issues decades. A different approach to both legal support and the practice of implementing the adopted legal norms should be introduced here. Sectoral rule-making should be based not on the production of a deliberately lacking legal basis, but on the formation of norms based on risk assessment, management, prevention of corruption and based on experience - both positive and negative, domestic and foreign.

We believe that the formation of integrated maritime legislation in Ukraine should be based on the following basic principles:

1) creation of a single legal framework and organizational measures for the functioning of an effective institutional system of state bodies, enterprises and organizations in the field of maritime activities, which will have the power of comprehensive real imperative influence on the formation of maritime activities, which will include clear and detailed legal regulation. -supervisory powers;

2) formation of the database of program documents of the maritime industry with the definition of the directions of the state maritime policy of Ukraine;

3) development of a regulatory framework aimed at the effective implementation of international norms and standards to ensure the implementation of maritime activities in order to form an effective system of maritime legislation;

4) the formation of a system of state regulatory regulation and response aimed at regulating relations in the Black and Azov Seas.

Key words: maritime legislation, maritime activity, Maritime Administration.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.68

UDC 347.13(477):614.2

A. LYTVYENKO

*Anatoliy Lytvynenko, Doctoral student of Baltic International Academy (Riga, Latvia), Ph.D. student of Ivan Franko National University of Lviv (Lviv, Ukraine); MRes/PhD student at the Department of Law at Robert Gordon University of Aberdeen (Aberdeen, Scotland)**

ORCID: 0000-0001-7410-5292

**THE PATIENT'S RIGHT TO ACCESS TO PSYCHIATRIC RECORDS:
DOCTRINE AND JURISPRUDENCE**

I. Introduction. Insight into psychiatric records.

Access to medical records, as recognized by both courts and legislatures, is one of the patient's rights involving an insight to his medical records, which may be exercised either by patient himself or by his authorized representative, which may be continued after the patient's demise unless he expressly objects such inspection¹. In some countries, a patient may also sign a document to relieve the hospital staff from medical confidentiality regarding his health condition – such written statement will enable the hospital staff to testify in court². Contemporary case law also shows that patients may also expressly inhibit their treating physicians to disclose medical records to their family members³. Not only the patient or his close relatives may be allowed to inspect the medical records of him, but the hospital staff: this principle, upon Spanish case-law, is laid down by a necessity of providing adequate healthcare, guided by the principle of maintaining confidentiality⁴ and is conditioned by the complexifications of patient-physician relationships, upon which the *healthcare*⁵ is provided not by a single physicians, but a group of healthcare professionals, often referred to as “medical team”⁶. Outside the healthcare issues, the access to medical records of a patient is strongly restricted⁷. The mishandling of medical records by hospital staff may also result in penal liability for breach of medical confidentiality⁸. Surprisingly, Spanish courts held that the patient has no right to know who has inspected his medical records⁹. Litigation concerning mishandling of medical records by hospital staff featuring access to patient registers was also brought before the European Court of Human Rights, in particular in the case of *I v. Finland* (2008)¹⁰. Contemporary case law also affirms that the patient has a right to obtain results of laboratory blood test examinations and unless provided the appropriate information, may file an action for damages against the healthcare institutions or establishments providing tests for not furnishing the plaintiff laboratory tests information¹¹.

© A. Lytvynenko, 2021

* *Анатолій Анатолійович Литвиненко, докторант Балтійської міжнародної академії (м. Рига, Латвія), аспірант ЛНУ ім. Франка (м. Львів, Україна); аспірант Школи права Університету ім. Роберта Гордона (м. Абердін, Шотландія)*

It is also true that the acting legislation of some countries may allow controlling authorities to examine specific medical records kept by physicians and hospitals, and medical confidentiality legislation (or, at least the principles elaborated in case-law) does not preclude it from being produced for such inspection¹². In such countries, as Sweden, where county authorities allow inspection of digitized medical records by the representatives of a patient, the data protection inspectorates used to litigate to enjoin the county authorities from such practices, though with no success¹³. It has to be also augmented, that the obligation of physicians to provide hospital records to inspection boards for insight is strictly with accordance with the legislation and the said boards do not acquire any property rights in the medical records according to the Swedish jurisprudence¹⁴.

Medical records (frequently referred to as “hospital records”, “information concerning [the patient’s] state of health”¹⁵, “clinical records” or “clinical history”¹⁶) as argued by several scholars, are a set of personal records containing the patient’s data, the evaluation and information of any kind concerning the current state of health and the clinical evolution of a certain patient within the healthcare process¹⁷. The courts in Germany referred to medical records as personal records describing the patient’s state of health as well as the prognosis for the future¹⁸. Psychiatric records (alternatively referred to as “mental health records”, and retrospectively “(insane) asylum records”¹⁹) are medical records, which display mental health of the patient, information concerning his treatment and frequently the prognosis of his future. However, inspection of such records is a more complicated issue: as *Weil* (1993) denotes, the insight into psychiatric records involves certain risks of harming the patient’s health, especially if the person tends to be paranoid or hypochondric or the physician’s notes contain a certain amount of highly embarrassing or evaluative information concerning the psychiatric patient²⁰. The courts in Germany came to the same conclusion, despite stating that psychiatric records are not generally exempt from inspection²¹; in fact, the court may found its judgment whether let or not let a psychiatric patient to inspect his personal records upon his behavior²² and upon his justification for it²³, or his actual health condition and the possibility of its worsening in case he inspects the said psychiatric records²⁴. Upon my brief investigation on insight to psychiatric records in German case law, I assume to conclude that German courts tend to find that the fact the medical records being requested by plaintiff are psychiatric ones, does not make them completely exempt from the patient’s insight. But their amount is mostly reduced to objective findings, they have to be inspected in the presence of healthcare professionals and the patient’s insight (e.g. a need to commence a malpractice action) has to be justified²⁵, although German courts held that there is no need for the plaintiff to demonstrate a legal interest for inspection of medical records under ordinary conditions²⁶ – psychiatric records definitely will not fall under such conception²⁷.

The reduction of inspection to objective findings in medical records somehow corresponds with the “dual system of medical records” as suggested by Dr. *Alan F. Westin* (1977), an outstanding data protection pioneer of the 1970s²⁸. Concerning records on psychiatric treatment, German courts give certain discretion to the hospital physicians to decide whether to grant access to psychiatric records, or not, but even psychiatric detainees are, in fact, not exempt from the right to inspect their respective medical records as such. The same is applied to their counsels – they cannot be refused to inspect client’s psychiatric records just on basis of medical concerns – the opposing reasons for such refusal should be well justified though not going into much detail²⁹. With so many examples in case law, nothing indicates that the decision of boards not to grant the psychiatric [ex-] patients insight into their medical record, may not be impugned in court order. As the mid-20th century German jurisprudence shows, the appropriate justification of insight into psychiatric records may serve well even for a long-term prison detainee³⁰.

The distinction between ordinary medical records and psychiatric records is clearly distinguished in both law and academic literature. For instance, *R. Showalter* (1985), one of the pioneers of psychiatric record-keeping issues claimed, that the psychiatric records are qualitatively different from ordinary ones owing to a diffuse symptoms of psychiatric patients, making such personal records more “vulnerable” (using his wording) to subjective evaluation and would cause divergences between evaluative judgments of treating physicians³¹. Some authors also assumed that such records have very limited inspection possibility (if any at all) owing to a substantially sensitive nature of treatment of psychiatric maladies³². The distinction is also virtual under the law: for instance, when various US legislatures commenced enacting the statutes on access to medical records in the late-to-mid 1970s, psychiatric records were banned from inspection from one hand, and from the other, as *Nokes* (1978) denotes, had less privacy protection from third parties authorized to inspect them³³. Somehow or other, but if speaking about earlier US jurisprudence concerning if the plaintiff could inspect hospital records in custody of a mental clinics, even statutes banned it from inspection unless a court order³⁴.

II. Purposes for insight: medical records and psychiatric records.

In my recent papers, I have outlined a number of purposes for which patients desire to inspect their medical records. In a large number of cases, these records are requested as evidence for medical malpractice suits, though there is around a dozen of other purposes, such as divorce proceedings, discovery of the cause of one’s demise, recovery of an insurance policy, challenging a will and many others³⁵. The insight to psychiatric records could bear the same purposes, but both academicians and court jurisprudence show they may vary. In this section, I will give examples of academic views concerning the purposes of insight into psychiatric records, and subsequently present a table of several illustrative court decisions, which will display the plaintiffs’ justifications for the inspection of psychiatric records. Besides, occasionally plaintiff may not be obliged to substantiate his claim in order to be granted access even to his psychiatric records. For instance, a Ukrainian court has recently upheld plaintiff’s claim to insight into asylum records despite he had not stated any actual reasons for it, merely claiming he the access to his psychiatric records is his legitimate interest³⁶.

Showalter (1985) determined nine reasons for accessing psychiatric records by psychiatric patients. Let us reckon them up³⁷:

1) A wish to understand the malady better (if we reckon up the Decision of the Federal Supreme Court of Germany of 1984, plaintiff desired to investigate on the reasons for which he was confined and treated in a mental asylum nearly twenty years priorly to this action, believing he was placed to the psychiatric hospital in the course of a criminal investigation, unknown to plaintiff³⁸);

2) A belief that the hospital personnel has not disclosed all facts and opinions which are contained in the actual psychiatric record. A good example of this statement, though not stringently connected with psychiatric records, is the judgment of *M.G. v. United Kingdom* (2002), adjudicated by the European Court of Human Rights: there, a man desired to inspect his archival records of his youth, when he was in custody of municipal childcare institutions, as well as being temporarily fostered. Despite he was let to inspect a number of his archival records, he was sure he had not been shown the full amount of them. Taking into account that all his personal records were brought to the Court (meaning the European Court), where the Court inferred that the amount of the records disclosed and their *actual* amount considerably differed, plaintiff was definitely not mistaken to having believed that he was not disclosed all the records, despite the plaintiff had been previously assured by defendant authorities, that he had been supplied with all the existing entries³⁹. In the 1988 ruling of the German Supreme Federal Court, an ex-psychiatric patient desired to inquire what the physicians' thoughts concerning him existed⁴⁰.

3) Patient's need (or I suppose belief) in maintaining and preserving "a sense of control" in patient-physician relationship. In the late 70s, German land courts held that the inspection of medical-records derives from the covenant of the physician (hospital) and the patient for healthcare⁴¹, as well as deriving from the patient's right to self-determination and dignity⁴².

4) Patient's concern about the accuracy of his personal records. As I will contend further, in real life, the "concerns" of patients, especially psychiatric ones, are not actually, so to say, "gentle" as they appear to be in the wording of medical ethics comments. My attention was brought to a Swedish case, adjudicated by the Stockholm Administrative Court of Appeals, where a woman desired to obtain access to her health records (the judgment text did not express if such were psychiatric or not) and subsequently request the record to be expunged, which allegedly affected her "ability to work", claiming that this information was incorrect. Despite the first instance court upheld her claim, the appellate court found for the Health and Care Inspectorate as defendant⁴³ as plaintiff had not substantiated her claim properly⁴⁴.

5) Belief that ordinary symptoms could be interpreted as a psychiatric disorder.

6) Patient's belief that his malady is not considered to be true or is supposed by physicians to be feigned.

7) The need to prove his recovery or process of recovery.

8) Invoke a course of diagnostics and treatment on basis of his own inspection of health records, or alternatively, blame the hospital staff in negligent care (if it could be called so).

9) Cause anger or frustration towards hospital staff⁴⁵.

From the side of medical ethics, scholars agreed that many practitioners used to deceive their patients or withhold their medical records in case their maladies were substantially offensive to their health, though the justification was apparent: the disclosure could amplify a patient's emotional distress and aggrieve the malady (which is quite true for psychiatric diseases), that the patient is unable to conceive what would be communicated to him, and that some patients would not want to hear the precise information concerning their maladies⁴⁶. But is that actually true? The general problem of medical ethics, to my view, is that authors do not consider that patients do not merely seek access to their psychiatric records (or even medical records in general) out of sincere curiosity, or, let us say, *spy* (using the words of the Munich Regional Court in its 2008 judgment⁴⁷) on the relative's ailments. If we take a look at the wording of the Austrian Supreme Court's ruling of 1936, the court has affirmed that hospital records could be kept secret from the patient about the true nature of his disease and the possible incurability of the ailment⁴⁸. But time and the law have significantly changed over the decades (though, as I will contend in the text later, the aims of the patients to produce medical records did not vary that much a hundred years ago), and thus, in 1984 the Austrian Supreme Court further held that the patients should have a right to inspection of their medical records kept upon the balance of the hospital⁴⁹. The German jurisprudence of the seventies and beyond considerably extended the right of autonomy of the patient and his informational rights. The Higher Land Court of Cologne in its respective 1981 judgment held that it is not correct to presume that non-professionals couldn't read and conceive medical records properly⁵⁰. This statement was affirmed by the Federal Supreme Court of Germany in its 1982 judgment: herein, this court added that even if a layman may not interpret the said medical records, he may employ necessary people seeking professional advice, and thus, such justification to refuse insight to medical records is not valid⁵¹. In the late 1970s, the Limburg Regional Court (Landsgericht Limburg) ruled to allow a couple to insight into medical data featuring the treatment of their neonatal child, emphasizing that it is the patient's responsibility to contend all the risks of subsequent disclosure⁵². That is, the ethics concerning the disclosure of patient records, being formulated in the mid-to-late 20th century, could not be held to coincide with applicable jurisprudence in full volume. The fact of a multitude of litigation in respect with inspection of ordinary medical records, involving psychiatric records shows that that far not all patients do really fear their diagnosis. Moreover, many ex-patients stringently like to litigate, or they *must* litigate owing to various circumstance⁵³, and the necessity to obtain the desired medical records (as well as psychiatric ones) may spread far beyond the contended assumptions.

Herein, I would like to present a table of examples in jurisprudence reflecting the aims of psychiatric patients, their relatives, legal representatives etc. to inspect psychiatric records:

Year	Case name	Court, country	Aim of inspection/production	Judgment
1868	Inhabitants of Townsend v. Inhabitants of Pepperell, 99 Mass. 40 (1868)	Supreme Judicial Court of Massachusetts	Proof of insanity (the dispute concerning the determination of settlement of an elderly insane pauper)	Evidence is found to be admissible ⁵⁴ .
1901	Hempton v. State, 111 Wis. 127, 86 N.W. 596 (1901)	Supreme Court of Wisconsin, United States	Psychiatric records of defendant, who committed a murder of his wife were produced to raise an insanity defense ⁵⁵	Psychiatric reports were found to be admissible, defendant was found guilty of murder of the first degree.
1913	Massachusetts Mut. Life Ins. Co. V. Board of Trustees of..., 178 Mich. 193, 144 N.W. 538 (1913)	Supreme Court of Michigan, United States	Production of evidence to revoke life insurance contracts in a lawsuit against the heirs of the deceased patient ⁵⁶	Inspection denied as such information was considered as privileged communications ⁵⁷ .
1976	In Re Application of J.C.G.	New Jersey Superior Court, Appellate Division, New Jersey, United States	A mother of a mentally ill 13-year-old daughter, who had applied and obtained a court order for her daughter's civil commitment in a mental asylum, desired to inspect through her counsel, inter alia, the mental asylum records in order to ascertain herself that the treatment her daughter received, was proper ⁵⁸ .	The Court ruled against granting the inspection of the child's psychiatric records, as the ad litem guardian was stringently against it, and plaintiff did not prove that it would anyhow benefit the patient concerned ⁵⁹ (see also the rules governing the disclosure of confidential information in cases like the one that was discussed, N.J.S.A. 30:4-24:3).
1984	BGH, 02.10.1984 – VI ZR 311/82	Federal Supreme Court of Germany	Plaintiff was treated in a mental asylum nearly twenty years before the suit was brought. He never knew for what reason he was kept there, believing he was kept in custody owing to some unspecified criminal investigations. He desired to insight into his psychiatric records. By the time of the lawsuit, plaintiff was mentally adequate for over a decade.	The court found for plaintiff, emphasizing that any restriction of access to medical records should be justified and grounded upon existing facts and conclusions ⁶⁰ .
1988	BGH, 06.12.1988 – VI ZR 76/88	Federal Supreme Court of Germany	Plaintiff desired to investigate what the treating physicians actually thought concerning his health condition.	The Court decided to allow plaintiff to insight the psychiatric records in the presence of a physician, who could explain the meaning of the records to him ⁶¹ .
1989	BverwG, 3 C 4/86	Federal Administrative Court of Germany	The exact aim of inspecting the records was not stated, but since the plaintiff engaged a lawyer to inspect the records, it could be presumed he prepared to commence a lawsuit.	For plaintiff. The Court found that there was no objective obstacles from granting him access. Plaintiff's behavior did not demonstrate dangerous tendencies (e.g. suicide attempts)
1995	LG Saarbrücken, 16 S 1/93	Saarbrücken Land Court, Germany	To inspect medical records which the plaintiff necessitated for employment and concluding an insurance contract	Claim denied, as the plaintiff had already been acquainted with the records of his diagnosis, treatment and medical examinations ⁶² .

1996	M. gegen Psychiatrische Klinik Schlössli Oetwil a.S. und Regierungsrat des Kantons Zürich (staat-srechtliche Beschwerde), BGE 122 I 153	Federal Tribunal, Switzerland	Plaintiff requested the medical records concerning his stays at Psychiatrische Klinik Schlössli in the 1980s. The court report does not disclose his aims for this, except for “The person concerned has an interest in ascertaining the truth of the entry” (BGE 122 I 153, at 162), though in may not be the actual aim of plaintiff. Plaintiff was granted access to a part of them, but the information and statements third parties was banned from his inspection ⁶³ .	Assessing the private interests of plaintiff and the necessity to remain the non-hospital staff statement confidential, the Court concluded that the restriction was justifiable. The Court, however, held, that the psychiatric patients also have a right to inspect their medical records. The Court came to a conclusion that plaintiff had received enough records to receive a comprehensive picture of the period of life he was interested in ⁶⁴ .
1998	BVerfGE – Beschluss vom 16 Sep. 1998, 1 BvR 1130/98	Constitutional Court of Germany	To inspect medical records in order to bring a lawsuit	Constitutional complaint not accepted, it did not rise constitution-related issues, which had not been covered by the Bundes-gerichtshof’s case law ⁶⁵ .
2003	VG Dusseldorf, Urt. v. 01.10.2003 – 7 K 1821/01	Administrative court of Dusseldorf, Germany	Production of evidence for a trial	Access denied owing to previous offensive behavior of plaintiff
2016	Christelle / Jean et S.A. A.G., Cour de Cassation (Belge), 1re Chambre, 14 mars. 2016, JLMB 2016/27 p. 1282	Court of Cassation, Belgium	Son of plaintiff, who was detained and thereafter treated on an outpatient basis in a psychiatric hospital (after having stroke his mother with a knife), died owing an unknown reason. The mother attempted to define his precise cause of death.	The Court did not grant access to the medical record finding that it was against the will of the patient, which was confirmed by medical reports (see description in the section “Inspection by third parties in relation to a deceased patient”.

III. History of the issue

Psychiatric patient data, as the other medical records historically were not of free for public inspection. There were also not held to be admissible as evidence in some court decisions in the United States of the 19th century⁶⁶, though other courts of the said county did account them as such, and found that the evidence obtained from psychiatric asylum books to be admissible⁶⁷. It was not disputed whether these records were of free inspection, but psychiatric records were occasionally produced for the needs of various civil proceedings as well as criminal trials. The Supreme Court of Austria in its 1936 decision has clearly indicated that medical histories are of private nature and are not public⁶⁸. As time went on, some American courts have recognized medical records to be “public records”, though not available to access to general public⁶⁹ (justification of designating the medical records as “public records” could be substantially different in the view of the courts⁷⁰). In such states, as Austria, medical record keeping practices have started from 17th century, being governed by internal hospital regulations⁷¹. At the same time, those days, these medical records were property of the hospitals or physicians, and their inspection was not free for the patients, but only for hospital administration, hospital staff and for the sanitary officers⁷². *Gründling* (2011) reports a sophisticated situation dealing with a right to inspection of medical records in an unnamed city in Austria occurring in 1888: a lawyer attempted to inspect medical records of his client who was to commence an action for damages, but was refused to have them produced by the administration of the hospital. There is no information of whether this lawyer attempted to apply to the court to produce the medical records by a subpoena: the conjectural court decision would be stunning to behold and to comment⁷³. Forgery of medical certificates was well-known in French case law of 19th and early 20th century⁷⁴. False declarations in respect with birth certificates where a concubine was designated defendant’s wife, however, were not found to be strictly a forgery in the earlier (pre-Napoleon Code) French jurisprudence⁷⁵, but in fact, the offsprings suffered a loss of right of heritage not being able to prove the fact of his forbearer’s marriage, which was actually not an uncommon subject of civil litigation between the offspring and collaterals those days⁷⁶. Curious cases have occurred in respect with *separation de corps* proceedings. In one of such cases brought before the Court of Cassation in 1892, a young woman filed a separation de corps action blaming her husband for not having sexual intercourse with her at all. She produced a medical certificate approving that she was virgin after having cohabited with defendant for several years. The fact of her virginity was not disputable, but the Court of Cassation did not consider it as a valid reason for legal separation, augmenting that plaintiff’s husband had never acted impiously or humiliate her⁷⁷. In fact, similar judgments were not rare for French

jurisprudence those days⁷⁸. Nevertheless, the mores of society could differ from one jurisdiction to another. For instance, the Oberlandesgericht of Hamburg in a 1901 judgment was absolutely firm to conclude that sexual intercourse is an inalienable part of marital life⁷⁹.

Some instances featuring a revelation of psychiatric data could be found in older French jurisprudence. In one of my recent treatises relating to the history of medical secrecy, I have commented upon two similar cases⁸⁰, which we will briefly discuss hereafter. In 1888, a director of a mental asylum in Besancon, France published several hundred specimen of a pamphlet describing the history of illness of his ex-patient, whose name was not directly mentioned, but she could have been identified, since her husband's name was clearly mentioned. The Court of Appeals of Besancon said that a publication of the history of illness does not violate medical confidentiality, unless the patient is identifiable. The fact that the said descriptions were taken from previously prepared medical records, did not actually change the result – he was fined for medical confidentiality violation⁸¹. Another outstanding case of the mid 1890s, *Consul c. Pitres*, featured a lawsuit of the aunt of a deceased young woman Pauline Consul, against a famous psychiatrist Albert Pitres for having included the medical history of her niece into his book on psychiatry, which featured an extensive description of her symptoms and treatment⁸², as well as a photograph of her⁸³. She blamed defendant in a medical confidentiality breach, which is criminally punishable in France (those days, under Art. 378 of the Napoleon Penal Code). However, the courts rejected her claim. Firstly, upon the applicable legislation and case law, only a living person could commence a lawsuit against the physician for breach of medical confidentiality, the relatives of a deceased could bring a civil action for defamation of the dead with a burden of proof that the publication has caused damages to her surviving relatives, or could cause such in the future. Moreover, Pitres proposed to exclude Pauline's photograph from the said book. Thus, the plaintiff was unable to prove damages and lost the lawsuit⁸⁴. The Cassational Court affirmed the judgment of the court of Bordeaux. Moreover, upon the findings of this court, the young woman was pleased with writings of Albert Pitres, and consented to the publication of these materials, including the photograph⁸⁵.

The issue of medical and psychiatric records production in common law world is quite complicated. The complexity of this issue is claimed by fact that there is very little (at least as supposed by *DeWitt* (1953)⁸⁶) case law authority concerning actions against physicians or hospitals for disclosing the medical record content of patients. It is not however definitely known that it is actually so. For instance, *Shuman* (1985), one of the finest authors dealing with medical secrecy and its origination in common law to my mind, contended, inter alia, that there could have been more judgments on the subject from the earlier days of common law, though undiscovered⁸⁷. Medical records of a third party (not even speaking about litigants) have been known to be used as evidence in civil litigation: in a dispute between the remarried widow and the trustees of the deceased husband concerning the school education and place of residence of her three minor daughters, the woman brought in the medical reports concerning the vulnerable health of the daughters confirming their health could be damaged, had they been removed. The Court of Sessions requested Doctor *John Abercrombie*, a celebrated Scottish surgeon, to visit the minors, consult the family physicians and thereafter submit a report. Upon the report, the elder sister truly necessitated constant care from her mother. The Court found that it would be not justified to separate the two other minors from the elder sister and the mother, dismissing the claim⁸⁸. The duty to preserve confidentiality of patient-physician communications has been affirmed in the splendid decision of *AB v. CD (Whyte v. Smith)* sixteen years after *Morton v. Thorburn* discussed above, though it recognized that this duty may surrender for the needs of justice – the Court of Sessions, however, did not clarify in which instances it would be done so⁸⁹ – later on, *Shuman* claimed that the approach to confidentiality of such communications between patients and the physicians is utilitarian⁹⁰: in short, it means it would be for the appreciation of the judge to decide whether the medical facts obtained in the course of the physician's exercise of his profession could be disclosed as evidence. *Shuman* (1985) did not speak about extrajudicial revelations of medical secrecy akin to *Consul* or *AB v. CD*.

IV. Inspection by the third parties (heirs/relatives/dependents) in relation of a deceased patient.

The relatives of a deceased patient may also request to inspect his medical records. Primarily, they strive to inspect these medical records in order to define the cause of death, determine if it was caused by the negligence of the hospital staff, or produce evidence that the patient was treated negligently. Occasionally, litigation between the heirs or relatives and the hospital may derive from an alleged fraud in issuing the death certificate and the plaintiffs seek to obtain the treatment records in order to define the actual diagnosis and the course of treatment⁹¹.

Claims for producing medical records of a deceased patient could be spotted in the jurisprudence of many European countries. In the same way, medical records are requested by the relatives or heirs of a deceased person who died in a mental asylum. In many European countries, upon legislation and jurisprudence a patient may dissent to disclosing medical data regarding his state of health and treatment – in express or presumed form; at the same time, it could be to the contrary: a patient may sign a document to relieve treating personnel from confidentiality that would firmly enable them to testify on his state of health in a court⁹². Several rules have been established by courts in respect with the right of heirs to inspect the medical records of a deceased patient in Germany:

1. Medical confidentiality concerns are not itself a justification to deny access to the deceased person's medical records. It has to be reasoned⁹³.
2. The physician's obligation to maintain confidentiality does not cease after the patient's death⁹⁴.
3. The right to inspection of medical records, upon the wording of the Federal Supreme Court is an ancillary claim arising from the treatment contract, and it is not "fully highly personal" not to be transferred to other persons, regardless of the fact the patient concerned is living or has deceased⁹⁵.

4. The heir's (or other related people) right to inspect medical records derives from an express or presumed consent of the patient while living⁹⁶.

5. The heirs' (or other related people) interest has to be substantiated⁹⁷.

6. The hospital staff or physician may prevent the insight into medical records if such was the will of the patient while he was still living⁹⁸.

7. The desire of the patient not to know the unfavorable prognosis of their malady usually does not survive his demise⁹⁹.

8. In case the third parties request to produce medical records of a deceased patient to commence a malpractice suit, it is not justifiable for the doctor to deny insight if he has doubts that the prospective plaintiff will assert the claim for damages¹⁰⁰. If a patient has died in a psychiatric asylum, and the fact that the prosecutor's office has concluded investigative proceedings regarding his death due to lack of evidence of third-party negligence, it may not be regarded as a justification to deny access to his health records, as the next of kin may file a criminal complaint in the future again. Even if no penally punishable negligence proof is established, plaintiff could also file a civil action for damages sustained for pain and suffering ("*Schmerzensgeldanspruch*", as it is called in German)¹⁰¹.

9. In modern case law, the courts find that the wish of the patient to maintain confidentiality is not a rule, but rather an exception¹⁰².

10. The patient's wish to maintain confidentiality necessitates to be founded upon firm evidence. For example, the Higher Regional Court of Munich in its 2008 judgment ruled that the mere fact that the patient has distanced himself from his family during the last period of his lifetime, as well as did not bequeath them property did not serve as a justification to conclude that he did not wish them to inspect their medical records¹⁰³. Moreover, upon the findings of the court, the fact of his distancing from the family was not considered to be actually true¹⁰⁴. What is interesting, in a 2015 decision of the Administrative Court of Freiburg, a psychiatric patient, who committed a suicide at a mental asylum and repeatedly acted to distance himself from his mother, the court nevertheless held that the presumed will of the patient would stand for the clarification of what had happened to him¹⁰⁵. Therefore, it could not be ultimately assumed that the mere fact of distancing from the future heirs, or relatives, dependents etc., could be considered as a presumption that the patient would choose to maintain the confidentiality of his medical record. However, similar assumptions are decided by the court individually and may considerably vary from one to another jurisdiction (i.e., see *Christelle* below).

11. The right of inspection by legal entities, such as insurance companies may exist, but it derives from public law regulations, which clearly provide such right¹⁰⁶.

In Belgium, upon section 9 of the Patients Right Act of 2002, the relatives of a deceased patient could also request his medical records for various purposes, but the insight may also be denied upon an express wish of the patient concerned. The same applies to psychiatric records, which is already virtual in jurisprudence. In the decision of the Cassational Court of 2016, plaintiff was not granted access into her son's medical record, who was a psychiatric patient and continued rehabilitation at the time of his demise. The facts of this judgment were as follows: one Florent, the son of plaintiff, attacked and stabbed his mother with a knife in a state of delusion. Luckily, she survived. The man was put into a psychiatric asylum in Bertrix. In early 2009, Florent was conditionally released under the obligation to live in a retirement house «Le Manoir» in Izel (Chiny, Belgium) as well as being constantly supervised by a physician (Dr. Jean) and being prohibited to meet his mother. He continued to visit the mental asylum as an outpatient and was subsequently supervised by the same physician. In early 2010, Florent was hospitalized owing to his epileptic seizures and died within a few days. The burial was conducted by the father of the decedent, of which the mother was notified several days after. The woman desired to know the cause of his death and subsequently requested Dr. Jean through an intermediary physician to communicate a copy of the treatment documents. Dr. Jean wrote her a letter where he refused to give out the dossier on grounds of the decedent's plea not to give out the medical records to his mother. Before the Cassational Court, she contended that her right to inspect medical records of her son were enshrined by the Patient's Right Act of 2002, Section 9 (4), upon which the third-party access, if justified and not directly prohibited by the patient concerned, is allowed. Defendant Dr. Jean claimed that the medical records belonged to the asylum, not to himself, maintaining that the decedent expressly opposed such disclosure. At the same time, Florent was eager to speak to his father, being convincingly persuaded to terminate all contacts with the plaintiff, which was confirmed by other hospital staff. The same was stated by the decedent before the Social Defense Commission in 2008 and 2009 – in general, decedent had repeatedly expressed, both orally and in writing, to suppress any contacts with the plaintiff. The court said, that «*To decide otherwise [to grant her access] would be to annihilate the patient's will and would be contrary to the intention of the legislature to give the patient control over the fate of the medical data after his death*». Thus, the court dismissed her claim¹⁰⁷.

V. Conclusions.

The given article provided a research on a complicated and sensitive aspect of an insight into medical records, namely the medical records of psychiatric patients. Despite the litigation concerning psychiatric records is less frequent than of ordinary ones, it concerns a wide variety of foundations for the legal claim, and most of them are far from being made out of mere curiosity (as the German case law shows, many plaintiffs needed their psychiatric records as evidence for litigation). The nature of psychiatric records, as a very sensitive one, was outlined by the courts decades ago, as the potential harm to a psychiatric asylum patient, even the one who has been an inpatient long ago, could be hardly predictable. The case law also shows that courts are not reluctant to recognize that even psychiatric patients have a right of insight to these medical records, but their amount should be considered upon a case-by-

case basis, that is, each case is unique and individual for the court's assessment. A firm body of case law regarding psychiatric records could be found in Germany, where the Federal Supreme Court has delivered a number of judgments since 1980s, not even mentioning the lower courts. An interesting elaboration was found in the case law of Belgium, where the Court of Cassation adjudicated the case of Christelle (2016), having coined a number of principles, upon which a third-party access could be granted, or reversely denied. All the aforesaid testifies that access to psychiatric records is a distinct segment in medical law, which demands extensive research and scholarship.

¹ See, e.g. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 2 marca 2015 r. VII SA/Wa 1369/14 (Warsaw Voivodeship Administrative Court, judgment of March 2, 2015).

² See, for instance a case from Norway on the subject: *Borgarting lagmannsrett*, 2020-07-17, LB-2020-96569 (No. 20-096569ASK-BORG / 04) (Borgarting Court of Appeals, judgment of 17 July 2020).

³ *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 14.08.2019 – Az.: 7 U 238/18, para. III, a, b. Over 30 years ago, the German Federal Supreme Court also held that the heirs or close relatives of the deceased patient would not be able to inspect the medical records of the decedent in case he expressly forbid it: *BGH*, 31.05.1983 – VI ZR 259/81, para. 13–14; 17; 18.

⁴ Accord the Decision of the Spanish Constitutional Court of 1989: *Mitja Lluna Societat Cooperativa Limitada*, Tribunal Constitucional, AUTO 600/1989, de 11 de diciembre, Sec. II, 1-3 (recurso de amparo action).

⁵ For instance, in Portugal, providing healthcare, as of the wording of the Supreme Court, results from the contractual duty of the physicians towards the patients: *AA, BB, CC contre Dr. DD & Gabinete de Radiologia de A...*, *Lda*, Tribunal Supremo de Justicia, 19 junho 2001, Processo No. 01A1008, Sec. III.

⁶ *Sentencia Contencioso-Administrativo № 206/2018*, Tribunal Superior de Justicia de Castilla y Leon, Sala de lo Contencioso, Sección 1, Rec. 553/2017 de 28 de Febrero de 2018, Sec. III.

⁷ See. *Sentencia Social № 372/2005*, Tribunal Superior de Justicia de Castilla y Leon, Rec. 372/2005 de 21 de Marco de 2005, Sec. IV.

⁸ See, e.g. the judgment in the case of *Mari Luz* by the Supreme Court of Spain: *Sentencia del Tribunal Supremo*, 18 de Octubre de 2012, No. 990/2012 (STS 990/2012); Sec. *Fundamentos de Derecho*, I–V.

⁹ *Sentencia del Juzgado Cotencioso-Administrativo № 2 de Albacete*, de 31 de Marco de 2016, No. 49.

¹⁰ See. I. v. Finland, Judgment of 17 July 2008, App. No. No. 20511/03, Sec. I (para. 7–19).

¹¹ See, for instance the judgment of the Supreme Court of Latvia (2008), *Māris D. pret BO VAS „Paula Stradiņa klīniskā universitātes slimnīca” un BO VAS „Iekšlietu ministrijas poliklīnika”*, Latvijas Republikas Augstākās tiesas, Senāta Civillietu departamenta, 2008 gada 9 janvāra, Lietā Nr. SKC – 13, p. 7–9 (Supreme Court, Department of civil cases, Judgment of 9 January 2008). Section 4 (7) of the Law of the Latvian Republic “On the Rights of the Patients” (2008) seemingly deals with such types of medical records: “Information need not be provided to a patient only in such case if such information or facts are at the disposal of the physician that the receipt of information significantly threatens the life or health of the patient or other persons”. However, to date I was not able to trace a Latvian court judgment which expressly dealt with the aforegiven provision. Concerning the application of section 4 of the abovementioned law which concern the informational rights of the patient, see *Administratīvā rajona tiesa Rīgās tiesu nams*, 2017.gada 12.maijā, Lietas Nr. A420313316 (Lietas arhīva Nr. A42-00955-17/5), at section 10.1-10.4 – 13 (District Administrative Court of Riga, Judgment of 12 May 2017); *Vidzemes apgabaltiesas, Civillietu tiesas kolēģija*, 2018.gada 10.septembrī, Lietas arhīva Nr. CA-0212-18/14, p. 2–4.

¹² See, for instance, *Staten v/Arbeids- og velferdsdirektoratet mot A.*, Høyesterett, HR-2011-2072-A – Rt-2011-1433, para. 3–9 (facts); 42–56 (judgment) (Norway Supreme Court, Judgment of 8 November 2011).

¹³ *Landstinget i Uppsala mot Datainspektionen*, Högsta förvaltningsdomstolen, 2017-12-04, HFD 2017:67.

¹⁴ *Högsta Domstolen*, 2016-11-10, No. Ö2491-15, NJA 2016, p. 922, at para. 20–26.

¹⁵ Such expression may be found in Portugal (originally “*informação de saúde*”). For instance, see Lei No. 12/2005, “*Informação genética pessoal e informação de saúde*”, article 2; in case law: *Unidade de Saude A c. B...*, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, 08.08.2018, Processo 0394/18, Section III, 1–2.

¹⁶ Mainly adopted in Spanish-speaking countries, being designated as “*historia clínica*” both in legislation and case-law. See, e.g., *Millan/Velasco c. Saludcoop EPS & Clinica Metropolitana de Bucumaranga*, Corte Constitucional, Sentencia T1146-08 (Columbia).

¹⁷ J. Antomas, S. Huarte del Barrio, *Confidencialidad e historia clínica*, An. Sist. Sanit. Navar. 2011; 34 (1): 73–82, at 76.

¹⁸ *OLG Bremen*, 31.07.1979 – 1 U 47/79, at para. 15.

¹⁹ See., for instance, Evidence – Hearsay – Admissibility of Hospital Record (Comment on Recent Decisions), 19 St. Louis L. Rev. 255, 255–256 (1934) (C.B.P., Anonymous).

²⁰ Weil, F., *The Right of the Mental Patient to be Medically Informed*, 12 Law & Med. 681, 683–684 (1993).

²¹ *BGH*, 06.12.1988 – VI ZR 76/88, para. 9–10; *BVerfGE* – Beschluss vom 16 Sep. 1998, 1 BvR 1130/98, para. 10.

²² *BGH*, 06.12.1988 – VI ZR 76/88, para. 3, 4–7; ; *VG Dusseldorf*, Urt. v. 01.10.2003 – 7 K 1821/01, para. 25–30.

²³ *LG Saarbrücken*, 20.09.1995 – 16 S 1/93, para. 7–8.

²⁴ *BGH*, 06.12.1988 – VI ZR 76/88, para. 3, 4–7, 9.

²⁵ Anatolij A. Lytvynenko, *A Right of Access to Medical Records: The Contemporary Case Law of the European Court of Human Rights and the Jurisprudence of Germany*, 5.3 Athens Journal of Law 103, 115–116 (2020).

²⁶ *BGH*, 31.05.1983 – VI ZR 259/81, para. 8.

²⁷ *LG Saarbrücken*, 20.09.1995 – 16 S 1/93, para. 7.

²⁸ Alan F. Westin, *Medical Records: Should Patients Have Access?*, The Hastings Center Report, Vol. 7 no. 6 (Dec. 1977) at p. 27.

²⁹ *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 21.02.2001 – 2 Ws 213/01, para. 18–20; 23–24.

³⁰ See, for instance, the judgment of the Federal Social Court of Germany *BSG*, Urt v. 23.02.1960, 9 RV 576/55, at para. 5 (facts), 14, 15, 16.

³¹ Robert C. Showalter, *Patient Access to Psychiatric Records: A Psychodynamic Perspective*, 4 Med. & Law 351, 353 (1985).

³² James M. Madden, *Patient Access to Medical Records in Washington (Comment)*, 57 Wash. L. Rev. 698, 708 (1981).

³³ Gregory B. Nokes, *Patient's Right of Access Limited to Records of Hospitals Receiving Legislative Appropriations: Doe v. Institute of Living, Inc. (Note)*, 11 Conn. L. Rev. 44, 56–57 (1978).

³⁴ See, e.g. *Bane v. Superintendent of Boston State Hospital*, 350 Mass. 637, at p. 368 (1966) (also reported in: North-Eastern Reporter, Ser. 2, Vol. 216 at p. 111); appeal to courts of federal jurisdiction: *Bane v. Spencer*, 273 F. Supp. 820, 822 ff. (D. Mass. 1967; Civil Action Nos. 65-627 M; 65-704 M); *Bane v. Spencer*, 393 F.2d 108, 110 (1st Cir. 1968).

³⁵ See, for instance, comments and cases cited in Anatoliy A. Lytvynenko, *A Right to Access to Medical Records in the Case Law of the Portuguese Courts: Possible Guidelines for future European Court of Human Rights Case Law*, 5.4 Athens Journal of Law 265, 267 (2020) and Anatoliy A. Lytvynenko, *The right of access to patient's health data: a comparative analysis of the case law of the European Court of Human Rights, the European Court of Justice, and the practice of the courts of the United States and some European countries*, 20 (33) Legal Horizons 135, 138–139 (2020).

³⁶ *Markiv district court of Lugansk region*, Judgment No. 71481729, 03.01.2018.

³⁷ Showalter (1985), at 354–356.

³⁸ *BGH*, 02.10.1984 – VI ZR 311/82, at page 4–8.

³⁹ *MG v United Kindgom*, App. 39393/98, judgment of 29 Sept. 2002, facts & judgment.

⁴⁰ *BGH*, 06.12.1988 – VI ZR 76/88, para. 3, 4–7 (facts).

⁴¹ *AG Weltzar*, 15.08.1978 – 3C 707/78, para. 8–9 and 15; *LG Gottingen*, 16.11.1978 – 2 O 152/78, para. 9–10; 16.

⁴² See the judgment of the German Federal Supreme Court: *BGH*, 23.11.1982; VI ZR 222/79, at para. 16.

⁴³ According to Swedish legislation, namely the Patient Data Act (originally – *Patientdatalagen* 2008:355), 8 kap. §4, the Health and Care Inspectorate (Inspektionen för vård och omsorg in Swedish) is the body which could decide upon whether to expunge the health records. The law anchors a number of situations wherein the deletion of such medical records is permissible (see. expungement of psychiatric records).

⁴⁴ *Kammaratt Stockholm*, 2014-10-16, Fall. No. 2014-2402 (Stockholm Administrative Court of Appeal, Judgment of 16 October, 2014).

⁴⁵ Showalter (1985), at p.p. 355–356.

⁴⁶ See., e.g., R. Gillon, *Telling the truth and medical ethics*, 291 British Med. J. 1556, 1556-1557 (1985); J. Parrott, G. Strathdee, P. Brown., *Patient access to psychiatric records: the patient's view*, 81 Journal of Royal. Soc. Med. 520, 521 (1988).

⁴⁷ *OLG Munchen*, Urt v. 09.10.2008 – 1 U 2500/08, para. 34.

⁴⁸ *Oberster Gerichtshof*, Entscheidung von 17 November 1936 (Nr. 189), 3 Ob 984/36, EOG Bd. XVIII (78) s. 534, at p. 536.

⁴⁹ *Oberster Gerichtshof*, 23.05.1984, 1 Ob. 550/84.

⁵⁰ *OLG Koln*, 12.11.1981, 7U 96/81, para. 24–25.

⁵¹ *BGH*, 23.11.1982; VI ZR 222/79, para. 17–27; 30.

⁵² See *LG Limburg*, 17.01.1979 – 3 S 244/78, para. 7–8; 10 and 13; this judgment was briefly commented upon in one of my previous papers, see Lytvynenko A.A., *A Right of Access to Medical Records: The Contemporary Case Law of the European Court of Human Rights and the Jurisprudence of Germany*, 6.1. Athens Journal of Law 103 at p. 113 (2020)

⁵³ For instance, if we accord *Morris v. Hoester*, the plaintiff has mentioned that he contacted over 200 employers so as to obtain a working position.

⁵⁴ *Inhabitants of Townsend v. Inhabitants of Pepperell*, 99 Mass. 40, 43–46 (1868).

⁵⁵ *Hempton v. State*, 111 Wis. 127, 86 N.W. 596, 598 (1901).

⁵⁶ *Massachusetts Mutual Life Insurance Co. v. Board of Trustees of...*, 178 Mich. 193, 195; 198–202; 144 N.W. 538, 540–541 (1913).

⁵⁷ *Ibid*, p. 540–541.

⁵⁸ *In Re Application of J.C.G.*, 144 N.J. Super. 579, 582 (1976).

⁵⁹ *Ibid*, at 586–588.

⁶⁰ *BGH*, 02.10.1984 – VI ZR 311/82, p. 2–4; 5–8 (original court report).

⁶¹ *BGH*, 06.12.1988 – VI ZR 76/88, para. 4–7, 9–10.

⁶² *LG Saarbrücken*, 20.09.1995 – 16 S 1/93, para. 7–9.

⁶³ *M. gegen Psychiatrische Klinik Schlössli Oetwil a.S. und Regierungsrat des Kantons Zürich (staatsrechtliche Beschwerde)*, 19.06.1996, BGE 122 I 153, 155–156; 161–162.

⁶⁴ *Ibid*, p. 164–167.

⁶⁵ *BVerfGE* – Beschluss vom 16 Sep. 1998, 1 BvR 1130/98, II (para. 6–8).

⁶⁶ *State v. Pegels*, 92 Mo. 300, 4 S. W. 931, 934 (1887).

⁶⁷ *Inhabitants of Townsend v. Inhabitants of Pepperell*, 99 Mass. 40, 43–45 (1868); *Hempton v. State*, 111 Wis. 127, 86 N.W. 596, 598 (1901).

⁶⁸ *Oberster Gerichtshof*, Entscheidung von 17 November 1936 (Nr. 189), 3 Ob 984/36, EOG Bd. XVIII (78) s. 534, at p. 535.

⁶⁹ *Morris v. Hoester*, 377 S.W. 2d 841, 844 (Tex. Civ. App. 1964).

⁷⁰ See, for instance, *Oliver v. Harborview Medical Center*, 94 Wash. 2d 559, 565–566, 618 P. 2d 76, at p. 80–81 (1980) [Pacific Reporter, vol.618, 2nd series]. Concerning the fact that the medical records contain a lot of various confidential data relating to the patient, the wording of the Supreme Court of Washington was the following: <...Without question the medical record of a patient at a public hospital contains personal data. It also contains information of a more public nature, however, i. e., administration of health care services, facility availability, use and care, methods of diagnosis, analysis, treatment and costs, all of which are carried out or relate to the performance of a governmental or proprietary function. The fact that some personal or private data is contained in the patient's record does not impress thereon the character of a nonpublic document...> [Pacific Reporter, vol. 618, 2nd series, at p. 81]. In this judgment, the Court found that medical records should be recognized as “public records” under the Public Disclosure Act of 1972.

⁷¹ Gründling, J.N. (2011). „Die Dokumentationspflicht und das Einsichtsrecht des Patienten in die Krankengeschichte“ (dissertation) University of Wien, Faculty of Law, at p. 30–32.

⁷² *Ibid*, at p. 34–35.

⁷³ *Ibid*, at p. 35.

⁷⁴ *Min. Publ. c. Doumayrou*, Cour de Cass., Cham. crim. 6 Mai 1836, Dall. Per. 1837 I 246.

⁷⁵ For instance, accord: *Requisitoire de M. le proc-gen-imp.*, Cour de Cass., Sec. reunies., 1 et 6er pluviose; 2 germinal an XIII [21 et 26 janv.; 23 mars.], 1804/1805 Sirey I 257 [Tome V], p. 263–266; *Huret* (Huret c. Min. Publ), Cour de Cass., Sect. crim., 18 bru-

maire an XII [9 novembre 1803], Jour. des. Aud. an XII, 135, 135–136; Dall. Per. 1824-30 T8, 336; Sirey 1791-an XII (1803), 883; Journal du Pal. 1837-1842, T.3, 401, Landlade, Repertoire, Tome III (1823), viz. Naissance [Acte du], p. 659.

⁷⁶ *Le tuteur de Joseph-Antoine Meynard c. La veuve Meynard*, Cour de Cass., Sec. civ, 2 Mars 1803, Sirey 1803 I 319, 319–320.

⁷⁷ *Dame E. c. E.*, Cour de. Cass., 20 decembre 1892, Dall. Per. 1893 I 149, 149–150.

⁷⁸ *Dame L. c. L.*, Cour d'Appel de Grenoble, 5 mai 1870, Sirey 1871 II 35, 36. Here, for instance, the Grenoble Court of Appeals did not find that the complete absence of sexual intercourse within spouses to be justifiable for separation de corps. Upon the findings of the trial court, the couple has lived in harmony for several years and the husband always behaved good to his wife. See also: *Dame D. c. C. son mari*, Cour de Cass., 22 fevrier 1899, Dall. Per. 1899 I 244.

⁷⁹ *Ehefrau Anna Th. M. B geboren N. in Hamburg gegen ihren Ehemann den Comptoirboten B.H.B in Hamburg*, OLG Hamburg I v 14 Juni 1901, Hansatische Gerichtszeitung Bd. 22 (1901) S. 269, 270–271.

⁸⁰ Anatoliy A. Lytvynenko, *Data privacy in the sphere of medical confidentiality: the historical and contemporary case-law of the United States, the European Court of Human Rights and selected Continental Europe states*, 83 Actual Problems of State and Law 100, 109–110 (2020).

⁸¹ *B... c. X...*, Cour d'Appel de Besancon, 22 mai 1888, Sirey 1888 II 128 (see full comment of the case at Lytvynenko (2020), at p. 109.

⁸² However, in sharp contrast to the case of *Watelet*, he did not reveal her real personal details. The deceased niece of the plaintiff was referred to as “Pauline C.”. In the trial of *Watelet*, a doctor was fined for publishing a letter to a news magazine *La Matin* describing the ailment history and death of the painter Jules Bastien Lepage (1848–1884), who had died of cancer.

⁸³ A. Pitres, *Leçons cliniques sur l'hystérie et l'hypnotisme. Faites à l'Hôpital Saint-André de Bordeaux, Tome Second, Paris*, (O. Doin, Editeur), 1891, p. 321–328; 479–480.

⁸⁴ *Consul c. Pitres* (originally *C... c. P...*), Cour d'Appel de Bordeaux, 5 juillet 1893, Dall. Per. 1894 II 177, at p. 177–178.

⁸⁵ See judgment of the Cassational Court of France: *Consul c. Pitres*, 9 avril 1895, Recueil Sirey 1896 I 81, at p. 84. For a more detailed comment on *Consul c. Pitres*, see. Lytvynenko (2020), at p. 109–110.

⁸⁶ Clinton DeWitt, *Medical Ethics and the Law: The Conflict between Dual Allegiances*, 5 W. Res. L. Rev. 5, 20 (1953).

⁸⁷ See Daniel W. Shuman, *The Origins of the Physician-Patient Privilege and Professional Secret*, 39 Sw L.J. 661, 671–672 (1985). “*This occurrence* [meaning the absence of case-law authority on medical privilege, roughly speaking, the right not to testify in court concerning the facts you have been deposited in the course of your profession i.e. doctor, which are confidential] – he writes, *might be explained in several ways. First, because of the existing state of medical science, physicians may not have been a reliable source of evidence. Second, attorneys may have assumed that physicians should not or could not be compelled to disclose confidential patient communications, and thus may not have requested such information. Third, attorneys may have assumed that physicians could be compelled to disclose confidential communications, and thus may not have objected to requests for such disclosure. Fourth, courts may have addressed this question prior to 1776 [date of Duchess of Kingston’s trial] in decisions that remain undiscovered*”. Later he contended that it was not actually true, citing a couple of curious trials on witchcraft. He cited several books on the outstanding historical trials, upon the content of which I may assume that he did not err that medical testimony had been received by the English courts before. Some of these could be found here: Frederick E. Birkenhead, *Famous Trials of History*, Garden City (New York), Garden City Publishing Co., Inc.; The Star Series, 1926, p. 95–101.

⁸⁸ *Morton v. Thorburn*, Court of Session, Inner House, 7 March 1835, (1835) 13 S. 640, 641.

⁸⁹ *AB v. CD*, Court of Session [Inner House], 1st Division, 13 Dec. 1851, (1851) 14 D. 177 at p. 179–180 (Case No. 46), as *Whyte v. Smith*, 24 S.C. 78, 79 (1851).

⁹⁰ *Shuman*, at p. 674.

⁹¹ See judgment of the Bucharest Court of Appeals: *TP-D. & T.I. c. Institutul Național de Boli Infecțioase Prof. Matei Balș*, Curtea de Apel București, Decizia nr. 5234/2014, Secția A VIII-A C. Administrativ și Fisca, Dosarul nr. 1943/2/2014, 20.06.2014.

⁹² See. *Borgarting lagmannsrett*, 2020-07-17, LB-2020-96569 (No. 20-096569ASK-BORG / 04) (Borgarting Court of Appeals, judgment of 17 July 2020).

⁹³ *BGH*, 31.05.1983 – VI ZR 259/81, para. 25.

⁹⁴ *AG Magdeburg*, Urt. v. 19.11.2008 – 180 C 2825/07, para. 29.

⁹⁵ *BGH*, 31.05.1983 – VI ZR 259/81, para. 11.

⁹⁶ *BGH*, 31.05.1983 – VI ZR 259/81, para. 28; *OLG Munchen*, Urt. v. 09.10.2008 – 1 U 2500/08, para. 48.

⁹⁷ *BGH*, 31.05.1983 – VI ZR 259/81, para. 29–30.

⁹⁸ *Ibid*, para. 18–22.

⁹⁹ *Ibid*, para. 23.

¹⁰⁰ *OLG Munchen*, Urt v. 09.10.2008 – 1 U 2500/08, para. 46.

¹⁰¹ *VG Freiburg*, Urt. v. 29.10.2015 – 6 K 2245/14, para. 28–29.

¹⁰² *Ibid*, para. 50.

¹⁰³ *Ibid*, para. 55–56.

¹⁰⁴ *Ibid*, at para. 57.

¹⁰⁵ *VG Freiburg*, Urt. v. 29.10.2015 – 6 K 2245/14, para. 31.

¹⁰⁶ *AG Magdeburg*, Urt. v. 19.11.2008 – 180 C 2825/07, para. 42–48.

¹⁰⁷ *Christelle / Jean et S.A. A.G.*, Cour de Cassation (Belge), Ire Chambre, 14 mars. 2016, JLMB 2016/27 p. 1282 (at p. 1283–1286).

Резюме

Литвиненко А.А. Доступ до психіатричної документації пацієнтів: доктрина та правозастосовна практика.

Доступ до медичної документації вважається одним із фундаментальних прав пацієнта. Не зважаючи на те, що медичне право є відносно «молодим», юриспруденція країн світу містить численні приклади справ щодо витребування медичної документації протягом останнього століття, хоча саме явище набуло розмаху лише в останні пару десятиліть. Мета доступу до медичної документації може суттєво відрізнятись – від підготовки заінтересованою особою позову щодо недбалості медичного працівника до оскарження дійсності заповіту, розлучення та інших приватних цілей. Хоча уся медична документація розці-

ністю, як т.зв. «чутливі дані», інформація стосовно лікування, діагнозу і прогноз на майбутнє психіатричного пацієнта, як правило, вважається ще більш «чутливою». Однак, при цьому, психіатрична документація аж ніяк не є недоступною для перегляду самими пацієнтами. Дійсно, режим доступу до них є більш обмеженим, аніж до звичайної медичної документації, однак законодавство багатьох держав не має конкретних приписів стосовно різниці між вказаними типами документації, або й доступу до них, як такого, залишаючи це на розгляд судів. Причини для того, аби отримати доступ до психіатричної документації можуть суттєво відрізнятися від причин доступу до звичайної медичної документації, тому лікарні переважно вкрай неохоче надають його, вважаючи, що це сприятиме погіршенню здоров'я пацієнта, або «перезапустить» його давнісі заворювання. Нинішня правова позиція судів полягає в тому, аби дозволяти доступ до такої документації, однак враховуючи необхідні застереження, а саме: власне обмежений обсяг доступу, конкретизація необхідності в доступі позивачем, або перегляд документації в присутності лікарів. Право на доступ до психіатричної документації також може включати й складніші аспекти, а саме, використання психіатричної документації неповнолітніх, чи клопотання в суд щодо знищення психіатричної документації за аналогією з даними стосовно судимості. Цивільні чи адміністративні позови стосовно доступу до психіатричної документації є доволі рідкісними; відповідно, суди виносять рішення, виходячи з обставин кожної конкретної справи, та беручи до уваги стан фізичного та психічного здоров'я пацієнта-позивача, а також обґрунтування позивача в необхідності доступу до його психіатричної документації.

Ключові слова: медична таємниця, доступ до медичної документації, психіатрична документація, захист персональних даних.

Резюме

Литвиненко А.А. Доступ к психиатрической документации пациентов: доктрина и правоприменительная практика.

Доступ к медицинской документации считается одним из фундаментальных прав пациента. Несмотря на то, что медицинское право является достаточно «молодым», юриспруденция стран мира располагает множеством примеров судебных дел касательно истребования медицинской документации на протяжении последнего века, хотя данное явление участилось лишь в последние пару десятилетий. Цель получения доступа к медицинской документации может существенно отличаться – от подготовки заинтересованным лицом иска по поводу небрежности медицинского работника до обжалования действительности завещания, использования в бракоразводном процессе и других частных целей. Хотя вся медицинская документация сейчас расценивается, как т.зв. «чувствительные данные», информация касательно лечения, диагноза и прогноза на будущее у психиатрического пациента, считается еще более «чувствительной». При этом, психиатрическая документация вовсе не является недоступной для просмотра самими пациентами. Действительно, режим доступа к ней является более ограниченным, чем к обычной медицинской документации, однако законодательство многих государств не имеет конкретных норм касательно различия между указанными типами документации, или же доступа к ним, как такового, оставляя это на усмотрение суда.

Ключевые слова: медицинская тайна, доступ к медицинской документации, психиатрическая документация, защита персональных данных.

Summary

Anatoliy Lytvynenko. The patient's right to access to psychiatric records: doctrine and jurisprudence.

Access to medical records is one of the fundamental rights of the patients. Despite medical law is relatively young, the worldwide jurisprudence has witnessed actions for medical records production for already a century, despite it has been widely known for a couple of decades. The purposes for an insight into medical data may be different – from preparing medical malpractice actions to challenging a testament, divorce proceedings and various private needs. Though all the medical records are deemed as sensitive data, the records concerning a patient's psychiatric treatment, diagnosis and prognosis are considered even more highly confidential. However, psychiatric records are not bound to be inspected by patients. The regime of access is mostly more strict than of ordinary medical records, but the legislation of many states is silent towards the distinction between these records and the possibility of insight to them, remaining this issue for the courts to decide. The purposes for access to psychiatric records may considerably vary from insight into ordinary medical records and the hospitals are frequently reluctant to produce them finding it could endanger the health of an ex-patient, or resurrect his old ailments. The current position of the courts is for allowing the production of such records though not disregarding the necessary precautions: some courts found that the insight must be limited, justified by the plaintiff and the records should be inspected in the presence of physicians. The right to access to psychiatric records may also arise more complexified aspects, such as use of minor psychiatric records, or a plea to expunge psychiatric records in an analogy with criminal records. Civil or administrative proceedings in respect with access to psychiatric records are relatively rare and the courts often substantiate their judgments upon the trial facts, taking into account the health and mental condition of the patient as well as his justification to inspect such records.

Key words: medical confidentiality, access to medical records, psychiatric records, data protection.

Г.С. СТЕФАНОВ

Георгі Стоянов Стефанов, аспірант Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України*
ORCID: 0000-0002-1498-566X

ПРАВОВІ ОСОБЛИВОСТІ ПРОВЕДЕННЯ ДОСЛІДЖЕНЬ МОРСЬКОГО СЕРЕДОВИЩА У ВИКЛЮЧНІЙ ЕКОНОМІЧНІЙ ЗОНІ

Постановка проблеми. Дослідження, збереження та раціональне використання ресурсів Світового океану залишається однією з найважливіших проблем людства. Зокрема, Генеральною Асамблеєю ООН десятирічний період 2021–2030 рр. проголошено Десятиліттям Організації Об'єднаних Націй, присвяченим науці про океан в інтересах сталого розвитку¹. Проведення заходів вказаного Десятиліття зумовить значне збільшення досліджень морського середовища, що, зокрема, будуть проводитися у водах, які є виключною економічною зоною прибережних держав або на континентальному шельфі.

Разом із тим питання проведення досліджень морського середовища у водах, що перебувають під змішаною юрисдикцією, станом на сьогодні залишається недостатньо врегульованим міжнародним правом. Так, у Конвенції Організації Об'єднаних Націй з морського права 1982 р. (далі – Конвенція) питанню морських наукових досліджень присвячено окрему частину, проте Конвенція та інші міжнародно-правові акти не містять вичерпного визначення поняття «морські наукові дослідження», так само як і однозначного розмежування між морськими науковими дослідженнями та іншими видами досліджень морського середовища (гідрографічні зйомки, оперативна океанографія тощо). Внаслідок недостатнього та неоднозначного охоплення вказаного питання Конвенцією сформувався ряд різних тлумачень положень Конвенції, що на практиці призводить до виникнення протиріч між країнами при використанні просторів Світового океану, передусім у виключній економічній зоні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Важливі питання правового регулювання проведення морських наукових досліджень розглядалися в багатьох працях вітчизняних учених, зокрема, Г.О. Анцелевича, М.О. Баймуратова, О.Ф. Висоцького, О.П. Єлезарова, В.С. Єфремова, В.В. Луцика, Я.О. Салміної та ін. Водночас слід зазначити, що проблематика правового регулювання досліджень морського середовища у виключній економічній зоні досліджена в Україні недостатньо. Окремо варто підкреслити, що в Україні відсутній чинний нормативно-правовий акт, який деталізує положення Закону України «Про виключну (морську) економічну зону України» та регламентує порядок проведення наукових досліджень у виключній економічній зоні України.

Питання міжнародно-правового регулювання досліджень морського середовища розкрито більш широко в наукових роботах західних, азіатських та австралійських вчених, таких як С. Бейтман, В. Лоу, Е. Роуч, К. Цзоу та ін., які представляють країни, що активно освоюють та експлуатують ресурси Світового океану.

Формулювання мети статті. Враховуючи викладене, мета даної статті полягає в тому, щоб дослідити правове регулювання та виокремити основні проблеми міжнародно-правового характеру при проведенні досліджень морського середовища у виключній економічній зоні, враховуючи різні підходи держав до тлумачення і практичного застосування відповідних положень Конвенції ООН з морського права 1982 р.

Виклад основного матеріалу. Питанню правового регулювання морських наукових досліджень у Конвенції ООН з морського права 1982 р. присвячено Частину XIII. Статтею 238 Конвенції визначено, що усі держави, незалежно від їхнього географічного положення, а також компетентні міжнародні організації мають право проводити морські наукові дослідження за умови дотримання прав і обов'язків інших держав, передбачених у Конвенції.

У Статті 240 Конвенції сформовано такі загальні принципи проведення морських наукових досліджень: а) морські наукові дослідження проводяться виключно в мирних цілях; б) морські наукові дослідження проводяться належними науковими методами і засобами, сумісними з положеннями Конвенції; в) морські наукові дослідження не повинні створювати невинуватених перешкод іншим правомірним видам використання моря, сумісним з цією Конвенцією, та належним чином поважаються при здійсненні таких видів використання; г) морські наукові дослідження проводяться з дотриманням усіх відповідних правил, прийнятих згідно з Конвенцією, включаючи положення про захист і збереження морського середовища².

Пунктом 2 ст. 246 Конвенції передбачено, що морські наукові дослідження у виключній економічній зоні та на континентальному шельфі проводяться за згодою прибережної держави. При цьому держави і компетентні міжнародні організації, які мають намір проводити такі дослідження, відповідно до ст. 248 Конвенції надають прибережній державі не менш ніж за шість місяців до передбачуваної дати початку морського

науково-дослідницького проекту повну інформацію про: а) характер і цілі проекту; б) метод і засоби, що будуть використані, включаючи назву, тоннаж, тип і клас суден та опис наукового устаткування; с) точні географічні райони, в яких буде здійснюватися проект; d) передбачувані дати першого прибуття і остаточного відплиття дослідницьких суден або у відповідних випадках розміщення і зняття устаткування; е) назву установи, під егідою якої здійснюється проект, директора і особу, відповідальну за проект; f) ступінь, в якому прибережна держава вважається здатною брати участь або бути представленою у проекті³.

У свою чергу, прибережна держава протягом чотирьох місяців з дня отримання повідомлення, яке містить інформацію подану відповідно до ст. 248 Конвенції, має право згідно зі ст. 252 Конвенції відмовити у своїй згоді на проведення морських наукових досліджень у виключній економічній зоні та на континентальному шельфі.

Таким чином, Конвенція ООН з морського права 1982 р. закріпила положення щодо наявності обов'язкової згоди прибережної держави на проведення морських наукових досліджень у виключній економічній зоні та на континентальному шельфі.

Проте Конвенція (як і інші міжнародні нормативно-правові акти) не містить визначення терміна «морські наукові дослідження», як і вичерпного переліку суміжних видів морської діяльності, які можуть підпадати під зазначене поняття. Вказані обставини у багатьох випадках призводять до низки проблем та суперечливих ситуацій.

В основі будь-яких досліджень морського середовища лежить збір даних та інформації, що характеризують різноманітні параметри Світового океану, за допомогою відповідних технічних засобів. У своїй праці, що присвячена питанням збору морських даних, Е. Роуч перераховує чотири категорії досліджень морського середовища, що можуть проводитися у водах Світового океану:

1. Морські наукові дослідження.
2. Гідрографічні зйомки:
 - гідрографічні зйомки в інтересах забезпечення безпеки судноплавства;
 - військові гідрографічні зйомки.
3. Оперативна океанографія в інтересах:
 - оцінки стану океану;
 - прогнозування погоди;
 - прогнозу клімату.
4. Розвідка та розробка в інтересах:
 - природних ресурсів;
 - підводної культурної спадщини;
 - моніторингу та екологічної оцінки⁴.

Таким чином, морські наукові дослідження, проведення яких регламентується нормами Конвенції, є лише однією із категорій досліджень морського середовища, причому інші категорії не підпадають або підпадають меншою мірою під регулювання положеннями Конвенції. На практиці надзвичайно складно провести межу між морськими науковими дослідженнями у розумінні Частини XIII Конвенції та іншими видами діяльності, оскільки для їх проведення судно або інший технічний засіб дослідження морського середовища може здійснювати збір одних і тих самих морських даних.

Статтею 58 Конвенції визначено права і обов'язки держав у виключній економічній зоні, зокрема, всі держави як прибережні, так і ті, що не мають виходу до моря, у виключній економічній зоні користуються, за умови дотримання відповідних положень Конвенції, зазначеними в ст. 87 свободами судноплавства і польотів, прокладення підводних кабелів і трубопроводів та *іншими правомірними з точки зору міжнародного права видами використання моря, що відносяться до цих свобод, такими, які пов'язані з експлуатацією суден, літальних апаратів і підводних кабелів, і трубопроводів, і сумісними з іншими положеннями Конвенції*⁵. Держави, що проводять активну морську зовнішню політику, насамперед Сполучені Штати Америки*, тлумачать слова «пов'язані з експлуатацією суден, літальних апаратів...» наведеної статті Конвенції максимально широко. Зокрема, США відстоюють право не лише займатися оперативною океанографією і гідрографічними зйомками в інтересах забезпечення безпеки судноплавства, а й проводити у виключній економічній зоні інших держав військові навчання, військові гідрографічні зйомки, повітряну розвідку тощо, вважаючи, що перелічені види діяльності є невід'ємними складовими свободи судноплавства та свободи польотів⁶.

Аналогічною є позиція Великої Британії, яка розглядає збір гідрографічних та військових даних як свободу відкритого моря, тому їх збирання не може регулюватися «будь-яким способом прибережними державами за межами їх територіального моря або архіпелагу»⁷.

Іншим вагомим аргументом, що використовують країни, які відстоюють своє право проводити гідрографічні зйомки у виключній економічній зоні інших держав, є те, що у тексті Конвенції поняття «морські наукові дослідження» та «гідрографічні зйомки» перелічені окремо (п. 1 (g) ст. 21). Тому проведення гідрографічних зйомок у водах Світового океану взагалі не підпадає під правове регулювання Частини XIII Конвенції.

* Варто зазначити, що Сполучені Штати Америки залишаються однією з небагатьох країн, яка не є стороною Конвенції ООН з морського права 1982 р. Проте розуміння й тлумачення урядовими структурами норм Конвенції має велике значення, враховуючи морську присутність США практично у всіх акваторіях Світового океану.

Викладена інтерпретація положень Конвенції не знаходить розуміння у великій кількості держав, які протестують проти здійснення будь-яких досліджень морського середовища у своїй виключній економічній зоні без надання відповідної згоди. Наприклад, законодавство Китаю вимагає отримання згоди Китаю на всі гідрографічні дослідження та картування, що проводяться у його виключній економічній зоні. У випадку проведення гідрографічних досліджень без погодження виконавці підпадають під штрафи, а засоби досліджень та отримані дані мають бути конфісковані⁸. Аналогічним чином Індія, опираючись на ухвалені норми національного законодавства, протягом 2002 р. протестувала проти дій США та Великої Британії стосовно ймовірних порушень своєї виключної економічної зони двома військово-дослідними кораблями зазначених держав. Американське судно проводило гідрографічні дослідження, британське судно не надало інформації щодо характеру своєї діяльності⁹.

Враховуючи сучасні геополітичні тенденції до формування потужних регіональних держав, очевидним є подальше загострення протистояння стосовно проведення досліджень морського середовища у виключній економічній зоні без згоди прибережної держави.

При цьому, якщо раніше в основі двох протилежних підходів до проведення досліджень морського середовища у виключній економічній зоні та на континентальному шельфі лежали насамперед військові та економічні причини, пов'язані із розвідкою та експлуатацією ресурсів Світового океану¹⁰, то станом на сьогодні вони доповнилися й екологічними. Зокрема, спеціальні технічні засоби та методи, які використовуються для вивчення Світового океану, можуть мати суттєвий вплив на навколишнє середовище (фізичний, акустичний, хімічний тощо)¹¹.

Окремо варто зазначити, що із розвитком технологій «класичні» засоби досліджень морського середовища, які існували на момент ухвалення Конвенції ООН з морського права 1982 р., доповнилися рядом новітніх технічних засобів, зокрема, дрейфуючими буями, які призначені для спостереження за температурою, солоністю, течіями та біооптичними властивостями води у реальному часі. Вказані буї автономно переміщуються у Світовому океані під впливом підводних течій та можуть потрапляти до виключної економічної зони прибережних країн, що знову ставить питання, чи підпадає запуск буїв «Арго» під поняття «морські наукові дослідження» (і вимагає згоди прибережної держави) або є складовою оперативної океанографії і відповідно однією із свобод відкритого моря.

З метою правового регулювання використання дрейфуючих буїв у рамках програми «Арго»* у 2008 р. Міжурядовою океанографічною комісією ЮНЕСКО було ухвалено Керівництво. З одного боку, вказане Керівництво підтверджує, що на дрейфуючі буї «Арго» не поширюються положення Конвенції, які стосуються регулювання морських наукових досліджень у межах виключної економічної зони, з другого боку, Керівництвом визнаються особливі права прибережних держав щодо інформації, одержуваної з буїв, що знаходяться у їх виключній економічній зоні, яка може мати пряме значення для розвідки і експлуатації живих або неживих природних ресурсів такої зони та дає змогу прибережним державам встановлювати безстрокове обмеження на поширення такої інформації¹².

Незважаючи на успішну реалізацію програми «Арго» та застосування положень вказаного Керівництва на практиці протягом вже багатьох років, ряд країн ставлять під сумнів положення Керівництва нормам Конвенції¹³.

Якщо говорити про Україну, то правовий режим вітчизняної виключної економічної зони визначений положеннями Закону України «Про виключну (морську) економічну зону України»¹⁴, які в частині питання проведення досліджень морського середовища фактично відтворюють норми Конвенції ООН з морського права 1982 р. Чинний підзаконний нормативно-правовий акт, який деталізує норми вказаного закону та детально регламентує проведення наукових досліджень у виключній економічній зоні України, зокрема порядок надання згоди на проведення досліджень іншими державами чи міжнародними організаціями, станом на сьогодні відсутній. Таким чином, термін «морські наукові дослідження» не має визначення й на рівні національного законодавства, а позиція України щодо тлумачення положень Конвенції у ситуаціях, які розглянуті у цій статті, залишається невизначеною.

Висновки. Станом на сьогодні міжнародне морське право не дає вичерпного й однозначного визначення поняттю «морські наукові дослідження», так само як і іншим категоріям досліджень морського середовища. Внаслідок чого при плануванні та проведенні досліджень морського середовища у виключній економічній зоні держава чи міжнародна організація, що проводить такі дослідження, окрім положень Конвенції ООН з морського права 1982 р. має враховувати норми національного законодавства відповідної прибережної держави, які на практиці часто можуть суперечити духу та суті Конвенції.

Основою таких протиріч є особливий правовий статус, що передбачений Конвенцією для виключної економічної зони, на яку, з одного боку, поширюється юрисдикція прибережної держави, а з іншого, – свободи відкритого моря, які у свою чергу не є вичерпними і можуть тлумачитися заінтересованими державами максимально широко.

* Програма «Арго» є складовою Глобальної системи спостережень за океаном Міжурядової океанографічної комісії ЮНЕСКО і Всесвітньої метеорологічної організації. Буї програми «Арго» запускаються з борту судна, опускаються до глибини 2000 м і дрейфують протягом 10 днів, потім піднімаються на поверхню, передають дані вимірювань і своє розташування на штучний супутник Землі та знову опускаються на глибину для повторення циклу вимірювань.

Сучасні технічні засоби дослідження морського середовища, яких не було на момент ухвалення Конвенції, ставлять нові виклики перед правовим регулюванням дослідницької діяльності людства у водах Світового океану. Наприклад, ті регламентуючі акти та процедури, які використовуються співтовариством при застосуванні таких актуальних технічних засобів, як автономні дрейфуючі буї, мають рекомендаційний характер і не повною мірою відповідають положенням Конвенції.

Таким чином, станом на сьогодні існує комплекс правових проблем, пов'язаних із здійсненням досліджень морського середовища у виключній економічній зоні. Проведення Десятиліття Організації Об'єднаних Націй, присвяченого науці про океан в інтересах сталого розвитку, що розпочалося цього року, безсумнівно, активізує дослідження морського середовища і за умови відсутності у держав єдиних практик та підходів до регламентації таких досліджень може стати ще одним фактором загострення відносин між державами.

З моменту підписання Угоди про імплементацію Частини XI Конвенції Організації Об'єднаних Націй з морського права 1982 р. та відповідно внесення останніх змін до тексту Конвенції минуло понад 25 років. Очевидно, що перед світовим співтовариством існує невідкладна необхідність узгодити та встановити єдиний підхід до порядку здійснення досліджень морського середовища в інтересах посилення миру, безпеки та верховенства права у Світовому океані. Це можна зробити як за допомогою ухвалення змін до Конвенції, так і шляхом підписання нового міжнародного договору, який вичерпно регламентуватиме питання морських наукових досліджень.

¹ Oceans and the law of the sea. Resolution adopted by the General Assembly on 5 December 2017. A/RES/72/73. URL: <https://undocs.org/A/RES/72/73> (дата звернення: 12.08.2021).

² Конвенція Організації Об'єднаних Націй з морського права. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_057#Text (дата звернення: 12.08.2021).

³ Там само.

⁴ J. Ashley Roach. Marine Data Collection: Methods And The Law. *Freedom of Seas, Passage Rights and the 1982 Law of the Sea Convention. Series: Center for Oceans Law and Policy*. 2019. Volume 13. P. 171–208. DOI: <https://doi.org/10.1163/ej.9789004173590.i-624.62> (дата звернення: 12.08.2021).

⁵ Конвенція Організації Об'єднаних Націй з морського права. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_057#Text (дата звернення: 12.08.2021).

⁶ Keyuan Zou. Peaceful Use of the Sea and Military Intelligence Gathering in the EEZ. *Asian Yearbook of International Law*. 2016. № 22. P. 161–176. URL: <https://brill.com/view/book/edcoll/9789004379633/BP000012.xml> (дата звернення: 12.08.2021).

⁷ Sam Bateman. Hydrographic Surveying in Exclusive Economic Zones: Jurisdictional Issues. *International hydrographic review*. 2004. Vol. 5. № 1. P. 24–33. URL: <https://journals.lib.unb.ca/index.php/ihr/article/download/20645/23807/29403> (дата звернення: 12.08.2021).

⁸ Там само.

⁹ Iskander Rehman. India, China, and differing conceptions of the maritime order. 2017. URL: https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2017/06/rehman-india_china_and_differing_conceptions_of_the_maritime_order.pdf (дата звернення: 12.08.2021).

¹⁰ Луцик В.В. Международно-правовые проблемы эксплуатации современных технических средств исследования Мирового океана: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.10. Киев, 1984. 207 с.

¹¹ Anna-Maria Hubert. The New Paradox in Marine Scientific Research: Regulating the Potential Environmental Impacts of Conducting Ocean Science. *Ocean Development & International Law*. 2011. № 42. P. 329–355. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3513890 (дата звернення: 12.08.2021).

¹² Bork K., Karstensen J., Visbeck M., Zimmermann A. The Legal Regulation of Floats and Gliders – In Quest of a New Regime? *Ocean Development and International Law*. 2008. № 39(3). P. 298–328. URL: https://www.researchgate.net/publication/232914703_The_Legal_Regulation_of_Floats_and_Gliders-In_Quest_of_a_New_Regime (дата звернення: 12.08.2021).

¹³ Боброва Ю.В., Голицын В.В. Морские научные исследования и программа Арго: международно-правовое регулирование. *Журнал российского права*. 2014. № 7. С. 82–94. URL: <https://jrnprnoma.ru/issue/2014/7> (дата звернення: 12.08.2021).

¹⁴ Про виключну (морську) економічну зону України: Закон України від 16.05.1995 р. № 162/95-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/162/95-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 12.08.2021).

Резюме

Стефанов Г.С. Правові особливості проведення досліджень морського середовища у виключній економічній зоні.

У статті досліджено правове регулювання проведення досліджень морського середовища у виключній економічній зоні. Вивчено різні підходи країн до тлумачення та застосування на практиці положень Конвенції ООН з морського права 1982 р. Зокрема, розглянуто позицію ряду держав стосовно співвідношення поняття «морські наукові дослідження» з іншими категоріями дослідження морського середовища, висвітлено різні підходи до кваліфікації використання буїв «Арго» як різновиду морських наукових досліджень або оперативної океанографії.

Виділено основні проблеми міжнародно-правового характеру при проведенні досліджень морського середовища у виключній економічній зоні та запропоновано шляхи їх розв'язання.

Ключові слова: дослідження морського середовища, морські наукові дослідження, виключна економічна зона, океанографія, дрейфуючі буї, гідрографічні зйомки.

Резюме

Стефанов Г.С. Правовые особенности проведения исследований морской среды в исключительной экономической зоне.

В статье исследовано правовое регулирование проведения исследований морской среды в исключительной экономической зоне. Изучены различные подходы стран к толкованию и применению на практике положений Конвенции ООН по морскому праву 1982 г. В частности, рассмотрены позиции ряда государств относительно соотношения понятия «морские научные исследования» с другими категориями исследования морской среды, освещены различные подходы к квалификации использования буев «Арго» как разновидности морских научных исследований или оперативной океанографии.

Выделены основные проблемы международно-правового характера при проведении исследований морской среды в исключительной экономической зоне и предложены пути их решения.

Ключевые слова: исследования морской среды, морские научные исследования, исключительная экономическая зона, океанография, дрейфующие буи, гидрографические съемки.

Summary

Georgi Stefanov. Legal Features of Research on the Marine Environment in the Exclusive Economic Zone.

The article considers the issues of legal regulation and the main problems of research on the marine environment in the exclusive economic zone taking into account the different approaches of states to the interpretation and practical application of the 1982 UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) relevant provisions.

There are studied basic principles and conditions of conducting marine scientific research in the exclusive economic zone which are defined by the provisions of the UNCLOS. As the UNCLOS does not define the term “marine scientific research” it is difficult to separate marine scientific research from related categories of research on the marine environment, such as surveys, operational oceanography, exploration and exploitation. This often happens because a vessel or other technical means of studying of the marine environment can collect for different mentioned above categories the same marine data.

The article also considers the position of the states (USA, Great Britain) that emphasize on existence of fundamental differences between marine scientific research and other categories of the research on the marine environment, which according to their opinion are not covered by the UNCLOS Part XIII and could be carried out without the consent of coastal state as integral parts of freedom of navigation and freedom of flight. The contrary position of another group of states (China, India) also is observed. These countries extend the concept of “marine scientific research” to all types of the research on the marine environment and demand appropriate consent to be given when conducting research in their exclusive economic zone.

It is noted that modern technical means of studying the marine environment, which did not exist at the time of the UNCLOS signature, pose new challenges to the legal regulation of research activities in the waters of the oceans. For example, regulations and procedures applied to regulate usage of such contemporary technical means as autonomous drifting buoys are recommendatory and do not fully comply with the provisions of the UNCLOS.

There is a need to harmonize and establish a common approach to the conduct of research on the marine environment in the interests of peace, security and the rule of law in the oceans. This can be done by adopting amendments to the UNCLOS as well as by signing a new international treaty that will comprehensively regulate scientific marine research.

Key words: research on the marine environment, marine scientific research, exclusive economic zone, oceanography, drifting buoys, hydrographic surveys.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.70

УДК 341.225.5:341.9:347.796

С.М. ШИШИКІН

*Сергій Миколайович Шишикін, аспірант Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України**

ORCID: 0000-0002-3964-5434

ХАРАКТЕРИСТИКА ІНСТИТУТУ ОБМЕЖЕНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ СУДНОВЛАСНИКА У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ МОРСЬКОМУ ПРАВІ

Постановка проблеми. Інститут обмеженої відповідальності у міжнародному приватному морському праві, будучи одним із найстаріших інститутів права, постійно стимулював розвиток торговельного мореплавства. Відтак відповідальність судновласника судна, яке заподіяло шкоду іншим суб'єктам міжнародного приватного морського права, встановлювалось і встановлюється не в межах спричинених збитків цим судном, а лише у межах, встановлених нормативно-правових актів, що визначає специфіку даного інституту права серед інших інститутів.

© С.М. Шишикін, 2021

* *Sergii Shyshykin, Postgraduate student of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine*

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанню обмеження відповідальності присвячено наукові розробки таких авторів, як С.Я. Вавженчук, В.М. Гаврилов, Т.В. Гриняк, Г.Г. Іванов, О.С. Каспрук, О.С. Кокін, О.Л. Маковський, О.В. Маловацький, В.В. Медведська, Д.А. Рябікін, В.П. Штиков та ін.

Формулювання мети статті. Проведення аналізу інституту обмеження відповідальності судновласника, визначення особливостей даного інституту у різних джерелах міжнародного приватного морського права.

Виклад основного матеріалу. Точне походження обмеження відповідальності як поняття не зовсім зрозуміле, і щодо цього питання існують різні думки. Деякі вчені вважали, що Амальфітанська таблиця Італії в XI ст. є «найдавнішим існуючим свідченням права обмеження своєї відповідальності судновласника»¹. На думку інших науковців, право судновласника обмежити свою відповідальність датується XVII ст., дані норми містилися, наприклад, у Статуті Гамбурга 1603 р., Ганзейських постановах 1614 та 1644 рр. та у Морському кодексі Швеції 1667 р.² Також існує думка, що право судновласника на обмеження своєї відповідальності виникло приблизно в I–II ст. Місцем зародження цього права зазвичай вважаються італійські та іспанські міста, які були центрами тогочасної морської торгівлі. До них звичайно відносять Амальфі, Геную, Валенсію та Барселону³.

Необхідність у створенні даного інституту виникла досить давно, оскільки судновласники не мали змогу керувати своїми майном і свої повноваження покладали на капітанів суден. У результаті цього, у випадку заподіяння збитків іншим особам, саме судновласник повинен відшкодувати їх, що в свою чергу приводило до поступового знищення торговельного мореплавства.

Механізм обмеження широко застосовується в різних сферах, пов'язаних із судноплавною діяльністю. Суспільство розпочало уніфікацію правила щодо обмеження відповідальності на початку XX ст. з укладенням Конвенції про обмеження 1924 р. Ця конвенція набрала чинності в 1931 р., проте мала невелику практичну цінність, оскільки основні країни судноплавства не прийняли її. Тому його було скасовано Конвенцією про обмеження 1957 р. Згодом це місце знову було замінено Конвенцією про обмеження відповідальності за морські претензії 1976 р.

Однак обмеження відповідальності насправді не є механізмом, що властивий морському праву. Перевізники інших видів транспорту, наприклад автомобільного та повітряного, також мають право на таке обмеження. У 1960-х рр., коли почали відкривати ядерну енергію, були прийняті конвенції, що однаковою мірою обмежують відповідальність оператора атомної електростанції. Отже, обмеження відповідальності розпорядника деліктів (дуже часто судновласника у морському праві) певною мірою далеко не єдине для морського права, але це особливо важливо в контексті морського права, ймовірно, через його тривалу традицію та значний вплив у різних сферах морської діяльності⁴.

Значення інституту обмеження відповідальності судновласника, яке ми можемо спостерігати у наші часи, значною мірою відрізняється від значення даного інституту на момент його формування та створення. Нині даний інститут закріплений у законодавстві майже всіх країн та в деяких міжнародних договорах.

На даний час до причин, через які інститут обмеження відповідальності судновласника існує і продовжує розвиватися можна віднести наступні:

- 1) підвищення ризику мореплавства;
- 2) значна роль торговельного мореплавства та зацікавленість держав у його розвитку;
- 3) заінтересованість держав у перерозподілі значних збитків у результаті морського підприємства, серед усіх його учасників.

Зараз у міжнародному приватному морському праві створилася досить розгалужена система обмежень розміру відповідальності судновласника. Проте, як відзначають Г.Г. Іванов та О.Л. Маковський, залежно від співвідношення цих обмежень один з одним можна виділити їхні три основних види.

Загальне обмеження відповідальності судновласника передбачене Конвенцією про уніфікацію деяких правил про обмеження відповідальності власників морських суден 1924 р., Конвенцією про обмеження відповідальності власників морських суден 1957 р., Конвенцією про обмеження за морськими вимогами 1976 р. Для такого обмеження характерно, що воно належить до основної маси зобов'язань, які виникають безпосередньо при здійсненні судновласником його професійної діяльності, пов'язаної з торговельним мореплаванням.

В указаних конвенціях найбільш повно визначені зобов'язання, відповідальність через які під обмеження відповідальності не підпадає. Водночас вони містять переліки обставин, що передбачають обмеження відповідальності судновласника. Однак ці переліки, як правило, мають загальний характер. Так, відповідно до п. 1 ст. 1 Конвенції про обмеження відповідальності власників морських суден 1957 р. власник морського судна може обмежити свою відповідальність, якщо подія трапилася не з його особистої провини і призвела до:

- 1) загибелі будь-якої особи, яку перевозили на судні, або заподіяння такій особі тілесних ушкоджень чи пошкодження будь-якого майна, що знаходилося на борту судна;
- 2) загибелі будь-якої іншої особи на суші чи на воді або заподіяння такій особі тілесних ушкоджень, втрати або пошкодження будь-якого іншого майна або ж порушення будь-яких прав внаслідок дій, недбалості або бездіяльності будь-якої особи, яка перебувала на борту судна, за умови, що необережність або бездіяльність належить до судноводіння чи керування судном, до навантаження, перевезення або розвантаження, до посадки, перевезення або висадки пасажирів;
- 3) виникнення будь-якого зобов'язання або відповідальності, що виникають внаслідок піднімання, виведення або знищення судна та його уламків (включаючи все, що може знаходитися на борту такого

судна), яке затонуло, сіло на міліну або покинуте, а також будь-якого зобов'язання чи відповідальності, які виникають внаслідок шкоди, заподіяної портовим спорудам, водоймам та судноплавним шляхам⁵.

Аналогічні переліки містяться і в п. 1 ст. 2 Конвенції про обмеження за морськими вимогами 1976 р., Розділ I котрої повністю присвячений праву на обмеження відповідальності.

Обмеження відповідальності з окремих зобов'язань у межах загального обмеження відповідальності судновласника. До них належать:

1) обмеження відповідальності перевізника при перевезенні вантажів за коносаментом «за місце або одиницю вантажу» на підставі п. 5 ст. 4 Конвенції про уніфікацію деяких правил про коносамент 1924 р.⁶;

2) обмеження відповідальності перевізника при перевезенні вантажів за коносаментом «за втрату або пошкодження вантажу» та «за затримання у здаванні» на підставі п. 1 ст. 6 Конвенції ООН з морського перевезення вантажів⁷;

3) обмеження відповідальності оператора змішаного перевезення вантажів за збитки, що є результатом «втрати або пошкодження вантажу» чи його «затримання у доставці», на підставі ст. 18 Конвенції ООН про міжнародні змішані перевезення вантажів 1980 р.⁸;

4) обмеження відповідальності перевізника за смерть пасажирів або заподіяння йому тілесних ушкоджень, встановлене ст. 6 Конвенції про уніфікацію деяких правил про перевезення пасажирів морем 1961 р., а також ст. 7 Афіїнської конвенції про перевезення морем пасажирів та їхнього багажу 1974 р.;

5) обмеження відповідальності перевізника за втрату або пошкодження ручного вантажу, багажу та автомашин пасажирів на підставі ст. 8 Афіїнської конвенції про перевезення морем пасажирів та їхнього багажу 1974 р.⁹

Для всіх перелічених конвенцій характерним є те, що межа відповідальності за окремими зобов'язаннями не може перевищувати загальну межу відповідальності судновласника, передбачену іншими міжнародними договорами або національним законодавством, навіть якщо межа відповідальності, обчислювана для даного зобов'язання згідно з нормами відповідної конвенції, виявилася б більш високою. Як приклад можна навести п. 1 ст. 25 Конвенції 1978 р., відповідно до якої положення цієї Конвенції не змінюють «прав чи обов'язків перевізника, фактичного перевізника та їхніх службовців і агентів, передбачених в міжнародних конвенціях або національному законодавстві з питань обмеження відповідальності власників морських суден». Аналогічні положення містяться й у всіх перелічених конвенціях¹⁰.

У результаті збільшення окремих обмежень відповідальності судновласника, які застосовуються окремо та незалежно від інших норм, якими передбачено обмеження відповідальності судновласника, постала проблема колізії даних норм. Єдиної методики щодо вирішення даної проблеми немає, а тому у кожному окремому випадку питання обмеження відповідальності судновласника може вирішуватись по-різному. Все це призводить до того, що до судновласника можуть бути застосовані декілька меж відповідальності одночасно, що в свою чергу призведе до збільшення розміру відповідальності, водночас збільшиться й сума страхового внеску, оскільки судновласник страхує свою відповідальність від кожної окремої межі.

Право на обмеження розміру відповідальності не є безумовним, оскільки визначений в ряді нормативних документів ступінь вини відповідальної особи позбавляє її такого права. У цих випадках відповідальна особа може відшкодувати всі заподіяні збитки.

Так, незважаючи на те, що п. 5 ст. IV Конвенції про уніфікацію деяких правил про коносамент 1924 р. містить пряму вказівку на те, що перевізник «у жодному разі» не відповідає за збитки щодо вантажу, які перевищують встановлену межу, на практиці в різних державах це правило застосовується неоднаково. Зокрема, за перевізником не визнається право обмежити відповідальність, коли вона викликана серйозними порушеннями договору перевезення.

Усі подальші конвенції, присвячені перевезенню як вантажів (Конвенція ООН з морського перевезення вантажу 1978 р.), так і пасажирів (Афіїнська конвенція про перевезення морем пасажирів та їхнього багажу 1974 р.), вирішують це питання недвозначно і однаково. Вони позбавляють перевізника права на обмеження відповідальності, «якщо доведено, що шкода виникла в результаті дій або упущень перевізника, скоєних з наміром заподіяти цю шкоду або через самовпевненість, з усвідомленням можливого заподіяння шкоди».

У наведеній нормі, яка міститься в п. 1 ст. 13 Конвенції 1974 р. і відрізняється від аналогічної норми, що міститься в п. 1 ст. 8 Конвенції 1978 р., лише деякими деталями, містяться дві підстави, що роблять обмеження відповідальності не можливим:

1) умисел заподіяння шкоди з боку перевізника;

2) самовпевненість як одна із форм вини.

Чи не єдиною міжнародною угодою в морському праві, що базується на принципі «непорушності» обмеження відповідальності, є Конвенція про відповідальність операторів ядерних суден 1962 р. Передбачена в її п. 1 ст. III межа відповідальності застосовується «навіть, якщо ядерний інцидент міг статися з будь-якої вини або з відома оператора» ядерного судна¹¹.

У результаті розвитку інституту обмеження відповідальності судновласника перед судновласниками почали з'являтися нові перепони, які виражені у збільшенні кількості міжнародних договорів, що по-різному врегулювали питання обмеження відповідальності, в результаті чого загальна сума меж відповідальності почала зростати. Разом із тим страхові внески, в результаті збільшення кількості конвенцій, теж почали збільшуватись, що негативно впливає на розвиток морської торгівлі.

Щодо інституту обмеження відповідальності в Україні, то тут слід зазначити, що новелою нового Цивільного кодексу України є пряме закріплення принципу повного відшкодування збитків, а саме¹²:

- 1) боржник, який порушив зобов'язання, має відшкодувати кредиторів завдані цим збитки (ч. 1 ст. 623);
- 2) збитки, завдані замовнику невиконанням або неналежним виконанням договору про надання послуг за плату, підлягають відшкодуванню виконавцем, у разі наявності його вини, у повному обсязі, якщо інше не встановлено договором. Виконавець, який порушив договір про надання послуг за плату при здійсненні ним підприємницької діяльності, відповідає за це порушення, якщо не доведе, що належне виконання виявилось неможливим внаслідок непереборної сили, якщо інше не встановлено договором або законом (ч. 1 ст. 906);
- 3) майнова шкода, завдана неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю особистим немайновим правам фізичної або юридичної особи, а також шкода, завдана майну фізичної або юридичної особи, відшкодується в повному обсязі особою, яка її завдала. (ч. 1 ст. 1166)¹³.

Вищезазначені положення Цивільного кодексу України суперечать інституту обмеження відповідальності, який закріплений у Міжнародних договорах України та у Кодексі торговельного мореплавства України (далі – КТМ України), а саме Розділ X КТМ України.

Крім того, Цивільним кодексом України передбачено, що у певних випадках розмір відшкодування може змінюватися залежно від інших нормативно-правових актів, а саме:

- 1) збитки відшкодовуються у повному обсязі, якщо договором або законом не передбачено відшкодування у меншому або більшому розмірі (ч. 3 ст. 22);
- 2) якщо інше не встановлено законом, з урахуванням обставин справи суд за вибором потерпілого може зобов'язати особу, яка завдала шкоди майну, відшкодувати її в натурі (передати річ того ж роду і такої ж якості, полагодити пошкоджену річ тощо) або відшкодувати завдані збитки у повному обсязі (ч. 1 ст. 1192);
- 3) якщо у чинному міжнародному договорі України, укладеному у встановленому законом порядку, містяться інші правила, ніж ті, що встановлені відповідним актом цивільного законодавства, застосовуються правила відповідного міжнародного договору України (ч. 2 ст. 10)¹⁴.

Висновки. Виходячи з вищезазначеного, можна зробити висновок, що в Україні разом з інститутом обмеженої відповідальності судновласників існує закріплений в нормативно-правових актах принцип повного відшкодування. Разом із тим у деяких нормах, якими закріплено принцип повного відшкодування, міститься уточнення, що у разі наявності у законах України або Міжнародним договором України іншого правила, то дане правило повинно використовуватися. Дане у певному ступені зменшує вплив принципу повного відшкодування на обмеження відповідальності судновласника за законодавством України.

Інститут обмеження відповідальності судновласника з моменту його створення декілька разів міняв своє значення, слугуючи інструментом стимулювання морської торгівлі, збільшення торговельного флоту держав, розвитком міжнародних відносин тощо. У наші часи існування великої кількості міжнародних договорів, які регулюють інститут обмеження відповідальності судновласника, призвело до створення нових проблем судновласників, через які заінтересованість останніх в морській торгівлі падає.

¹ Comparison of shipowners' limitation of liability schemes. URL: https://www.lanepowell.com/portalresource/lookup/poid/Z1tO19NPluKPtDNlqLMRV56Pab6TfzcRXncKbDtRr9tObDdErKJcN0!/file.name=/mationk_002.pdf

² Wang Hui. Civil Liability for Marine Oil Pollution Damage: A Comparative and Economic Study of the International, US and Chinese Compensation Regime. Kluwer Law International B.V. 15.08.2011. P. 411. URL: <https://books.google.com.ua/books?id=7oqWDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=ru#v=onepage&q&f=false>

³ Шемякін О.М. Міжнародне приватне морське право. Одеса: Латстар, 2000. 271 с. С. 76.

⁴ Wang Hui. Civil Liability for Marine Oil Pollution Damage: A Comparative and Economic Study of the International, US and Chinese Compensation Regime. Kluwer Law International B.V. 15.08.2011. P. 411. URL: <https://books.google.com.ua/books?id=7oqWDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=ru#v=onepage&q&f=false>

⁵ Міжнародна конвенція про обмеження відповідальності власників морських суден та Протокол підписання. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_235#Text

⁶ Міжнародна конвенція про уніфікацію деяких правил про коносамент 1924 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_221#Text

⁷ Конвенція Організації Об'єднаних Націй про морське перевезення вантажів 1978 р. (Гамбурзькі правила). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_391#Text

⁸ Конвенція Організації Об'єднаних Націй про міжнародні змішані перевезення вантажів. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_189#Text

⁹ Афіїнська конвенція про перевезення морем пасажирів та їх багажу 1974 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_094#Text

¹⁰ Шемякін О.М. Міжнародне приватне морське право. Одеса: Латстар, 2000. 271 с. С. 88.

¹¹ Шемякін О.М. Міжнародне приватне морське право. Одеса: Латстар, 2000. 271 с. С. 90.

¹² Відшкодування збитків: кому, як, у яких випадках. URL: <https://barristers.org.ua/news/vidshkoduvannya-zbytkiv-komu-yak-u-yakuh-vypadkakh/>

¹³ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>

¹⁴ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>

Резюме

Шишкін С.М. Характеристика інституту обмеженої відповідальності судновласника у міжнародному приватному морському праві.

У статті надано аналіз інституту обмеженої відповідальності судновласника у міжнародному приватному морському праві. Основна увага приділена регулюванню інституту обмеженої відповідальності судновласника відповідно до джерел міжнародного приватного морського права, а також взаємодії даного інституту з принципом повного відшкодування, який міститься у нормах чинного законодавства України. У результаті дослідження матеріалів було зроблено висновок про те, що кількість джерел міжнародного приватного морського права, якими врегульовано питання обмеження відповідальності судновласника, поступово збільшується. Це приводить до того, що постала проблема колізії норм, які повинні застосовуватися окремо та незалежно від інших норм, якими передбачено обмеження відповідальності судновласника.

Ключові слова: інститут обмеженої відповідальності судновласника у міжнародному приватному морському праві, принцип повного відшкодування, джерела, які регулюють інституту обмеженої відповідальності судновласника, обмеження відповідальності перевізників.

Резюме

Шишкін С.М. Характеристика института ограниченной ответственности судовладельца в международном частном морском праве.

В статье представлен анализ института ограниченной ответственности судовладельца в международном частном морском праве. Основное внимание уделено регулированию института ограниченной ответственности судовладельца согласно источникам международного частного морского права, а также взаимодействия данного института с принципом полного возмещения, содержащихся в нормах действующего законодательства Украины. В результате исследования материалов был сделан вывод о том, что количество источников международного частного морского права, которыми урегулирован вопрос ограничения ответственности судовладельца, постепенно увеличивается. Это приводит к возникновению проблемы коллизии норм, которые должны применяться отдельно и независимо от других норм, которыми предусмотрено ограничение ответственности судовладельца.

Ключевые слова: институт ограниченной ответственности судовладельца в международном частном морском праве, принцип полного возмещения, источники, регулирующие институт ограниченной ответственности судовладельца, ограничение ответственности перевозчиков.

Summary

Sergii Shyshykin. Characteristics of the institution of limited liability of a shipowner in private maritime law.

The article presents an analysis of the institution of limited liability of a shipowner in private international maritime law.

Limitation of liability for individual obligations within the general limitation of liability of the shipowner. They include:

- 1) limitation of the carrier's liability for the carriage of goods under the bill of lading "for a place or unit of cargo" on the basis of paragraph 5 of Art. 4 of the Convention for the Unification of Certain Rules of Bill of Lading of 1924;
- 2) limitation of the carrier's liability for the carriage of goods under the bill of lading "for loss or damage to the goods" and "for delay in delivery" on the basis of paragraph 1 of Art. 6 of the UN Convention on the Carriage of Goods by Sea;
- 3) limitation of liability of the operator of mixed transportation of goods for damages resulting from "loss or damage of cargo" or its "delay in delivery", on the basis of Art. 18 of the 1980 UN Convention on the International Carriage of Goods by Car;
- 4) limitation of the carrier's liability for the death of a passenger or infliction of bodily injury, established by Art. 6 of the Convention for the Unification of Certain Rules for the Carriage of Passengers by Sea of 1961, as well as Art. 7 of the Athens Convention relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea, 1974;
- 5) limitation of the carrier's liability for loss of or damage to hand cargo, luggage and passenger cars on the basis of Art. 8 of the Athens Convention relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea, 1974.

It is characteristic of all these conventions that the limit of liability for individual obligations may not exceed the general limit of liability of the shipowner, provided by other international treaties or national law, even if the limit of liability calculated for this obligation in accordance with the relevant convention would be higher.

Also, the existence of the principle of full compensation in the current legislation of Ukraine plays a specific role in the use of the institution of limited liability of shipowners in Ukraine.

Key words: institute of limited liability in private maritime law of shipowner, the principle of full compensation, sources of limited liability of shipowner, limited liability of carrier.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.71

A. PÉTERFALVI

Dr. Attila Péterfalvi, Ph.D., Honorary University Professor of the National University of Public Service, Faculty of Political Sciences and Public Administration, Budapest; Doctor Honoris Causa of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine, Kyiv; President of Hungarian National Authority for Data

DATA PROTECTION AND FREEDOM OF INFORMATION ON DIGITAL PLATFORMS

1. Digital platforms, online publicity, data protection limits

¹“Rapid technological development and globalisation have brought new challenges for the protection of personal data. The collection and sharing of personal data has increased significantly. Technology enables both undertakings and public authorities to use personal data to an extent greater than ever before. People are increasingly disclosing and making available personal data on a global scale. Technology has transformed both economic and social life, and increasingly facilitates the free flow of personal data within the EU and the transfer of personal data to third countries and international actors...”

Social media sites and various digital platforms expand communication opportunities and their visibility. It is important to note that only content that does not infringe the rights of others can be shared on such platforms, i.e. there are – among other things – privacy restrictions on content sharing.

According to the definitions provided in the General Data Protection Regulation (GDR), a person’s face or his image (an identified or identifiable natural person) qualifies as personal data, the creation of a photo as well as any operation, which is performed on personal data qualifies as processing, while any natural or legal person, public authority, agency or other body – even a social media platform – which alone or jointly with others determines the purposes and means of the processing of personal data qualifies as controller.

An appropriate legal basis is needed for the processing of personal data, which in most cases is the consent or permission of the data subject.

In the event of unlawful processing the private individual controller can also be called to account and he may expect to face severe legal consequences.

²The data subjects’ rights pursuant to GDPR:

- right to access (to information related to data processing),
- right to rectification,
- right to erasure (“right to be forgotten”) This may be limited, where appropriate, by the right of others to express their views freely or their right to be informed.
- rights to the restriction of processing,
- right to data portability,
- right to object.”

“It is very important that the data subject himself should be careful about his personal data, for instance, he should use data protection settings appropriately and do everything in order to prevent unauthorised persons from accessing his personal information. The Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság (Hungarian National Authority for Data Protection and Freedom of Information, hereinafter NAIH) clarified the responsibilities and possibilities of the administrator of a social media site, as well as what an injured person can do if the content shared in a social media site violates his rights. Following an inquiry into the case, NAIH may impose a hefty fine as part of its data protection procedure in the most severe cases and it may even lodge a criminal complaint.”

2. One-stop shop administration

To contribute to the uniform application of the Regulation throughout the Union, supervisory authorities shall cooperate with each other and, where appropriate, with the Commission, through the consistency mechanism.

When dealing with cross-border cases, the lead supervisory authority, which is an independent public authority established by a Member State in accordance with GDPR Article 51, takes action but it cooperates with the other supervisory authorities concerned, seeking consensus.

Forms of cooperation may include:

– supervisory authorities share relevant information and provide mutual assistance to one other and take measures to ensure effective cooperation in order to ensure uniform implementation and application of GDPR. Mutual assistance will cover, in particular, requests for information and supervisory measures, such as requests for prior authorisation and consultation, monitoring and investigation (GDPR Article 61).

– Joint operations: where appropriate, supervisory authorities carry out joint operations, including joint inquiries and joint enforcement actions, involving members or staff of supervisory authorities from other Member States.

A significant share of the cases received by the Hungarian supervisory authority in recent years have been requests for the identification of the supervisory authorities concerned and the main supervisory authorities concerned, in accordance with GDPR Article 56. A significant number of these relate to data controllers operating popular social media platforms (Facebook, Instagram) and search engines (mostly Google, occasionally Yahoo): complaints about the total or partial lack of information provided by the service provider to data subjects about the circumstances of data processing (GDPR Articles 12-13), requests for erasure (GDPR Article 17) and objections to the execution of statements of objection are common (GDPR Article 21).

The data of the European users of Facebook and the so-called Facebook products (Messenger, Instagram, WhatsApp) are processed by Facebook Ireland Ltd., because its registered office is in Ireland, therefore the General Data Protection Regulation designates the Irish data protection authority as the lead supervisory authority in inquiries against Facebook. If needed, NAIH forwards the complaints received from Hungarian users to them and it may join in the inquiries as concerned supervisory authority.

³“At the same time, substantial issues of jurisdiction have arisen not only in Hungary, but also in a number of Western democracies. Technology-based data processing operations on the Internet include some issues, whose evaluation greatly depends on the set of constitutional values of the given country; thus decision on these should not be left to the global tech giants operating on a business footing as less than fully transparent self-regulators, rather than including them under the jurisdiction of the country where the eventual infringement took place or in which its impact is strongest based on the principle of national sovereignty.

Only the bodies protecting rights acting within their constitutional powers of the given country (such as the data protection authority, the courts, the constitutional court) are authorised and called to make well-founded decisions on constitutional fundamental rights and values, in these cases the primacy of national law prevails both in the sense of substantive and procedural law (this is also acknowledged by the law of the European Union). The free opinion expressed on an Internet platform is a subject matter of the law to be protected also in the sense of data protection (if opinion is assessed as personal data) and the assessment of the constitutional right to express an opinion is generally the result of serious constitutional weighing as shown by the cases expounded above. Soon, EU law will have to find a reassuring response to this challenge.”

3. When is administration not ‘one-stop shop’?

There are exceptions where the one-stop shop administration does not apply. These include household data processing (GDPR Recital 18) and local cases, where the case may remain with the national authority after consultation with the main supervisory authority.

Pursuant to GDPR Article 66(1), where a supervisory authority concerned considers that, in exceptional circumstances, urgent action is necessary to protect the rights and freedoms of data subjects, it may adopt, without delay and for a limited period of time not exceeding three months, provisional measures with a limited duration in order to have legal effect in its own Member State. In such a case, the supervisory authority will immediately communicate such measures and the reasons for their adoption to the other supervisory authorities concerned, the Board and the Commission. (An excellent example is when the Italian supervisory authority imposed an immediate restriction on TikTok’s processing of data of users whose age cannot be established with certainty, as a provisional measure under GDPR Article 66(1). This decision was taken following the death of a 10-year-old girl in Palermo.)

4. Freedom of information

⁴“More and more people turned to NAIH in cases related to the media, the public nature of the Internet and in this context, the enforcement of the right to erasure (“to be forgotten”), so this type of cases plays a much greater and much more emphatic role than in preceding years.”

NAIH received a complaint about post-mortem data processing, in which a public figure complained that Google’s search results list URLs that contain hurtful and defamatory information about the spouse and family life of the deceased – a public figure – in violation of the right to compassion of the data subject under Civil Code Section 2:50.

In the case, the Authority contacted Google in 2017, before GDPR became applicable and the Privacy Act was amended, and Google replied informing the Authority that in their view it was not possible to submit a request for removal on behalf of deceased persons with reference to a data protection legal basis.

However, the amended Privacy Act entered into force on 26 July 2018, which:

– on the one hand, provides the data subject with the possibility, by means of a declaration made by him or her during his or her lifetime, to determine the fate of his or her personal data after death (access to data, their rectification, erasure, blocking and objection to processing);

– in addition, in the absence of such a declaration, the law gives *ex lege* the close relatives of the data subject the right to exercise their rights of rectification and, if the processing was unlawful during the data subject’s lifetime

or the purpose of the processing ceased upon the death of the data subject, the right to initiate erasure and blocking, and the right to object to the processing;

– pursuant to the provision, close relatives may not initiate the erasure of personal data whose processing was lawful during the lifetime of the data subject, unless the original purpose of the processing ceases to exist upon the death of the data subject;

– based on the law, the vesting period is 5 years after the death of the person concerned.

In view of this, NAIH has requested Google to reconsider its previous position and it has actually removed the offending URLs from the Google Search engine results list.

Therefore, it is warranted that NAIH should provide help and guidance to broader strata of society with regard to the world of the Internet, which increasingly determines our everyday life, using the instruments of publicity.

⁵⁴“Similarly to other data subject rights, the right to erasure set forth in Article 17 of the General Data Protection Regulation is not absolute, hence it can be subject to restrictions, if the appropriate guarantees are provided. Compliance with an unfounded or excessive request can be rejected, and EU or national law may also include restrictions; also, the General Data Protection Regulation specifies certain case types when the obligation to erase is not enforced: continued processing may be regarded as lawful, if it is necessary for the exercise of the fundamental rights and freedoms of others (...). One of these is the freedom of expression and the right to be informed.

The right to free expression is one of the outstanding fundamental values of a democratic constitutional state, which guarantees that the individual is able to formulate and express his ideas and opinion, thus it contributes to the free flow of various views and ideas. The freedom of expression includes the right to be informed, i.e., the freedom to receive and disseminate information and, on that basis, the user has the right to obtain, forward or publish data in the public interest or data accessible on public interest grounds using modern technologies, within the framework of the constitution.”

5. Freedom of expression – a fundamental value of the democratic state

5.1. Regulatory options to ensure freedom of expression: a data protection approach

Fundamental principles:

a. The data subject’s *opinion constitutes personal data*

GDPR Article 4:

“1. ‘personal data’ means any information relating to an identified or identifiable natural person (“data subject”); an identifiable natural person is one, who can be identified directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an on-line identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person;”

b. *Any operation* done on personal data (e.g. disclosure, erasure, restriction) constitutes processing

GDPR Article 4:

“2. ‘processing’ means any operation or set of operations, which is performed on personal data or on sets of personal data, whether or not by automated means, such as collection, recording, organisation, structuring, storage, adaptation or alteration, retrieval, consultation, use, disclosure by transmission, dissemination or otherwise making available, alignment or combination, restriction, erasure or destruction.”

c. The national legislator has a *legal obligation under EU law* to ensure and regulate the right to the protection of personal data and the right to the freedom of expression in relation to each other (including the creation of specific rules other than general rules).

GDPR Article 85:

“The right to processing personal data and freedom of expression and information

(1) Member States shall, by law, reconcile the right to the protection of personal data under this Regulation with the right to the freedom of expression and the right to information, including the processing of personal data for journalistic, scientific, artistic or literary purposes.

(2) For processing carried out for journalistic purposes or for the purposes of academic, artistic or literary expression, Member States shall provide for exemptions or derogations from Chapter II (Principles), Chapter III (Rights of the data subject), Chapter IV (Controller and processor), Chapter V (Transfer of personal data to third countries or international organisations), Chapter VI (Independent supervisory authorities), Chapter VII (Cooperation and consistency) and Chapter IX (Specific data processing situations), if these exceptions or derogations are necessary to reconcile the right to the protection of personal data with the freedom of expression and information.

(3) Member States shall notify the Commission of the provisions of law which they adopt pursuant to paragraph 2 and they shall notify it without delay of any subsequent amendment or modification affecting them.”

5.2. *De lege ferenda* (regulatory option)

The Hungarian legislator (at the level of statutory sources) lays down legal obligations applicable to data controllers (e.g. social media) as a means of exercising freedom of expression, the substantive normative content of which can be summarised in the following two points:

a. The data controller is obliged to delete (make inaccessible to the public) content (e.g. opinions) published by it, the publication of which is unlawful under the legal provisions applicable to persons subject to the jurisdiction of Hungary – typically conduct punishable under the Criminal Code.

b. The data controller shall ensure the non-discriminatory accessibility of all content not covered by point (a) in order to ensure the unhindered exercise of the freedom of expression – it shall refrain from deleting content covered by point (a) or from any restriction of its accessibility.

5.3. The consequences of the regulation outlined:

a. The normative regulation outlined above constitutes data processing based on a legal obligation – so-called “mandatory” data processing according to Hungarian legal doctrine. [GDPR Article 6(1)(c), Privacy Act Section 5(3)]

b. The conditions for mandatory data processing may be determined by the Hungarian legislator. [GDPR Article 6(3), Privacy Act Section 5(3)]

c. In the case of a Member State rule providing for mandatory data processing as outlined in point 5.2, the Hungarian data protection authority (or Hungarian court – this possibility is independent of the legal basis for the processing) has jurisdiction (competence), in which case the so-called one-stop-shop procedure does not apply. The Hungarian data protection authority has a procedural obligation in the event of a complaint received by it (see the Act on General Public Administration.). [GDPR Article 55(2) and GDPR Article 79]

d. The substantive rules applicable to the controller will be those laid down by the Hungarian legislator, irrespective of the place of establishment of the controller. This is referred to in GDPR Recital 153:

“Member States law should reconcile the rules governing freedom of expression and information, including journalistic, academic, artistic and/or literary expression with the right to the protection of personal data pursuant to this Regulation. The processing of personal data solely for journalistic purposes or for the purposes of academic, artistic or literary expression should be subject to derogation or exemption from certain provisions of this Regulation, if necessary to reconcile the right to the protection of personal data with the right to the freedom of expression and information as enshrined in Article 11 of the Charter. This should apply, in particular, to the processing of personal data in the audiovisual field and in news archives and press libraries. Therefore, Member States should adopt legislative measures, which lay down the exemptions and derogations necessary for the purpose of balancing those fundamental rights. *Member States should adopt such exemptions and derogations on general principles, the rights of the data subject, the controller and the processor, the transfer of personal data to third countries or international organisations, the independent supervisory authorities, cooperation and consistency and specific data processing situations. Where such exemptions or derogations differ from one Member State to another, the law of the Member State to which the controller is subject should apply. In order to take into account, the importance of the right to the freedom of expression in every democratic society, it is necessary to interpret notions relating to that freedom, such as journalism broadly.*

Pursuant to the relevant section of the Privacy Act [Privacy Act Section 2(5)]:

„Unless otherwise provided by an Act or a binding legal act of the European Union the provisions of this Act laid down in paragraph (2), as well as other provisions prescribed in an Act on the protection of personal data and on the conditions of processing personal data, shall apply to the processing of personal data under the General Data Protection Regulation if

a) the controller’s main establishment specified in Article 4 point 16 of the General Data Protection Regulation or its single establishment within the European Union is in Hungary, or

b) the controller’s main establishment specified in Article 4 point 16 of the General Data Protection Regulation or its single establishment within the European Union is not in Hungary, but the processing operation performed by the controller or by the processor acting on behalf of, or instructed by, the controller is related to

ba) offering goods or services to data subjects in Hungary, irrespective of whether it required payment by the data subject; or

bb) monitoring the data subject’s behaviour in the territory of Hungary.”

e. In the event of a breach of the data processing standard described above, sanctions set out in Chapters VI and VIII of GDPR apply (e.g. administrative fines, compensation for damages). [GDPR Article 82, Article 83, GDPR Recital 146]

f. In the event that the outlined standards are established, the controller may not validly derogate from their application in a contract with the data subject. [Civil Code Section 6:95 – Prohibited contract]

It follows from all of the above that the freedom of expression, as a fundamental right, should be applicable and enforceable in Hungarian fora, in accordance with the Hungarian constitutional and legal framework.

¹ Regulation (EU) 2016/679 of the EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) Recital (6).

² 2020 Annual Report of the Hungarian National Authority for Data Protection and Freedom of Information, p. 127.

³ 2020 Annual Report of the Hungarian National Authority for Data Protection and Freedom of Information, p. 128.

⁴ 2020 Annual Report of the Hungarian National Authority for Data Protection and Freedom of Information, p. 121.

⁵ 2020 Annual Report of the Hungarian National Authority for Data Protection and Freedom of Information, p. 121.

K. SZILI, F. KALMÁR

Katalin Szili, Representative of the Prime Minister for Coordination of the Hungarian Endeavours for Autonomy in Carpathian Basin Former Speaker of the National Assembly of Hungary

Ferenc Kalmár, Ministerial Commissioner Responsible for Developing Neighbourhood Policy of Hungary Former CoE Rapporteur on Minority Issues

PROPOSED BASIC PRINCIPLES FOR THE PROTECTION OF NATIONAL MINORITIES IN THE EU

At the end of the second decade of the 21st century, the European Union has to face a number of challenges. Ten per cent of its population are members of autochthonous minorities. At a Pan-European level, this is more than fifty million people: more than the population of Spain. Europe, however, is abdicating its responsibility for the fate of autochthonous minorities – in fact, on this issue it remains deeply silent. Moreover, so far, no common definition has been adopted for the concept of autochthonous minorities; that is: communities with minority status who have been living in their native lands for centuries. To use a hypothetical comparison, this situation would be similar to the legal position, rights and status of the population of a country the size of Spain being neglected by the European community. This has led to the existence of inclusions within the body of Europe with populations who are second-class citizens in the Union because they cannot freely enjoy the rights connected to identity, nor the culture of – and education in – their mother tongue that are the fulfillment of identity. Every day they have to struggle for the ability to make decisions about their own destiny and institutions, to exercise self-governance – as embodied in the fundamental principle of subsidiarity, which is so loudly voiced by the EU. This is particularly noteworthy when one considers that there are EU Member States in which decrees incorporating the principle of collective guilt are allowed to remain in force, and where aspirations for autonomy and the use of communities' distinctive symbols are considered a national security risk.

The separate consideration can be experienced mainly in connection with Central and Eastern European national minorities, albeit national communities of the EU are mostly such autochthonous communities that got into minority position through no fault of their own. Contrary to expectations, EU citizenship has not delivered them the opportunity for equal treatment: despite the prohibition of discrimination, in practice violation of this rule is neither monitored nor sanctioned, and therefore incurs no consequences.

For this reason, we have highlighted the fact that Europe remains silent, hiding behind the facade of high-sounding principles, which in reality are not followed.

At the same time, the few documents of the Council of Europe (CoE) that deal with this subject point in directions which oppose the aspirations of individual states with regard to the protection of national minorities.

On the one hand, in the Council of Europe and the European Parliament in recent years a number of resolutions and reports have been adopted on the protection of minorities, which point to the development of uniform, basic standards for the preservation of identity.

Hungarian politicians have played a pioneering role in this since two and half million Hungarians live on territories detached from the kin-state.

Following the Report of György Frunda, in Recommendation 1735 (2006), the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE) notes the following with regard to cultural and national communities: the need for their rights to be defined similarly to those of natural persons; their recognition as constituent parts of the state in question; and their legal right to preserve and foster their national identity. Beyond the requirement of collective protection and the recognition of traditional national minorities, the recommendation also refers to the need of positive discrimination – including proportional representation and employment of minorities in the economy.

In addition, following the Report of Ferenc Kalmár PACE Resolution 1985 (2014) – further refined and asserted the importance of the following: protection of minority rights; self-determination; territorial self-government arrangements; linguistic and cultural autonomy; the recognition of collective rights; and the prohibition of various forms of discrimination.

Following the Report of Rózsa Hoffmann Resolution 2196 (2018) calls on the member states to ensure the language rights of minorities; the possibility to study in their mother tongue for the entire duration of schooling; and the extension of the monitoring procedure.

In 2017 the Congress of Local and Regional Authorities of the CoE adopted a report (no. CPR33 (2017) 02final)¹ made by Anna Magyar on the existence of regional and minority languages, calling on the member states

to: comply with the provisions of the European Charter for Regional or Minority Languages (ECRML); protect linguistic diversity; and to provide resources for language education and the preservation of minority languages.

The Minority SafePack European Citizens' Initiative, launched by the DAHR/RMDSZ and FUEN, has been supported by more than one million European citizens putting numerous issues concerning national minorities to the table of European institutions in present EU policy cycle. The organizers of the Initiative have submitted the certified signatures to the European Commission on 10 January 2020 with which the procedure has begun. The Initiative has been presented before the European Parliament within three months. An important milestone has been as well that the Szekler National Council/SZNT has won a case before the Court of Justice of the EU, and because of the decision, the collection of signatures could begin for the European initiative supporting national minority regions.

In February 2018, following the initiative of MEP Pál Csáky the European Parliament (EP) adopted a resolution (2017/2937(RSP))², on protection and non-discrimination with regard to minorities in EU Member States. The resolution's aims include the following: protection of the rights of autochthonous minorities, emphasizing the EU's responsibility in this; improvement of implementation and the legal framework; an EU review of the situation in each Member State, to be conducted within one year.

On 13 November 2018, following the Report of MEP József Nagy the EP adopted Resolution 2018/2036(INI) urging for a legislative proposal on minimum standards for minorities in the EU, emphasizing the necessity of unified minority framework, including sanctions for non-compliance.

Mention must be made of the "Gross Report" and the "Schuster Report", both of which are important milestones in the European framework of "soft law" on minorities.

The Gross Report was adopted by PACE Resolution 1334 (2003) on "Positive experiences of autonomous regions as a source of inspiration for conflict resolution in Europe". According to this, autonomy is the right of national communities within a state to manage their own affairs independently, allowing minorities to exercise their rights and preserve their cultural identity. Since autonomy is an arrangement within a state, the territorial integrity and unity of the state are simultaneously guaranteed.

Resolution 1832 (2011)³ invites Member States to "respect the basic principles set out in Assembly Resolution 1334 (2003) as soon as possible" – i.e. to guarantee autonomy. Gaudi-Nagy Tamás and Ferenc Kalmár initiated the adopted amendment. The original report, produced by Marina Schuster, clarified the relationship between national self-determination and statehood. Its aim was to provide a legal framework for national minority aspirations, since the requirements of the Council of Europe's Framework Convention for the Protection of National Minorities (FCNM) are fairly loose.

The Report on the situation of fundamental rights in the European Union (2013/2078(INI)), made by Louis Michel, has to be mentioned as well dealing with the principle of non-discrimination in detail concerning the rights of national minorities as well.

However, it seems that national governments – due to the crises in Scotland, Catalonia and Ukraine – would prefer to limit these rights. Either explicitly or implicitly, they consider national minorities a centrifugal force, and consequently they are more likely to support the integration of these minorities into the majority societies.

Together with an increasing number of European politicians and representatives from minority protection institutions, we believe that it is increasingly urgent and necessary to adopt a single, binding European document obliging EU Member States to incorporate its principles into their national legislation.

The time has come to state that the EU should incorporate the principles developed in the CoE into its own rules, and implement them in practice. The CoE is a standard-setting organization, and is in fact the intellectual workshop for European democracy. As an integration organization, the EU should use these developed principles and exercise its political authority to require its Member States to implement the principles enshrined in CoE documents.

Being responsible for all European citizens, the next European Parliament cannot afford to be seen to fail in developing a framework that unites Eastern European ethnic and Western civic approaches.

Some think that the protection of national minorities should remain within the competence of nation states, because in this field there are different situations across Europe. Country-specific regulations can certainly be adopted, but the institutional system must not neglect the prescription of a set of rules which are in harmony with the basic principles, which contains binding and enforceable principles declared and adopted by the EU, and which provides a framework for country-specific measures.

If compliance with European democratic principles is expected in all other areas, then it is hard to see why the EU does not create and demand a common standard in this area – especially when one considers that if a state wants to join the EU, it also has to "take a minorities examination". (And if there is an exam to take, one may well ask why there is no follow-up; but that question might be the subject of another paper.)

First and foremost, therefore, Europe must put its own house in order in relation to its duties to its autochthonous national minorities. This should be done as a matter of urgency, before issues relating to the status of immigrant minorities lead to another source of tension in a European continent, which already faces dark clouds gathering on its horizon.

With this in mind, we propose adoption of the following principles.

1. National minorities are not a domestic issue but a European issue

European history provides evidence that the continent's political elites have been unable to adequately respond to national minority issues, which for the most part have been the main causes of political tension, conflict and

human rights violations. This is not simply a feature of the past: it is a current problem. The states and institutions of Europe must be bold in drawing attention to and dealing with the situation of autochthonous minorities.

The principal justification for this is that the issue plays a primary and extraordinarily important role in maintaining European peace and stability.

In some parts of Europe respect of national minority rights is working well, but in other parts of the continent the general situation is that the law provides national minorities with only partially protection, or none at all – thus leaving them at the mercy of the majority. Rules – both past and present – have been of limited effectiveness, and so the number of people living in autochthonous minorities has decreased significantly. At present more than 50 million people (more than 10 %) in the European Union are members of autochthonous minorities; in fact there is such a minority community in almost every Member State.

Here we wish to note a shortcoming of the present regulation, namely that it does not distinguish between autochthonous and immigrant minorities. In the interpretation of this ICCPR article⁴, the Human Rights Committee points out that, although it seems to exclude newcomers, the first phrase actually applies to all individuals within the territory of the state and subject to its jurisdiction.

It is important, however, to **distinguish between autochthonous national communities and economic immigrants and migrants. Unfortunately, in Europe there are professional and political attempts to play down the problem by merging these concepts.**

2. Citizenship and national identity are separate concepts

Citizenship does not necessarily coincide with the national identity. It can be stated that in the EU, regarding common interests and values, citizenship and national identity cannot be opposing concepts generating animosities.

In the past there was – and also sometimes today there is – an expectation from those in power that the identity of national communities living within their territories automatically coincides with citizenship. In other words, the citizen is obliged to align with the identity of the majority society, even if he or she belongs to a national minority. This has given rise to serious tensions, which are not only a source of conflict between the majority and the minority, but also endanger the peace and stability of Europe. Adopting the principle we have expressed will contribute to eliminating the tyranny of the majority. In EU Member States and candidate states, majority status must not lead to hegemony over the minority.

In his article “Citizenship and national identity”, Jürgen Habermas stated the following: “everyone should be in a position to expect that all will receive equal protection and respect in his or her violable integrity as a unique individual, as a member of an ethnic or cultural group and as a citizen, that is, as a member of a polity.”⁵

A compelling proof of the need for this claim is Transcarpathia (Ukraine), where past changes in political circumstances, overhead border shifts would compel one to change one’s identity at least five times in a lifetime.

3. The protection of national minorities is based on the right to identity

The right to identity derives from the protection of human dignity, and forms the basis for the protection of national minorities. Namely it is identity that distinguishes between communities and the cultural assets through which any given community has enriched humanity.

Article 1 of the UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities (General Assembly resolution 47/135) stipulates the following:

“1. States shall protect the existence and the national or ethnic, cultural, religious and linguistic identity of minorities within their respective territories and shall encourage conditions for the promotion of that identity.

2. States shall adopt appropriate legislative and other measures to achieve those ends.”

This of course renders assimilation unacceptable. Integration and respect for minority rights without discrimination are incompatible with assimilation.

We must point out that the protection of minorities must always comply with the following principles:

– the existential protection of members of a minority group, including provision for their livelihood and economic support,

– the prohibition of their social exclusion,

– the prohibition of discrimination against them,

– the prohibition of their assimilation.

The protection of group identity not only means that the majority society and the state show tolerance towards national minorities, but also that they value them, help to preserve their identity and protect them against the effects of assimilation. Therefore the broader society should be a positive and active supporter of the preservation of minority identity.

According to the regulation, legislation at national level in individual countries and the measures related to them must meet the stated objectives.

The need for identity protection is also confirmed by Article 5.1 of the FCNM, when it states that:

“The Parties undertake to promote the conditions necessary for persons belonging to national minorities to maintain and develop their culture, and to preserve the essential elements of their identity, namely their religion, language, traditions and cultural heritage.”

The concept of identity, used in the above regulation, relates to and is extended to persons and to communities as well.

4. In order to protect identity, both individual and collective rights are needed

A minority is more than a group of individuals. This concept also presupposes the existence of complex relationships within the community.

The concept of identity applies to both individuals and communities.

The International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) is a universal treaty that includes an explicit provision on minority rights in its Article 27: “In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, or to use their own language.”

Although this provision clearly states that it applies to individuals belonging to minority groups, the collective nature of the protected rights also appears when referring to the exercise of the rights “in community” with the other members of the group.

The oft-cited FCNM and ECRML, serving as points of reference, usually cite individual rights. The commonly used term of “persons belonging to national minorities” refers to individual rights, not collective rights. However, the collective rights of the communities must also be protected. There are European countries (Italy, Finland, Sweden, etc.) that provide collective rights for their autochthonous minorities.

Furthermore, the recognition of collective rights implies that each community can operate its own specific institutional system in accordance with its traditions.

There must also be mention of a question, which has been much discussed recently: the integration of autochthonous minorities into the majority society. The demand for this kind of integration without providing collective rights is a sure way to assimilation. **This, in turn, can generate tensions and security risks – including the potential for secessionist claims.**

Fear of the emergence of parallel societies, which is also a heated issue today, seems exaggerated. This issue can be addressed through abiding by the above principles and establishing appropriate democratic dialogue and forums for reconciliation. The “need” for integration – as voiced nowadays by many politicians – is in fact a covert attempt to achieve assimilation. Autochthonous minority communities want to integrate into Europe, but not through the “backyard” of another nation – even if that nation is considered to be the majority.

Language rights and the right to education in the mother tongue are key elements for the protection of national minorities, and constitute an important part of collective rights.

One of the most important measures the state can enact to protect a minority language is to declare it an official language (regional language) in the area where it is used. There are several such examples of good practice in European countries. In the future the desirability of this practice should be regarded as self-evident. This in turn would require a unified regulation in the European Union which all Member States should incorporate into their national legislations with binding force.

5. National minorities living in the territory of a Member State are constituent elements of that state

Throughout the history of Europe state borders have often changed, and therefore several national communities have become minorities. They are called autochthonous national minorities because for centuries they have lived in the same area, where the imprint of their culture, traditions and religion can be found. In this way, irrespective of the powers that historically have dominated those areas, they have contributed to the development of their homeland and enriched Europe’s common values and culture.

Their creation of cultural value is not at all of secondary importance. Moreover, in some areas the cultural heritage of minorities is more prevalent than that of the current majority.

In view of the above, these communities should not be called “minorities” or “co-existing minorities”, but should be referred to as “nationalities” that are constituent parts of the state in which they live. As a concept, “nationality” means that a community is part of a nation other than the majority nation. The “nationality” lives on the territory of a state having another national majority. Many nationalities – but not all – have a kin-state in Europe.

Using the concept of nationality would, on the one hand, help to distinguish autochthonous communities – that is those people who wish to live in “the pursuit of happiness”⁶ in their homeland. On the other hand, it would make it easier to recognize that their existence as autochthonous national minorities calls for their recognition in national constitutions as factors, which form the state – just as it is declared, for example, in the Fundamental Law of Hungary.⁷

Thus the European community could create a clear situation, after having opened its gates to new immigrants and made greater efforts to accommodate them than it has for its own autochthonous communities. Indeed, while Europe fails to protect communities wishing to live in their native lands from assimilation, and while it turns a blind eye to the restrictions and limitations placed on their rights, immigrants are provided with every form of moral and financial support for the practice of their religion, language and culture.

Conclusions

There is a need for a document that creates a link between specialists, researchers, sociologists and policy-makers responsible for developing regulations. The latter require a well-structured, ordered, logical and applicable theoretical body of material that can be incorporated into the European legal system. **The above-mentioned documents from the Council of Europe and the European Parliament can form the basis for this; indeed, they are centrally important and unavoidable.**

A so-called **green book** could be published containing the relevant documents on European level. The process can be followed by the publication of the so-called **white book** regarding the issue of autochthonous national minorities based on the adoption of the principles we formulated as **axioms** for the European Union's minority protection system and constituting the basis of a compulsory and unified European regulation for EU Member States.

These are the basis on which the principles outlined in the Gross Report must be built; even after 15 years, those principles remain without outcomes, continuation, impact – and, most of all, wide application. Therefore, it is worth recalling them here.

The Report calls on governments to respect the following basic principles when granting the status of autonomy:

- negotiated agreement,
- the principle of reciprocity,
- the principle of coordination and cooperation,
- the principle of constitutional regulation,
- participation in decision-making,
- elected authorities,
- the principle of providing funds,
- the principle of the establishment of a conciliation mechanism and support for the negotiation process,
- the principle of protecting minority rights.

The concept of the nation state may be redefined in connection with the above, considering that the era of exclusionist nation states is at an end.

Acceptance of the above principles and **axioms** is a basic condition for the creation of a new *Pax Europaea*, which will provide an opportunity for Europe to redefine itself in a global world while preserving its core values. Only legally binding legislation based on this agreement can bring true equality between nations, parts of nations, and nationalities in Europe.

¹ <https://rm.coe.int/regional-and-minority-languages-in-europe-today-current-affairs-commit/168075c431>

² [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2017/2937\(RSP\)\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2017/2937(RSP)))

³ “National sovereignty and statehood in contemporary international law: the need for clarification” <https://www.refworld.org/pdfid/4e608a092.pdf>

⁴ General comment No. 23. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 26 April 1994.

⁵ http://www.jura.uni-bielefeld.de/lehrstuehle/davy/wustldata/1994_Bart_van_Steenbergen_The_Condition_of_Citizenship_OCR.pdf page 24

⁶ United States Declaration of Independence https://en.wikipedia.org/wiki/Life,_Liberty_and_the_pursuit_of_Happiness

⁷ “We proclaim that the nationalities living with us form part of the Hungarian political community and are constituent parts of the State.” (Preamble).

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.73

УДК 347.77

Т.О. СТРИЙ

*Тетяна Олександрівна Стрій, студентка магістратури Київського університету права НАН України**

ПРАВА ТА ОBOB'ЯЗКИ ВОЛОДІЛЬЦЯ ПРАВ НА КОМЕРЦІЙНУ ТАЄМНИЦЮ

Постановка проблеми. В умовах сучасної жорсткої конкуренції, а також негативних внутрішніх і зовнішніх факторів, суб'єкти господарювання вимушені створювати відповідні механізми захисту економічних інтересів, серед яких значне місце займає комерційна таємниця. Питання охорони права суб'єктів господарювання на комерційну таємницю та захист від конкурентної розвідки стають все більш актуальними унаслідок загострення форм конкурентної боротьби, що часто призводить до неправомірного використання відомостей, які є комерційною таємницею, для нанесення шкоди конкуренту. Тому обрана тема дослідження є досить актуальною в сучасних умовах.

Формулювання мети статті. Мета статті полягає у визначенні обсягу прав та обов'язків володільця на комерційну таємницю.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню проблем способів захисту комерційної таємниці приділили увагу такі вчені, як: Г.О. Андрощук, Ю.В. Носік, Н.О. Попова, О.М. Рим, С.Є. Жилинський, О.П. Орлюк, М.В. Паладій, М.В. Мироненко, В.О. Жаров, О.Б. Бутнік-Сіверський.

Виклад основного матеріалу. Захист інтелектуальної власності у підприємницькій діяльності є важливою основою та умовою розвитку інновацій, вдосконалення економічних процесів, технологій, запровадження нових досягнень у комерційну практику. Захист комерційної таємниці полягає у тому, щоб стимулювати розвиток у тих сферах, де патентний захист є неможливим або слабким.

Таємна комерційна інформація є важливою і цінною для її володільця і потребує значного правового захисту, який би запобігав розповсюдженню такої таємниці без згоди власника іншим особам.

Особа, яка володіє комерційною інформацією, буде намагатися її зберегти від розповсюдження, оскільки наслідки, які можна отримати, можуть негативно відбитися на підприємницькій діяльності. На сучасному етапі жорсткої ринкової конкуренції захист будь-якої інформації є дуже важливим аспектом, адже це забезпечує створення справжньої ринкової економіки і дотримання чесної та здорової конкуренції. Як справедливо зазначається в літературі: «Забезпечення правової захищеності вітчизняної науково-технічної продукції сприяє підтримці національної, в тому числі економічної й технологічної безпеки. Надійна правова охорона результатів інтелектуальної практики – найбільш ефективний засіб боротьби проти промислового шпигунства, вона сприяє захисту прав авторів й власників науково-технічних результатів»¹.

Визнання інформації комерційною таємницею та використання можливостей правового режиму її охорони дає змогу:

1. Здійснити та забезпечити охорону об'єктів інтелектуальної діяльності, яким відповідно до закону передбачена реєстрація, до моменту здійснення самої реєстрації (наприклад, отримання патенту є доволі довготривалим процесом, тому така інформація потребує збереження та нерозголошення, поки на неї не буде поширюватися патентна охорона).

2. Забезпечити охорону тих результатів інтелектуальної діяльності, які є комерційно цінними, але з певних причин на них не може поширюватися правова охорона, відповідно до законодавства про суміжні права та промислову власність. Багато об'єктів взагалі не мають патентної охорони, так як немає новизни винаходу (наприклад, бази даних, списки клієнтів). У них відсутня новизна, але дані об'єкти є комерційно цінними, тому на них може поширюватися режим комерційної таємниці.

3. Вибрати легший та більш бюджетний метод захисту комерційно цінних результатів інтелектуальної діяльності шляхом поширення на відповідну інформацію режиму комерційної таємниці.

© Т.О. Стрій, 2021

* *Tetiana Strii, student of Master's degree division of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

4. Створити довготривалий захист конфіденційної інформації. Будь-яка патентна охорона надається на певний період часу, після спливу якого будь-хто може використовувати патентну інформацію на власний розсуд та за своїм бажанням (наприклад, охорона комерційної таємниці триває настільки довго, наскільки зберігаються умови існування режиму комерційної таємниці, хоча б і вічно)². Значення захисту комерційної таємниці для захисту продуктів інтелектуальної власності, під час здійснення господарської діяльності полягає у тому, що:

– вона стимулює та підвищує ефективність і розвиток підприємницької діяльності. Коли відсутня правова охорона комерційної таємниці, то таким чином гальмується розвиток ноу-хау, запровадження новаторських рішень, якісний розвиток економіки тощо;

– допомагає зменшити невиробничі витрати суб'єктів підприємницької діяльності на фізичну охорону конфіденційної інформації у вигляді таких захисних методів, як, наприклад, матеріальні перешкоди або шифрування. Правова охорона комерційної інформації є більш дієвою та ефективною, оскільки є чітко визначеною та закріпленою в законодавстві;

– зменшує кількість ризиків ведення підприємницької діяльності, пов'язаних з недостатньою надійністю трудових договорів, у яких відсутнє застереження про нерозголошення відомостей, які стали їм відомі під час виконання своїх трудових обов'язків (це зменшує можливість «викрадення» комерційної інформації конкурентами)³.

Виходячи із вищезазначеного, можна сказати, що створення надійних механізмів та закріплення правових основ є важливим аспектом для забезпечення здорової та чесної конкуренції при здійсненні господарської діяльності в Україні.

У ст. 505 Цивільного кодексу України зазначається: «1. Комерційною таємницею є інформація, яка є секретною в тому розумінні, що вона в цілому чи в певній формі та сукупності її складових є невідомою та не є легкодоступною для осіб, які звичайно мають справу з видом інформації, до якого вона належить, у зв'язку з цим має комерційну цінність та була предметом адекватних існуючим обставинам заходів щодо збереження її секретності, вжитих особою, яка законно контролює цю інформацію. 2. Комерційною таємницею можуть бути відомості технічного, організаційного, комерційного, виробничого та іншого характеру, за винятком тих, які відповідно до закону не можуть бути віднесені до комерційної таємниці». На сьогоднішній день, перелік відомостей, на які не може поширюватись правовий режим комерційної таємниці, визначений не у законі, а в постанові Кабінету Міністрів України від 9 серпня 1993 р. № 611 «Про перелік відомостей, що не становлять комерційної таємниці». Відповідно до постанови комерційною таємницею не може бути така інформація:

– відомості, які необхідні для здійснення обчислення для сплати обов'язкових платежів та податків;

– дані про кількість працівників, їхню заробітну плату, а також кількість вільних робочих місць;

– відомості про сплату податків та інших обов'язкових платежів;

– інформацію, якщо під час здійснення господарської діяльності відбувається забруднення навколишнього середовища, не дотримуються безпечні умови праці та відбувається реалізація продукції, яка завдає шкоди здоров'ю людини, а також про усі інші порушення та розмір завданих збитків під час здійснення такої діяльності;

– відомості про платоспроможність суб'єкта господарювання;

– інформацію про участь посадових осіб в спілках, кооперативах та інших організаціях, які здійснюють господарську діяльність;

– дані, які відповідно до законодавства підлягають обов'язковому оголошенню та не можуть становити комерційну таємницю;

– інформація за всіма встановленими формами державної звітності⁴.

Ознаки та особливості комерційної таємниці класифікуються на декілька груп:

- 1) ті, що характеризують властивості самого об'єкта;
- 2) ті, що стосуються умов його правової охорони;
- 3) інші.

1. Нематеріальність. Комерційній таємниці властиві усі риси нематеріального об'єкта. Мається на увазі, що важливою є сама інформація, яка являє собою комерційну таємницю, а не спосіб її зовнішнього вираження.

Результат інтелектуальної діяльності. Не обов'язково, щоб інформація, яка є комерційною таємницею, була результатом творчої діяльності (тому що остання завжди являє собою створення нового об'єкта), оскільки це є потрібним та обов'язковим для винаходу.

Конфіденційність інформації, що становить комерційну таємницю. Інформація, на яку поширюється правовий режим комерційної таємниці, є різновидом, конфіденційної інформації. Закон України «Про інформацію» за режимом доступу поділяє її на два види:

1) відкрита інформація;

2) інформація з обмеженим доступом, яка у свою чергу також поділяється на:

– конфіденційна (інформація, яка знаходиться у власності, користуванні або розпорядженні у чітко визначеному колі юридичних чи фізичних осіб і може поширюватися відповідно до їхнього бажання та визначених ними підстав;

– таємна інформація (відомості, які становлять державну таємницю, розголошення, яких може завдати негативних наслідків людині, суспільству та національній безпеці). Відповідно до даної класифікації, інформацію, яка становить комерційну таємницю можна віднести до двох видів. Тому, на нашу думку, Закон України «Про інформацію» потрібно переглянути в тій частині, де класифікується інформація, яка має обмежений доступ.

2. Ознаками, які стосуються умов правової охорони комерційної таємниці, є: оборотоздатність, відсутність загальновідомості, відсутність загальної доступності, відсутність потреби в реєстрації.

Відсутність загальновідомості. Означає те, що інформацією володіє обмежене і чітко визначене коло осіб, не обов'язково, щоб це була одна людина. Тобто однією інформацією, або схожою, можуть володіти декілька осіб, але головним і визначальним є те, що коло цих осіб було обмеженим. Дана ознака також виконує функцію виокремлення предмета, оскільки це є важливим для його економічного обороту. Саме незагальновідомість є вихідною для встановлення охорони змістовного об'єкта, яким є комерційна таємниця, за відсутності його спеціальної реєстрації. Дана ознака також показує особливості суб'єктів, які володіють комерційною таємницею.

По-перше, змістовний нематеріальний об'єкт може бути створений декількома незалежними одна від одної особами, і якщо відсутня реєстраційна система закріплення права на цей об'єкт, то початкове право володіння на нього може бути закріплене за декількома особами.

По-друге, якщо право на нематеріальний об'єкт закріплене за декількома особами, то на такий об'єкт не може поширюватися право авторства. Ні один із суб'єктів не може мати права авторства, так як абсолютне право може отримати тільки одна людина. Головною умовою отримання первинних прав на об'єкт охорони є не авторство, а наявність ресурсів, за допомогою, яких було отримано даний результат, тобто ці виключні права закріплюються за суб'єктом, в особисту сферу якого входить цей матеріальний, кадровий, організаційний та інший ресурс.

По-третє, первинним володільцем прав на комерційну інформацію може бути і юридична особа, а не тільки фізична. Розвиває попередню умову ознака відсутності загальнодоступності інформації, яка становить комерційну таємницю. Це означає, що не кожна особа має вільний доступ до такої інформації. А особи, яким надано право на отримання такої інформації, повинні не розголошувати її. Саме з цією особливістю можна підв'язати вимогу до правоволодільця проводити необхідні заходи для зберігання секретності, конфіденційності інформації та незагальновідомості⁵. Дані методи можуть мати різноманітний характер:

1) працівники та посадові особи під час виконання своїх трудових обов'язків зобов'язані дотримуватись службової таємниці; особам, яким надано доступ до службової таємниці, повинно бути повідомлено про обов'язок не розголошувати відомості, які стали їм відомі, а також попередити про відповідальність, яку несе особа в разі розголошення таких відомостей;

2) правоволодільець з контрагентами, з якими він укладає контракт і передає їм конфіденційну інформацію, зобов'язаний закріпити їх обов'язок не розголошувати і не передавати дану інформацію, і попередити, що деякі відомості становлять комерційну таємницю;

3) правоволодільець зобов'язаний вживати необхідні заходи та методи для того, щоб запобігти несанкціонованому доступу третіх осіб до конфіденційної інформації, наприклад, перешкоджати промисловому шпіонажу.

Оборотоздатність об'єкта означає те, що він є комерційно цінним. Таким чином, це дає можливість отримати від нього економічну вигоду після того, як він буде введений в оборот. Інакше кажучи, оборотоздатність являє собою значення інформації, для положення правоволодільця на ринку, тобто її корисність. Передумовами оборотоздатності є незагальновідомість та загальнодоступність. Особливістю наведених передумов є те, що відсутня спеціальна процедура, яка встановлює їх наявність, тобто перевірка відбувається тільки тоді, коли право на комерційну таємницю заперечувалось або було порушено. Інформація, яка є комерційною таємницею, не вимагає офіційного визнання її охороноздатності чи забезпечення інших процедур для того, щоб на неї поширилась правова охорона. Але це не дає підстави для того, щоб була повна відсутність потреби для фіксації нематеріального об'єкта на матеріальному носії, насамперед це необхідно для того, щоб врегулювати суперечки, які можуть виникнути в процесі здійснення господарської діяльності. Тому такі відомості мають бути збережені та зафіксовані на матеріальному носії (відео, фото, звукозапис, електронна форма).

Необмеженість строку її захисту. Охорона комерційної таємниці триває настільки довго, наскільки зберігаються умови існування режиму комерційної таємниці, хоча б і вічно.

Універсальність. Якщо порівнювати з іншими об'єктами інтелектуальної діяльності, (наприклад, винахід, торгова марка, промисловий зразок є чітко визначеним результатом творчої діяльності), а до комерційної таємниці можна віднести різноманітні відомості технічного, організаційного, комерційного та виробничого характеру⁶.

Права та обов'язки володільця прав на комерційну таємницю. Однією з функцій інституту виключних прав (інтелектуальної власності) є встановлення правового режиму стосовно результатів інтелектуальної діяльності. Дана функція здійснюється методом закріплення за правоволодільцем виключних прав на об'єкт інтелектуальної власності. Основними правами правоволодільця на комерційну таємницю є:

- право на власний розсуд використовувати відомості, які становлять комерційну таємницю;
- право розпорядитися цим правом на використання;

– право на розголошення відомостей, які становлять комерційну таємницю;
– право захисту прав на комерційну таємницю (тобто правоволоділець у межах закону може перешкоджати незаконному збиранню, поширенню або розголошенню інформації, яка становить комерційну таємницю).

Право на використання комерційної інформації включає в себе і ті ж дії, що визначені для інших об'єктів права інтелектуальної власності. Правоволоділець на комерційну таємницю може використовувати її на власний розсуд, будь-яким законним методом. Винятком є лише те, якщо це право за договором було передане іншій особі. Використання комерційної таємниці – це застосування її корисних властивостей в організаційних, виробничих, технічних та інших цілях, зокрема для продажу товарів чи реалізації послуг.

Право розпорядитися правом використання комерційної таємниці впливає з особливостей використання виключних прав взагалі, під якими, на відміну від використання об'єктів речового права власності, розуміється не лише використання об'єктів цих прав самим правоволодільцем, а й надання дозволу на вчинення відповідних дій з використання третіми особами. Об'єктом цієї правомочності (на відміну від об'єкта використання) є не сама комерційна таємниця, але саме право на неї. Існують дві форми такого розпорядження: 1) передача права, його відчуження, коли право у попереднього правоволодільца припиняється і виникає у нового володільца; 2) надання права використання, тобто дозвіл використовувати комерційну таємницю, що здійснюється шляхом видачі ліцензії (укладення ліцензійного договору), коли весь обсяг прав, що залишається за межами ліцензії, зберігається у правоволодільца-ліцензіара.

Право розкрити комерційну таємницю є унікальним для комерційної таємниці та не характерне для інших об'єктів виключних прав. Дана правомочність також здійснюється у таких формах:

1) правоволоділець може оголосити відомості, що становлять комерційну таємницю, обмеженому колу осіб на умовах конфіденційності (але комерційна таємниця охороняється і зберігається надалі);

2) правоволоділець може оголосити конфіденційну інформацію серед невизначеного кола осіб, тобто зробити таку інформацію загальнодоступною і відкритою (у такому випадку припиняється правова охорона комерційної таємниці, оскільки вона втрачає свою дію).

Одна із характерних рис виключних прав на комерційну таємницю є те, що їй може бути властива множинність правоволодільців. Наприклад, особа, яка на передбачених законом підставах та незалежно від інших осіб стала володільцем комерційної таємниці, набуває самостійних виключних прав на відповідні відомості. Це означає, що правоволоділець незалежно від інших може використовувати і розпоряджатися відомостями, які становлять комерційну таємницю, на законних підставах (наприклад, поширити її або зробити відкритий режим доступу до неї)⁷.

Виникнення та припинення прав на комерційну таємницю. Правову природу прав на комерційну таємницю можна вдало висвітлити, якщо охарактеризувати умови виникнення та припинення права на комерційну таємницю. Якщо брати до уваги матеріальні об'єкти, то на них поширюється презумпція існування абсолютного права на річ та належність даного права володільцеві об'єкта, що не можна сказати про нематеріальні об'єкти, для них є характерним зворотна презумпція, тобто відсутнє абсолютне право на результат творчої діяльності та існування свободи його використання. Наприклад, якщо для обмеження абсолютного права на матеріальний об'єкт мають бути передбачені законом підстави, то для нематеріальних об'єктів такі умови необхідні для закріплення абсолютних прав. Оскільки нематеріальні об'єкти у просторі необмежені, їхніми корисними властивостями може користуватися необмежене коло осіб. Відповідно, свободу такого використання виключають або обмежують спеціальні юридичні конструкції – авторське право, патентне право, правила про дотримання таємниці особистої сфери, режим комерційної таємниці тощо. Якщо ці винятки відсутні, то тоді діє загальне правило свободи використання нематеріального об'єкта. Це можна вдало висвітлити на прикладі саме охорони, комерційної таємниці, або, іншими словами, охорони комерційної інформації, на яку розповсюджується режим комерційної таємниці, якщо проаналізувати режим правової охорони комерційної таємниці з погляду обмеження гарантованого Конституцією України права на інформацію («право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб – на свій вибір» – ч. 2 ст. 34 Конституції). Так, згідно з ч. 3 ст. 34 Основного Закону, здійснення права на інформацію може бути обмежене законом, зокрема, «для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно». Дана стаття також перекликається із ст. 302 ЦКУ в якій зазначено, що не допускається збирання та розповсюдження інформації, що є державною таємницею або конфіденційною інформацією юридичної особи. Також прикладом обмеженого права на інформацію є заборона розповсюдження, отримання, та збирання відомостей про приватне життя особи, якщо вона не давала на це згоду⁸.

Дані характеристики визначають процес закріплення права на комерційну таємницю. Наприклад, у авторському праві умовою виникнення права на результати інтелектуальної діяльності є право авторства, а для комерційної таємниці його не існує. Як зазначено в ст. 506 ЦКУ: «Майнові права інтелектуальної власності на комерційну таємницю належать особі, яка правомірно визначила інформацію комерційною таємницею, якщо інше не встановлено договором». В юридичному сенсі творці комерційної таємниці не мають права авторства, їх персональний склад узагалі може бути не визначений, а комерційна таємниця не обов'язково повинна бути об'єктом творчої діяльності. Якщо фізична особа створила комерційну таємницю не за трудовим договором, а цивільно-правовим, то вона вважається первинним володільцем права на неї. Якщо комерційна таємниця була створена особою в процесі виконання трудових обов'язків, то працедавцю належить первинне право на комерційну таємницю (оскільки він є власником матеріального та кадрового ресурсу), за допомогою якого було створено комерційну таємницю. Якщо особа створила комерційну таємницю

на підставі цивільно-правового договору, то первинне право належить цій особі, а якщо передається замовнику, то воно є похідним. І в такому випадку майнові права на комерційну таємницю будуть також належати замовникові.

Моментом виникнення прав на комерційну таємницю можна вважати момент вжиття особою, яка законно контролює інформацію, заходів для її збереження. При цьому права виникають лише в разі одночасної відповідності інформації та вжитих заходів іншим передбаченим ЦКУ ознакам комерційної таємниці (секретність, комерційна цінність, адекватність вжитих заходів охорони). Оцінка цієї відповідності здійснюється при вирішенні спору щодо наявності прав на комерційну таємницю.

Моментом припинення прав на комерційну таємницю слід вважати момент закінчення існування сукупності ознак комерційної таємниці.

Висновки. На сьогоднішній день недостатньо тільки володіти інформацією, важливо також зберегти і не втратити її, адже її втрата може привести до збитків, а в деяких випадках – і до банкрутства. Інформація суб'єкта господарювання є об'єктом права власності. Від рівня захищеності інформації залежить ефективність підприємницької діяльності. В умовах жорсткої конкуренції дуже важливо зберегти інформацію, щоб вона не стала власністю конкурентів. Уся інформація поділяється на три категорії: державна таємниця, некомерційна таємниця, комерційна таємниця. Відомості, що становлять державну таємницю, прописані у відповідному наказі Служби безпеки України⁹. Відомості, що не можуть становити комерційну таємницю, перелічені у постанові Кабінету Міністрів України. До комерційної таємниці слід віднести інформацію, яка повинна мати конфіденційний характер, тобто бути невідомою третім особам (це може бути будь-яка технічна організаційна та інша документація, від якої залежить ефективність ведення бізнесу. Важливо зазначити, які відомості є комерційною таємницею і підлягають захисту. Такими відомостями можуть бути: рівень прибутку і цінова політика, відомості про укладені або заплановані контракти, винаходи та раціоналізаторські пропозиції, власні аналітичні огляди ринку, маркетингові дослідження¹⁰.

Важливим моментом також є те, що суб'єктам підприємницької діяльності необхідно підготувати певний пакет документів, які можуть зберегти комерційну таємницю від розголошення. Ними можуть бути:

- положення про конфіденційну інформацію, яка є комерційною таємницею;
- пам'ятка про нерозголошення комерційної таємниці;
- договір про нерозголошення та захист конфіденційної інформації, яка є комерційною таємницею;
- журнал обліку доступу до комерційної таємниці.

Існування вказаного пакета документів разом з отриманими доказами неправомірного використання комерційної таємниці є правовими підставами для захисту підприємством і підприємцем своїх порушених прав. У тому числі відшкодування понесених збитків або ініціювання притягнення винних осіб до відповідальності.

¹ Порівняльне патентне право і захист комерційної таємниці / уклад. О.Я. Трагнюк. Харків, 2010. 214 с. URL: http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/DEKRET/rab_ctrl.htm

² Носік Ю.В. Юридична природа прав на комерційну таємницю в Україні. *Право України*. 2006. № 3. С. 126.

³ Попова Н.О. Поняття комерційної таємниці як об'єкта права інтелектуальної власності в законодавстві України. *Форум права*. 2014. № 2. С. 368.

⁴ Про перелік відомостей, що не становлять комерційної таємниці: постанова Кабінету Міністрів України від 09.08.1993 р. № 611. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/611-93-%D0%BF>

⁵ Рим О.М. Деякі аспекти захисту прав роботодавця на комерційну таємницю. *Університетські наукові записки*. 2009. № 2. С. 135–138. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2009_2_24

⁶ Жилинский С.Э. Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности): учеб. для вузов / предисл. проф. В.Ф. Яковлева. 5-е изд., перераб. и доп. Москва: Норма, 2009. 928 с.

⁷ Орлюк О.П., Андрощук Г.О., Бутнік-Сіверський О.Б. Право інтелектуальної власності. Київ: Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. 696 с.

⁸ Паладій М.В., Мироненко Н.М., Жаров В.О. Право інтелектуальної власності. Київ: Парламентське вид-во, 2006. 432 с.

⁹ «Про державну таємницю: Закон України від 1.03.2005 р. Київ: Парламентське вид-во, 2005. 35 с.

¹⁰ Коссак В.М., Якубівський І.Є. Право інтелектуальної власності. Київ: Істина, 2007. 206 с.

Резюме

Стрій Т.О. Права та обов'язки володільця на комерційну таємницю.

У статті визначено права та обов'язки володільця на комерційну таємницю. Було здійснено теоретичний аналіз визначення терміна «комерційна таємниця», встановлено ознаки комерційної таємниці, розкрито значення комерційної таємниці для охорони результатів інтелектуальної діяльності в процесі комерційної діяльності суб'єктів господарювання:

Ключові слова: комерційна таємниця, права та обов'язки правоволодільця на комерційну таємницю, захист права інтелектуальної власності, інформація.

Резюме

Стрій Т.А. Права и обязанности владельца на коммерческую тайну.

В статье определены права и обязанности владельца на коммерческую тайну. Был осуществлен теоретический анализ определения термина «коммерческой тайны», установлены признаки коммерческой тайны, раскрыто значение коммерческой

тайны для охраны результатов интеллектуальной деятельности в процессе коммерческой деятельности субъектов хозяйствования.

Ключевые слова: коммерческая тайна, права и обязанности правообладателя на коммерческую тайну, защита прав интеллектуальной собственности, информация.

Summary

Tetiana Strii. Rights and obligations of the owner of a trade secret.

With the transition to large-scale commodity production, competition has developed significantly. Competition in all countries is consciously used as one of the effective forces of economic and social progress. It is known that competitors in the struggle for the market often resort to the use of illegal means in this struggle. This illegal activity is becoming quite threatening, causing great damage to the economy of any country. Given the methods used by rivals in competition, competition can be divided into fair and unfair. The issue of protection of trade secrets is quite relevant at the present stage of economic development of Ukraine.

This is explained by the fact that in Ukraine various forms of entrepreneurial activity are developing rapidly, which lead to aggravation of competitive relations. Experience shows that state intervention in the economy in the form of regulation of competitive relations is an integral and necessary component of a modern market economy. Protection from illegal collection, disclosure and use of trade secrets in Ukraine is provided by the Law of Ukraine "On Protection against Unfair Competition" of June 7, 1996.

According to Art. 37 of the CCU, the commission of actions defined as illegal collection, disclosure and use of trade secrets determines the disciplinary, administrative, civil or criminal liability of the guilty persons of economic entities in cases provided by law.

Therefore, based on the above, it can be noted that a trade secret is information of any nature (technical, production, organizational, commercial, financial and other), including secrets of production (know-how) that meet the requirements of the Law, in respect of which trade secret mode is set. Information constituting a trade secret is the property of the business entity or is in its possession, disposal and use within the limits established by the owner and the law.

It is necessary to determine what information and by what measures should be protected from disclosure. The composition of the information subject to protection in the mode of a trade secret, and the measures necessary for preservation of its confidentiality, are fixed in the Provision on the trade secret of the organization. Regulations on trade secrets are approved by order of the head of the organization and brought to the notice of employees.

The legislation establishes a list of information that cannot be protected in the mode of commercial secrecy. For example, a trade secret may not be information contained in the company's charter, as well as information about the company's violation of the law.

An important point is that trade secrets do not include information that is the object of exclusive rights to the results of intellectual activity. Also, the obligation not to disclose the employer's trade secret must be imposed on the company's employees. Otherwise, the head of the company will be responsible for the disclosure of trade secrets. The important point is that the head of the organization is personally responsible for creating the necessary conditions to ensure the preservation of trade secrets. The manager's obligation to maintain trade secrets must be stipulated in the contract with the manager.

In contrast to civil law, labor law takes into account only the actual damage when determining the amount of damage, and lost profits are not taken into account. The exception is the case of injury not in the performance of duties. Also, it should be noted that the disclosure of trade secrets is an intentional crime committed with direct or indirect intent. The qualifying features of the analyzed corpus delicti are selfish or other personal interest.

The only real guarantee is the trusting nature of the relationship between the counterparties and the economic interest of the recipient of information in the strict fulfillment of contractual obligations.

Key words: trade secret, rights and obligations of the right holder to trade secret, protection of intellectual property rights, information.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2021.74

УДК 343.851

Д.О. СУХОВ

*Дмитро Олександрович Сухов, студент Київського університету права НАН України**

ORCID: 0000-0002-0481-8622

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРІВ ПРО СТВОРЕННЯ І ВИКОРИСТАННЯ ОБ'ЄКТІВ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Постановка проблеми. У наш час, особливо враховуючи вибух пандемії коронавірусу та перехід багатьох професій на дистанційну форму, авторське право та його об'єкти якніколи потребують введення новин у законодавство та особливої уваги до охорони та захисту прав їх суб'єктів.

Договори у сфері інтелектуальної власності є порівняно новими в системі договірних зобов'язань, що зумовлює необхідність подальшого їх дослідження та виявлення проблем застосування чинного законодавства в певних умовах.

© Д.О. Сухов, 2021

* *Dmytro Sukhov, student of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

Дослідження цих нових умов є неймовірно важливою частиною правового розвитку і еволюції України для досягнення нових стандартів у сфері інтелектуальної власності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Створення і використання об'єктів авторського права було предметом наукових досліджень багатьох вчених, таких як: В.В. Заборовський, Ж.В. Завальная, О.Є. Аврамова, А.О. Кодинця, Ю.О. Заїка, О.А. Підпригора, І.В. Савельєва, Є.П. Гаврілов, А.А. Кетрарь, Т.М. Вахонєва, Є.П. Гаврілов, М.І. Брагінський, М.Я. Красавчиков, Н.Л. Клик, Н.В. Макаганова, Д.І. Мейер, Є.О. Харитонов, О.І. Харитонова та ін. Водночас сучасний стан наукової розробки проблеми створення і використання об'єктів авторського права зумовлений недостатністю обґрунтування теоретичних напрацювань, що свідчить про те, наскільки актуальною є дана тема.

Формулювання мети статті. Мета дослідження полягає у тому, щоб на підставі аналізу міжнародного та національного законодавства, практики його застосування, доктринальних підходів, наукових положень здійснити поглиблений аналіз сутності та специфіки авторсько-правових договорів.

Виклад основного матеріалу. Конституція України передбачає, що кожний громадянин має право на результати своєї інтелектуальної творчої діяльності; ніхто не може використовувати їх без його згоди¹. Водночас успішне забезпечення захисту прав автора вимагає несуперечності й узгодженості системи чинних правових норм, які регулюють авторські відносини. У зв'язку із цим конституційні положення про охорону й захист авторських прав в Україні підкріплені законодавчими актами, які регулюють авторське право та суміжні права, зокрема, Цивільним кодексом України, Законами України «Про авторське право та суміжні права», «Про видавничу справу» та іншими. Регламентують охорону й захист авторського права також міжнародні нормативні акти – Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів (1886 р.), Всесвітня конвенція про авторське право (1952 р.), Конвенція про заснування Всесвітньої організації інтелектуальної власності (1967 р.).

Насамперед потрібно розібратися, що являє собою об'єкт авторського права та розглянути його у контексті загальнотеоретичної проблеми об'єкта права. Об'єктом цивільних правовідносин є певні блага матеріального та (або) нематеріального характеру, які тісно пов'язані із суб'єктом, щодо яких складаються цивільні правовідносини. Природа того, що може бути об'єктом авторського права, визначена таким чином: «Захист авторського права поширюється на вислови, а не на ідеї, процедури, способи дії або математичні концепції як такі» або «Охорона авторських прав поширюється на форму вираження, а не на ідеї, процеси, методи діяльності або математичні концепції як такі». І, нарешті, відповідно до ст. 433 ЦК України, ст. 8 Закону України «Про авторське право і суміжні права» об'єктами авторського права є твори^{2,3}.

Творами, що безпосередньо зазначені у законі, є: літературні письмові твори белетристичного, публіцистичного, наукового, технічного або іншого характеру (книги, брошури, статті тощо); виступи, лекції, промови, проповіді та інші усні твори; комп'ютерні програми; бази даних; музичні твори з текстом і без тексту; драматичні, музично-драматичні твори, пантоміми, хореографічні та інші твори, створені для сценічного показу, та їх постановки; аудіовізуальні твори; твори образотворчого мистецтва; твори архітектури, містобудування і садово-паркового мистецтва; фотографічні твори, у тому числі твори декоративного ткацтва, кераміки, різьблення, ливарства, з художнього скла, ювелірні вироби тощо; ілюстрації, карти, плани, креслення, ескізи, пластичні твори, що стосуються географії, геології, топографії, техніки, архітектури та інших сфер діяльності; сценічні обробки творів і обробки фольклору, придатні для сценічного показу; похідні твори; збірники творів, збірники обробок фольклору, енциклопедії та антології, збірники звичайних даних, інші складені твори за умови, що вони є результатом творчої праці за добором, координацією або упорядкуванням змісту без порушення авторських прав на твори, що входять до них як складові частини; тексти перекладів для дублювання, озвучення, субтитрування українською та іншими мовами іноземних аудіовізуальних творів; інші твори.

Відкритість переліку охоронюваних авторським правом творів зумовлена тим, що з розвитком нових технологій з'являються нові об'єкти авторського права. Разом із тим неможливо не погодитися з думкою багатьох вчених про те, що будь-які заяви про невичерпний характер переліку об'єктів авторського права не мають правових наслідків, тобто для того, щоб конкретний об'єкт авторського права мав належну правову охорону, він повинен бути чітко вказаний у законі, в іншому випадку його охорона може залежати тільки від аргументів позивача і відповідача у судовому процесі. Поняття «об'єкт авторського права» і «твір» не тотожні, більш широке за суттю поняття «твір».

Наявність твору – обов'язкова умова авторсько-правової охорони. Чинне законодавство не містить визначення поняття твору, хоча вказує на ті критерії, яким він повинен відповідати, щоб користуватися правовою охороною. Згідно з законом авторські права поширюються на твори у галузі науки, літератури і мистецтва, які є результатом творчої діяльності. Законом охороняються як оприлюднені, так і не оприлюднені, як завершені, так і не завершені твори, незалежно від їх призначення, жанру, обсягу та мети, що існують у будь-якій об'єктивній формі. Не зважаючи на відсутність визначення твору у законі, дане поняття неодноразово обговорювалося науковцями.

Твір як об'єкт авторського права – творчий продукт нематеріального виробництва, проте втілений у річ матеріальну. Право власності на відповідну матеріальну річ існує поряд з авторським правом на втілений у ній твір. При цьому не завжди ці два права збігаються в особі автора, саме тому п. 1 ст. 12 Закону України «Про авторське право і суміжні права» закріплює, що авторське право і право власності на матеріальний

об'єкт, в якому втілено твір, не залежать одне від одного. Авторське право на твір зберігається навіть у разі втрати матеріального носія, в якому він був втілений. Слід зазначити, що не будь-який твір охороняється нормами авторського права. До об'єктів авторського права належать лише ті твори, які відповідають передбаченим законом критеріям охороноспроможності. Це насамперед творчий характер та об'єктивна форма вираження твору. Задовго до того, як вимога про творчий характер твору з'явилась у науці, вона знайшла своє відображення у судовій практиці. В основу рішення про визнання твору об'єктом авторського права суди завжди покладали творчий характер праці позивача або відповідача. Прагнучи надати практичну допомогу судам, вчені у своїх дослідженнях намагалися не тільки зазначити цю ознаку, а й надати визначення поняттю творчості. Отже, творчий характер має чимало визначень у юридичній літературі. Слід пам'ятати, що творчість автора завжди тією чи іншою мірою пов'язана з ідеями та працями його попередників. Не можна вимагати, щоб кожен твір літератури, мистецтва і особливо науки був абсолютно новим, щоб ніякі його елементи до цих пір не були відомі.

У деяких випадках автор виявляє у своїй творчості значну індивідуальність та своєрідність, у зв'язку з чим навіть у разі однакових тем або сюжетів результат його праці набуває характеру цілком самостійного оригінального твору. Окремо слід визначити категорію похідних творів, якими є: переклади, збірники, енциклопедії, антології та інші. Ці твори не є самостійними, їх створення взагалі відбувається на основі вже існуючих творів, тому треба підкреслити, що поняття новизни, оригінальності та творчості у зазначеному контексті мають майже ідентичні значення. Отже, новизна – необхідний елемент будь-якої творчої діяльності, своєрідний синонім оригінальності твору, віддзеркалення індивідуальності автора, тобто те, що йде від нього самого, а отже, і відрізняє твір від йому подібних. Законодавство не передбачає способи та критерії, за допомогою яких можна визначити, чи є творче начало у творі достатнім для того, щоб він підпадав під авторсько-правову охорону. Передбачені лише певні випадки, коли твір взагалі не визнають об'єктом авторського права.

Отже, відповідно до ч. 3 ст. 433, ст. 443 ЦК України та ст. 10 Закону України «Про авторське право і суміжні права» об'єктами, що не охороняються авторським правом, є: повідомлення про новини дня або поточні події, що мають характер звичайної прес-інформації; твори народної творчості (фольклор); видані органами державної влади у межах її повноважень офіційні документи політичного, законодавчого, адміністративного характеру (закони, укази, постанови, судові рішення, державні стандарти тощо) та їх офіційні переклади; державні символи України, державні нагороди; символи і знаки органів державної влади, Збройних Сил України та інших військових формувань; символіка територіальних громад; символи та знаки підприємств, установ, організацій; грошові знаки; розклади руху транспортних засобів, розклади телерадіопередач, телефонні довідники та інші аналогічні бази даних, що не відповідають критеріям оригінальності і на які поширюється право *sui-generis* (своєрідне право, право особливого роду)⁴.

Об'єктивна форма твору – це зовнішній вираз думок або переживань автора. До неї належать: письмова форма, тобто рукопис, машинопис, нотний запис тощо; усна форма – публічне проголошення, публічне виконання та інші; звуко- або відеозаписувальна форма – механічний, магнітний, цифровий запис тощо; зображувальна форма, наприклад, малюнок, ескіз, картину, план, креслення, кіно-, теле-, відео- чи фотокадр та інші; об'ємно-просторова форма, в якій знаходять відображення скульптура, модель, макет, споруда тощо. Даний перелік не є вичерпним, головна умова – це існування твору у формі, яка відокремлена від особи автора та отримала самостійне буття. Дещо інакше поняття форми твору сприймалося у радянському суспільстві, нерозривно поєднувались одне із одним зміст та форма твору.

Авторський договір – це договір про використання творів науки, літератури й мистецтва, що укладається з автором або його правонаступниками, у результаті якого за винагороду передаються або надаються виключні права на твір, передача яких не заборонена законодавством⁵.

Як і будь-який цивільно-правовий договір, авторський договір має відповідати вимогам закону та повинен містити всі необхідні умови й реквізити, без яких договір недійсний. Відповідні державні відомства і творчі спілки можуть розробляти примірні авторські договори (зразки авторських договорів). Водночас нині типові форми окремих авторських договорів не мають нормативного характеру та є для учасників майбутнього авторського договору лише рекомендованими зразками договору. Відповідно до ч. 1 ст. 638 ЦК України договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди за всіма істотними умовами договору⁶.

Згоди повинно бути досягнуто щодо всіх істотних умов договору, зокрема щодо предмета, ціни, термінів тощо. Істотними є умови, які є необхідними й достатніми для укладення договору. Це означає, що у випадку відсутності хоча б однієї із цих умов договір не визнається укладеним. Укладення авторського договору потребує насамперед визначення правового статусу сторін авторського договору, з'ясування їхніх законних прав і можливостей, визначення предмета та об'єкта авторського договору, відповідно й виду, дотримання форми, з'ясування строку договору, ціни договору, основних прав і обов'язків його сторін, що разом становить порядок укладення договору та його зміст. Сторонами авторського договору є, зазвичай, автор з однієї сторони й організація, що здійснює підготовку твору до випуску у світ, – з другої. Якщо узгаляти суб'єктів авторського договору, то це автор або його правонаступники (одна сторона) та користувачі твору (друга сторона). Сторонами авторського договору можуть бути практично всі суб'єкти авторського права, відповідно, на їхнє правове становище впливають всі ті правові норми, котрі регулюють їхній правовий статус як суб'єктів авторських правовідносин.

Отож, розглянемо лише деякі особливості суб'єктів (сторін) авторського договору. Авторами, як стороною авторського договору можуть бути як українські, так й іноземні громадяни. У тих випадках, коли автором твору є повнолітня дієздатна фізична особа, то вона самостійно від свого імені укладає авторський договір, має право підпису та є його стороною. Коли твір створюється малолітньою (до 14 років) чи недієздатною особою, то від її імені авторські договори укладаються батьками та опікунами. Такі автори самостійно можуть реалізовувати лише особисті немайнові права (ч. 1 п. 2 ст. 31 ЦК України). Неповнолітні автори, що мають неповну цивільну дієздатність у віці від 14 до 18 років, здійснюють свої майнові права самостійно (ч. 1 п. 2 ст. 32 ЦК України), а відповідно, й укладають авторські договори⁷.

Стороною авторського договору можуть бути перекладачі й упорядники. У процесі своєї роботи вони, зазвичай, не створюють оригінальних творів, але їхня робота цілком залежить від оригіналу і в авторському договорі ці суб'єкти авторського права позначаються словом «автор». Якщо автор твору самостійно здійснює переклад на іншу мову, то він є автором і перекладачем, тому набуває авторських прав щодо різних об'єктів, наприклад, окремо має авторське право на створений ним літературний твір і на його переклад⁸.

Вид твору визначає динаміку договірних відносин між упорядником і видавництвом. Якщо упорядник включає у свій збірник твори, що мають своїх авторів, то він повинен отримати на це згоду таких авторів, висловлену в письмовій формі. Видавництво укладає з упорядником договір про використання результату його діяльності. Якщо упорядник включає до збірника оригінальні, ще не опубліковані та не оприлюднені твори, то видавництво, зазвичай, укладає з упорядником трудову угоду, а з авторами зазначених творів – видавничі авторські договори⁹.

Другою стороною авторського договору, як уже зазначалося, є користувач. Користувачем можуть бути спеціалізовані організації, насамперед такі, як видавництва, театри, кіностудії, телестудії тощо. Відповідні організації мають визначені функції, до яких належать здійснення видавничої, театральної-видовищної, виставкової та іншої подібної діяльності. Юридичні особи, що є стороною авторського договору, можуть мати різні організаційно-правові форми, створюються на засадах різних форм власності¹⁰.

Українське законодавство не містить чіткої вказівки про те, що другою стороною авторського договору може бути лише юридична особа. Однак закріплені законодавством особливості використання авторських творів, зазвичай, зводяться до того, що такими суб'єктами можуть бути тільки спеціальні організації-юридичні особи. Ті договори, котрі передбачають замовлення громадянами для власних потреб творів науки, літератури, мистецтва, в судовій практиці, зазвичай, розглядають як підрядні. Однак не варто забувати, що в наш час громадяни можуть займатися відтворенням і розповсюдженням творів як самостійним видом підприємницької діяльності.

Висновки. Нині не існує уніфікованого поняття «авторський договір», проте багато з них ґрунтуються на матеріальній теорії інтелектуальної власності, що не відповідає сучасному стану розвитку правовідносин у сфері інтелектуальної власності. Законодавство повинно адаптувати єдине визначення, щоб забезпечити простоту розуміння та уніфікацію. Авторський договір – це договір про використання творів науки, літератури й мистецтва, що укладається з автором або його правонаступниками, в результаті якого за винагороду передаються або надаються виключні права на твір, передача яких не заборонена законодавством.

У законодавстві та доктрині права не існує чітко визначеного переліку істотних умов авторських договорів. Законодавство України не містить закріпленої в нормативно-правових актах класифікації авторських договорів залежно від виду твору та способу його використання, що є проблемою при врегулюванні тих чи інших видів авторських зобов'язальних відносин. Особливо в наш час, враховуючи стрімкий розвиток інтернет технологій, коли день за днем з'являються нові об'єкти інтелектуальної власності, законодавство дійсно потребує єдиного визначення, яке могло б описати усі (більшість) об'єктів.

Виключність або невиключність авторського договору передбачає визначення обсягу відчужуваних авторських прав на об'єкт творчості, що потребує не тільки юридичного визначення зазначених понять, а й детальної регламентації законодавством порядку укладення та дії відповідних видів авторських договорів.

¹ Конституція України : Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

² Цивільний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2003. № № 40–44. Ст. 356.

³ Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23 грудня 1993 року № 3792-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1994. № 13. Ст. 64.

⁴ Кетрарь А.А. Поняття та ознаки об'єкта авторського права. *Актуальні проблеми держави і права*. 2015. Вип. 59.

⁵ Заїка Ю.О. Українське цивільне право: навч. посіб. Київ: Істина, 2005.

⁶ Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-ІV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № № 40–44.

⁷ Кахович О.О. Авторський договір: поняття, види та особливості. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2017. № 6.

⁸ Бажанов В. Сторони в авторському договорі. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція»*. 2015. Вип. 8.

⁹ Бажанов В. Істотні умови авторського договору. *Вісник КНУ імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 2011. Вип. 87.

¹⁰ Вахонева Т.М. Елементи та порядок укладення авторського договору. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2016. № 5.

Резюме

Сухов Д.О. Цивільно-правове регулювання договорів про створення і використання об'єктів права інтелектуальної власності.

У статті досліджуються нові умови створення, використання та розповсюдження авторських творів, що є надзвичайно важливою частиною правового розвитку і еволюції України для досягнення нових стандартів в сфері інтелектуальної власності.

Досліджуються поняття та юридична природа договорів про створення і використання об'єктів права інтелектуальної власності. Розглядається також, на які види класифікуються такі договори.

Ключові слова: авторський договір, право інтелектуальної власності, договір про створення та використання об'єктів права інтелектуальної власності, порушення в сфері інтелектуального права, авторський твір, цивільно-правове регулювання договорів про створення і використання об'єктів права інтелектуальної власності.

Резюме

Сухов Д.А. Гражданско-правовое регулирование договоров о создании и использовании объектов права интеллектуальной собственности.

В статье исследуются новые условия создания, использования и распространения авторских произведений, что является очень важной частью правового развития и эволюции Украины для достижения новых стандартов в сфере интеллектуальной собственности.

Исследуются понятия и юридическая природа договоров о создании и использовании объектов права интеллектуальной собственности. Рассматриваются также, на какие виды классифицируются такие договоры.

Ключевые слова: авторский договор, право интеллектуальной собственности, договор о создании и использовании объектов права интеллектуальной собственности, нарушение в сфере интеллектуального права, авторское произведение, гражданско-правовое регулирование договоров о создании и использовании объектов права интеллектуальной собственности.

Summary

Dmytro Sukhov. Civil legal regulation of agreements on the creation and use of objects of intellectual property rights.

The article examines new conditions for the creation, use and distribution of copyrighted works, which is an incredibly important part of the legal development and evolution of Ukraine to achieve new standards in the field of intellectual property.

The concepts and legal nature of agreements on the creation and use of objects of intellectual property rights are investigated. It also considers which types such contracts are classified into.

At the moment there is no unified concept of "copyright agreement", but many of them are based on the material theory of intellectual property, which does not correspond to the current state of development of legal relations in the field of intellectual property. The law should adapt the uniform definition to ensure ease of understanding and unification. An author's agreement is an agreement on the use of works of science, literature and art, concluded with the author or his successor, as a result of which exclusive rights to the work are transferred or granted for the award, the transfer of which is not prohibited by law.

In the legislation and doctrine of law, there is no clearly defined list of essential conditions of copyright agreements. The legislation of Ukraine does not contain the classification of copyright agreements, as enshrined in normative legal acts, depending on the type of work and the method of its use, which is a problem in the settlement of certain types of copyright obligations. Especially in our time, given the rapid development of Internet technologies, when new objects of intellectual property appear every single day, legislation really needs a single definition that could describe all (most) objects.

Modern problems in the field of copyright protection are associated with a low level of legal awareness of authors, which led to the problems of transferring ownership from the author to another person. In order to establish legal relations with regard to the transfer of these rights to the subject of copyright, the legislator proposed a typical copyright agreement. Contracts for the creation and use of objects of copyright are a general concept that covers almost all agreements reached when transferring property rights to the author of the object of copyright. Therefore, if someone stipulates the desire to conclude an author's agreement, it is necessary, firstly, to determine what type of author's agreement will be concluded, and secondly, to determine who owns the property rights on the subject of the agreement. These questions are the basis for consulting clients and concluding copyright agreements. Therefore, these issues need to be considered and addressed in detail.

Key words: copyright agreement, intellectual property law, agreement on the creation and use of intellectual property rights, infringements in the field of intellectual property, copyright work, civil law regulation of agreements on the creation and use of intellectual property rights.

А.М. ОРЛЕАН

*Андрій Михайлович Орлеан, доктор юридичних наук, доцент, заступник директора Тренінгового центру прокурорів України**

АКТУАЛЬНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ АСПЕКТІВ ОСУДНОСТІ*

Протягом довгого періоду розвитку вітчизняного кримінального права явище осудності не знаходило свого законодавчого відображення. Воно викликало виключно теоретичний інтерес як антипод неосудності та вивчалось відповідною навчальною дисципліною. Перше намагання відобразити його в законі, здійснене в КК України 2001 року, виявилось не зовсім вдалим. Замість визначення осудності, законодавець запропонував поняття осудної особи, на якому й ґрунтуються сучасні уявлення про осудність.

Поява в кримінальному законодавстві визначення осудної особи активізувала теоретичну увагу до явища осудності. Але, незважаючи на чималу кількість наукових публікацій на цю тему, ряд проблемних аспектів кримінально-правової характеристики осудності продовжував залишатись проблемним. Зокрема, уточнення кримінально-правової природи осудності, її змісту та видів, удосконалення законодавчого визначення цього явища, а також його впливу на вибір засобів кримінально-правового реагування на вчинення кримінального правопорушення тощо. Вказане й зумовило актуальність монографічного дослідження, що рецензується, здійсненого відомим фахівцем у галузі кримінального права та кримінології професором В.М. Куцом разом із представницею його наукової школи кандидатом юридичних наук С.В. Чорней У ньому спочатку висвітлюються теоретичні основи дослідження осудності як ознаки суб'єкта кримінального правопорушення: з'ясовується місце осудності у структурі цього суб'єкта, пропонується короткий нарис розвитку кримінально-правового інституту осудності, а також висвітлюються сучасні уявлення щодо кримінально-правової природи, змісту і видів осудності.

Далі в монографії надається кримінально-правова характеристика осудності з позицій *de lege lata* та *de lege ferenda*. На противагу пануючій теоретичній позиції щодо існування двох критеріїв осудності, біологічного та психологічного, автори доводять, по-перше, що зміст осудності, як і будь-якого іншого явища, становлять його ознаки, а не критерії, а, по-друге, називають і характеризують не дві, а щонайменше три таких ознаки: медико-соціальну, психологічну та юридичну. Перша з них означає, що осудна особа під час вчинення нею кримінального правопорушення не страждає на жодну з хворобливих вад психіки, а також має належний рівень соціалізації, тобто життєвого досвіду, що дозволяє їй усвідомлювати сенс свого вчинку та керувати ним. Друга ознака свідчить про реальну здатність такої особи до усвідомлення ознак вчиненого діяння та до керування його вчиненням. Третя самостійна ознака полягає в здатності до усвідомлення особою суспільно-державного осуду її протиправного вчинку. Саме вказана ознака дала назву явищу осудності.

Важливим аспектом дослідження, відображеним у монографії, є висновок, що в законодавчому визначенні осудності має йтись, по-перше, на відміну від визначення форм вини, не про усвідомлення та керування своїми вчинками, а лише про здатність до цього; по-друге, не про абстрактні психологічні можливості суб'єкта, а про його здатність до прояву своїх конкретних якостей, таких як усвідомлення своїх вчинків та керування ними, а також здатність до усвідомлення сенсу засудження за спричинене зло, без чого таке засудження втрачає всякий сенс, перетворюючись на банальну помсту.

Трансформуючись із потенційної здатності до реального усвідомлення сутності злочинної поведінки та керування нею, тобто до вини, осудність виступає передумовою останньої, її підґрунтям, без якого вина у вчиненні діяння не можлива. У зазначеному, а не лише в тому, що осудність є ознакою суб'єкта кримінального правопорушення, виявляється кримінально-правова природа осудності та її кримінально-правове значення.

Завершальний розділ монографії присвячено обмеженій осудності. Авторі є прихильниками збереження у тексті наступного КК України самостійних положень щодо цього виду осудності на противагу тим, хто виступає за виключення обмеженої осудності з тексту КК України. Ними наголошується на тому, що виок-

© А.М. Орлеан, 2021

* Рецензія на кн.: Куц В., Чорней С. Осудність (кримінально-правові аспекти) : монографія. Київ : Норма права, 2021. 186 с.

ремлення обмеженої осудності забезпечує належну індивідуалізацію кримінально-правового реагування на вчинене правопорушення, а тим самим додержання принципів справедливості та гуманності такого реагування.

Окремо в праці доводиться, що законодавцем ще не вичерпані можливості для диференціації засобів кримінально-правового реагування на кримінальні правопорушення в залежності від виду осудності суб'єктів їх вчинення. Зокрема, у зв'язку з можливою зміною статусу кримінального проступку в новому КК України, робота над проектом якого успішно продовжується, не виключеним є запровадження за його вчинення інших засобів кримінально-правового реагування замість кримінальної відповідальності у виді покарання, як це зроблено сьогодні. Одним із видів такого стягнення могло б виступити, на думку авторів монографії, зобов'язання пройти курс психологічного корегування поведінки обмежено осудною особою.

Звертає на себе увагу те, що кожен із розділів завершується певними проміжними висновками, що витікають з його змісту, а в заключному авторському слові формулюються підсумкові висновки усього дослідження, причому, не лише суто теоретичного характеру, а й спрямовані у практичне русло, зокрема в законотворчу сферу. Обрана авторами структура монографії дозволила доволі повно охопити предмет дослідження, а читачам зрозуміти авторський творчий замисел та оцінити його реалізацію.

Достовірність теоретичних положень, висновків та рекомендацій, що містяться в монографії, забезпечена широкою джерельною базою, залученням чималої кількості емпіричних матеріалів, застосуванням перевіреної традиційної методики здійснення подібних досліджень, зокрема, поєднанням загальнотеоретичних та спеціальних методів пізнання предмета дослідження.

Монографія є вагомим внеском у вчення про суб'єкта кримінального правопорушення. Її поява у вітчизняному інформаційно-правовому просторі здатна викликати чималий фаховий інтерес. Вона може бути корисною як теоретикам, так і практикам, особливо в період підготовки нового КК України.

П.Д. БІЛЕНЧУК, О.О. КРАВЧУК

Петро Дмитрович Біленчук, кандидат юридичних наук, доцент професор Київського університету права НАН України

Олександр Олександрович Кравчук, начальник відділу інформаційно-аналітичного супроводження проєктів Управління стратегічного аналізу і прогнозування Міністерства внутрішніх справ України

ЕЛЕКТРОННЕ СУСПІЛЬСТВО, ЕЛЕКТРОННЕ ПРАВО, КІБЕРБЕЗПЕКА: СТРАТЕГІЯ РОЗВИТКУ ІННОВАЦІЙНОЇ ЕРИ*

Світова спільнота на початку XXI століття остаточно вступила в епоху нового інноваційного цивілізаційного розвитку «Індустрії 4.0», «Четвертої промислової революції» та «Сонячного суспільства знань». Новітні ідеї, інновації, «ноу-хау», знання, наукові розробки стали наріжним каменем, фундаментальною основою розбудови культури, освіти, науки, медицини, економіки провідних країн світу.

Очевидно, що платформою для розбудови світоглядно-філософського, соціально-правового, інтелектуально-інноваційного електронного сонячного суспільства знань є високоякісна освіта, креативна наука і високоєфективна практика.

Тому мрії, думки, ідеї, інновації і «ноу-хау», які висвітлені в цьому колективному монографічному дослідженні, без перебільшення, визначають порядок денний стратегії розвитку людства в третьому тисячолітті (2020-2099). У ньому порушено велику кількість надзвичайно актуальних питань, які стосуються, по-перше, правової соціалізації особистості в сучасному електронному світі, по-друге, соціально-комунікаційної правничої електронної інженерії нового тисячоліття, по-третє, прадавньої і сучасної стратегії, тактики і мистецтва досягнення щастя, радості, здоров'я, заможності, добробуту, багатства, зиску кожною людиною, сім'єю чи родиною.

Очевидно, що ці ідеї, інновації, «ноу-хау» є важливими для розвитку окремих країн та регіонів, а також є актуальними для інноваційного розвитку освіти, науки, культури, медицини, економіки та інших сфер людського життя.

Відповідно до пріоритетів, які висвітлюються в даній праці «Індустрія інтелекту», «Сонячна індустрія знань» і «Глобальна інноваційна сонячна соціальна комунікація» – це той сучасний прагматичний інновацій-

© П.Д. Біленчук, О.О. Кравчук, 2021

* Рецензія на кн.: Електронне суспільство, електронне право, кібербезпека: стратегія розвитку інноваційної ери / кол. авторів: Кобилянський О.Л., Малій М.І., Перелігіна Р.В., Тарасевич Т.Ю, та ін. : монографія. Київ: УкрДГПІ, 2020. 388 с.

ний локомотив цивілізаційного розвитку, який визначає новітні напрями, стратегію, тактику і мистецтво розбудови світового порядку задля кращого майбутнього.

У монографічному дослідженні сфокусовані три різні підходи до розвитку електронного суспільства – це світоглядно-філософський, інноваційно-комунікаційний і безпековий, які водночас доповнюють один одного. Перший – світоглядно-філософський, в якому висвітлюються концептуальні засади становлення і розвитку правового, наукового і ресурсного забезпечення захисту прав людини в сучасному світі. Другий – аналітичний (інноваційно-комунікаційний), який дає змогу оцінити сутнісні ознаки розробки і впровадження інноваційної комунікації в електронний простір і створити умови захисту прав людини, суспільства, держави, цивілізації в кіберпросторі. Даний підхід дозволяє осмислити реальні можливості «Індустрії 4.0» та сприяє розробці прагматичних рекомендацій з метою підвищення ефективності правового захисту прав людини в електронному просторі, розвитку нової галузі правничих знань – «електронного права». Третій – національно-безпековий. Він допомагає визначити ймовірність здійснення запропонованих змін та передбачити настання можливих загроз, ризиків та небезпек в кіберпросторі. А також пропонує конкретні механізми, процедури і заходи запобігання і протидії цим кіберзагрозам. При розробці доктринальних засад безпекового підходу використана як прадавня, так і сучасна інноваційна стратегія досягнення щастя, радості, здоров'я, заможності, добробуту, багатства, зиску.

Авторами проаналізовано сучасні погляди освітян, науковців і практиків щодо питань, пов'язаних із поширенням нових ідей Індустрії 4.0, четвертої промислової революції та сонячного суспільства знань в еру асиметричної електронної трансформації та проведено дослідження за такими напрями:

Інноваційна індустрія ери соціальної електронної комунікації – фундамент формування і розвитку електронного права.

Історіографія та теоретико-методологічні основи електронного права.

Поняття і сутність стратегії, тактики і мистецтва національно-безпекознавства.

Правове, наукове та інформаційно-аналітичне забезпечення кібербезпеки суспільства, країни, цивілізації.

Правова, криміналогічна і експертно-криміналістична характеристика кіберпростору, кібербезпеки і кіберзлочинності.

Забезпечення безпеки людини за сучасним кримінальним та кримінально-процесуальним законодавством України.

У виданні також висвітлюються основні історіографічні віхи та пріоритетні напрями розвитку кафедри кримінального права і процесу КУП НАН України (1995–2020 роки), яка є базовою творчою експериментальною платформою даного креативного інноваційного дослідження.

Запропонована читачеві колективна монографія написана якісно, лаконічно, дотепно, й водночас вичерпно і структуровано, оскільки дослідники спираються на багатий фактологічний матеріал успішних надбань, здобутків лідерів електронного світу.

Дане дослідження не лише правове, а й динамічне, оскільки заряджає оптимізмом захищати права людини і рухатися вперед до доленосних вершин світового пізнання духовності, професіоналізму, добра і справедливості.

Праця вражає новітнім, інноваційним, правозахисним підходом, оскільки нуртує, загартує, надихає і є неймовірно корисним рецептом, алгоритмом, компасом для визначення як власної долі в майбутньому, так і для формування стратегії, тактики і мистецтва реалізації ідей цивілізаційного розвитку людства в електронній «Індустрії 4.0» та Четвертій промисловій революції.

Це зумовлено також і тим, що результати даного правозахисного дослідження створюють базове підґрунтя для відчуття духовності, справедливості, ясності, інноваційності, креативності і окреслення шляхів мотивації до дій з метою робити менше і якісніше, але створювати більше добротних правничих сервісів, товарів і надання затребуваних суспільством правових послуг.

Фактично в цій монографії, на наш погляд, сформульовані чудові, мудрі, оригінальні і аргументовані нетрадиційні підходи, які і визначають доктринальні засади як треба справедливо жити, вчитися і працювати в новому індустріальному електронному світі.

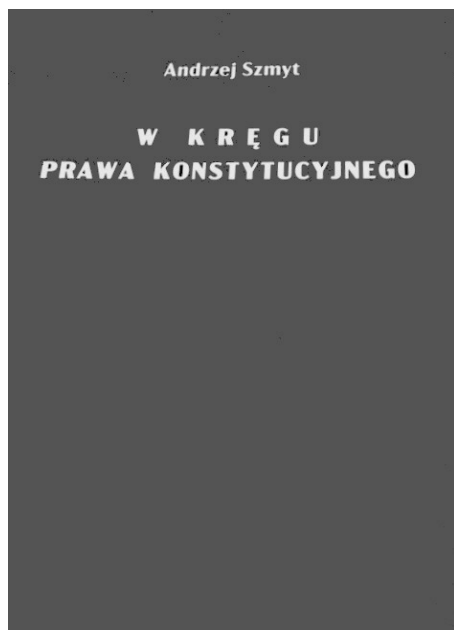
Авторський колектив цієї праці набрався сміливості створити нове, правниче, інноваційне, оригінальне, розумне і затребуване суспільством знання.

Надзвичайність даного дослідження полягає ще й у тому, що автори пропонують, спонукають і надихають переосмислити все, що раніше створено людським розумом за багатотисячну історію цивілізаційних прагнень і визначити нову правничу парадигму розвитку особистості в сучасному електронному світі.

Монографія підготовлена відповідно до стандартів вищої юридичної школи з метою викладення науково обґрунтованих уявлень щодо розвитку людини, суспільства, держави, цивілізації в еру глибоких та системних змін асиметричної електронної комунікації: 2020–2099 рр.

Видання розраховано на студентів, аспірантів, докторантів, викладачів, науковців, практичних працівників органів законодавчої, виконавчої і судової влади, правоохоронних органів та спецслужб, а також широкого кола читачів.

ANDRZEJ SZMYT. W KRĘGU PRAWA KONSTITUCYJNEGO*



The beginning of 2020 brought two special jubilees in the life of Professor Andrzej Szmyt (University of Gdańsk), who celebrated his 70th birthday and 45th anniversary of scientific work. On this occasion, Gdańsk Higher School [pol. *Gdańska Szkoła Wyższa*], with which Professor has bound part of his scientific carrier, decided to celebrate the person and achievements of Professor Andrzej Szmyt by launching a jubilee book entitled *In the circle of constitutional law* [pol. *W kręgu prawa konstytucyjnego*] (the Publishing House of Gdańsk Higher School 2019, pp. 640), compiled by Przemysław Kierończyk, PhD – the dean of the Faculty of Social Sciences at Gdańsk Higher School.

The jubilee book contains a collection of articles written by Professor Andrzej Szmyt, listed in chronological order, which reflect his main scientific interests in a postdoctoral period – from 1993 until now. The main research areas of Professor Andrzej Szmyt include issues related to parliamentary law, in particular the legislative procedure, problems of the system of justice in Poland (also in the context of European standards), as well as issues related to the direct democracy. The substantive part of the book is preceded by a brief introduction written by Przemysław Kierończyk, PhD, in which he presents the profile of the Jubilarian and refers the most important events in his scientific life.

It is worth mentioning that Professor Andrzej Szmyt is the author of over 600 scientific publications in the field of constitutional law, the list of which is included in another jubilee book entitled *Polish constitutionalism: reflections on the 70th birthday and 45th anniversary of scientific work of Professor Andrzej Szmyt* (Gdańsk University Press 2020, pp. 1474), edited by members of the Department of Constitutional Law and Political Institutions at the Faculty of Law and Administration of the University of Gdańsk – Agnieszka Gajda, Krzysztof Grajewski, Anna Rytel-Warzocho, Piotr Uziębło and Marcin Michał Wiszowaty.

In the years 1996–2002 Professor Andrzej Szmyt was the Dean of the Faculty of Law and Administration at the University of Gdańsk, and next, from 2002 to 2020 he was also the Head of the Department of Constitutional Law and Political Institutions at this faculty. At the same time, in the years 1992–2005, for several terms, he was the local government ombudsman at the Gdynia City Council. Moreover, in the years 1994–2017 he was also employed as an expert on constitutional and parliamentary matters in the Chancellery of the Sejm of the Republic of Poland. In 2014, the President of the Republic of Poland awarded Jubilarian with the academic title of Professor. Four years later, in 2018 the Kiev University of Law of National Academy of Sciences of Ukraine awarded Professor Andrzej Szmyt with the title of *doctor honoris causa*.

It should be emphasized that Professor Andrzej Szmyt has always recognized the importance of international cooperation in science. Particularly, he has been strongly involved in cooperation with Ukraine. Among other things, he is a co-founder and member of the Management Board of the Polish-Ukrainian Club of Constitutionalists. Moreover, thanks to his efforts, in 2011 in Gdańsk, Kiev University of Law of National Academy of Sciences of Ukraine and the University of Gdańsk has signed a memorandum of cooperation to provide a formal framework for effective scientific activity in the field of legal sciences.

This jubilee book is an expression of appreciation and gratitude for scientific, organizational and didactic activity of Professor Andrzej Szmyt. At the same time, it is also an essential position for those, who are interested in the research area of Jubilarian. The book was given to the participants of scientific conference entitled “Polish constitutionalism”, which took place on March 6, 2020 in Gdańsk on the occasion of double jubilee of Professor Andrzej Szmyt. It is also available on the website of the Publishing House of Gdańsk Higher School at: <https://www.gwsa.pl/pl/content/w-kręgu-prawa-konstytucyjnego>.

* W kręgu prawa konstytucyjnego. Z okazji jubileuszu 70-lecia urodzin i 45-lecia pracy naukowej Profesora Andrzeja Szmyt. Oprac. Przemysław Kierończyk. Gdańsk, 2019. 640 s.

РЕДАКЦІЙНІ ПОВІДОМЛЕННЯ

До відома авторів

Просимо вас дотримуватися правил підготовки, комплектації та оформлення рукописів для «Часопису Київського університету права». Авторські рукописи мають бути оформленими відповідно до державних стандартів і відповідати вимогам Постанови ВАК України № 7-05/1 від 15.01.2003 р.: «...приймати до друку... лише наукові статті, які мають такі необхідні елементи: постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями; аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор; виділення невиділених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття; формулювання цілей статті (постановка завдання); виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів; висновки з даного дослідження і перспективи подальших розвідок у даному напрямі» (Бюлетень ВАК України, № 1, 2003).

1. Редакція приймає до друку статті українською або російською, або англійською мовами.

Файл з текстом наукової статті має містити:

– відомості про автора (ім'я, по батькові повністю, прізвище, вчений ступінь, вчене звання, посада, місце роботи, службовий і мобільний телефони, e-mail);

– ORCID;

– розширене УДК статті;

– назва статті, резюме (500–700 знаків) та ключові слова (5–7 слів або словосполучень) українською, російською та англійською мовами);

– розширена анотація (1–1,5 сторінки: шрифт – 14 pt; інтервал між рядками – 1,5 pt) та відомості про автора англійською мовою;

– назви файлів повинні містити прізвище автора (наприклад: Іваненко_стаття.doc; Іваненко_анотація.doc).

2. Авторам (співавторам), які не мають наукового ступеня, потрібно надіслати рецензію доктора/кандидата юридичних наук, який є фахівцем у галузі знань, що стосується тематики поданої наукової статті.

3. Вимоги до оформлення тексту рукопису.

3.1. Папір формату А4; параметри сторінки: верхній і нижній береги – 20 мм, лівий – 30 мм, правий – 15 мм; шрифт Times New Roman – 14 pt; інтервал між рядками – 1,5.

3.2. Посилання на джерела оформлюються як кінцеві або постсторінкові виноски – арабськими цифрами в автоматичному режимі.

Опис використаних джерел подається мовою оригіналу і оформлюється відповідно до Національного стандарту України ДСТУ 8302:2015.

3.3. Після опису використаних джерел подається References – список використаних джерел, транслітерований латиницею і оформлений відповідно до міжнародного стилю оформлення наукових публікацій APA (American Psychological Association) style. Назви періодичних видань (журналів) наводяться відповідно до офіційного латинського написання за номером реєстрації ISSN. До джерела необхідно додати позначення про мову оригіналу (наприклад: [in Ukrainian]) і цифровий ідентифікатор DOI (в разі наявності).

3.4. Авторські примітки оформлюються наприкінці сторінок з використанням символу * як знаку виноски.

4. Обсяг авторських рукописів. Орієнтовний обсяг статті – 10–15 сторінок (20–30 тис. зн. з пробілами); наукових повідомлень, рецензій тощо – 3–5 сторінок.

Матеріали, надані з порушенням зазначених вимог, не публікуються.

Редакція залишає за собою право відхиляти статті:

- які не відповідають проблематиці журналу;
- які, на думку редакції, не відповідають науковому рівню журналу;
- які містять грубі помилки та неточності;
- які мають ознаки компілятивного відтворення ідей і матеріалів інших авторів.

Автор несе відповідальність за достовірність викладеного матеріалу, належність останнього йому особисто та якість перекладу цитат з іншомовних джерел.

Редакційна колегія має право рецензувати, редагувати, скорочувати та відхиляти статті.

Публікації здійснюються на платній основі.

**«Часопис Київського університету права» внесено до переліку фахових видань
за спеціальністю «Юридичні науки», категорія «Б»
(наказ Міністерства освіти і науки України № 1643 від 28.12.2019)**

**«Часопис Київського університету права» внесено до Міжнародної
наукометричної бази «Index Copernicus International» (Польща)**

**Ліцензійною угодою від 10.10.2014 р. «Часопис Київського університету права»
внесено до Міжнародної наукометричної бази даних «HeinOnline» (США)**

Київський університет права НАН України
вул. Терещенківська, 2 тел.: 044-235-63-24, 097-431-97-77
Ходаківська Тетяна Володимирівна
www.chasprava.com.ua e-mail: chasprava@ukr.net

Нагадуємо:

відповідальність за достовірність інформації, що міститься в статтях і повідомленнях часопису, лежить на їхніх авторах; у статтях і повідомленнях часопису висловлені погляди їхніх авторів, які не завжди збігаються з поглядами редакції; рукописи і рецензії авторам не повертаємо.